REPUBLICA DE COLOMBIA

# ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO

TOMO
CXLV
Primera Parte

## CUARTO TRIMESTRE DE 1995

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

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

# CONSEJEROS Y DIGNATARIOS
# CONSEJO DE ESTADO

## CUARTO TRIMESTRE
## AÑO DE 1995

## Primera Parte

**Presidente**
Dr. DIEGO YOUNES MORENO
**Vicepresidente**
Dr. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ
**Secretaria General**
Dra. MERCEDES TOVAR DE HERRAN

## SECCION PRIMERA

Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
*Presidente*

Dr. YESID ROJAS SERRANO

Dra. NUBIA GONZALEZ CERON (desde 18 de jul./95 hasta el 30 de nov./95)

Dr. MANUEL SANTIAGO URUETA (desde 1o. de dic./95)

Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

*Secretario*
Dr. JAIRO PINZON MOLANO

## SECCION SEGUNDA

Dr. CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA
*Presidente*

Dra. CLARA FORERO DE CASTRO

Dr. ALVARO LECOMPTE LUNA

Dra. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

Dr. JOAQUIN BARRETO RUIZ

Dr. DIEGO YOUNES MORENO (hasta 15 de dic./95)

Dra. MARIA EUGENIA SAMPER RODRIGUEZ (desde el 16 de dic./95)

*Secretaria*
Dra. MYRIAM CECILIA VIRACACHA SANDOVAL
(Encargada)

## SECCION TERCERA

Dr. CARLOS BETANCUR JARAMILLO
*Presidente*

Dr. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ

Dr. JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ

Dr. JESUS MARIA CARRILLO BALLESTEROS

*Secretaria*
Dra. LOLA ELISA BENAVIDES LOPEZ

## SECCION CUARTA

Dr. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO
*Presidente*

Dra. CONSUELO SARRIA OLCOS

Dr. JULIO ENRIQUE CORREA RESTREPO

Dr. DELIO GOMEZ LEYVA

*Secretario*
Dr. CARLOS ALBERTO FLOREZ ROJAS

## SECCION QUINTA

Dr. AMADO GUTIERREZ VELASQUEZ
*Presidente*

Dr. LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJIA

Dra. MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF

Dr. MARIO ALARIO MENDEZ

*Secretario*
Dr. OCTAVIO GALINDO CARRILLO

## SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Dr. ROBERTO SUAREZ FRANCO
*Presidente*

Dr. JAVIER HENAO HIDRON

Dr. CESAR HOYOS SALAZAR

Dr. LUIS CAMILO OSORIO ISAZA

*Secretaria*
Dra. ELIZABETH CASTRO REYES

## PROCURADURIAS DELEGADAS

1ª Dr. GUSTAVO ADOLFO GARCIA

2ª Dra. LIBIA ZULUAGA URIBE (hasta el 31 de octubre)
Dr. HUGO CAÑIZARES BERBEO (desde el 16 de nov./95)

3ª Dr. FLAVIO RODRIGUEZ ARCE (desde el 1o. de oc./95)

4ª Dr. RAFAEL BALLEN MOLINA (desde el 1o. de oc./95)

5ª Dr. ALIER HERNANDEZ ENRIQUEZ (desde el 1o. de oc./95)

6ª Dra. INES HURTADO CUBIDES

7ª Dra. MARGARITA OLAYA DE OBANDO

8ª Dra. MARIA DEL CARMEN MELO RODRIGUEZ (desde el 16 de nov./95)

9ª Dra. LUZ STELLA PEÑA DE MENDEZ (hasta el 30 de oc./95)

Dra. ALICIA RUBIANO AMEZQUITA (del 1o. de nov./95 al 6 de dic./95)

Dra. NUBIA GONZALEZ CERON (desde el 7 de dic./95)

10ª Dra. ALICIA RUBIANO AMEZQUITA

## RELATORAS

Dra. MARIA DEL PILAR ESPINOSA SALAZAR

Dra. MARIA DEL PILAR VELOZA PARRA

# SALA PLENA

**PENSION DE INVALIDEZ - Preexistencia / SUSTITUCION PENSIONAL - Requisito para su reconocimiento**

**La Sala concluye que el recurso interpuesto no puede prosperar, toda vez que la jurisprudencia invocada por el recurrente no resultó desconocida por la sentencia recurrida, sino que por el contrario, reafirmó la tesis jurisprudencia de que para la procedencia de la sustitución es necesario que la persona fallecida hubiera adquirido el derecho a la pensión de invalidez para poderlo transmitir.**

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

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

Consejera Ponente: Doctora *Consuelo Sarria Olcos.*

Radicación número S-401.

Referencia: Recurso Extraordinario de súplica.

Actora: Esperanza Mesa vda. de Alvarez.

Procede la Sala a resolver el recurso extraordinario de súplica interpuesto mediante apoderado por la señora Esperanza Mesa vda. de Alvarez contra la sentencia de julio 25 de 1994, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante la cual revocó la sentencia apelada, en cuanto negó las súplicas impetradas por los hijos de la actora, y en su lugar dispuso que no se pronunciaría de mérito sobre las pretensiones de los hijos de la actora por no estar debidamente representados en el proceso, confirmando en lo demás el fallo apelado.

## ANTECEDENTES

La actora, señora Esperanza Mesa vda. de Alvarez, en su propio nombre y en representación de sus hijos, mediante apoderado, solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca declarar la nulidad del acto resultante del silencio administrativo negativo frente a la petición presentada al Ministerio de Defensa el

28 de febrero de 1984, a fin de que se les reconociera la sustitución de la pensión de invalidez que hubiera correspondido a su difunto esposo señor Mariano de Jesús Alvarez Gaviria.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante la sentencia de septiembre 6 de 1991, se declaró inhibido para pronunciarse de fondo respecto de la indemnización de perjuicios morales, declaró probado el silencio administrativo respecto de la petición de 28 de febrero de 1984 referente a la pensión sustitutiva de validez y negó las demás peticiones de la demanda.

## LA SENTENCIA RECURRIDA

La Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante la sentencia recurrida proferida el 25 de julio de 1994, revocó la sentencia apelada en cuanto negó las súplicas impetradas por los hijos de la actora y en su lugar dispuso que no se pronunciaría de mérito respecto de las pretensiones de los mismos por no estar debidamente representadas en el proceso, confirmando en lo demás el fallo apelado, con fundamento en las siguientes consideraciones:

1. La jurisdicción no puede ocuparse de los derechos reclamados por los hijos del causante, señor Mariano de Jesús Alvarez, por carencia absoluta de poder. Al respecto señaló que para la época de la presentación de la demanda (1985), y del fallecimiento del señor Alvarez (1982), ninguno de los hijos del causante era menor de edad, y por lo tanto no podían ser representados por su madre sino que debían conferir poder directamente.

2. En cuanto a la sustitución de la pensión de invalidez solicitada por la actora, la Sección Segunda del Consejo de Estado, teniendo en cuenta que para la sustitución de una prestación es necesario que la persona fallecida hubiera adquirido ese derecho para poderlo transmitir, y que el señor Mariano Alvarez no había perdido su capacidad laboral con anterioridad a su fallecimiento, ni se demostró que hubiera padecido enfermedades cardio-vasculares, ni que se le hubiera incapacitado en forma absoluta desde el mes de noviembre de 1981, concluyó que al no haberse probado el estado de invalidez del señor Alvarez con anterioridad a su muerte, no adquirió el derecho a la pensión de invalidez, sin que por lo tanto resultara posible la sustitución solicitada.

3. El Tribunal acertó al declararse inhibido para conocer de la pretensión indemnizatoria, toda vez que para la fecha de presentación de la demanda (24 de mayo de 1985), el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo sólo autorizaba esa petición como alternativa.

## EL RECURSO DE SUPLICA

Mediante apoderado, la actora interpuso el recurso de súplica a que se refiere el artículo 130 del Código Contencioso Administrativo, y lo sustentó con fundamento en los siguientes argumentos:

1. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3° del Decreto 2218 de 1966, la invalidez se adquiere cuando la incapacidad se diagnóstica y en este caso se presentó la situación fáctica de invalidez absoluta, tal como lo determinó el informe oficial del Ministerio de Trabajo.

A diferencia de lo señalado en la sentencia recurrida, el status pensional de invalidez no requiere haber gozado de la pensión sino tener derecho a la misma, y por lo tanto, para la procedencia de la sustitución de la pensión de invalidez no se requiere que el causante haya gozado de ella antes de su muerte.

Al respecto citó como contrariada la jurisprudencia contenida en las siguientes providencias:

– Sentencia de 21 de octubre de 1984 (es de 1987), proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, exp. 318, actora: Paula Paredes, Consejero Ponente: Doctor *Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

– Sentencia de 8 de mayo de 1990, proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, Magistrado Ponente: Doctor *Eduardo García Sarmiento.*

– Sentencia de 6 de mayo de 1992, proferida por la Corte Suprema de Justicia, exp. 4832, Magistrado Ponente: Doctor *Rafael Baquero Herrera.*

– Auto de 11 de diciembre de 1984, proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, exp. 29352, Magistrado Ponente: Doctor *Luis E. Aldana Rozo.*

– Sentencia de 17 de noviembre de 1961, proferida por la Sala de Negocios Generales del Consejo de Estado, actor: Gabriel Sepúlveda Duarte, Consejero Ponente: Doctor *José Urbano Múnera.*

– Sentencia de 5 de julio de 1975, proferido por la Sección Segunda del Consejo de Estado, actora: Pastora Asprilla, Consejero Ponente: Doctor *Eduardo Aguilar Vélez.*

– Sentencia de 24 de septiembre de 1946 proferida por el Consejo de Estado, actor: Froilán Cepeda, Consejero Ponente: Doctor *Guillermo Neira Mateus.*

2. El poder otorgado por la demandante, en su calidad de cónyuge sobreviviente, fue presentado correctamente, estando así plenamente demostrada la personería adjetiva procesal de la actora, que no se podía desconocer so pretexto de que representaba a sus hijos.

Afirmó que el acceso a la administración de justicia constituye una garantía constitucional que no puede ser desconocida, y por lo tanto la Sección Segunda del Consejo de Estado estaba impedida para pronunciarse en relación con aspectos que como el de la personería adjetiva no habían sido objeto de debate en la primera instancia.

Con fundamento en lo anterior indicó que en el *sub lite* se vulneró el principio de la congruencia, porque la alegada omisión del poder era subsanable en cualquier tiempo, por lo que la falladora, al haber advertido la omisión, debió poner en conocimiento de la actora el defecto para que lo subsanara.

En relación con lo anterior citó como contrariada la jurisprudencia contenida en las siguientes providencias:

– Auto de 29 de marzo de 1979, proferido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, expediente 5971, Consejero Ponente: Doctor *Miguel Lleras Pizano.*

– Sentencia de 15 de abril de 1982, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, expediente 2816, Consejero Ponente: Doctor *Eduardo Suescún Monroy*.

– Sentencia de 8 de agosto de 1985, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, Consejero Ponente: Doctor *Eduardo Suescún Monroy.*

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para decidir el recurso de súplica interpuesto por el apoderado de la actora, la Sala analizará la sentencia recurrida en relación con la jurisprudencia citada como contrariada, que se encuentra contenida en decisiones de la Sala Plena Contenciosa o en la antigua Sala de Negocios Generales del Consejo de Estado, de conformidad con la reiterada jurisprudencia de la Sala desde la expedición de las sentencias de 25 de marzo de 1981, expediente 10392, Actor: Dionisio Ariza, Consejero Ponente: doctor Carmelo Martínez Conn y de 31 de agosto de 1988, expediente S-032, Actor: "Sae Ltda.". Consejero Ponente: doctor Carlos Betancur Jaramillo, sin tener en cuenta aquellas providencias citadas por el recurrente, proferidas por las Secciones de la Corporación y por la Corte Suprema de Justicia.

De las sentencias invocadas al sustentar el recurso, observa la Sala que solamente fueron proferidas por la Sala Plena del Consejo de Estado o por la Sala de Negocios Generales las siguientes:

– Sentencia de 17 de noviembre de 1961, proferida por la Sala de Negocios Generales del Consejo de Estado, Actor: Gabriel Sepúlveda Duarte, Consejero Ponente: Doctor *José Urbano Múnera.*

– Sentencia de 24 de septiembre de 1946 proferida por el Consejo de Estado, Actor: Froilán Cepeda. Consejero ponente: Doctor *Guillermo Neira Mateus.*

En las mencionadas sentencias no se encuentra ninguna contradicción con la decisión recurrida.

En efecto, en la sentencia del 17 de noviembre de 1961. Consejero Ponente: doctor José Urbano Múnera, con fundamento en la jurisprudencia de la Corte

Suprema, se señaló que para que los oficiales de vuelo de la Fuerza Aérea pudieran tener derecho a la asignación de retiro, según las Leyes 6ª de 1936 y 101 de 1946, tenían que haber servido 8 años por lo menos y tener un mínimo de 1.500 horas de vuelo, y que el Decreto 3220 de 1953, que suspendió las leyes antes mencionadas, no le desconoció derecho alguno al actor, porque cuando empezó a regir el 1° de enero de 1954, este aún no reunía los requisitos señalados en las leyes anteriores para hacerse acreedor a la asignación de retiro, y por lo tanto, no había obtenida ventaja personal para alegar derechos adquiridos:

Y en la sentencia de 24 de septiembre de 1946, Consejero Ponente Doctor Guillermo Neira Mateus, se indicó que la pensión de invalidez a que tienen derecho los empleados y obreros nacionales debe reconocerse cuando se compruebe en debida forma que la invalidez fue adquirida en el servicio.

Las anteriores tesis jurisprudenciales no fueron desconocidas en la sentencia recurrida, toda vez que ésta se fundamentó en que al no haberse probado el estado de invalidez del señor Mariano Alvarez con anterioridad a su muerte, requisito indispensable para la procedencia de la pensión por invalidez, no adquirió el derecho a la misma y en consecuencia no era viable la sustitución de dicha prestación.

De conformidad con lo anterior, la Sala concluye que el recurso interpuesto no puede prosperar, toda vez que la jurisprudencia invocada por el recurrente no resultó desconocida por la sentencia recurrida, sino que por el contrario, reafirmó la tesis jurisprudencial de que para la procedencia de la sustitución es necesario que la persona fallecida hubiera adquirido el derecho a la pensión de invalidez para poderlo transmitir.

Por lo expuesto el recurso de súplica que se resuelve no puede prosperar.

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

**FALLA:**

**NO PROSPERA** el recurso de súplica interpuesto contra la sentencia de julio 25 de 1994, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado.

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

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

*Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Carlos Betancur Jaramillo, Julio E. Correa Restrepo, Guillermo Chahín Lizcano* (salvó voto)*; Mirén de La Lombana de*

*M., Mario Rafael Alario Méndez* (ausente), *Amado Gutiérrez Velásquez, Nubia González Cerón, Delio Gómez Leyva, Luis Eduardo Jaramillo Mejía.Juan de Dios Montes H., Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Jesús M. Carrillo B.*

*Mercedes Tovar de Herrán,* Secretaria.

**PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONGRESISTA - Improcedencia / INDEBIDA DESTINACION DE DINEROS PUBLICOS - Inexistencia / PROCESO PENAL - Medida de Aseguramiento/ MEDIDA DE ASEGURAMIENTO - Efectos / ENRIQUE JUVENAL DE LOS RIOS**

**Pero para decretar la pérdida de investidura del Senador Juvenal De los Ríos, elegido como tal para el período 1994-1998 es preciso que se demuestre que él destinó indebidamente dineros públicos. A pesar de tener la Sala la convicción de que el Senador hizo uso indebido de la sede de la Asociación en provecho propio, este bien como ya se vio, es propiedad de dos personas privadas, y por tanto ese uso no constituye indebida destinación de dineros públicos que se invirtieron para el fin previsto, durante los años 1986 y 1989. Así las cosas, no podría perder su investidura por hechos que no configuran indebida destinación de dineros públicos y que ocurrieron cuando no tenía la investidura de Senador de la República, aun cuando estén pendientes de solución definitiva. Serviría sí para que el Senador perdiera su investidura, una condena por ese delito o por cualquier otro, pero como ésta no se ha producido, la medida de aseguramiento no desvirtúa el análisis que de los hechos y para los fines de la pérdida de investidura, ha hecho la Sala.**

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

Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrada Ponente: Doctora *Clara Forero de Castro.*

Radicación número AC-3007.

Referencia: Pérdida de investidura.

Actor: Eduardo Otoniel Montúfar Eraso.

El señor Eduardo Otoniel Montúfar Eraso solicita al Consejo de Estado decretar la pérdida de investidura como Senador de la República, del señor Enrique Juvenal de los Ríos Herrera, quien fue elegido como tal para el período legislativo 1994-1998.

Fundamenta su solicitud en los siguientes

## HECHOS

El resumen de los que se narran es el siguiente:

1°. El señor Eduardo Otoniel Montúfar denunció penalmente al señor Juvenal de los Ríos el día 21 de diciembre de 1992 ante la Fiscalía General de la Nación en la ciudad de Pasto, por los posibles delitos de estafa, fraude procesal y peculado por apropiación, e hizo extensiva esa denuncia a los señores Salvador Lasso Gómez y Eduardo Albornoz Jurado.

2°. El denunciado señor Juvenal de los Ríos había creado con sus amigos incondicionales una asociación que denominó Asociación de Vecinos del Municipio de Pasto "Miguel Antonio Caro", para la cual gestionó auxilios parlamentarios, cuando éstos eran permitidos por la Constitución. El presidente de tal asociación es el señor Salvador Lasso Gómez y el Tesorero es el señor Eduardo Albornoz Jurado.

3°. Entre el señor Eduardo Otoniel Montúfar y el señor Juvenal de los Ríos conformaron una alianza política para participar en las elecciones al Congreso para el período Constitucional 1990-1994.

Enrique Juvenal de los Ríos aspiraba a ser reelegido Representante a la Cámara y Otoniel Montúfar a ser elegido Senador. El resultado fue favorable para Juvenal de los Ríos y adverso para Otoniel Montúfar.

4°. El entonces Representante a la Cámara Juvenal de los Ríos había gestionado auxilios parlamentarios para la compra de un lote y construcción de la sede de la Asociación "Miguel Antonio Caro", que en realidad era su propia sede política; y en efecto la Asociación adquirió un lote ubicado en la Calle 20 No. 27-53 y 27-63 de la ciudad de Pasto, con un área de 450 metros cuadrados mediante compraventa que formalizaron con los hermanos Eraso Navarrete.

5°. El señor Juvenal de los Ríos le propuso al señor Otoniel Montúfar adquirir la otra mitad del lote que en total tenía 900 metros cuadrados, y solicitar un préstamo para la construcción de la sede de la Asociación Miguel Antonio Caro en su cuota parte y la sede política del señor Montúfar en la suya.

6°. El señor Juvenal de los Ríos consiguió que el señor Alvaro Castañeda, en su condición de representante legal de la Sociedad Castañeda e Hijos Ltda., otorgará un préstamo por $15.000.000, de los cuales Montúfar eraresponsable por

$7.500.000 más los intereses pactados. El acreedor exigió que como garantía se le diera en hipoteca de primer grado la totalidad del lote en el que se levantaría la construcción, a lo cual accedieron, quedando como deudores hipotecarios la Asociación Miguel Antonio Caro y Eduardo Otoniel Montúfar. La hipoteca se suscribió abierta y hasta por $25.000.000 según escritura 316 de 2 de febrero de 1990, de la Notaría Segunda de Pasto.

7°. Adicionalmente suscribieron en la misma fecha y como garantía, una letra por $23.000.000 en la que se incluyeron intereses anticipados por $8.000.000.

8°. Con el producto de ese crédito se construyó la sede en los dos lotes, la cual consta de una sala múltiple y el frente adoquinado para parqueadero. El encargado de la dirección de la construcción fue el señor Alejandro Suárez Rodríguez.

9°. A partir de las elecciones de 1990 el señor Juvenal de los Ríos se apoderó de la totalidad del lote, o sea, del de la Asociación Miguel Antonio Caro y el del señor Otoniel Montúfar.

10. Vencido el plazo para el pago del crédito otorgado por la Sociedad "Castañeda e Hijos Ltda." el señor Montúfar se puso en contacto con el señor Alvaro Castañeda para efectuar el pago del 50% de la obligación más los intereses y él aceptó y manifestó que Eduardo Albornoz le había hecho un abono a nombre de la Asociación Miguel Antonio Caro. Se comprometió a levantar la hipoteca en la cuota parte de Montúfar al recibir el pago correspondiente, lo cual se efectuó en los días 23 de enero de 1991 en el que canceló $5.000.000 y 12 de febrero de 1991, en el que canceló $3.000.000, para un total de $8.000.000, acordando cancelar el resto al firmar la escritura de cancelación de la hipoteca.

11. Después el señor Alvaro Castañeda se negó a recibir el saldo del crédito a cargo del señor Montúfar argumentando que tendría problemas con Juvenal de los Ríos.

12. Ante la negativa el señor Montúfar adelantó un proceso de "pago por consignación" en favor de la Sociedad Castañeda e Hijos Ltda., en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto, el cual resultó adverso a sus pretensiones con el argumento de que se trataba de una obligación solidaria y en consecuencia debía ofrecerse a la sociedad acreedora el pago de la totalidad del crédito y no de la cuota parte.

13. Después en forma sorpresiva el señor Montúfar fue notificado de una demanda ejecutiva hipotecaria instaurada por el señor Juvenal de los Ríos en contra suya y de la Asociación Miguel Antonio Caro.

14. El señor Juvenal de los Ríos hizo que el señor Alvaro Castañeda Domínguez le cediera el crédito hipotecario y así se apropió automáticamente del patrimonio de la Asociación Miguel Antonio Caro constituido con auxilios gestionados por el mismo Juvenal de los Ríos.

15. Una vez obtuvo la cesión el señor Juvenal de los Ríos instauró demanda ejecutiva contra la Asociación Miguel Antonio Caro y contra el señor Montúfar, partiendo de la base de que el crédito ascendía a $23.000.000 y ocultando que la Asociación Miguel Antonio Caro por intermedio de su tesorero ya había pagado también parte de la obligación a su cargo.

16. Esa demanda busca la apropiación indebida por parte del señor Juvenal de los Ríos, de los dineros públicos que él mismo tramitó para la Asociación Miguel Antonio Caro, y defraudar los intereses del señor Montúfar.

17. A pesar de estar el inmueble embargado y secuestrado, el señor Juvenal de los Ríos continuó en posesión de la totalidad del predio utilizándolo como propio en todas las campañas y actividades políticas en las que tenía y tiene interés, y por todas esas conductas el señor Montúfar formuló denuncia penal.

18. La Fiscalía 11 Seccional de la Unidad Especial de Pasto remitió a la honorable Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, las diligencias correspondientes a la posible comisión del reato de peculado en contra del Senador Juvenal de los Ríos, y con ponencia del Magistrado doctor Edgar Saavedra la Sala dictó en su contra medida de aseguramiento sin beneficio de libertad condicional y le impuso detención domiciliaria con caución de $5.000.000.

19. El Senador Juvenal de los Ríos canceló el valor de $18.000.000 y obtuvo el beneficio de la libertad provisional.

## LA CAUSAL INVOCADA

Se invoca como tal la contemplada en el numeral 4° del artículo 183 de la Constitución Política, consistente en indebida destinación de dineros públicos, argumentando además, que dicha causal no requiere sentencia adversa en la investigación penal que se adelanta por la honorable Corte Suprema de Justicia contra el Senador De los Ríos, pues hay clara diferencia si se considera que la prevista en la Constitución implica la apertura de un proceso distinto.

## CONTESTACION DE LA DEMANDA

El Senador Juvenal de los Ríos Herrera constituyó apoderado y por su intermedio se opone a la solicitud de pérdida de investidura argumentando fundamentalmente:

1°. Que los hechos relativos a la causal alegada ocurrieron antes de que entrara a regir la nueva Constitución Política que creó la Institución de Pérdida de Investidura y ésta no tiene efecto retroactivo.

2°. Los fondos públicos a que se refiere la demanda fueron legalmente entregados a la institución beneficiaria "Miguel Antonio Caro", es decir, llegaron a su destino y el señor Juvenal de los Ríos nunca los administró.

La Asociación Miguel Antonio Caro los invirtió debidamente y obtuvo los respectivos finiquitos de la Contraloría General de la República, los cuales por ser actos administrativos en firme, gozan de presunción de legalidad.

3°. En lo relativo al préstamo hipotecario que el demandante y la Asociación obtuvieron de terceros, dice que son actos privados que no tienen que ver con la causal alegada.

4°. La indebida destinación de dineros públicos no se configura porque el doctor Juvenal de los Ríos no ha tenido manejo de dineros públicos y entonces mal puede predicarse que los haya destinado a fines no contemplados en la ley. Es cierto que en su condición de parlamentario y durante los años 1987 y 1988, gestionó auxilios para la Asociación Miguel Antonio Caro, los cuales fueron recibidos oportunamente por esa entidad. Llama la atención de la Sala en el sentido de que los auxilios fueron gestionados y utilizados en la compra del inmueble, mucho antes de la vigencia de la Constitución de 1991.

5°. En cuanto a la medida de aseguramiento proferida en su contra por la Corte Suprema de Justicia argumenta que no es sentencia condenatoria y por lo mismo no da mérito para decretar la pérdida de la investidura.

## AUDIENCIA PUBLICA

El 17 de octubre de 1995 se llevó a cabo la audiencia pública decretada mediante auto de 3 de octubre de 1995, y en ella intervinieron las partes y el Ministerio Público.

El señor apoderado del solicitante de la desinvestidura hizo un recuento de los hechos de la demanda, afirmó que con el acta de constitución de la Asociación Miguel Antonio Caro podía probarse que el señor Juvenal de los Ríos sí fue su promotor junto con sus amigos incondicionales, aun cuando no figure entre los fundadores ni entre sus miembros. Que la sede de la Asociación sí es y ha sido su sede política, lo cual se comprueba con los boletines de la Registraduría que muestra la dirección de la sede como la propia del Senador de los Ríos y allí se los envían. Pero que en donde más se pone de manifiesto la intención de apropiarse de la sede construida con dineros públicos, es en el hecho de haber pagado la deuda contraída por la Asociación y el señor Montúfar Eraso a la Sociedad Castañeda e Hijos Ltda., para luego iniciar un juicio ejecutivo encaminado a apropiarse de la sede.

Afirmó que algunas pruebas, tales como la aportada por uno de los testigos, el doctor Albornoz Jurado, proveniente de la delegación Departamental del Estado Civil de Nariño, según la cual el doctor Juvenal de los Ríos no fue inscrito en esa delegación, no ha registrado sede política alguna ni ha sido testigo electoral, son pruebas manipuladas. Afirmó también que algunos testigos contradicen declaraciones suyas rendidas anteriormente en otros despachos.

El señor Agente del Ministerio Público en su intervención afirmó que imponer una sanción moral como la desinvestidura no es un hecho de poca monta y por ello es necesario tener certeza moral y legal absoluta sobre la comisión de los hechos imputados. Que en el expediente obra prueba fehaciente que apunta a demostrar que el Senador de los Ríos en el período constitucional 1986-1990, durante el cual ejerció funciones de Representante a la Cámara por la circunscripción electoral de Nariño, gestionó auxilios para la adquisición de un lote en el cual se construiría una sede para la Asociación Miguel Antonio Caro. Que también hay prueba del acuerdo verbal que celebró con el señor Eduardo Montúfar para construir la sede política de ambos, a cuya inauguración asistieron distinguidos políticos y el candidato a la Presidenica de la República por el Movimiento de Salvación Nacional, doctor Alvaro Gómez Hurtado. Que hay prueba emanada de los delegados del Registrador Nacional del Estado Civil en Nariño, en la que afirman que en las campañas electorales realizadas en el transcurso del año 1994 se le enviaron al señor Juvenal de los Ríos boletines informativos a la Calle 20 No. 27-53, dirección en la que funciona la Asociación Miguel Antonio Caro. Que el 50% de los dineros que se utilizaron para la compra del lote y para la construcción de la sede provinieron del erario público. Que en tales circunstancias y sin entrar a definir si la conducta desplegada por el Senador de los Ríos configura a no delito de peculado por apropiación, cuestión que juzga la Corte Suprema de Justicia, la Procuraduría Delegada estima que existen suficientes elementos de juicio para concluir que el Senador Juvenal de los Ríos usó indebidamente, con fines políticos, los dineros públicos que como auxilios gestionó y obtuvo para la Asociación Miguel Antonio Caro, haciéndose por tanto acreedor a la pérdida de su investidura.

Finalmente el Senador Juvenal de los Ríos y su apoderado intervinieron para pedir que se niegue la solicitud de pérdida de la investidura.

El señor apoderado volvió a hacer un recuento de los hechos narrados en la demanda y señaló nuevamente que el señor De los Ríos no participó en la constitución de la Asociación Miguel Antonio Caro, ni ha sido miembro de la misma, ni administrador, empleado o dignatario, aun cuando sí obtuvo auxilios que fueron administrados a través de un encargo fiduciario con el Banco Ganadero y llegaron a manos de la Asociación Miguel Antonio Caro, en

cumplimiento de la Resolución número 001 de 21 de noviembre de 1989, suscrita por el señor Juvenal de los Ríos. Que la Contraloría General de la Nación – Sección Territorial de Examen de Cuentas de Nariño– dio finiquito aprobatorio de las cuentas de las Asociación y por tanto debe concluirse que no se hizo uso indebido de los auxilios que se consiguieron antes de la vigencia de la Constitución de 1991. Que la posibilidad de que se diera uso indebido a los auxilios sólo podía presentarse entre el momento en que el señor De los Ríos los administró a través del encargo fiduciario en el Banco Ganadero y aquél en que los dineros llegaron a la Asociación Miguel Antonio Caro, pero está probado que los $18.000.000 sí fueron invertidos correctamente.

En cuanto al uso del inmueble en donde funciona la sede, el señor de los Ríos nada tiene que ver pues depende de sus directivos. Argumentó que si se leen los estatutos de la Asociación se advierte que uno de los objetivos es el impulso y fomento de actividades educativas, culturales y cívicas, y la actividad política es esencialmente cívica, por lo cual no resulta extraño que en la sede se celebren reuniones políticas en las que pueda intervenir el señor Juvenal de los Ríos, pues utilizar una sede con permiso de sus directivos y dueños no implica acto de dominio, como pretende endilgársele. Que la sede además ha estado secuestrada y administrada por el secuestre desde el año de 1991. En cuanto a la medida de aseguramiento proferida por la Corte Suprema de Justicia en un proceso en el que fue demandante Eduardo Montúfar, dijo en su intervención el señor apoderado del señor Juvenal de los Ríos que no es sentencia y que esa conducta puede estudiarse de manera autónoma e independiente por el Consejo de Estado y por tanto la providencia de la Corte no debe servir de fundamento a la decisión del Consejo. En lo relacionado con el préstamo que la firma Castañeda e Hijos Ltda., hiciera a la Asociación y al señor Eduardo Montúfar, garantizado con hipoteca del inmueble de propiedad común, aduce que el señor Juvenal de los Ríos no es parte en dicho contrato y que la compra que después de vencida la obligación efectuó es lícita y no está prohibida por la ley. Que lo hizo en su calidad de benefactor de la Asociación, para evitar embargos provocados por el señor Montúfar. Que con el proceso ejecutivo hipotecario que inició para anular los efectos del embargo que Montúfar provocó, no busca apoderarse del bien hipotecado, sino que éste sea rematado, se le pague su acreencia y el saldo se entregue a los deudores que son la Asociación Miguel Antonio Caro y Eduardo Otoniel Montúfar.

Finalizó su intervención solicitando que se multe al demandante señor Eduardo Otoniel Montúfar por haber instaurado esta acción sin causa, motivo o razón, ocasionando al demandado ingentes perjuicios de orden material y moral.

Hecho el resumen de la actuación procesal y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a la Sala decidir, previas las siguientes:

## CONSIDERACIONES

La causal invocada para solicitar la desinvestidura del Senador Juvenal de los Ríos Herrera es la contemplada en el numeral 4 del artículo 183 de la Constitución, por haber incurrido el Congresista, según la demanda, en indebida destinación de dineros públicos.

Como ya se dejó enunciado anteriormente, la indebida destinación se deduce en el libelo de una larga sucesión de hechos que pueden resumirse así:

El señor Juvenal de los Ríos fundó una Asociación que se denomina Asociación de Vecinos del Municipio de Pasto "Miguel Antonio Caro" para el desarrollo social de Nariño. En su calidad de Representante a la Cámara, entre los años 1986-1989 obtuvo auxilios parlamentarios por la suma de $18.000.000, con los cuales y en asocio con el señor Eduardo Otoniel Montúfar adquirieron en proporciones iguales al 50% cada uno un lote para construir la sede de là Asociación y obtuvieron un crédito de $15.000.000 para el mismo fin, debiendo hipotecar a la firma Castañeda e Hijos Ltda., la propiedad de la Asociación y de Montúfar. Posteriormente y ante el no pago total de la obligación vencida y de los intereses, habiendo resultado fallido el intento de pago parcial por consignación del señor Eduardo Montúfar, el señor Juvenal de los Ríos compró el crédito hipotecario y obtuvo la cesión del mismo, procediendo a iniciar un juicio ejecutivo contra la Asociación y contra Eduardo Montúfar, por lo cual, y por el uso con fines políticos que el señor Juvenal de los Ríos ha hecho de la sede, el solicitante de la desinvestidura concluye que se ha configurado una indebida destinación de dineros públicos por parte del señor De los Ríos, lo que ha dado lugar también a denuncias penales, por las cuales la Corte Suprema de Justicia dictó medida de aseguramiento contra el ahora Senador Juvenal de los Ríos.

## HECHOS PROBADOS

Con las correspondientes certificaciones ha quedado establecido que efectivamente se creó la Asociación de Vecinos del Municipio de Pasto "Miguel Antonio Caro", y que si bien es cierto el señor Juvenal de los Ríos no figura ni entre sus fundadores ni entre sus miembros o dignatarios, sí fue uno de sus principales promotores e impulsadores.

Tan lo sería que, cuando se desempeñaba como Representante a la Cámara, entre 1986 y 1989, obtuvo que se otorgaran auxilios parlamentarios a la mencionada Asociación por la suma de $18.000.000, con los cuales, y con el aporte del señor Eduardo Otoniel Montúfar, se compró el lote en común y proindiviso y se inició la construcción de la sede.

Se ha probado también que entre el señor Juvenal de los Ríos y el señor Eduardo Montúfar existía una alianza política, como quiera que uno era candidato

al Senado y el otro a la Cámara de Representantes, y que esa alianza fue el principal estímulo para adquirir el lote y construir la sede de la Asociación, obviamente con el fin de utilizarla como sede política de los dos.

Lo anterior queda corroborado con la actuación posterior que también está probada, consistente en las gestiones que el señor Juvenal de los Ríos hizo ante el señor Alvaro Castañeda Domínguez a fin de obtener para la Asociación y para el señor Eduardo Montúfar un préstamo destinado a terminar la construcción de la tan mencionada sede. Y más aún con la compra del crédito al pagar la deuda total que estaba a cargo de la Asociación Miguel Antonio Caro y del señor Montúfar, para luego iniciar juicio ejecutivo contra ellos y obtener el remate de la sede.

Es un hecho probado también que el señor Juvenal de los Ríos utilizaba la sede de la Asociación Miguel Antonio Caro como su sede política pues los boletines de la Registraduría Nacional del Estado Civil, Delegación de Nariño, le eran enviados a la Calle 20 No. 27-53, en donde está ubicada la Asociación; esa es también la dirección con que aparece en los directorios telefónicos de 1991-1992-1994-1995; los testigos afirman haber estado en reuniones como la de la inauguración con asistencia de distinguidos políticos y el mismo apoderado del demandado admite que, acorde con sus objetivos, se realizaron en la sede reuniones políticas en las que participó el doctor Juvenal de los Ríos, por cuanto las actividades políticas son también cívicas.

Seguidamente debe la Sala analizar si de todos estos hechos que se han probado, surge la causal de pérdida de la investidura de Congresista consistente en indebida destinación de dineros públicos.

Los auxilios obtenidos por el entonces Representante a la Cámara doctor Juvenal de los Ríos indudablemente se utilizaron en la compra y construcción del 50% de la sede de la Asociación Miguel Antonio Caro, todo lo cual ocurrió antes de la vigencia de la Constitución de 1991, que institucionalizó la figura de pérdida de investidura de los Congresistas, y no le corresponde al Consejo de Estado pronunciarse sobre la legalidad de esos auxilios, aunque está plenamente probado que se invirtieron en la forma prevista por quien los obtuvo.

Sin lugar a duda la Asociación Miguel Antonio Caro es una persona jurídica de derecho privado y el hecho de haber sido financiada en parte con dineros públicos, no la convierte en entidad pública; sabido es que los abolidos auxilios parlamentarios podían utilizarse para fomentar empresas útiles o benéficas dignas de estímulo; pero que una vez cumplido su objetivo, entraban a formar parte del patrimonio de su destinatario.

Como entidad privada que es, la Asociación Miguel Antonio Caro se gobierna por su Junta Directiva y son sus dignatarios los responsables de su manejo y

utilización. Si ese manejo y utilización se apartan de los fines para los cuales fue creada, serán ellos los responsables.

Aparece claro ante la Sala que desde su inauguración la sede de la Asociación Miguel Antonio Caro ha estado ligada a las actividades políticas tanto del señor Juvenal de los Ríos como del señor Eduardo Otoniel Montúfar y que todos los problemas de embargos y secuestros que le han sobrevenido tienen su origen en las desavenencias surgidas entre los dos y en el deseo de tener la influencia suficiente para manejarla a su voluntad.

Pero para decretar la pérdida de investidura del Senador Juvenal de los Ríos, elegido como tal para el período 1994-1998 es preciso que se demuestre que él destinó indebidamente dineros públicos. A pesar de tener la Sala la convicción de que el Senador de los Ríos hizo uso indebido de la sede de la Asociación en provecho propio, este bien como ya se vio, es propiedad de dos personas privadas, y por tanto ese uso no constituye indebida destinación de dineros públicos que se invirtieron para el fin previsto, durante los años 1986 y 1989.

Tampoco resulta exacto afirmar que por haberse adquirido con dineros propios del señor Juvenal de los Ríos la cesión de un crédito del que es deudora, en parte, la Asociación Miguel Antonio Caro, y esté demandada en juicio ejecutivo con título hipotecario por el señor Juvenal de los Ríos, éste se hubiera apoderado de la sede y hubiera desviado la destinación de dineros públicos.

Debe advertirse además, que el señor de los Ríos adquirió el crédito hipotecario el 2 de febrero de 1992 y obtuvo su cesión el 7 de febrero de 1992, habiendo intentado la demanda contra la Asociación y contra el señor Montúfar también en el mes de febrero de 1992. Todos estos hechos se cumplieron cuando el señor Juvenal de los Ríos todavía no era Senador de la República, pues fue elegido como tal para el período 1994-1998.

Así las cosas, no podrían perder su investidura por hechos que no configuran indebida destinación de dineros públicos y que ocurrieron cuando no tenía la investidura de Senador de la República, aun cuando estén pendientes de solución definitiva.

Se refiere ahora la Sala al hecho de que la honorable Corte Suprema de Justicia hubiera dictado medida de aseguramiento contra el señor Juvenal de los Ríos, como presunto responsable del delito de peculado por apropiación.

Esta medida se profirió al analizar desde la óptica del Código Penal, los mismos hechos que aquí se han expuesto para solicitar la pérdida de la investidura.

Sin embargo, obviamente el enfoque es diferente en uno y otro caso, y no le corresponde al Consejo de Estado adentrarse en materia penal.

Serviría sí para que el Senador Juvenal de los Ríos perdiera su investidura, una condena por ese delito o por cualquier otro; pero como ésta no se ha producido, la medida de aseguramiento no desvirtúa el análisis que de los hechos y para los fines de la pérdida de investidura, ha hecho la Sala.

En este orden de ideas se concluye, que no se encuentra probado en este caso, que el Senador Juvenal de los Ríos Herrera hubiera incurrido en la causal de pérdida de investidura contemplada en el numeral 4 del artículo 183 de la Constitución Política, denominada indebida destinación de dineros públicos.

Finalmente dirá la Sala, que no es del caso aceptar la petición formulada por el demandado en el sentido de imponer multa al demandante pues no se aprecia temeridad o mala fe en el solicitante de la pérdida de investidura.

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

**FALLA:**

**NO SE ACCEDE** a decretar la pérdida de investidura del Senador de la República Enrique Juvenal de los Ríos Herrera.

Cópiese, notifíquese y comuníquese conforme lo ordena el artículo 13 de la Ley 144 de 1994.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 24 de octubre de 1995.

*Diego Younes Moreno,* (Presidente, ausente); *Daniel Suárez Hernández, Mario Alario Méndez, Ernesto Rafael Ariza Muñoz,* (aclaró voto); *Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Jesús María Carrillo B., Julio Enrique Correa R., Guillermo Chahín Lizcano, Mirén de la L. de Magyaroff, Clara Forero de Castro, Nubia González Cerón, Amado Gutiérrez Velásquez, Delio Gómez Leyva, Luis Eduardo Jaramillo Mejía; Alvaro Lecompte Luna, Juan de Dios Montes Hernández, Carlos A. Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos.*

*Mercedes Tovar de Herrán,* Secretaria General (E.).

**PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONGRESISTA - Causales / PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD / RETROACTIVIDAD - Improcedencia**

**El proceso de pérdida de investidura de los Congresistas es de naturaleza jurisdiccional disciplinaria. Tal calidad reclama que las causales que dan lugar a que se decrete la pérdida de investidura de un Congresista, como las propias de todo Derecho Sancionatorio, estén sujetas a un principio imperante en el Derecho Universal: el de la legalidad, que consiste, para el caso, en que dichas causales por regla general estén expresamente previstas en la ley –entiéndase Constitucional– al tiempo en que se cometan o se incurra en ellas. Muy excepcionalmente a algunas la Constitución le dio alcance intemporal o carácter retroactivo, pero mediante regulación expresa. En lo concerniente a la causal que dio origen a este proceso; la de indebida destinación de dineros públicos (artículo 183 numeral 3° de la Carta Política), al ni consagrarse excepción alguna sobre el tiempo de ocurrencia, debe aplicársele la regla general de que sólo puede configurarse en virtud de hechos que se le imputen a los congresistas acaecidos, o que hayan prolongado sus efectos, a partir de la vigencia de la nueva Constitución, o sea, desde el 7 de julio de 1991. Por lo tanto, si los auxilios que se utilizaron en la compra y constitución del 50% de la sede de la Asociación Miguel Antonio Caro fueron otorgados entre 1986 y 1989 cuando el demandado se desempeñaba como Representante a la Cámara, e ingresaron al patrimonio de dicha Asociación, que es una persona jurídica de Derecho Privado, tal situación jurídica se consolidó y consumó bajo el imperio de la Constitución de 1886, la cual legitimaba dichos auxilios en su artículo 76 numeral 20.**

## ACLARACION DE VOTO

Ratificación número AC-3007.

Actor: Eduardo Otoniel Montúfar Erazo.

Aún cuando comparto la decisión adoptada, sin embargo considero que la motivación de la misma ha debido tener en cuenta lo siguiente:

Como bien lo expresó la honorable Corte Constitucional en sentencia de 14 de julio de 1994, con ponencia del Magistrado, doctor Hernando Herrera Vergara, el proceso de pérdida de investidura de los Congresistas es de naturaleza jurisdiccional disciplinaria.

Tal calidad reclama que las causales que dan lugar a que se decrete la pérdida de investidura de un Congresista, como las propias de todo Derecho Sancionatorio, estén sujetas a un principio imperante en el Derecho Universal: el de la legalidad, que consiste, para el caso, en que dichas causales por regla general estén expresamente previstas en la ley --entiéndase Constitución– al tiempo en que se cometan o se incurra en ellas. Muy excepcionalmente a algunas la Constitución le dio alcance intemporal o carácter retroactivo, pero mediante regulación expresa.

En lo concerniente a la causal que dio origen a este proceso: la de indebida destinación de dineros públicos (artículo 183 numeral 3° de la Carta Política), al no consagrarse excepción alguna sobre el tiempo de su ocurrencia, debe aplicársele la regla general de que sólo puede configurarse en virtud de hechos que se le imputen a los Congresistas acaecidos, o que hayan prolongado sus efectos, a partir de la vigencia de la nueva Constitución, o sea, desde el 7 de julio de 1991.

Por lo tanto, si los aúxilios que se utilizaron en la compra y construcción del 50% de la sede de la Asociación Miguel Antonio Caro fueron otorgados entre 1986 y 1989 cuando el demandado se desempeñaba como Representante a la Cámara e ingresaron al patrimonio de dicha Asociación, que es una persona jurídica de Derecho Privado, tal situación jurídica se consolidó y consumó bajo el imperio de la Constitución de 1886, la cual legitimaba dichos auxilios en su artículo 76 numeral 20.

Durante la vigencia de la nueva Carta, y según se deduce de las pruebas obrantes en el proceso, lo que se ha dado es la utilización de la sede de la referida Asociación para las actividades políticas del Congresista demandado, esto es, de un bien mueble de propiedad privada, por lo cual no puede afirmarse válidamente que haya habido con dicha actuación una indebida destinación de fondos públicos.

Las razones precedentes ponen en evidencia que si la destinación de dineros públicos, a través de la figura de los auxilios parlamentarios, se hizo bajo el amparo

de la antigua normatividad constitucional, no podía configurarse la causal del numeral 4° del artículo 183 de la nueva Carta Política, dado que a ésta no puede dársele efecto retroactivo.

Fecha, *ut supra.*

*Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Consejero de Estado.

NOTA DE RELATORIA: Se menciona la providencia de julio 14 de 1994. Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara.

H. Corte Constitucional.

**PROPIEDAD DEL SUBSUELO / SUBSUELO PETROLIFERO / HIDROCARBUROS - Inexistencia de Derechos Adquiridos / YACIMIENTO DESCUBIERTO - Inexistencia / IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY / DERECHOS ADQUIRIDOS SOBRE YACIMIENTOS DE HIDROCARBUROS - Regulación**

**El fundamento de la sentencia de 16 de julio de 1980 descansa en el principio de irretroactividad de la ley en ella se precisó que las normas aplicables a un caso determinado son aquellas que se encuentran vigentes al momento del nacimiento del derecho. La sentencia suplicada, como se extrae de su contenido, no accedió a las súplicas de la demanda por cuanto consideró que si bien la actora con su sentencia de 15 de diciembre de 1962, de la Corte Suprema de Justicia, había demostrado que habían sido del patrimonio del Estado, antes del 28 de octubre de 1873, el petróleo y demás hidrocarburos que existían en la parte o porción del globo del terreno denominado Santa Bárbara de las Cabezas y San José de Mata de Indios o la Embocada, no pudo probar el hecho del descubrimiento antes del 22 de diciembre de 1969 requisito éste exigido por la ley 20 de 1969 y definido e interpretado por el artículo 2° de la Ley 97 de 1993. La Ley 20 de 1969 respetó los derechos adquiridos sobre yacimientos de hidrocarburos en la medida en que para la fecha de su expedición (22 de diciembre de 1969) estuvieran ya vinculados a un yacimiento descubierto. Así se infiere del artículo 1° de la misma, aplicable a los hidrocarburos por mandato del artículo 13 ibídem. En otros términos, las situaciones jurídicas y subjetivas antes de la expedición de la ley no estaban vinculadas a yacimientos descubiertos, no tenían el carácter de derechos adquiridos. Tal concepción no fue nueva para la época en que se expidió la citada Ley 20 de 1969. La tradición legislativa al respecto deja entrever el hecho del hallazgo o del descubrimiento como presupuesto para hablar de derechos adquiridos. Así por ejemplo, la Ley 38 de 1887 "por la cual se adopta el Código de Minas, como requisito para que se respetara el derecho de preferencia (artículo 5°) y previó que si pasados cinco años**

**desde la fecha de la adjudicación, el titular de las mismas no había establecido formales trabajos de explotación, perdería el derecho adquirido (artículo 11 ibidem). De lo precedente concluye la sala: al no haber demostrado la actora el hecho del descubrimiento de yacimientos de hidrocarburos, antes del 22 de diciembre de 1969, no tenía derechos adquiridos sobre los mismos puesto que éstos recaen sobre una situación consolidada y no frente a meras expectativas de yacimientos que pudieran encontrarse en las porciones de terreno objeto de la declaratoria de dominio que en su favor hizo la sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Por lo mismo, no puede hablarse de aplicación retroactiva de la Ley 20 de 1969, interpretada por la Ley 97 de 1993, que le hubiera desconocido tales derechos adquiridos.**

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., veinticinco (25) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctora *Nubia González Cerón.*

Radicación número S-452.

Referencia: Recurso extraordinario de súplica contra la sentencia de 21 de octubre de 1994, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Actora: Comunidad de Propietarios del subsuelo Petrolífero de los globos de terreno denominados La Hacienda Santa Barbará de las Cabezas y San José de Mata de Indios o la Embocada.

Se decide el recurso extraordinario de súplica interpuesto por el apoderado de la actora contra la sentencia de la referencia, por la cual la Sección Tercera de esta Corporación denegó las pretensiones de la demanda incoada en ejercicio de la acción prevista en el artículo 85 del C.C.A., contra las Resoluciones números 31668 de 3 de septiembre de 1991 y 32316 de 25 de noviembre del mismo año, expedidas por el Ministerio de Minas y Energía, por las cuales no se autorizó la perforación, con fines de explotación de petróleo, en los yacimientos existentes en las haciendas de propiedad de la comunidad de propietarios del subsuelo petrolífero de los globos de terreno denominados Santa Bárbara de las Cabezas y San José Mata de Indios o La Embocada, en el departamento del Cesar.

## I. LA SENTENCIA RECURRIDA

Para denegar las pretensiones de la demanda, consideró la Sección Tercera de esta Corporación, en síntesis, lo siguiente:

1. La actora demostró, con la sentencia proferida el 15 de diciembre de 1962, que habían salido del patrimonio del Estado, antes del 28 de octubre de 1873, el petróleo y demás hidrocarburos que existen en la parte o porción del globo de terreno denominado Santa Bárbara de las Cabezas y San José de Mata de Indios o La Embocada, pero no pudo probar, a la luz de lo preceptuado en la Ley 20 de 1969, interpretada con autoridad por la Ley 97 de 1993, que sus propietarios hubiesen descubierto "...uno o varios yacimientos de hidrocarburos, a más tardar el 22 de diciembre de 1969...", entendiendo por descubrimiento lo definido por el legislador en el artículo 2° de la ley interpretativa, esto es "cuando mediante perforación con taladro o con equipo asimilable y las correspondientes pruebas de fluidos, se logra el hallazgo de la roca en la cual se encuentran acumulados los hidrocarburos y que se comporta como unidad independiente en cuanto a mecanismos de producción, propiedades petrofísicas y propiedades de fluidos".

2. En la materia que se estudia se reitera la orientación jurisprudiencial fijada en sentencia de 4 de marzo de 1994 (Expediente número 7120, ponente doctor Suárez Hernández), a cuya lectura se remite.

Se aplica igualmente el universo jurídico que tienen la sentencia proferida por la Corte Constitucional el 29 de septiembre de 1994 (Expedientes números D-540, 548 y 555), Ponente: Doctor Fabio Morón Díaz, de la cual se extrae principalmente, lo siguiente:

a) Para la Corte la Ley 20 de 1969 se expidió para llevar a la práctica el mandato constitucional, según el cual la propiedad privada es una función social que implica obligaciones y en ella se definió que los derechos adquiridos por los particulares sobre el subsuelo petrolero debían estar vinculados a un yacimiento descubierto hasta el momento de la publicación de la misma;

b) El actual Código de Minas contenido en el Decreto-ley 2655 de 1988 en sus artículos 3° y 5° reitera lo señalado en la mencionada Ley 20 de 1969, en los términos en que es interpretada ahora por la Ley 97 de 1993, es decir, que la excepción prevista en la mencionada ley sólo comprende las situaciones jurídicas subjetivas y concretas debidamente perfeccionadas, vinculadas a yacimientos descubiertos válidos jurídicamente, antes del 22 de diciembre de dicho año.

## II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En el escrito contentivo del recurso el apoderado de la actora aduce, en resumen, lo siguiente:

La sentencia suplicada es contraria a la doctrina sobre derechos adquiridos y retroactividad de la ley expuesta por la Sala Plena en las siguientes sentencias: 15 de julio de 1947 (Actor: Roncallo Hermanos. Ponente doctor: Gonzalo Gaitán); 25 de abril de 1978 (Expediente número 10.111, Actora: Compañía Distribuidora de

Loterías. Ponente; Doctor Samuel Buitrago); y julio de 1980 (Expediente número 10.399, Actor: Antonio Rodríguez V., Ponente: Doctor Enrique Low Murtra).

De igual manera, dicha sentencia es contraria a la que la misma Sección Tercera profirió el 29 de abril de 1983 (Expediente número 3.413, Actor: Douglas Velásquez. Ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo) y el 11 de mayo de 1971 (Actora: Estrella Marín Padrón de Zarage. Ponente: Doctor Alfonso Castilla Saiz), respetando los derechos adquiridos por los particulares sobre el subsuelo y sus yacimientos de petróleo.

Así mismo, ese concepto lo ha expresado la Corte Constitucional, reiteradamente, así como el que emana de la cosa juzgada, como ocurre y se reclama en este caso controvertido, en sentencia de 29 de septiembre de 1994 (Sentencia C-424/94, Expedientes D-540, 548 y 555), en la cual se decidió sobre la exequibilidad de la Ley 97 de 1993, que interpretó la Ley 20 de 1969.

Finalmente, como la Corte Suprema de Justicia en sentencia proferida en 1962, que hizo tránsito a cosa juzgada, reconoció el derecho de los demandantes sobre el subsuelo y el petróleo a que se refiere la demanda, la sentencia suplicada la revocó al negar el derecho antes reconocido, impidiendo la exploración en los yacimientos de su propiedad, como lo dispusieron los actos acusados.

## III. LA DECISION

Para resolver se considera:

De las providencias allegadas por la Relatoría con ocasión del proveído que ordenó su remisión, sólo resulta pertinente, para efectos de la decisión frente al recurso interpuesto, la sentencia de la Sala Plena de esta Corporación de 16 de julio de 1980, de la cual fue ponente el Consejero, doctor Enrique Low Murtra, ya que los restantes que menciona el recurrente o no se refieren al punto de derecho que nos ocupa (como la de 15 de julio de 1947, Consejero Ponente, doctor Gonzalo Gaitán); o son provenientes de una Sección y no de la Sala Plena; o no fue hallada en la Relatoría ni en la Secretaría General, como ocurrió con la de fecha 25 de abril de 1978.

El fundamento de la sentencia de 16 de julio de 1980 descansa en el principio de la irretroactividad de la ley y en ella se precisó que las normas aplicables a un caso determinado son aquellas que se encuentran vigentes al momento del nacimiento del derecho.

La sentencia suplicada, como se extrae de su contenido, no accedió a las súplicas de la demanda por cuanto consideró que si bien la actora con la sentencia de 15 de diciembre de 1962, la Corte Suprema de Justicia, había demostrado que habían salido del patrimonio del Estado, antes del 28 de octubre de 1873, el petróleo

y demás hidrocarburos que existían en la parte o porción del globo de terreno denominado Santa Bárbara de las Cabezas y San José de Mata de Indios o La Embocada, no pudo probar el hecho del descubrimiento antes del 22 de diciembre de 1969, requisito éste exigido por la Ley 20 de 1969 y definido e interpretado por el artículo 2° de la Ley 97 de 1993.

Aún cuando el recurrente no precisa si la ley supuestamente aplicada en forma retroactiva lo es la 20 de 1969 o la 97 de 1993, que la interpretó, es del caso hacer las siguientes observaciones:

No existe duda alguna para la Sala en cuanto a que la Ley 20 de 1969 respetó los derechos adquiridos sobre yacimientos de hidrocarburos en la medida en que para la fecha de su expedición (22 de diciembre de 1969) estuvieran ya vinculados a un yacimiento descubierto. Así se infiere del artículo 1° de la misma, aplicable a los hidrocarburos por mandato del artículo 13 *ibidem*, el cual dispuso:

> "Todas las minas pertenecen a la Nación, sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros. Esta excepción, a partir de la vigencia de la presente ley, sólo comprenderá las situaciones jurídicas y subjetivas debidamente perfeccionadas y vinculadas a yacimientos descubiertos".

En otros términos, si las situaciones jurídicas y subjetivas antes de la expedición de la ley no estaban debidamente perfeccionadas, esto es, no estaban vinculadas a yacimientos descubiertos, no tenían el carácter de derechos adquiridos.

Tal concepción no fue nueva para la época en que se expidió la citada Ley 20 de 1969, la tradición legislativa al respecto deja entrever el hecho del hallazgo o del descubrimiento como presupuesto para hablar de derechos adquiridos. Así, por ejemplo, la Ley 38 de 1887 "por la cual se adopta el Código de Minas del extinguido Estado de Antioquia", establecía la obligación de catar, buscar y denunciar las minas, como requisito para que se respetara el derecho de preferencia (artículo 5°) y previó que si pasados cinco años desde la fecha de la adjudicación, el titular de las mismas no había establecido formales trabajos de explotación, perdería el derecho adquirido. (Artículo 11 *ibidem*).

Así mismo, el artículo 8° *ibidem* preveía que "El denunciante de una mina deberá hacer las exploraciones necesarias para que el comisionado que dará la posesión y el perito o peritos que lo acompañen se persuadan de que el metal o sustancia denunciada se encuentra realmente en el terreno, sin cuyo requisito no se llevará a efecto la posesión. Si la mina fuere de filón, deberá mostrarse alguna veta o vena que contenga el metal o la sustancia que ha dado motivo al denuncio, a menos que haya habido allí trabajos de explotación, en cuyo caso se mostrarán los pozos, galerías u otros vestigios de labores. Si fuere de capa o de sedimiento, deberá existir a la vista el banco de mineral correspondiente".

El artículo 2° de la Ley 97 de 1993 interpretó los artículo 1° y 13 de la Ley 20 de 1969, definiendo qué se entiende por yacimiento descubierto de hidrocarburos, norma ésta que fue hallada exequible por la Corte Constitucional en sentencia de 29 de septiembre de 1994, con ponencia del Magistrado Fabio Morón Díaz, en la cual se expresó, entre otros aspectos, lo siguiente:

> "Estos preceptos (se refiere la Corte a los artículos 1° y 13 de la Ley 20 de 1969) confirman el principio consagrado en el ordenamiento jurídico colombiano desde la Constitución Política de 1886, según el cual el subsuelo pertenece a la República de Colombia. En efecto, el artículo 202 del régimen anterior disponía que los baldíos, minas y salinas que pertenecían a los Estados del régimen federal precedente, eran recobrados por la Nación, a título de indemnización. De manera específica disponía la pertenencia a la República de las minas de oro, plata, platino y piedras preciosas, que existieren en el territorio nacional, sin perjuicio, igualmente, de los derechos que por leyes anteriores hubieren adquirido 'los descubridores' y 'explotadores' sobre algunas de ellas...".
>
> "... Se observa en la evolución legislativa sobre la materia, que el legislador, al expedir la Ley 20 de 1969, logró en los preceptos transcritos reproducir el orden superior por ese entonces vigente.
>
> Tal como se lee en la exposición de motivos, la finalidad del legislador fue justamente la de adecuar la legislación sobre el subsuelo al orden constitucional.
>
> En efecto, el artículo 1° de la Ley 20 de 1969 reiteró el principio previsto en el artículo 202 de la Constitución Nacional ordenando la pertenencia de las minas a la Nación, sin perjuicio del respeto de los derechos que se hubiesen constituido a favor de terceros, condicionando esta excepción... a la existencia de un yacimiento descubierto..."
>
> "... los artículos acusados, sin variar el contenido normativo de la ley anterior, establecen el reconocimiento excepcional del derecho de propiedad privada sobre hidrocarburos, definiendo 'los derechos constituidos a favor de terceros', como las situaciones jurídicas subjetivas y concretas, adquiridas y perfeccionadas por un título específico de adjudicación de hidrocarburos como mina, o por una sentencia definitiva, y en ejercicio de los cuales se haya descubierto uno o varios yacimientos de hidrocarburos, a más tardar el 22 de diciembre de 1969, fecha de expedición de la ley interpretada.
>
> Disposición perfectamente lógica que define el objeto del derecho, por lo determinado y concreto, haciendo escapar de posibilidades ignoradas, o inexistencias antes del 22 de diciembre de 1969, inciertas situaciones jurídicas

que no sólo limitaban irracionalmente el patrimonio nacional, sino que, además por las riquezas del subsuelo desconocían la función social so pretexto del amparo de derechos particulares, dejando a un lado toda concepción sobre la propiedad y su función social consagrada en la Reforma de 1936 y reiterada en la Carta de 1991...".

"... Por su parte el artículo 2° acusado, define qué se entiende por *yacimiento descubierto de hidrocarburos*...

Se adopta pues una definición técnica del concepto, que igualmente se encontraba enunciado en la parte final del artículo primero de la Ley 20 de 1969, con lo que no se agregó ningún elemento adicional que varíe el contenido de la norma por la ley interpretativa, pues ésta, con apreciable tecnicismo, describe elementos de la primera, haciendo más explícitos y claros sus contenidos, y mostrando precisamente que se trata de una ley interpretativa en sentido estricto".

"... Tanto el artículo primero de la ley interpretada, como su homólogo de la ley interpretativa, se refieren a los mismos derechos constituidos sobre hidrocarburos. Podría suponerse que hubo un cambio de concepto de derecho constituido entre una y otra norma, lo cual no es cierto, pues en la primera se enuncia el concepto haciendo un señalamiento genérico de sus elementos, que no son contrariados en la norma interpretativa, sino descritos y precisados; luego ¿cómo puede retroactividad de la ley interpretativa cuando no hace más que precisar la naturaleza de los derechos constituidos, sin cambiar los contenidos de la ley interpretada?".

De lo precedente concluye la Sala: al no haber demostrado la actora el hecho del descubrimiento de yacimientos de hidrocarburos, antes del 22 de diciembre de 1969, no tenía derechos adquiridos sobre los mismos puesto que éstos recaen sobre una situación consolidada y no frente a meras expectativas de yacimientos que pudieran encontrarse en las porciones de terreno objeto de la declaratoria de dominio que en su favor hizo la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, por lo mismo, no puede hablarse de aplicación retroactiva de la Ley 20 de 1969, interpretada por la Ley 97 de 1993, que le hubiera desconocido tales derechos adquiridos.

En consecuencia, la sentencia de la Sección Tercera de esta Corporación no contrarió la providencia que cita el recurrente, por lo cual no está llamado a prosperar el recurso.

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 contra la sentencia de 21 de octubre de 1994, proferida por la Sección Tercera de esta Corporación.

Ejecutoriada esta sentencia devuélvase el expediente a la sección de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veinticuatro de octubre de mil novecientos noventa y cinco.

*Diego Younes Moreno,* Presidente, (ausente); *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz* (ausente); *Guillermo Chahín Lizcano,* (salvó el voto); *Julio Enrique Correa Restrepo, Mirén de la Lombana de Magyaroff, Clara Forero de Castro,* (ausente); *Delio Gómez Leyva, Nubia González Cerón, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Alvaro Lecompte Luna,* (ausente); *Carlos Orjuela Góngora,* (ausente); *Dolly Pedraza de Arenas* (ausente); *Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Mario Alario Méndez* (ausente).

NOTA DE RELATORIA: Menciona la sentencia de 29 de septiembre de 1994 proferida por la Corte Suprema de Justicia sobre la exequibilidad del artículo 20 de la Ley 97 de 1993 y los artículos 1° y 13 de la Ley 20/69.

**RETROACTIVIDAD DE LA LEY - Improcedencia / OFICIALES DE LAS FUERZAS MILITARES - Reajuste Asignación de Retiro / ASIGNACION DE RETIRO - Reajuste / RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Técnica**

**La Ley 100 de 1946 en su artículo 20 dispuso que ella regiría desde su sanción. Esto es que el legislador, siguiendo los principios generales, legisló para el futuro, no le asignó efecto retroactivo a sus disposiciones, salvo en la situación contemplada en su artículo 19 conforme a la cual los sueldos de retiro que a los oficiales y suboficiales se estén pagando a la fecha de la sanción de esta ley, deberán ser reajustadas de acuerdo con lo establecido en sus artículos 1° y 7°, la retroactividad se aplicaba a una prestación (asignación de retiro) ya decretada, a la que los beneficiarios tenían derecho con anterioridad a la sanción de la ley. El caso contemplado y resuelto en la sentencia últimamente citada como violada, difiere al referido y decidido en el fallo suplicado. En aquélla se trata de reajuste de una prestación ya decretada en virtud de una ley que modifica en favor de los ex empleados los porcentajes de la asignación y el tiempo de servicio para tener derecho a ella, mientras que en éste, se deniega la pretensión consistente en que se sustituya una asignación de retiro otorgada con base en la legislación vigente al momento de retiro del servicio, no había sido decretada. Estas circunstancias no permiten concluir la transgresión de la jurisprudencia citada como violada.**

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintisiete (27) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Yesid Rojas Serrano.*

Radicación número S-382.

Referencia: Recurso extraordinario de súplica.

Actor: Jesús Camargo Mendoza.

Decide la Sala el recurso extraordinario de súplica interpuesto por el actor de la referencia contra la sentencia de 11 de abril de 1994, mediante la cual la Sección Segunda del Consejo de Estado denegó las pretensiones de una demanda que él propuso contra el Ministerio de Defensa y la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares con el propósito de que se le reconociera y pagara una pensión de invalidez.

## ANTECEDENTES

El señor Jesús Camargo Mendoza mediante apoderado solicitó la nulidad de la Resolución 01038 de 30 de marzo de 1977 del Ministerio de Defensa Nacional aprobatoria de la Resolución 064 de febrero 11 del mismo año y las actas médicas números 763/764/1975 de la Sanidad Militar y que como consecuencia de lo anterior, se le reconozca y pague una pensión mensual vitalicia de invalidez en sustitución de su asignación de retiro, "liquidada en la totalidad de los haberes que en todo tiempo correspondan en la actividad al grado de Sargento Viceprimero del Ejército" y una "indemnización igual a cincuenta y cuatro (54) meses de tales haberes" y una cesantía por el tiempo de servicio "también liquidada de la manera que trate la ley".

Mediante los actos acusados y de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2337 de 1971 en consideración al retiro del Sargento Viceprimero Jesús Camargo Mendoza, por la causal *incapacidad relativa y permanente*, se le reconocieron las siguientes prestaciones sociales: Auxilio de cesantía ($95.024.37), Prima de Navidad ($3.070.20), Subsidio Familiar.($609.28), y una indemnización por $25.339.83.

## LA PROVIDENCIA SUPLICADA

La Sección Segunda de la Corporación, denegó las pretensiones de la demanda. Fundamentó esta determinación en las consideraciones que a continuación se sintetizan:

El demandante en su condición de Sargento Viceprimero, prestó sus servicios militares hasta el 15 de septiembre de 1975, habiendo sido retirado por la causal "Incapacidad relativa y permanente".

El Ministerio de Defensa Nacional, mediante la Resolución 1038 de 30 de marzo de 1977 (acto acusado) le reconoció entre otras prestaciones, cesantía e indemnización por incapacidad y aprobó la Resolución 84 de 14 de febrero del mismo año de la Caja de Retiro de las FF. MM., por la cual se le reconoció asignación de retiro en cuantía del 70%, incluyendo un subsidio familiar del 39%.

La normatividad bajo la cual pudieron causarse los derechos reclamados no es el Decreto 3135 de 1968, por remisión del Decreto 3009 del mismo año, como lo estima el Ministerio Público, "porque el demandante no tuvo la condición de civil

al servicio del ramo de defensa nacional, sino el de suboficial militar, con grado de Sargento Viceprimero".

La Sala tiene en cuenta, además, que la situación jurídica del demandante respecto de las prestaciones por su retiro, se definió o consolidó a la luz de la normatividad vigente entonces (15 de septiembre de 1975) y no puede gobernarse por normas posteriores, como el Decreto 612 de 1977, pues ello sería pretender darle una aplicación retroactiva, que a la luz de la Constitución Política anterior y de la actual sólo puede ser viable en materia penal favorable.

No es posible soslayar la inaplicabilidad al presente caso de la normatividad del Decreto 612 que invoca el actor, porque no se trata de formalidades, sino del derecho sustancial aplicable, para concluir que es imposible que la Administración al expedir los actos acusados hubiera quebrantado dicha normatividad.

## EL RECURSO DE SUPLICA

Lo interpone el recurrente, mediante apoderada con el propósito de que se acceda a las pretensiones de la demanda "consistentes en restablecer el derecho con nulidad de los actos administrativos, a gozar desde la fecha de retiro del actor, de una pensión de invalidez en la totalidad de los haberes en su grado de Sargento Primero, y a una indemnización equivalente a 54 meses de haberes, de su grado por haberse contraído la invalidez por causa y razón del servicio".

El argumento central del recurrente consiste en que "El fallo contraría la jurisprudencia de todos entendida y conocida de que la favorabilidad y la aplicación inmediata en las relaciones de trabajo son principios de orden público y por lo tanto de aplicación inmediata...".

Sin embargo, objeta también el fallo, por no haberse aplicado la excepción de inconstitucionalidad habida consideración de que el Decreto 2337 de 1971 en el que se basó la Administración para dictar los actos acusados, fue publicado el 8 de diciembre de 1971, cuando ya habían vencido las facultades para hacerlo, conferidas por la Ley 7 de 1970. En este sentido se citan en el recurso como contrariadas dos sentencias de la Sección Cuarta proferidas el 20 de febrero de 1979 (Anales 1979, Tomo 76, pág. 69) y el 20 de febrero de 1969 (Tomo LXXVI, 1969, pág. 74).

Sobre el tema de la retrospectividad y favorabilidad de la ley, se citan en el recurso como contrariadas las siguientes sentencias del Consejo de Estado:

La del 13 de marzo de 1968, Tomo LXI bis, pág. 221:

> "En materia de pensiones de jubilación la ley posterior al tiempo de servicio sí es aplicable al reconocimiento de tales pensiones en cuanto mejore las condiciones exigidas por la ley anterior".

Sentencia del Consejo de Estado de 10 de octubre de 1962, Tomo LVX, Num. 399-400, pág. 11:

"Según el principio de aplicación inmediata de la ley, los preceptos de las leyes sociales se aplican a todas las relaciones de trabajo, públicas o privadas, que estuvieren vigentes al comenzar ella a regir, de suerte que las afecta en sus elementos de pasado y futuro, pero que por lo mismo rechaza cualquier regulación de situaciones que jurídicamente se extinguieron antes de tal momento, a menos que el propio texto disponga como ocurre con las leyes de jubilación, que elementos de tales relaciones se tengan en cuenta para la determinación o configuración de un derecho".

Sentencia del Consejo de Estado, del 24 de septiembre de 1955, LXI, 382, 386, pág. 554:

"De conformidad con un principio generalmente aceptado en materia de prestaciones sociales, en casos excepcionales consideraciones de justicia y equidad determinan la aplicación retrospectiva de la ley. Es equivocada la apreciación consistente que sólo cuando la misma ley expresamente lo ordena pueda aplicarse retrospectivamente. Es lo contrario, cuando el legislador ha querido sustraer de tal principio determinadas disposiciones legales, categóricamente lo ha consignado o dispuesto en el texto de la misma disposición (...). Está fuera de lugar, la invocación de la jurisprudencia del Consejo de Estado, según la cual la ley derogada sigue gobernando los actos cumplidos bajo su imperio. La Sala reitera tal jurisprudencia, pero es obvio que respecto de ella pueden existir y existen casos de excepción, algunos consagrados por la nueva ley; otros, por inmanentes principios de derecho, de justicia y de equidad.

"Podrá más tarde pedir que la cuantía de su pensión sea aumentada si las bases de liquidación para esta prestación oficial fueren modificadas favorablemente por una ley posterior. Y así, por los términos, el sentido y la frecuentísima aplicación de la disposición citada se ve que no siempre la ley derogada o antigua sigue gobernando los actos cumplidos bajo su imperio y como el propio legislador autorizó e inspira la aplicación retrospectiva de la ley en materias sociales".

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer lugar observa la Sala que entre las jurisprudencias contrariadas, el recurrente cita, entre otras, las contenidas en las sentencias de 20 de febrero de 1979 y 20 de febrero de 1969, proferidas ambas por la Sección Cuarta del Consejo de Estado. Sobre este aspecto, nada tiene que decir la Corporación distinto a que

ellas no pueden ser objeto de comparación con la providencia suplicada en razón a que, según reiterada y constante jurisprudencia del Consejo de Estado, el estudio y decisión del recurso de súplica solamente proceden cuando se cita como contrariada jurisprudencia contenida en las sentencias emitidas por la antigua Sala de Negocios Generales, la Sala de lo Contencioso Administrativo y la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

Respecto de la sentencia de 13 de marzo de 1958, Tomo LXI bis, pág. 221, proferida por el Consejo de Estado, según informe de la Relatoría, el recurrente se limita a transcribir apartes de otra, fechada el 28 de octubre de 1953, que trata exclusivamente del derecho a la pensión de jubilación, sus objetivos y los requisitos relacionados con la edad y el tiempo de servicio, a la luz de las Leyes 29 de 1905 y la 6ª de 1945.

La circunstancia anterior impide a la Sala hacer la correspondiente comparación con el fallo suplicado, el cual como ya se observó versa sobre la asignación de retiro, cesantía, indemnización por incapacidad y la inaplicabilidad para el caso concreto del Decreto 612 de 1977, por imposibilidad de una aplicación retroactiva.

Argumento similar al anterior procede en tratándose de la presunta contradicción entre el fallo suplicado y la sentencia de 10 de octubre de 1962 ya que ésta, se refiere a la aplicación inmediata de la ley cuando se trata del reconocimiento de la prima de servicios, tal como se infiere del párrafo que citó el recurrente y del siguiente que no aparece en el recurso:

> "...es preciso concluir que como reingresó al servicio del Ministerio de Guerra, el 1° de mayo de 1953, es decir, ya bajo el imperio de la Ley 100 de 1948, no ha cumplido con esta etapa el requisito de los 15 años que exige el artículo 4 de dicha norma, para tener derecho a la prima de servicios demandada".

Por lo demás en la premencionada sentencia no se consagró propiamente la aplicación retrospectiva de la ley, sino que se reitera, un principio diferente, esto es, el de su aplicación inmediata. La circunstancia anterior se observa en el siguiente aparte de la misma providencia:

> "...Pero, cuando la demandante se retiró del Ministerio de Guerra, en el primer período, el 4 de agosto de 1945, después de trabajar 16 años y seis meses, como lo reconoce tanto la actora como el Ministerio, la norma aludida no estaba vigente, puesto que apenas vino a expedirse en 1948 y por lo tanto, mal podía beneficiarla, ya que no tiene efecto retroactivo. Otro fuere el caso si la actora se hubiere encontrado trabajando, cuando se dictó la ley, porque entonces sí el tiempo trabajado con anterioridad a su expedición, le habría servido para reclamar la prestación demandada.

"...La interpretación anterior, de otra parte, se arregla al principio de la aplicación inmediata de las leyes sociales, conforme al cual, sus preceptos se aplican a todas las relaciones de trabajo (públicas y privadas) que estuvieren vigentes al comenzar a regir, de suerte que las afecta en sus elementos de pasado y futuro, pero que, por lo mismo, rechaza cualquier regulación de situaciones que jurídicamente se extinguieron antes de tal momento, a menos que el propio texto disponga, como ocurre con las leyes sobre publicación, que los elementos de tales relaciones se tengan en cuenta para la determinación o configuración de un derecho".

Finalmente, se indica también como contrariada la sentencia de 24 de septiembre de 1955, la cual, de acuerdo con el informe de la Relatoría, no aparece fielmente transcrita.

La transcripción fiel y pertinente es la siguiente:

"...la Sala debe insistir en que de conformidad con un principio generalmente aceptado, en materia de prestaciones sociales y en casos excepcionales, consideraciones de justicia y de equidad determinan la aplicación retrospectiva de la ley.

"Habida consideración de las razones apuntadas, andan equivocados el señor Fiscal y el demandante cuando estiman que sólo cuando la misma ley expresamente lo ordena puede aplicarse retrospectivamente. Es lo contrario. Cuando el legislador ha querido sustraer de tal principio determinadas disposiciones legales, así categóricamente lo ha consignado o dispuesto en el texto de la disposición misma".

En primer término, observa la Sala que la sentencia de 24 de septiembre de 1955, proferida por la antigua Sala de Negocios Generales se ocupó de la situación jurídica de un Oficial del Ejército, el señor General Jorge Martínez Landínez, a quien el mismo Consejo de Estado le reconoció sueldo de retiro en la cesantía correspondiente según la legislación vigente (subraya la Sala).

En la precitada sentencia se aludió el artículo 1° de la Ley 100 de 1946 aplicable a los Oficiales de las Fuerzas Militares que sean retirados por llamamiento a calificar servicios o por solicitud propia, quienes tendrían derecho a partir de la fecha de retiro a una asignación mensual de retiro igual al 50% del sueldo correspondiente a su grado. Por esta norma se aumentaron los porcentajes de asignación de retiro y se disminuyó el tiempo necesario para tener derecho a ella, y gracias a esta circunstancia el General adquirió el derecho a la prestación.

Sin embargo, la Ley 100 de 1946 en su artículo 20 dispuso que ella regiría desde su sanción. Esto es que el legislador, siguiendo los principios generales, legisló

para el futuro, no le asignó efecto retroactivo a sus disposiciones, salvo en la situación contemplada en su artículo 19 conforme a la cual los sueldos de retiro que a los oficiales y suboficiales se estén pagando a la fecha de la sanción de esta ley, deberán ser reajustadas de acuerdo con lo establecido en sus artículos 1° y 7°.

Conforme a la disposición prealudida la retroactividad se aplicaba a una prestación (asignación de retiro) ya decretada, a la que los beneficiarios tenían derecho con anterioridad a la sanción de la ley.

En el mismo sentido el Consejo de Estado en la sentencia del 24 de septiembre de 1955 que en el presente recurso se cita como violada, en un párrafo que no señaló el recurrente y que impide concluir en su violación, expresó:

> "Por último, conviene dejar claramente establecido que, si en el fallo por medio del cual se reconoció al General Jorge Martínez Landínez el derecho a asignación o sueldo de retiro, aplicando retrospectivamente el artículo 1° de la Ley 100 de 1946, tal aplicación retrospectiva se hizo sólo en lo tocante al reconocimiento mismo, pues que en lo que respecta al goce efectivo de él se atuvo el Consejo en dicho fallo a la vigencia de la ley en referencia y así se dispuso que la asignación reconocida debería pagarse por la Caja de Sueldos de Retiro a partir de la fecha en que dicha ley fue sancionada. Por este aspecto se respetó, pues, como era y es obvio, el principio de la no retroactividad.
>
> "Tanto el demandante como el señor Agente del Ministerio Público sostienen que al artículo 1° de la Ley 100 de 1946 no puede dársele la aplicación retrospectiva que la Sala le dio, por no disponerlo así la ley misma.
>
> "En primer término quiere la Sala repetir y otra vez hacer notar que la aplicación al caso de autos de la disposición en referencia se hizo únicamente en lo tocante al reconocimiento de una prestación ya de tiempo atrás consagrada y no a las consecuencias del reconocimiento mismo, toda vez que, por lo que a estas últimas respecta, vale decir, la obligación de pagar al General Martínez Landínez la asignación de retiro a que se hizo acreedor, se dispuso que ella existía sólo a partir de la fecha en que entró en vigencia el estatuto de 1946".

Tal como se deduce de lo anteriormente expuesto el caso contemplado y resuelto en la sentencia últimamente citada como violada, difiere al referido y decidido en el fallo suplicado. En aquélla se trata del reajuste de una prestación ya decretada en virtud de una ley que modifica en favor de los ex empleados los porcentajes de la asignación y el tiempo de servicio para tener derecho a ella, mientras que en éste, se deniega la pretensión consistente en que se sustituya una asignación de retiro otorgada con base en la legislación vigente al momento del retiro del servicio, por una pensión de invalidez que por no haber sido lograda durante el servicio, no había

sido decretada. Estas circunstancias no permiten concluir la transgresión de la jurisprudencia citada como violada.

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

**FALLA:**

**NO PROSPERA** el recurso extraordinario de súplica interpuesto contra la sentencia de 11 de abril de 1994, proferida por la Sección Segunda de la Corporación.

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

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 24 de octubre de 1995.

*Daniel Suárez Hernández*, Vicepresidente; *Mario Alario Méndez* (ausente); *Ernesto Rafael Ariza M., Carlos Betancur Jaramillo, Jesús María Carrillo B., Julio Enrique Correa Restrepo, Guillermo Chahín Lizcano, Mirén de la Lombana de M., Delio Gómez Leyva, Nubia González Cerón, Amado Gutiérrez Jaramillo, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Juan de Dios Montes H., Yesid Rojas Serrano, Libardo Rodríguez Rodríguez, Consuelo Sarria Olcos.*

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION - Causales / NULIDAD EN LA SENTENCIA - Inexistencia / MOTIVACION DE LA SENTENCIA / PRUEBAS - Improcedencia**

**El recurrente sostiene que la sentencia revisada carece de motivación, pues el fallador de segunda instancia no hizo un estudio de los hechos de la demanda, de la valoración de las pruebas, de las disposiciones aplicables, ni de las conclusiones. La no motivación de la sentencia da origen a la nulidad de la misma sin embargo, no queda duda para la Sala que la causal invocada no logró ser probada, toda vez que la sentencia objeto de revisión fue debidamente motivada, debe dejarse claro que resulta ajeno al recurso de revisión impetrado, en razón de su carácter excepcional, pretender cuestionar los errores de apreciación probatoria en que haya incurrido el juez al proferir la decisión.**

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

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

Consejero Ponente: Doctor *Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente número REV.-089.

Actor: Camilo Enrique Cortés Bruschi.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo procede a resolver el recurso extraordinario de revisión interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 15 de junio de 1992 proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante la cual, y en virtud del recurso de apelación presentado contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, revocó el fallo apelado.

## I. ANTECEDENTES

El señor Camilo Enrique Cortés Bruschi, por intermedio de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, demandó ante el

Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad del Decreto número 1080 de abril 19 de 1982, por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento del poderdante del cargo de Asesor Jurídico de la Sección de Negocios Generales de la Dirección General de la Policía, solicitando además, a título de restablecimiento del derecho, el reintegro al cargo de Jefe de la Sección de Negocios Generales de la Dirección General de la Policía Nacional, o a otro de igual o superior categoría el pago de todos los salarios dejados de percibir desde la fecha de su retiro y hasta cuando se verifique su reintegro, y la declaración de no haber existido solución de continuidad en los servicios.

El fallo del tribunal con el que culminó el proceso originado en la demanda aludida, accedió a las pretensiones de la misma.

## II. LA SENTENCIA RECURRIDA EN REVISION

Al desatar el recurso de apelación la sentencia ahora recurrida en revisión, revocó el fallo del tribunal y, consecuencialmente, denegó las súplicas de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones principales:

1ª. Alega el accionante que el acto administrativo acusado fue expedido con falsa motivación, desviación y abuso de poder, pues la intención de la Administración fue sancionarlo por el caso del Mayor José Francisco Zapata, cuando él no tuvo conocimiento de que se le hubiera conferido poder, aparte de que la investigación se adelantó sin las formalidades de ley.

2ª. Muestran los autos que a fin de deslindar la responsabilidad del doctor Cortés Bruschi, el Inspector General de la Institución adelantó la investigación correspondiente, en la cual se estableció que al demandante se le envío el proceso para que preparara auto y poder para la firma del Director General, concluyéndose que aquél no representó a la Policía, a pesar de haberse enterado de su designación como apoderado.

3ª. La Sala se abstiene de pronunciarse sobre la forma como se adelantó la investigación, ya que según muestran los autos, la misma no tuvo incidencia en la determinación adoptada por el Gobierno Nacional.

4ª. Es jurisprudencia reiterada de la Corporación, que la facultad sancionatoria y la discrecional son totalmente diferentes: la primera es eminentemente reglada, mientras que la segunda se presume tiende a garantizar el buen servicio público. Es más, se puede declarar la insubsistencia de un nombramiento, aun estando en curso una investigación disciplinaria (sentencia de 23 de marzo de 1990. Exp. 2679. Actor: Luis Arturo Zuluaga Toro).

5ª. En el caso *sub lite*, el Director General de la Policía Nacional como consecuencia de la investigación adelantada en contra del actor, consideró que una

multa de descuento del 20% del salario básico mensual era correctivo suficiente a la falta cometida. Lo anterior no tiene relación alguna con la declaratoria de insubsistencia.

6ª. La decisión de la Administración se profirió dentro de los cauces normales y teniendo en cuenta el buen servicio, para lo cual está facultada, no teniendo el demandante fuero alguno de estabilidad.

## III. LOS FUNDAMENTOS DE LA REVISION IMPETRADA

El recurrente invoca como causal de revisión la contemplada en el numeral 6° del artículo 188 del C.C.A., que dispone: "Cuando existiere nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso contra la cual no procedía ningún recurso; ...", sustentando en síntesis su impugnación así:

La Sección Segunda, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al proferir la sentencia de 15 de junio de 1992, desatendió el mandato constitucional contenido en el artículo 163 de la anterior Constitución (hoy artículo 29); los artículos 170, modificado por el artículo 38 del Decreto 2304 de 1989, 185 y ss. del C.C.A.; el artículo 304 y ss. del C. de P. C., modificado por el artículo 1° numeral 134 del Decreto número 2282 de 1989 y demás normas concordantes que consagran una garantía para el gobernado de no ser objeto de arbitrariedad o atropello, cuando sea sujeto activo o pasivo de una decisión o acto jurisdiccional.

Lo anterior, por cuanto el fallador de segunda instancia cita y remite a otro proceso el análisis respectivo, sin hacer un estudio de los hechos de la demanda, de la valoración de las pruebas, de las disposiciones aplicables y de las conclusiones, tal y como lo ordenan las normas anteriormente citadas.

El *ad quem* ignoró en su totalidad los presupuestos fácticos y jurídicos en los cuales descansaban las pretensiones de este proceso, careciendo así la sentencia objeto de revisión, de la motivación y de la congruencia necesarias, exigidas por la Constitución y la ley procesal.

## IV. TRAMITE DEL RECURSO

Al recurso se le dio el trámite previsto en los artículos 190, 191 y 192 del C.C.A., habiéndose admitido la demanda contentiva del mismo mediante auto de 12 de agosto de 1994 (fl. 29 del Cdno. No. 1) y decretándose las pruebas solicitadas por la parte actora (fl. 52 del Cdno. No. 1).

## V. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Cuarta Delegada ante esta Corporación estima que el recurso no está llamado a prosperar, toda vez que el sustento de la causal invocada

radica en la carencia de motivación de la sentencia recurrida, siendo que la valoración de las pruebas, de las disposiciones aplicables y de las conclusiones tomadas por la Sección Segunda del Consejo de Estado, son aspectos que no tienen cabida dentro del estudio de este medio extraordinario de impugnación, conforme a la preceptiva jurídica y a las directrices jurisprudenciales que gobiernan la materia.

No es cierto que el fallo recurrido carezca de motivación, pues de su simple lectura se establece que se encuentra debidamente sustentado en las circunstancias fácticas acreditadas dentro del plenario, que no fueron suficientes para acceder a la nulidad del acto demandado, por cuanto una es la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción, y otra la facultad de sancionar a quienes incurran en falta disciplinaria, de tal suerte que el Gobierno Nacional podía remover de su cargo al actor, sin que su falta de actuación en un proceso contencioso administrativo, lo hiciera inamovible.

## VI. CONSIDERACIONES DEL CONSEJO

Procede la Sala a determinar si lo expuesto por el recurrente como fundamento de la revisión impetrada, da lugar a que se configure la causal por éste invocada.

Dicha causal reza:

"Artículo 188. Causales de Revisión. Procederá este recurso:

"1. ...

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

En esencia, el recurrente sostiene que la sentencia revisada carece de motivación, pues el fallador de segunda instancia no hizo un estudio de los hechos de la demanda, de la valoración de las pruebas, de las disposiciones aplicables, ni de las conclusiones.

Esta Corporación en sentencia de 6 de julio de 1988. Consejero Ponente: doctor Julio César Uribe Acosta, Expediente número Rev-011, sostuvo:

> "La nulidad originada en la sentencia se genera cuando ella se dicta en un proceso terminado anormalmente por desistimiento, transacción o perención, o cuando se condena a quien no ha figurado como parte, o cuando el proveído se profiere estando legalmente suspendido el proceso. Igualmente, cuando la sentencia aparece firmada por mayor o menor número de magistrados, o adoptada con un número de votos diverso al previsto en la ley. Igualmente, la que provea sobre aspectos que no corresponde ora por falta de competencia, ora por falta de jurisdicción. Podría darse también la causal cuando la

providencia, carece completamente de motivación, pues el artículo 163 de la Constitución Nacional ordena que 'toda sentencia deberá ser motivada'".

Se tiene entonces que en efecto, la no motivación de la sentencia da origen a la nulidad de la misma. Luego habrá de analizarse si es cierto que la sentencia recurrida carece de motivación.

Dentro de las consideraciones expuestas por la Sección Segunda del Consejo de Estado, se encuentran, entre otras, que la investigación disciplinaria adelantada contra el recurrente no incidió en la determinación adoptada por el Gobierno Nacional, esto es, en la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, señalando además, que una es la facultad sancionatoria, que es eminentemente reglada, y otra la discrecional que se ejerce en aras del mejoramiento del servicio, de la cual se puede hacer uso, a pesar de encontrarse en curso una investigación disciplinaria.

Asimismo se consigna en la providencia recurrida que la conducta del actor investigada fue sancionada con una multa, pues se estableció que el mismo no representó a la Policía "a pesar de haberse enterado suficientemente de su designación como apoderado...", sin que aquello haya tenido relación con la declaratoria de insubsistencia.

Por último, expresa que no existió prueba en contrario (lo cual deja inferir que sí se analizaron las pruebas obrantes en el proceso), que desvirtúe que la decisión proferida por la Administración lo fue dentro de los cauces normales y teniendo en cuenta el buen servicio y el hecho de que el demandante no gozaba de fuero alguno de estabilidad en el cargo.

En consecuencia, no queda duda para la Sala que la causal invocada no logró ser probada, toda vez que la sentencia objeto de revisión fue debidamente motivada en la forma como se dejó consignado anteriormente.

Finalmente, debe dejarse claro que resulta ajeno al recurso de revisión impetrado, en razón de su carácter excepcional, pretender cuestionar los errores de apreciación probatoria en que haya podido incurrir el juez al proferir la decisión.

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

1°. **NO PROSPERA** el recurso de revisión interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 15 de junio de 1992, proferida en segunda instancia por la Sección Segunda del Consejo de Estado.

2°. Sin costas por no aparecer que se hubiesen causado.

3°. Devuélvase al recurrente la caución prestada.

4°. En firme esta sentencia, remítase el expediente a la Sección 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 **treinta y uno de octubre de mil novecientos noventa y cinco.**

*Daniel Suárez Hernández*, Vicepresidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Carlos Betancur Jaramillo, Jesús María Carrillo B.* (ausente); *Julio E. Correa Restrepo, Guillermo Chahín Lizcano, Mirén de la Lombana de M.* (ausente); *Delio Gómez Leyva, Nubia González Cerón, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Juan de Dios Montes Hernández, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Consuelo Sarria Olcos, Mario Alario Méndez.*

**JURISPRUDENCIA DE SECCION - Improcedencia**

**La Sala limitará el estudio a la comparación de la sentencia recurrida con las jurisprudencias provenientes de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo citadas como contrariadas, reafirmando lo que ha sostenido en forma reiterada, respecto de que los cambios de jurisprudencia contenidos en fallos de las diferentes secciones no son útiles para infirmar una providencia a través del recurso extraordinario de súplica.**

**IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO - Liquidación / VIA GUBERNATIVA - Argumentos / ARGUMENTO NUEVO - Inexistencia / SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA - Motivación**

**La sentencia suplicada se limitó a desatar la situación litigiosa planteada desde la sede gubernativa, que versó sobre puntos concretos del acto de liquidación del impuesto de industria y comercio correspondiente al año gravable de 1984 a cargo de la sociedad actora y sobre tales puntos versó la decisión del fallo; no puede afirmarse, como lo sostiene la suplicante, que al analizar el *ad quem* la situación y haberla decidido desfavorablemente a la luz de una norma que no fue materia de discusión en la vía gubernativa ni citada en la demanda, se haya variado la pretensión objeto del litigio, ya que uno es el objeto, lo que se pide, y otra la normatividad con la que el juez ilustra su decisión negativa, que por razones obvias no hace parte del *petitum* de la demanda que persigue una sentencia favorable. La normatividad invocada sólo puede considerarse parte de la pretensión cuando se señala su violación como causa petendi y únicamente fija límites a la sentencia cuando no se puede acceder a lo pedido por causa diferente.**

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Técnica / SALVAMENTO DE VOTO - Improcedencia / ACLARACION DE VOTO - Improcedencia**

**La confrontación que impone el recurso extraordinario de súplica debe hacerse entre la jurisprudencia de la corporación**

**y la jurisprudencia de la sección y que la jurisprudencia de una sentencia está contenida en ella, no en sus aclaraciones o salvamentos de voto que, como es obvio, contienen consideraciones personales de los consejeros disidentes, no compartidas por la sala respectiva. De manera que en el *sub lite* el estudio de la censura se ceñirá al análisis del cargo frente al texto de la sentencia.**

**SENTENCIA - Motivación / JUEZ EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Facultades / JUEZ DE LEGALIDAD/PRUEBA CONTABLE / INGRESO - Exclusión**

**Las consideraciones de la sentencia respecto a que para la viabilidad de la exclusión de los ingresos pretendida era necesario de acuerdo con la ley, no sólo la prueba contable sino probar el cumplimiento de las exigencias del artículo 1° del Decreto 3070 de 1983, pertenecen a la parte motiva de la sentencia, que nada tiene que ver con la concordancia que debe existir entre lo pedido y lo resuelto. Afirmar que porque las consideraciones se basaron en una ley no citada en la demanda se incurrió en vicio de incongruencia no tiene por tanto fundamento alguno, y además irrazonable, porque el fallador en lo contencioso administrativo es un juez de legalidad sometido al imperio de la ley, que si bien no puede anular un acto administrativo por razones diferentes a las expuestas por el demandante, sí puede negar la pretensión aplicando en su integridad el derecho, pues sería absurdo que se accediera a la nulidad de un acto legítimo pretextando que no se citó la norma respectiva.**

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., diez (10) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente: Doctora *Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente número S-353.

Actor: Ingenieros Civiles Asociados S. A.

Procede la Sala a resolver el recurso extraordinario de súplica interpuesto por la sociedad *Ingenieros Civiles S. A.*, contra la sentencia proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado el día 22 de octubre de 1993.

## LA SENTENCIA RECURRIDA

La Sección Cuarta de la Corporación en la sentencia impugnada revocó el fallo proferido por el *a quo* y denegó las súplicas de la demanda. Así fundamentó el *ad quem* su decisión:

"...En tales condiciones, la certificación contable aportada no permite determinar el monto de los ingresos que por concepto de ejecución de obras públicas contratadas por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, se realizaron en otros municipios.

De otra parte, no aparece dentro del expediente prueba alguna que permita a la Sala tener la plena convicción que la obra pública realizada no comprendió territorio de la jurisdicción del Distrito Especial de Bogotá, pues si bien a folio 202 del cuaderno principal aparece un mapa del departamento de Cundinamarca no se señala en él, las áreas que comprende la obra ni existe prueba técnica de peritos que lo señalen, pues en este sentido la actora no pidió prueba alguna.

Por consiguiente, para hacer viable la exclusión de los ingresos obtenidos fuera de Bogotá, tendría la Sala que atenerse a la prueba contable y en especial a los requisitos de existencia de cuentas separadas exigidas por el artículo 1° del Decreto 3070 de 1983 y dentro de ellas la concerniente al municipio de Fómeque, lugar que alega la actora fue en que se ejecutó la obra pública.

En relación con la primera, o sea, la prueba contable –F. 30 c.p.–, el desglose allí efectuado no arroja claridad sobre el particular, porque no basta con afirmar un ingreso, como sucede con la mayoría de los ítems que en ella se contemplan, como sucede, por ejemplo, con la diferencia en tipo de cambio o los intereses y rendimientos financieros, sino que, lo afirmado debe ser complementado con otros medios de prueba que permitan tener como ciertos los ingresos que se afirman se excluyen de la base gravable por ser obtenidos fuera de Bogotá, adquiriendo éstos, para el caso sub exámine, especial relevancia, en atención a que la fuente fundamental de ingreso se origina en un contrato celebrado en Bogotá, sus efectos económicos se cancelan en Bogotá, y las partes contratantes tienen su domicilio en la misma ciudad. Y, por lo que respecta a la segunda, vale decir, los requisitos señalados en el artículo 1° del Decreto 3070 de 1983, en cuanto a la matrícula del establecimiento de comercio que funciona fuera del domicilio de la sociedad y la existencia de cuentas separadas, ninguno de éstos ha sido acreditado".

Agrega más adelante el fallo de la Sección Cuarta de esta Corporación:

"..Es forzoso concluir entonces que el acervo probatorio presentado por la actora no fue suficiente para desvirtuar los actos administrativos acusados, en cuanto a la determinación de la base gravable por concepto del contrato de obras públicas celebrado con la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá...".

Consideró la Sección Cuarta que tampoco fue desvirtuada la adición de ingresos no declarados, sobre los cuales alegó la actora que no eran ingresos sino

anticipos por contratos de servicios autónomos, porque la prueba no fue suficiente para demostrar que dichos pagos no constituían ingresos para la tributante; que además en materia de impuesto de industria y comercio, a diferencia del impuesto nacional sobre la renta la base gravable la constituye el monto de los ingresos brutos del contribuyente en el período fiscal, antes de costos y deducciones, por tanto resultan irrelevantes dichos factores imputables al ingreso.

Finalmente, negó el *ad quem* el descuento por los ingresos financieros, ya que la certificación contable que aparece en el plenario no indica los asientos ni señala los soportes que dieron origen a su cuantificación y además no fue indicada por la actora la norma local que permita excluirlos del gravamen.

Consecuentemente con lo expuesto en el proveído, la Sección Cuarta no levantó la sanción por inexactitud impuesta, ya que no fue probado que la declaración tributaria no hubiera consignado datos incorrectos o incompletos, a términos del artículo 53 del Acuerdo 21 de 1983.

## EL RECURSO

La recurrente cita como desoída la jurisprudencia contenida en las siguientes sentencias:

De agosto 6 de 1991, Consejera Ponente: Doctora Clara Forero de Castro, Exp. S-145 y de agosto 30 de 1983, Consejero Ponente: Doctor Gustavo Humberto Rodríguez, Exp. S-10910 proferidas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

Proferidas por la Sección Cuarta de esta Corporación: las de diciembre 9 de 1986 y febrero 2 de 1990, Consejero Ponente: Doctor Jaime Abella Zárate, Expedientes 1323 y 1764, respectivamente; la de octubre 21 de 1983, Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Murtra, Exp. 7978; la de mayo 29 de 1987, Consejera Ponente: Doctora Consuelo Sarria Olcos, Exp. 1400 y la de abril 30 de 1992, Consejero Ponente: Doctor Guillermo Chahín Lizcano, Exp. 3746.

Expresa la suplicante que según la sentencia de Sala Plena del 6 de agosto de 1991, Exp. S-145, los puntos debatidos en el proceso contencioso deben ser los mismos que fueron motivo de discusión en la vía gubernativa, restricción que no implica el hecho de que en el contencioso se puedan formular argumentos jurídicos nuevos, porque la identidad debe darse entre el asunto que fue objeto de revisión y análisis por parte de los funcionarios administrativos y el que finalmente se somete a juzgamiento en la jurisdicción. Es decir, en lo solicitado y no en los argumentos para hacer la petición; que de acuerdo con dicho fallo, los aspectos fácticos y los fundamentos de la controversia quedan delimitados desde la vía gubernativa, por manera que no puede el Juez variar completamente el objeto del litigio en la fase contenciosa, como sucedió en la sentencia que recurre en súplica, ya que en dicho

proveído se decide el litigio a favor de la entidad demandada con base en dos hechos que resultan nuevos para las partes, como son ***la ausencia del registro mercantil en la Cámara de Comercio de Bogotá de la existencia de sucursales, agencias o establecimientos de comercio fuera del domicilio principal y la carencia de cuentas separadas en los registros de venta,*** aspectos estos que fueron traídos por primera vez al proceso. (Destaca la Sala).

Alega que la administración había admitido durante la vía gubernativa que la obra pública se realizó fuera del límite territorial del Distrito Especial de Bogotá, insistiendo en su gravamen por el hecho de que la suscripción del contrato se hizo en la ciudad de Bogotá y que no fue objeto de reparo alguno ni en el procedimiento de investigación (requerimiento previo) ni en la vía gubernativa, el hecho de no tener sucursales o agencias ni las cuentas o registros separados de que trata el artículo 1° del Decreto 3070 de 1983 que se aduce también por primera vez en el proceso.

Sostiene además la recurrente que con el fallo de la Sección Cuarta se desconoció, contrariándola, la sentencia de la Sala Plena de agosto 30 de 1983 que precisa que el principio **iura novit curia**, según el cual el derecho lo da el juez, para quien nunca es nuevo aunque resulte distinto al invocado por las partes, no es aplicable en los procesos de nulidad, de restablecimiento del derecho y electorales; que al fallar el *ad quem* a favor de la entidad demandada con base en hechos que no fueron planteados por ella, aplicó dicho principio en un proceso en donde según voces de la sentencia citada como desoída no tiene cabida.

En cuanto a las jurisprudencias de Sección expresa la suplicante que con el fallo recurrido se contrarió lo sostenido por la Sección sobre el valor probatorio de la contabilidad y la territorialidad del impuesto.

Para resolver, se

## CONSIDERA

No obstante que la recurrente en su escrito cita como infringidas, además de sentencias proferidas por la Sala Plena, otras dictadas por la Sección Cuarta de esta Corporación, solicitando que la confrontación con el fallo recurrido se haga frente a todas ellas, la Sala limitará el estudio a la comparación de la sentencia recurrida con las jurisprudencias provenientes de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo citadas como contrariadas, reafirmando lo que ha sostenido en forma reiterada, respecto de que los cambios de jurisprudencia contenidos en los fallos de las diferentes Secciones no son útiles para infirmar una providencia a través del recurso extraordinario de súplica.

De manera que la Sala dejará de lado el segundo cargo que fue sustentado en fallos de la Sección Cuarta y circunscribirá el estudio al cargo que tituló como "planteamiento de hechos nuevos en la sentencia", que sí está fundamentado en dos sentencias de Sala Plena: de agosto 6 de 1991, Consejera Ponente: Doctora Clara Forero de Castro, Exp. S-145 y de agosto 30 de 1983, Exp. 10910, Consejero Ponente: Doctor Gustavo Humberto Rodríguez.

La sentencia de Sala Plena de agosto 6 de 1991 Exp. S-145, se ocupó de determinar que la finalidad de la exigencia legal del agotamiento previo de la vía gubernativa es "que ante los jueces no se inicien conflictos no planteados previamente a la administración" y de clarificar que la identidad que debe darse entre el asunto que fue objeto de análisis por parte de los funcionarios administrativos y el sometido finalmente a juzgamiento en la jurisdicción, se predica de la pretensión, no de los argumentos para hacer la petición. Estos aspectos de derecho no han sido contrariados por el fallo objeto de recurso, como quiera que dicha sentencia no trató el tema del agotamiento de la vía gubernativa ni dijo en aparte alguno que la pretensión alegada en la vía contenciosa puede ser distinta de la invocada en sede gubernativa, o que no se puedan formular argumentos distintos de los presentados en el trámite gubernativo.

La recurrente formula el cargo diciendo que si no le es dable al actor modificar completamente la litis que fue objeto de pronunciamiento gubernativo, tampoco le es permitido al juez traer en cuento consideraciones de hecho distintas, argumento con el cual adiciona la sentencia que dice contrariada, pues ésta en forma alguna se ocupó de limitar la actividad del fallador.

Sin embargo, aun en el evento de que se estimara que el argumento fuera deducible de la sentencia citada, el análisis del fallo recurrido lleva a la Sala a concluir que la Sección no incurrió en el vicio señalado, pues no es cierto que hubiera variado el objeto del litigio. La pretensión de la actora era la nulidad de los actos administrativos que modificaron su liquidación del impuesto de industria y comercio desconociendo unos descuentos declarados e imponiendo sanción por inexactitud; y es evidente que la decisión jurisdiccional se limitó a examinar estos temas y a revocar la sentencia de primera instancia para negar la **pretensión** por estimar que los descuentos no fueron probados y que la sanción por inexactitud fue legalmente impuesta.

Es decir, que la sentencia suplicada se limitó a desatar la cuestión litigiosa planteada desde la sede gubernativa, que versó sobre puntos concretos del acto de liquidación del impuesto de industria y comercio correspondiente al año gravable de 1984 a cargo de la sociedad actora y sobre tales puntos versó la decisión del fallo; no puede afirmarse, como lo sostiene la suplicante, que al analizar el *ad quem*

la situación y haberla decidido desfavorablemente a la luz de una norma que no fue materia de discusión en la vía gubernativa ni citada en la demanda, se haya variado la pretensión objeto del litigio, ya que uno es el objeto, lo que se pide, y otra la normatividad con la que el juez ilustra su decisión negativa, que por razones obvias no hace parte del *petitum* de la demanda que persigue una sentencia favorable. La normatividad invocada sólo puede considerarse parte de la pretensión cuando se señala su violación como *causa petendi* y únicamente fija límites a la sentencia en cuanto no se puede acceder a lo pedido por causa diferente.

La segunda de las sentencias citadas por la suplicante, de agosto 30 de 1983, discurre sobre tres puntos de derecho: principio de congruencia interna y externa (entre la parte motiva y resolutiva de la sentencia y entre lo pedido por las partes y la decisión contenida en el fallo), define lo que debe entenderse por *petitum*; y finalmente precisa la diferencia entre pretensión y fundamentos de derecho; materias éstas a las que no se refiere el fallo objeto del recurso.

La recurrente se basa para su acusación, no propiamente en el fallo, sino en la aclaración de voto de dos consejeros que sostuvieron que, tratándose de un juicio de nulidad y restablecimiento del derecho, el juez está atado a las normas de derecho invocadas sin que le sea permitido como en otra clase de procesos, "dar el derecho"; el cargo además es incongruente porque termina sustentando la censura no en la circunstancia de que fallo del *ad quem* aplicara un decreto no invocado sino que la providencia consideró dos hechos que resultaron nuevos para las partes.

Sabido es que la confrontación que impone el recurso extraordinario de súplica debe hacerse entre la jurisprudencia de la Corporación y la jurisprudencia de la Sección y que la jurisprudencia de una sentencia está contenida en ella, no en sus aclaraciones o salvamentos de voto que, como es obvio, contienen consideraciones personales de los consejeros disidentes, no compartidas por la Sala respectiva. De manera que en el *sub lite* el estudio de la censura se ceñirá al análisis del cargo frente al texto de la sentencia.

En el aparte de la sentencia de la Sala Plena que destaca la recurrente, razona la Sala sobre el principio de la congruencia externa de la sentencia que exige concordancia entre lo pedido por las partes en la demanda y en las excepciones y la decisión contenida en la sentencia y expresa que este principio se viola por *ultra petita, extra petita* o *minus petita.*

Pues bien, en el fallo suplicado la Sección Cuarta no hace disquisición alguna que difiera de estos planteamientos, luego expresamente no pudo contrariar tal jurisprudencia. Tampoco en su decisión reconoció más de lo pedido, ni accedió a algo no reclamado ni dio menos de lo solicitado, para que pudiera entenderse contrariada la sentencia de Sala Plena citada como desoída.

El litigio versó sobre dos posiciones encontradas, la de la demandante que pidió la nulidad de la liquidación oficial de impuestos y la confirmación de su liquidación privada, y la de la demandada que pidió la no prosperidad de tales pretensiones. El fallo acusado acogió el pedimento de la parte demandada y negó las pretensiones del libelo demandatario.

Las consideraciones de la sentencia respecto a que para la viabilidad de la exclusión de los ingresos pretendida era necesario de acuerdo con la ley, no sólo la prueba contable sino probar el cumplimiento de las exigencias del artículo 1° del Decreto 3070 de 1983, pertenecen a la parte motiva de la sentencia, que nada tiene que ver con la concordancia que debe existir entre lo pedido y lo resuelto. Afirmar que porque las consideraciones se basaron en una ley no citada en la demanda se incurrió en vicio de incongruencia no tiene por tanto fundamento alguno, y es además irrazonable, porque el fallador en lo contencioso administrativo es un juez de legalidad sometido al imperio de la ley, que si bien no puede anular un acto administrativo por razones diferentes a las expuestas por el demandante, si puede negar la pretensión aplicando en su integridad el derecho, pues sería absurdo que se accediera a la nulidad de un acto legítimo pretextando que no se citó la norma respectiva.

En ese orden de ideas, al no encontrarse contradicción jurisprudencial alguna entre la sentencia recurrida y las sentencias de Sala Plena citadas como desoídas, la Sala desestimará el recurso interpuesto.

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 sociedad *Ingenieros Civiles Asociados S. A.*, contra la sentencia de octubre veintidós (22) de mil novecientos noventa y tres (1993) proferida por la Sección Cuarta de esta Corporación.

Devuélvase el expediente a la Sección de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala Plena en sesión del ocho (8) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

*Diego Younes Moreno*, Presidente (ausente); *Mario Rafael Alario Méndez*, (aclaración de voto); *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Jesús María Carrillo Ballesteros, Mirén de la Lombana de M., Clara Forero de Castro, Nubia González Cerón, Amado Gutiérrez*

*Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Alvaro Lecompte Luna, Juan de Dios Montes H., Carlos Arturo Orjuela G., Dolly Pedraza de Arenas, Libardo Rodríguez Rodríguez, Rodrigo Ramírez González, Daniel Suárez Hernández.*

*Mercedes Tovar de Herrán*, Secretaria General (E.).

NOTA DE RELATORIA: La aclaración de voto del doctor Mario Alario Méndez, se refiere a su criterio, según el cual la normatividad referente al recurso extraordinario de súplica permite deducir que cuando alude a jurisprudencia del Consejo de Estado comprende también la jurisprudencia de las secciones y que si la sentencia suplicada no es contraria a jurisprudencia de la corporación debe rechazarse el recurso, pero no declarar que no prospera.

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA/ JURISPRUDENCIA DE SECCION - Procedencia**

**En efecto, habrá recurso de súplica, dice el artículo 130 del Código Contencioso Administrativo, contra los autos interlocutorios y las sentencias dictadas por una de las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo cuando sin la aprobación de la Sala Plena se acoja doctrina contraria a la jurisprudencia de la corporación. En caso contrario, es claro, no habrá recurso de súplica. El recurso de súplica procede cuando sin la aprobación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo se acoja doctrina contraria a la jurisprudencia de la corporación, y no procede en caso contrario. Resulta impropio afirmar, repito, como se hizo en la providencia, que el recurso no prospera porque no se contraría la jurisprudencia de la corporación. Si ello es así, lo que ocurre es que contra la sentencia impugnada no había recurso de súplica, es decir, que no era procedente, y es eso lo que debió declararse y el recurso entonces debió ser rechazado, pero no declarar que no prosperaba.**

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

Santafé de Bogotá, D.C., catorce (14) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctora. Dolly Pedraza de Arenas.

Radicación: número S-353.

Actor: Ingenieros Civiles Asociados S.A.

## ACLARACION DE VOTO

I

Disponía el artículo 2°. de la Ley 11 de 1975 que el recurso de súplica procedía contra los autos interlocutorios y las sentencias dictadas por una de las secciones en

las que, sin la previa autorización de la Sala Plena, se acogiera doctrina contraria a "alguna jurisprudencia".

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en providencia de 25 de marzo de 1981, expresó que, de conformidad con lo establecido en ese artículo y en el artículo 24 del Decreto 528 de 1964, "la jurisprudencia cuya contradicción puede dar origen al recurso de súplica, no es otra que la interpretación adoptada por la antigua Sala de Negocios Generales o la escogida por la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado sobre un determinado aspecto jurídico" (Anales, T. C., núms. 469-470, p. 528).

Es este el criterio que ha prevalecido desde entonces, con base en el cual se ha tenido por improcedente el recurso de súplica interpuesto respecto de providencias que contengan doctrina contraria a la jurisprudencia de las secciones en que se encuentra dividida la Sala.

Mi opinión es otra. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley 11 de 1975, el recurso de súplica procedía cuando las secciones acogían doctrina contraria a "alguna jurisprudencia", ya se dijo. Pero el adjetivo *alguna* denota indeterminación, y esa indeterminación resulta incompatible con la identificación inequívoca que se pretende y que llevó a la conclusión de que era la jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, precisamente, o de la extinguida Sala de Negocios Generales, aquella a que se refería la mentada disposición.

Creo pues que, en los términos del artículo 2° de la Ley 11 de 1975, el recurso de súplica procedía cuando se contrariara alguna jurisprudencia del Consejo de Estado, cualquiera fuera su origen.

Hoy, según lo dispuesto en el artículo 130 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 21 del Decreto 2304 de 1989, el recurso de súplica procede contra los autos interlocutorios y las sentencias proferidas por las secciones, cuando sin la aprobación de la Sala Plena se acoja doctrina contraria a "la jurisprudencia de la corporación".

Después expedida la disposición anterior reiteró la Sala, en sentencia de 6 de marzo de 1990, que el recurso extraordinario de súplica procedía sólo cuando la jurisprudencia pretendidamente contrariada por la de una de las secciones estuviera contenida en sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo o de las extinguidas Sala de Negocios Generales y Sala de lo Contencioso Administrativo (expediente S-132).

Y en sentencia de 4 de julio de 1991 dijo que la jurisprudencia cuya contrariedad hace procedente el recurso de súplica es la de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, no porque los pronunciamientos o interpretaciones o

teorías aprobadas por una de las secciones no sean jurisprudencia, "sino porque la disposición se refiere a la circunscrita a los pronunciamientos de la corporación, y aquí *corporación* tiene la acepción específica de *Sala Plena de lo Contencioso Administrativo*" (Anales, t. CXXIV, primera parte, p. 29).

Otras muchas providencias podrían citarse al respecto, pero baste con las nombradas.

Y es también otra mi opinión. La corporación a que se refiere la norma es, claro está, el Consejo de Estado. Las decisiones de cada uno de sus secciones son decisiones del Consejo de Estado, sin dudas, y por lo mismo los criterios que expresan son también la jurisprudencia del Consejo de Estado. Siendo así, su violación hace procedente el recurso extraordinario de súplica.

La sentencia dictada en esta oportunidad reiteró que "la Sala limitará el estudio a la comparación de la sentencia recurrida con las jurisprudencias provenientes de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo citadas como contrariadas, reafirmando lo que ha sostenido en forma reiterada, respecto de que los cambios de jurisprudencia contenidos en los fallos de las distintas sesiones no son útiles para infirmar una providencia a través del recurso extraordinario de súplica", que es opinión que no comparto.

II

Es impropio afirmar, como se hizo en la providencia y es costumbre, que el recurso no prospera porque la sentencia impugnada no es contraria a la jurisprudencia de la corporación. En tales casos, esto es, cuando no se da la contrariedad alegada, lo que corresponde es advertir que contra la providencia impugnada no hay recurso de súplica, es decir, que no es procedente, y rechazarlo, en consecuencia. Pero no declarar que no prospera.

En efecto, habrá recurso de súplica, dice el artículo 130 del Código Contencioso Administrativo, contra los autos interlocutorios y las sentencias dictadas por una de las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo cuando sin la aprobación de la Sala Plena se acoja doctrina contraria a la jurisprudencia de la corporación. En caso contrario, es claro, no habrá recurso de súplica.

En otros términos, el recurso de súplica procede cuando sin la aprobación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo se acoja doctrina contraria a la jurisprudencia de la corporación, y no procede en caso contrario.

Entonces, interpuesto el recurso, la Sala ha de estudiar, en primer lugar, si la providencia impugnada acoge doctrina contraria a la jurisprudencia de la corporación, para determinar la procedencia del recurso. Si el recurso fuere procedente, examinará

el fondo del asunto, para entonces confirmar la providencia impugnada si advierte que se ajusta a la ley, o a revocarla si encuentra que es violatoria de la ley.

La contrariedad de la sentencia impugnada a la jurisprudencia de la corporación sólo determina la procedencia del recurso, pero no su prosperidad. El recurso sólo puede prosperar, en los casos en que procede, cuando la providencia que se impugna sea violatoria de la ley.

Por lo expuesto, resulta impropio afirmar, como se hizo en la providencia, que el recurso no prospera porque no se daba la contrariedad alegada. Si ello es así, lo que ocurre es que contra la sentencia impugnada no había recurso de súplica, es decir, que no era procedente, y es eso lo que debe declararse y el recurso debe ser rechazado, pero no declarar que no prospera.

*Mario Alario Méndez.*

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Técnica / JURISPRUDENCIA DE SECCION - Improcedencia**

**La corporación debe aclarar que los cargos deben ser estudiados frente a las sentencias que el demandante considera contrariadas por la sentencia suplicada, siempre y cuando aquellas hayan sido proferidas por la actual Sala Plena de lo Contencioso Administrativo o las antiguas Salas de Negocios Generales o Sala de lo Contencioso Administrativo, tal como se ha venido reiterando en diversas providencias.**

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA / DOBLE TRIBUTACION - Improcedencia / IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO / TERRITORIEDAD DEL IMPUESTO**

**El punto de derecho que mediante el presente recurso de súplica se discute, es el de la doble tributación, la cual se encuentra prohibida legalmente. Le asiste razón al recurrente en cuanto a las anteriores jurisprudencias proscriben el principio de la doble tributación, pero ha de advertirse que la sentencia objeto de súplica en manera alguna consagra dicho principio cuando expresa que "...es necesario darle cumplimiento al artículo 77 de dicha norma..." (Ley 49 de 1990). El texto del citado artículo es muy claro al señalar que el impuesto de industria y comercio, gravamen al cual se contrae la presente demanda, se pagará en el municipio en donde se encuentre ubicada la fábrica o planta industrial, para el caso Valledupar, con base en los ingresos brutos provenientes de la comercialización de la producción, que fue precisamente lo que establecieron los actos administrativos demandados, con base en la certificación expedida por el revisor fiscal de la sociedad demandante.**

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Objeto / TERCERA INSTANCIA - Inexistencia / JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Improcedencia**

**No es materia del recurso de súplica, por no tratarse de una tercera instancia, el cuestionar el porqué la sentencia suplicada no tuvo en cuenta la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, pues es sabido que el recurso de súplica posee una naturaleza y características que tal como se ha precisado y reiterado en varios fallos, se enfocan a la unificación de la jurisprudencia de la corporación, y que sólo será favorable al recurrente cuando logre demostrar que un auto interlocutorio o una sentencia proferida por una sección, como se pretende en el presente caso, ha contrariado la jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sin aprobación de la misma.**

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Técnica/ VIOLACION DE NORMA CONSTITUCIONAL - Improcedencia**

**La pretendida violación de los artículos 2º y 95 de la Constitución Política por parte de la sentencia suplicada, es ajena al recurso extraordinario de súplica, el cual como ya quedó establecido, sólo es procedente por la posible violación de la jurisprudencia.**

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

Santa Fe de Bogotá, D.C., diez (10) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Radicación número S-400.

Actora: Compañía Colombiana de Alimentos Lácteos S. A., "Cicolac".

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo procede a resolver el recurso extraordinario de súplica interpuesto por la parte actora contra la sentencia de segunda instancia proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, de fecha 24 de junio de 1994.

## I. LA SENTENCIA RECURRIDA

Mediante la sentencia recurrida en súplica, la Sección Cuarta del Consejo de Estado resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 4 de marzo de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar dentro de la

acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por la Compañía Colombiana de Alimentos Lácteos S. A., "Cicolac".

Al desatar el recurso interpuesto, la sentencia recurrida revocó la de primera instancia y procedió a negar las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones principales:

Debe determinarse si los ingresos obtenidos por la comercialización en otros municipios deben ser gravados en el municipio de Valledupar por la actividad industrial de la demandante.

El impuesto de industria, comercio y avisos discutido, se refiere al año gravable de 1992, fecha para la cual ya estaba vigente la Ley 49 de 1990, cuyo artículo 77 claramente establece que el impuesto para la actividad industrial se pagará en la sede fabril, teniendo como base los ingresos brutos provenientes de la comercialización.

En el expediente se encuentra que la compañía demandante posee una planta industrial en la ciudad de Valledupar, donde se fabrican alimentos con destino a todo el mercado nacional. En consecuencia, el impuesto debe ser cancelado en dicha ciudad, sobre un valor de $58.153.529.000.

En conclusión, sin que constituya un cambio de jurisprudencia de la Corporación, sino la aplicación de la Ley 49 de 1990, es necesario darle cumplimiento a su artículo 77, debiéndose por tanto confirmar los actos administrativos impugnados, previa revocación de la sentencia apelada.

La Sala observa la insuficiencia de la norma que reguló a partir de 1990 la materia, porque si bien se solucionó el problema de la conformación de la base gravable para las actividades industriales en los municipios donde está ubicada la sede industrial, se dejó sin definición el aspecto atinente a las ventas que el mismo industrial realice en municipios diferentes a aquél de la sede fabril, pudiéndose presentar el problema de un gravamen que se aplicaría sobre la misma base y con respecto a la misma actividad y operación económica, en el evento que resultara válido el gravamen que impusieran los municipios diferentes al de la sede industrial, por venta de la producción, alegando que se trata del ejercicio de una actividad comercial.

## II. LOS CARGOS CONTRA LA SENTENCIA

En el escrito de interposición del recurso el recurrente plantea los siguientes cargos contra la sentencia recurrida:

*Primer cargo.* La sentencia recurrida es contraria a reiterada jurisprudencia de la Corporación (Sentencias de 18 de junio de 1915. Sección Segunda, Sala de

lo Contencioso Administrativo; de 13 de septiembre de 1938. Consejo de Estado; de 16 de diciembre de 1949, Consejo de Estado; de 25 de agosto de 1964. Sala de Negocios Generales del Consejo de Estado; de 25 de septiembre de 1989; de 15 de mayo de 1992 y de 10 de septiembre de 1993. Sección Cuarta, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado) en la que se afirma el principio que proscribe la doble tributación o el doble gravamen, por las siguientes razones:

a) A Cicolac le tocará pagar doblemente para el año de 1992 el mismo impuesto sobre los mismos ingresos y con respecto a la misma actividad y operación económica, pues como aparece en el expediente, la demandante le pagó el impuesto de industria y comercio a Bogotá, Cali, Medellín, Pereira, Barranquilla y Bucaramanga y, de acuerdo con la sentencia suplicada, tendrá que pagarle a Valledupar sobre los mismos ingresos con base en los cuales ya le pagó a las citadas ciudades;

b) Porque la sentencia al señalar que la Ley 49 de 1990 dejó sin definición el aspecto atinente a las ventas que realice el mismo industrial en municipios diferentes a aquél de la sede Fabril, condenó a la doble tributación.

*Segundo cargo.* La sentencia recurrida contraría abiertamente la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 17 de octubre de 1991, la cual declaró la exequibilidad del artículo 77 de la Ley 49 de 1990, porque si bien no se desconoce que el Consejo de Estado tiene autoridad para aplicar el citado artículo de modo distinto al indicado por la Corte, extraña que el Consejo de Estado se limite a decir que el artículo 77 debe ser aplicado, sin pronunciarse sobre la sentencia de la Corte, la cual ha jugado un papel preponderante en el presente caso, toda vez que en esa sentencia se basan la demanda, el Tribunal de Valledupar para conceder las súplicas de la demanda y el alegato que se opone a la apelación del municipio de Valledupar.

*Tercer cargo.* El artículo 77 de la Ley 49 de 1990 reproduce el texto del inciso 2° del artículo 1° del Decreto número 3070 de 1983, el cual fue anulado por el Consejo de Estado, entre otras cosas, porque consagraba la doble tributación. La Corte declaró exequible el artículo 77 pero señaló que el mismo debía aplicarse sin que los industriales se vieran sometidos a doble tributación. Al leer el texto de la Ley 14 de 1983 (Ley de Industria y Comercio) surge la duda de si hay doble tributación, pues parece que por un lado el industrial debe pagar al municipio de la fábrica sobre el total de las ventas nacionales y al mismo tiempo parece que el industrial tendría que pagarle a otro municipio distinto al de la fábrica, si ocupa un espacio físico en el mismo, para distribuir sus propios productos.

*Cuarto cargo.* Vistos en conjunto el artículo 77 de la Ley 49 de 1990 y la Ley 14 de 1983, constituyen un estatuto cuyo sentido es supremamente oscuro en relación con el punto que se discute.

Si en fallo de septiembre de 1989, la Sección Cuarta dijo acertadamente que el diseño de la Ley 14 de 1983 (artículos 32 y 33) impide desligar los conceptos del sujeto, la actividad que éste realiza y los ingresos que obtiene de la misma, ¿por qué es necesario desligarlos fatalmente, quedando sometidos a la doble tributación? El texto del Decreto 3070 reproducido en la Ley 49 de 1990 por sí sólo no resuelve los problemas, resultando inaceptable que el Consejo de Estado se límite a aplicarlo literalmente y a decir "ahí quedan los problemas enormes, no se puede hacer nada por resolverlos", cuando siendo el máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo, está para resolver los problemas y no para dejar que ellos se agraven.

*Quinto cargo.* La sentencia recurrida contraría una antigua, consistente y reiterada jurisprudencia de la Corporación: el fallo de junio 18 de 1915 donde se sostiene que "una misma cosa no puede ser gravada dos veces". La Corporación ha formulado esta jurisprudencia una y otra vez, al interpretar las leyes en que se expresa el sistema tributario colombiano.

*Sexto cargo.* La sentencia suplicada viola los artículos 2° y 95 de la Carta Política, por cuanto el primero señala que uno de los fines esenciales del Estado colombiano es el de asegurar "la vigencia de un orden justo", y el segundo establece que uno de los deberes de las personas es el de "contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad". Lo anterior, ya que al aceptar la doble tributación como algo inevitable y fatal, el Consejo de Estado bendice la injusticia y arroja a un gran número de contribuyentes al caos.

## V. CONSIDERACIONES DEL CONSEJO

En primer lugar, la Corporación debe aclarar que los cargos serán estudiados frente a las sentencias que el demandante considera contrariadas por la sentencia suplicada, siempre y cuando aquellas hayan sido proferidas por la actual Sala Plena de lo Contencioso Administrativo o la antigua Sala de Negocios Generales o Sala de lo Contencioso Administrativo, tal y como se ha venido reiterando en diversas providencias:

> "...la Sala considera pertinente reiterar que la jurisprudencia cuyo desconocimiento puede originar la revisión de una providencia a través del recurso extraordinario de súplica, es la sentada por la antigua Sala de Negocios Generales o por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, como lo dispone actualmente el artículo 130 del Código Contencioso Administrativo, que recogió el pensamiento que de tiempo atrás tenía la Corporación al respecto" (Sentencia 1200 de 9 de agosto de 1991. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejera Ponente: Doctora *Dolly Pedraza de Arenas.* Exp. S-013).

*En relación con el primer cargo.* Considera el suplicante que con la sentencia recurrida se le condenó a la doble tributación, por cuanto deberá pagar doblemente para el año de 1992 el mismo impuesto, sobre los mismos ingresos y con respecto a la misma actividad y operación económica, toda vez que pagó el impuesto de industria y comercio a Bogotá, Cali, Medellín, Pereira, Barranquilla y Bucaramanga, y con lo dispuesto en la sentencia, deberá pagar a Valledupar sobre los mismos ingresos con base en los cuales ya pagó a las mencionadas ciudades.

Al respecto debe decirse que de ser cierto lo anterior, ello no significa que la sentencia suplicada esté avalando la doble tributación, pues lo que dicha sentencia señaló, es que efectivamente el artículo 77 de la Ley 49 de 1990, fundamento legal de dichos actos, era la norma que la entidad demandada debía aplicar, como en efecto la aplicó, para establecer el monto del gravamen a cobrar.

El texto de las jurisprudencias que se estiman contrariadas es el siguiente:

Sentencia de 13 de septiembre de 1938, Consejo de Estado, Consejero Ponente: Doctor *Guillermo Peñaranda Arenas.* Actor: Leonidas Lara e Hijos y la Compañía Unidad de Combustibles S. A.

> "Aunque la ley no ha definido qué se entiende por Sistema Tributario Nacional, el Consejo de Estado ha declarado, por interpretación general, "que no puede ser otro que el conjunto de principios que informan y han informado nuestras instituciones en esta materia y que se hallan consignados en una u otra forma en el Estatuto Fundamental, por ejemplo, que los tributos deben ser de carácter general, que puede haber impuestos directos e indirectos que no deben tener carácter prohibitivo; que no deben afectar una misma cosa por un mismo concepto; que los de determinada índole no pueden hacerse efectivos, sino después de cierto tiempo, etc.".
>
> Pero ya sea que este tributo se establezca por el concepto de industria y comercio, o sea, por el de simple expendio de gasolina, lo cierto es que, establecido por un concepto, no se puede establecer otro gravamen por el mismo concepto...".

Sentencia de 16 de diciembre de 1949, Consejo de Estado, Consejero Ponente: Doctor *Pedro Gómez Parra.* Actor: Ingenio Manuelita S.A.

> "Los fundamentos de la demanda según la acertada síntesis que de ellos hace el Tribunal son los siguientes:
>
> 1°. Que la jefatura al gravar, separadamente los bienes raíces de la empresa, por un lado, y la maquinaria y equipo de la misma, por otro, contra lo que reza el correspondiente certificado catastral, violó el artículo 98 del Decreto

818 de 1936 imponiendo una doble tributación sobre bienes que constituyen un todo indivisible al tenor del artículo 658 del Código Civil.

"...

El Tribunal de instancia acepta la tesis del demandante en cuanto a que es ilegal el proceder de la Jefatura al gravar separadamente el valor de la "maquinaria y equipo", que según el certificado de la Oficina de Catastro de Palmira está incluido dentro del avalúo de los predios de la sociedad demandante.

Encuentra la Corporación que la decisión del Tribunal es acertada en cuanto rechaza la adición que hizo la Jefatura del patrimonio declarado por Ingenio Manuelita S. A. con el valor de la "Planta y Maquinaria", que según el certificado de la Oficina de Catastro de Palmira, se encontraba incluida dentro del valor de los bienes raíces de dicha sociedad...".

Sentencia de 25 de agosto de 1964, Antigua Sala de Negocios Generales del Consejo de Estado, Consejero Ponente: Doctor *Guillermo González Charry:*

"Hay dos puntos fundamentales que deben resolverse, a saber: si una partida declarada como renta o como patrimonio y aceptada y gravada como tal por la Administración de Hacienda, puede en un año gravable distinto considerarse y gravarse nuevamente bajo otro criterio, y si en el caso de autos esos hechos se encuentran comprobados. Respecto del primer punto la Sala está en desacuerdo con el Tribunal, pues estima que si mediante una operación administrativa no impugnada y por tanto firme, la Administración de Hacienda y la Jefatura de Impuestos en su caso, aceptan el criterio con que ha sido declarada una partida de ingresos, y proceden a gravarla, ya no es legalmente posible con motivo de una declaración de renta posterior variar aquél criterio e imputar al contribuyente un nuevo gravamen, pues a ello se opone no solamente el concepto de la irrevocabilidad de los actos creadores de situaciones subjetivas cuando en estos casos especiales han vencido los términos para una revisión oficiosa, sino además el de una doble tributación no permitida por la ley".

El punto de derecho que mediante el presente recurso de súplica se discute, es el de la doble tributación, la cual se encuentra prohibida legalmente.

Le asisten razón al recurrente en cuanto las anteriores jurisprudencias proscriben el principio de la doble tributación, pero ha de advertirse que la sentencia objeto de súplica en manera alguna consagra dicho principio cuando expresa que

"...es necesario darle cumplimiento al artículo 77 de dicha norma..." (Ley 49 de 1990) y añade:

> "No puede la Sala dejar de observar la insuficiencia de la norma que reguló a partir de 1990 esta materia, porque si bien, se solucionó el problema de la conformación de la base gravable para las actividades industriales en los municipios donde está ubicada la planta industrial, se dejó sin definición alguna el aspecto atinente a las ventas que el mismo industrial realice en municipios diferentes a aquel de la sede fabril y por lo tanto, podría presentarse el problema de un gravamen que se aplicaría sobre la misma base y con respecto a la misma actividad y operación económica, **en el evento que resultara válido el gravamen que impusieran los municipios diferentes al de la sede industrial, por venta de la producción, alegando que se trata del ejercicio de una actividad comercial**" (negrillas fuera del texto).

En efecto, de la lectura del anterior aparte de la providencia proferida por la Sección Cuarta, se extrae que lo que ésta planteó fue una situación hipotética, que en manera alguna puede entenderse como consagración del principio de la doble tributación.

De otra parte, el artículo 77 de la Ley 49 de 1990 fue declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia, luego su aplicación es de obligatorio cumplimiento. Dicho artículo prescribe:

> "Artículo 77. *Impuesto de Industria y Comercio.* Para el pago del Impuesto de Industria y Comercio sobre las actividades industriales, el gravamen sobre la actividad industrial se pagará en el municipio en donde se encuentre ubicada la fábrica o planta industrial, teniendo como base gravable los ingresos brutos provenientes de la comercialización de la producción".

El texto anterior es muy claro al señalar que el Impuesto de Industria y Comercio, gravamen al cual se contrae la presente demanda, se pagará en el municipio en donde se encuentre ubicada la fábrica o planta industrial, para el caso Valledupar, con base en los ingresos brutos provenientes de la comercialización de la producción, que fue precisamente lo que establecieron los actos administrativos demandados, con base en la certificación expedida por el revisor fiscal de la sociedad demandante (f. 33 Anexo No. 2) donde precisa que "durante 1992 Cicolac con Nit. 860.005.215-1, obtuvo ingresos comerciales por valor de $58.513.529.334.00...".

En consecuencia, la sentencia de segunda instancia lo que hizo fue declarar la legalidad de los actos administrativos acusados, cuyo fundamento legal fue entre otros, el artículo 77 de la Ley 49 de 1990, norma aplicable al momento de expedición

de los mismos, sin que la denegatoria de las súplicas de la demanda por encontrar ajustadas a derecho las resoluciones impugnadas, implique que se consagró el principio de la doble tributación.

En consecuencia, este cargo no prospera.

*En relación con el segundo cargo.* No es materia del recurso de súplica, por no tratarse de una tercera instancia, el cuestionar el porqué la sentencia suplicada no tuvo en cuenta la providencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, pues es sabido que el recurso de súplica posee una naturaleza y características que tal como se ha precisado y reiterado en varios fallos, se enfocan a la unificación de la jurisprudencia de la Corporación, y que solo será favorable al recurrente cuando logre demostrar que un auto interlocutorio o una sentencia proferida por una Sección, como se pretende en el presente caso, ha contrariado la jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sin aprobación de la misma.

*En relación con el tercer cargo.* Son válidas las razones expuestas en el anterior cargo para que también éste sea desechado, pues lo afirmado por el suplicante en el sentido de que al leer el texto de la Ley 14 de 1983 y el artículo 77 de la Ley 49 de 1990, le surge la duda de si se presenta o no la doble tributación, tampoco es objeto de este recurso extraordinario.

*En relación con el cuarto cargo.* Considera el recurrente que con la sentencia que nos ocupa, proferida por la Sección Cuarta, el Consejo de Estado no está haciendo nada por resolver los problemas, dejando que estos se agraven, al decir del recurrente.

Al respecto, observa esta Corporación que tal y como lo disponen los artículos 82 y 83 del C.C.A., la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida por la Constitución para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades pública y de las personas privadas, así como para juzgar los actos administrativos, hechos, omisiones, operaciones y contratos, sin que sea de su resorte el conocimiento de los "enormes problemas" a que se refiere el demandante. En el proceso que nos ocupa se demandó la nulidad de unos actos administrativos, cuya legalidad, de conformidad con la sentencia suplicada, no logró ser desvirtuada.

Por lo tanto, no es objeto de la jurisdicción Contencioso Administrativa resolver los "enormes problemas" a que se refiere el recurrente y menos aún con ocasión del recurso extraordinario de súplica.

*En relación con el quinto cargo.* No entra a analizarse, toda vez que el sustento del mismo es una jurisprudencia de la Sección Segunda y no de la antigua Sala de

Negocios Generales o Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, ni de la actual Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

*En relación con el sexto cargo.* La pretendida violación de los artículos 2° y 95 de la Constitución Política por parte de la sentencia suplicada, es ajena al recurso extraordinario de súplica, el cual como ya quedó establecido, solo es procedente por la posible violación de la jurisprudencia.

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

**FALLA:**

*Primero.* **NO PROSPERA** el recurso de súplica interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 24 de junio de 1994, proferida en segunda instancia por la Sección Cuarta del Consejo de Estado.

*Segundo.* En firme esta sentencia, devuélvase el expediente a la sección 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 ocho de noviembre de mil novecientos noventa y cinco.

*Diego Younes Moreno* (Presidente, ausente); *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Mario Alario Méndez* (aclaración de voto); *Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Jesús María Carrillo B., Mirén de la Lombana de M., Clara Forero de Castro, Nubia González Cerón, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Alvaro Lecompte Luna, Juan de Dios Montes Hernández, Carlos Orjuela Góngora* (ausente); *Dolly Pedraza de Arenas, Rodrigo Ramírez González, Libardo Rodríguez Rodríguez, Daniel Suárez Hernández.*

NOTA DE RELATORIA: Reiteración jurisprudencial de la sentencia del 9 de agosto de 1991. Exp.: S-013

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA/ JURISPRUDENCIA DE SECCION - Procedencia**

**Habrá recurso de súplica, dice el artículo 130 del Código Contencioso Administrativo, contra los autos interlocutorios y las sentencias dictadas por una de las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo cuando sin la aprobación de la Sala Plena se acoja doctrina contraria a la jurisprudencia de la corporación. En caso contrario, es claro, no habrá recurso de súplica. El recurso de súplica procede cuando sin la aprobación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo se acoja doctrina contraria a la jurisprudencia de la corporación, y no procede en caso contrario. Resulta impropio afirmar, como se hizo en la parte resolutiva, que el recurso no prospera porque no se daba la contrariedad alegada. Si ello es así, repito, lo que ocurre es que contra la sentencia impugnada no había recurso de súplica, es decir, que no era procedente, y es eso lo que debió declararse y el recurso entonces debió ser rechazado, pero no declarar que no prospera.**

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

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

Consejero Ponente: Doctor *Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Radicación número S-400.

Referencia: Demandante Compañía Colombiana de Alimentos S. A.

Recurso Extraordinario de súplica.

## ACLARACIONDE VOTO

### I

Disponía el artículo 2º de la Ley 11 de 1975 que el recurso de súplica procedía contra los autos interlocutorios y las sentencias dictadas por una de las secciones en

las que, sin la previa autorización de la Sala Plena, se acogiera doctrina contraria a "alguna jurisprudencia".

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en providencia de 25 de marzo de 1981 expresó que, de conformidad con lo establecido en ese artículo y en el artículo 24 del Decreto 528 de 1964, "la jurisprudencia cuya contradicción puede dar origen al recurso de súplica, no es otra que la interpretación adoptada por la antigua Sala de Negocios Generales o la acogida por la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado sobre un determinado aspecto jurídico" (*Anales,* T. C., núms. 469-470, p. 528).

Es éste el criterio que ha prevalecido desde entonces, con base en el cual se ha tenido por improcedente el recurso de súplica interpuesto respecto de providencias que contengan doctrina contraria a la jurisprudencia de las secciones en que se encuentra dividida la Sala.

Mi opinión es otra. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley 11 de 1975, el recurso de súplica procedía cuando las secciones acogían doctrina contraria a "alguna jurisprudencia", ya se dijo. Pero el adjetivo *alguna* denota indeterminación y esa indeterminación resulta incompatible con la identificación inequívoca que se pretende y que llevó a la conclusión de que era la jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, precisamente, o de la extinguida Sala de Negocios Generales, aquélla a que se refería la mentada disposición.

Creo pues que, en los términos del artículo 2° de la Ley 11 de 1975, el recurso de súplica procedía cuando se contrariara alguna jurisprudencia del Consejo de Estado, cualquiera fuera su origen.

Hoy, según lo dispuesto en el artículo 130 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 21 del Decreto 2304 de 1989, el recurso de súplica procede contra los autos interlocutorios y las sentencias proferidas por las secciones, cuando sin la aprobación de la Sala Plena se acoja doctrina contraria a "la jurisprudencia de la corporación".

Después expedida la disposición anterior reiteró la Sala, en sentencia de 6 de marzo de 1990, que el recurso extraordinario de súplica procedía sólo cuando la jurisprudencia pretendidamente contrariada por la de una de las secciones estuviera contenida en sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo o de las extinguidas Sala de Negocios Generales y Sala de lo Contencioso Administrativo (expediente S-132).

Y en sentencia de 4 de julio de 1991 dijo que la jurisprudencia cuya contrariedad hace procedente el recurso de súplica es la de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, no porque los pronunciamientos o interpretaciones o

teorías aprobadas por una de las secciones no sean jurisprudencia, "sino porque la disposición se refiere a la circunscrita a los pronunciamientos de la corporación, y aquí *corporación* tiene la acepción específica de *Sala Plena de lo Contencioso Administrativo*" (*Anales,* T. CXXIV, primera parte, p. 29).

Otras muchas providencias podrían citarse al respecto, pero baste con las nombradas.

Y es también otra mi opinión. La corporación a que se refiere la norma es, claro está, el Consejo de Estado. Las decisiones de cada una de sus secciones son decisiones del Consejo de Estado, sin dudas, y por lo mismo los criterios que expresan son también la jurisprudencia del Consejo de Estado. Siendo así, su violación hace procedente el recurso extraordinario de súplica.

La sentencia dictada en esta oportunidad reiteró que "los cargos serán estudiados frente a las sentencias que el demandante considera contrariadas por la sentencia suplicada, siempre y cuando aquéllas hayan sido proferidas por la actual Sala Plena de lo Contencioso Administrativo o las antiguas Sala de Negocios Generales o Sala de lo Contencioso Administrativo y como se ha venido reiterando en diversas providencias".

Esa es opinión que no comparto.

II

Habrá recurso de súplica, dice el artículo 130 del Código Contencioso Administrativo, contra los autos interlocutorios y las sentencias dictadas por una de las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo cuando sin la aprobación de la Sala Plena se acoja doctrina contraria a la jurisprudencia de la corporación. En caso contrario, es claro, no habrá recurso de súplica.

En otros términos, el recurso de súplica procede cuando sin la aprobación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo se acoja doctrina contraria a la jurisprudencia de la corporación, y no procede en caso contrario.

Entonces, interpuesto el recurso, la Sala ha de estudiar, en primer lugar, si la providencia impugnada acoge doctrina contraria a la jurisprudencia de la corporación, para determinar la procedencia del recurso. Si el recurso fuere procedente, examinará el fondo del asunto, para entonces confirmar la providencia impugnada si advierte que se ajusta a la ley, o a revocarla si encuentra que es violatoria de la ley.

La contrariedad de la sentencia impugnada a la jurisprudencia de la corporación sólo determina la procedencia del recurso, pero no su prosperidad. El recurso sólo puede prosperar, en los casos en que procede, cuando la providencia que se impugna sea violatoria de la ley.

Por lo expuesto, creo errónea la afirmación según la cual el recurso "sólo será favorable al recurrente cuando logra demostrar que un auto interlocutorio o una sentencia proferida por una sección, como se pretende en el presente caso, ha contrariado la jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sin aprobación de la misma". No. La decisión que se adopte sólo puede ser favorable al recurrente, esto es, que el recurso sólo puede prosperar, en los casos en que el recurso procede, cuando la providencia que se impugna sea violatoria de la ley. Bien podría ocurrir que no obstante la violación de la jurisprudencia, decidiera la Sala confirmar la providencia impugnada y acoger el criterio expuesto en la misma, si encuentra que es éste el que corresponde conforme a la ley, y rectificar la jurisprudencia anterior que fue violada.

Por lo mismo resulta impropio afirmar, como se hizo en la parte resolutiva, que el recurso no prospera porque no se daba la contrariedad alegada. Si ello es así, se repite, lo que ocurre es que contra la sentencia impugnada no había recurso de súplica, es decir, que no era procedente, y es eso lo que debe declararse y el recurso debe ser rechazado, pero no declarar que no prospera.

III

Por lo demás, encuentro ajustada a derecho la decisión adoptada mediante la sentencia de 24 de junio de 1994 dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo, pero debía aclarar mi voto, en los términos expresados.

*Mario Alario Méndez.*

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Técnica / JURISPRUDENCIA DE SECCION - Improcedencia**

**Como ya lo ha recalcado en múltiples ocasiones esta Sala Plena y conforme en la actualidad lo preceptúa el art. 130 del C. C. A. (subrogado por el art. 21 del Decreto-ley 2304 de 1989) la pertinencia del recurso de súplica depende de que la providencia o las providencias que, conforme quien lo interponga, emanen bien de las antiguas salas de negocios generales y de lo contencioso administrativo, bien de la actual Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Una vez más ha de recordarse que el recurso extraordinario de súplica tuvo origen en la Ley 11 de 1975 (art. 2°). Esto cobró mayor relieve dado que en virtud del Acuerdo número 1 de 1978 los diversos negocios jurisdiccionales de los que conoce el Consejo de Estado se distribuyeron entre las cuatro secciones entonces existentes. La dudas que tal vez hubo al respecto, quedaron despejadas con la nueva redacción del art. 130 del C.C.A.**

**ACCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA - Características**

**Cada acción administrativa está condicionada por un principio jurídico que la admite. Los artículos 84, 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo, al tenor de la subrogaciones hechas por el Decreto-ley 2304 de 1989, describen los rasgos característicos que diferencian una acción ordinaria de otra, de tal manera que cuando se pretende que haya sentencia que afecte la validez de unos actos administrativos, y que además se restablezca un derecho quebrantado por esos actos, la acción pertinente será la denominada "de nulidad y restablecimiento del derecho". Cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente del inmueble por causa de trabajos públicos, la acción será de "reparación**

**directa". Por último todas las controversias que giren en torno a la actividad contractual del Estado se decidirán por la acción del art. 87 del C. C. A.**

**DAÑO ANTIJURIDICO / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO**

**El artículo 90 de la Constitución de 1991 no creó o estableció una acción, sino únicamente una modalidad u orientación acerca de la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables. Y cuando se crea que ese daño lo produjo un acto administrativo, la acción adecuada o pertinente será la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que fue lo que indicó la Sección Tercera. En estas circunstancias en el presente recurso extraordinario de súplica no tiene vocación de prosperidad.**

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

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

Magistrado Ponente: Doctor *Alvaro Lecompte Luna.*

Radicación número S-464.

Referencia: Recurso Extraordinario de Súplica contra el auto de 16 de noviembre de 1994, dictado por la Sección Tercera de la Corporación.

Actores: Leonel Buitrago Bonilla y Perla de los Angeles Buitrago Daza.

Corresponde a esta Sala Plena decidir el recurso extraordinario de súplica formulado por la parte actora en este asunto, contra el proveído calendado a dieciséis (16) de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994) de la Sección Tercera de la Corporación, mediante el cual fue confirmada la providencia de tres (3) de marzo del mismo año que inadmitió la demanda, emanada del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

## I. DE LA DEMANDA

Los actores, señores Leonel Buitrago Bonilla y Perla de los Angeles Buitrago Daza, a través de apoderado, haciendo uso de la acción de reparación directa en la modalidad del artículo 90 de la Constitución de 1991, han demandado a la Nación (Ministerio de Defensa, Policía Nacional), a fin de que se la declare patrimonialmente responsable de los daños antijurídicos que se les han causado, por hechos que le fueron imputados al coronel Buitrago Bonilla por la Procuraduría Delegada para los Derechos Humanos y por el Procurador Delegado ante la Policía Nacional, con

medidas de separación absoluta de la institución armada y por supuestos hechos constitutivos de desaparición de varias personas comprometidas en el secuestro y homicidio de los menores Zuleica, Xoiux y Yidid Alvarez, cometidos entre octubre de 1981 y los primeros meses de 1982 en Bogotá y Gachalá.

Solicita igualmente la parte actora que se declare patrimonialmente responsable a la demanda por los perjuicios morales y materiales que le significan la destitución disciplinaria del coronel Buitrago, con incidencia en su carrera de la Policía Nacional, con pérdida del derecho de ascenso a Brigadier General, y a que su asignación de retiro se liquide y pague solamente en este grado y no en el de Coronel, debido a que había llenado todas las condiciones de ascenso, constituyéndose la separación absoluta en una pena irredimible que afecta su vida social y particular además del buen nombre como oficial de las fuerzas de policía.

Por último y como consecuencia de lo anterior, impetran los demandantes que se condene a la Nación a pagarles los perjuicios morales y materiales, los que cuantifica abstractamente.

## II. LA DECISION DEL TRIBUNAL

Como se ha dicho arriba, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca inadmitió la demanda porque, señala "el presunto perjuicio cuya indemnización se pretende, deviene de decisiones o actos administrativos, aquél por medio del cual se declaró responsable disciplinariamente al mencionado señor por los hechos investigados y se solicitó su separación absoluta de la policía, y el que dando cumplimiento a la decisión de la Procuraduría, lo separó del servicio".

De allí concluye que "como dichos actos administrativos, no fueron materia de impugnación, la demanda es inepta, lo que conlleva a la inadmisión de la misma".

## III. DEL AUTO RECURRIDO EN SUPLICA

Habiendo interpuesto el apoderado de los demandantes el recurso de apelación contra tal providencia del Tribunal, el que quedó suficientemente sustentado, la Sección Tercera del Consejo de Estado, con cita de jurisprudencia sentada en otros casos semejantes por ella misma, reiteró su criterio, semejante al del *a quo*, en el sentido de que cuando el daño aducido lo produce un acto administrativo, la acción apropiada será la de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C. C. A. Si proviene de un hecho, de una omisión o de una operación administrativa, la acción será la de reparación directa con los alcances y fines señalados en el artículo 86 *ibidem*. Y si el conflicto se deriva de un contrato, de sus hechos de ejecución o de los actos administrativos dictados con motivo u ocasión de la actividad contractual, la acción encajará en lo previsto en el artículo 87 del mismo estatuto.

De allí, concluye la Sección Tercera, como "en el presente caso es evidente que el perjuicio alegado tiene como fuente actos administrativos, actos estos que según el señor apoderado de la parte actora están *sub judice* en el mismo tribunal radicado bajo el expediente número 28879 al reparto de Nevardo A. Reyes Rodríguez" y que por lo mismo ya son objeto de reclamación por la vía jurisdiccional, se impone la confirmación del auto de 3 de marzo de 1994 dictado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

## IV. DE LA JURISPRUDENCIA CONTRARIADA SEGUN EL RECURRENTE

Después de insistir el suplicante que él ha hecho uso de una figura jurídica diferente, distinta a las acciones consagradas en los artículos 84, 85 y 86 del C. C. A., cual es la del artículo 90 de la nueva Carta Política, que estatuye una responsabilidad patrimonial del Estado eminentemente objetiva por daños antijurídicos, ellos pueden emanar tanto de la acción como de la omisión de las autoridades públicas, que es lo que pretende demostrar a través del proceso que se abra como consecuencia de la demanda que ha incoado, pasa a enumerar y a explicar jurisprudencias que aparecen contrariadas, según afirma, por los planteamientos de la Sección Tercera plasmados en el auto recurrido en súplica extraordinaria, a saber:

1. De la Sección Tercera, de 30 de julio de 1992, expediente No. 6941, Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Betancur Jaramillo,* Actora: Ninfa Rubio viuda de Celis; la relatoría anexó fotocopia.

2. De la Sección Tercera, de 22 de noviembre de 1992. Según informa la Relatoría, no fue posible ubicarla.

3. De la Sección Tercera, de 25 de febrero de 1993, expediente No. 7742, Consejero Ponente: Doctor *Carlos Betancur Jaramillo,* Actor: Rodrigo Rivera Coronel. La Relatoría anexó fotocopia.

4. De la Sección Segunda, de 16 de septiembre de 1991, expediente No. 3424, Consejero Ponente: Doctor *Diego Younes Moreno,* actor: Fabio Ernesto Martínez Navas. La Relatoría anexó fotocopia.

5. De la Sección Cuarta, de 27 de julio de 1984, Consejero Ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya, Actor: Juan Rafael Bravo Arteaga. La Relatoría anexó fotocopia.

6. De la Sección Cuarta, de 27 de marzo de 1980, expediente No. 2249. No fue posible hallarla según informa la Relatoría.

7. Del Consejo de Estado, de 25 de febrero de 1947, Consejero Ponente: Doctor *Pedro Gómez Parra,* Actor: Carlos Bedoya Cajiao. "Anales", Tomo LVI, Nos. 357-361, pág. 176. Se anexó fotocopia por la Relatoría.

8. De la Sección Tercera, de 21 de mayo de 1993, expediente No. 7064, Consejero Ponente: Doctor *Carlos Betancur Jaramillo,* Actor: Eleuterio León Reyes. La Relatoría anexó fotocopia.

9. Del Consejo de Estado de 10 de marzo de 1942, Consejero Ponente: Doctor *Carlos Rivadeneira,* Actor: Bernardo Uribe Holguín. "Anales", Tomo XLIX, Nos. 317-322, pág. 23. La Relatoría anexó fotocopia.

## V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

a) Como ya lo ha recalcado en múltiples ocasiones esta Sala Plena y conforme en la actualidad lo preceptúa el artículo 130 del C. C. A. (subrogado por el art. 21 del Decreto-ley 2304 de 1989) la pertinencia del recurso de súplica depende de que la providencia o las providencias que, conforme quien lo interponga, emanen bien de las antiguas salas de negocios generales y de lo contencioso administrativo, bien de la actual Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

Una vez más ha de recordarse que el recurso extraordinario de súplica tuvo origen en la Ley 11 de 1975 (art. 2°), donde se indicó:

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

Esto cobró mayor relieve dado que en virtud del Acuerdo número 1 de 1978 los diversos negocios jurisdiccionales de los que conoce el Consejo de Estado se distribuyeron entre las cuatro secciones entonces existentes.

Las dudas que tal vez hubo al respecto, quedaron despejadas con la nueva redacción del artículo 130 del C. C. A., que a la letra y en lo pertinente, dice:

> "Habrá recurso de súplica ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, excluidos los consejeros de la Sala que profirió la decisión, contra los autos interlocutorios o las sentencias proferidas por las secciones, cuando, sin la aprobación de la Sala Plena, se acoja doctrina contraria a la jurisprudencia de la Corporación.
>
> En el escrito en que se interponga el recurso se indicará, en forma precisa, la providencia en donde conste la jurisprudencia que se repute contrariada. El recurso podrá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes al de la notificación del auto o de la sentencia.
>
> ..."

Quepa anotar, por demás, que según sentencia de la Corte Constitucional fechada a 11 de marzo de 1993, fue declarado acorde con la Carta Política el recurso extraordinario ahora en estudio, en cuyo texto se sienta la orientación descrita;

b) De manera pues que los cargos que ha de examinar la Sala se circunscriben al análisis de las dos jurisprudencias que según el recurrente fueron desconocidas por la Sección Tercera en este caso, o sea las enumeradas en los puntos 7 y 9 de la relación arriba expuesta, por cuanto las otras son provenientes de las secciones.

Respecto a la sentencia de 25 de febrero de 1947, la parte actora destaca el siguiente aparte:

> "La juridicidad significa no solamente que la administración en su conjunto está condicionada por el derecho administrativo, sino también que cada acción administrativa está condicionada por un principio jurídico que la admite. El sentido de principio de legalidad consiste en que cada acción administrativa está reglada por ley formal (...) los caracteres de juridicidad o legalidad del acto administrativo no obstan para que sea esencialmente revocable".

No hizo cosa distinta la Sección Tercera al decir que cada acción contencioso administrativa responde a unos parámetros claramente diseñados por el legislador. Es decir, que cada acción administrativa está condicionada por un principio jurídico que la admite. Los artículos 84, 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo, al tenor de las subrogaciones hechas por el Decreto-ley 2304 de 1989, describen los rasgos característicos que diferencian una acción ordinaria de otra, de tal manera que cuando se pretende que haya sentencia que afecte la validez de unos actos administrativos, y que además se restablezca un derecho quebrantado por esos actos, la acción pertinente será la denominada "de nulidad y restablecimiento del derecho".

Cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos, la acción será de "reparación directa".

Por último, todas las controversias que giren en torno a la actividad contractual del Estado se decidirán por la acción del artículo 87 del C. C. A.

En lo atinente a la sentencia de 10 de marzo de 1942, el recurrente cita el siguiente aparte:

> "Es cierto que al art. 30 de la Constitución puede y debe ser desarrollado mediante una legislación cuidadosamente estudiada, que no vaya a herir inútilmente los derechos particulares, pero de todas maneras, los principios que esa disposición encierra son criterio de interpretación que el fallador

debe tener en cuenta al resolver los conflictos entre el interés social o público y el interés particular. (...). Cualquier ley, sentencia o acto administrativo que no tradujese los principios constitucionales, sería decisión injurídica y en pugna con las orientaciones mismas del Estado".

No hay punto de comparación entre lo que se dice en el auto suplicado y el aparte que se estima desconocido, de tal suerte que en tal sentido, en cuanto a este cargo, no puede prosperar.

Quepa anotar, al margen de lo anterior, que el art. 90 de la Constitución de 1991 no creó o estableció una acción, sino únicamente una modalidad u orientación acerca de la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables. Y cuando se crea que ese daño lo produjo un acto administrativo, la acción adecuada o pertinente será la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que fue lo que indicó la Sección Tercera.

En estas circunstancias, el presente recurso extraordinario de súplica no tiene vocación de prosperidad.

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

**FALLA:**

**NO PROSPERA** el recurso extraordinario de súplica interpuesto contra el auto de 16 de noviembre de 1994 proferido por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

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

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala Plena en sesión del día 8 de noviembre de 1995.

*Diego Younes Moreno,* (Presidente, ausente); *Mario Alario Méndez,* (aclara voto); *Ernesto Rafael Ariza, Joaquín Barreto Ruiz, Julio E. Correa Restrepo, Guillermo Chahín Lizcano,* (salvo el voto); *Mirén de la Lombana de M., Clara Forero de Castro, Delio Gómez Leyva, Nubia González Cerón, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas; Libardo Rodríguez Rodríguez, Rodrigo Ramírez González, Consuelo Sarria Olcos* (ausente).

*Mercedes Tovar de Herrán,* Secretaria General (E.).

NOTA DE RELATORIA: Menciona la sentencia de la Corte Constitucional del 11 de marzo de 1993, sobre el recurso extraordinario de súplica.

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA-Técnica**

**Según lo dispuesto en el artículo 130 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 21 del Decreto 2304 de 1989, el recurso de súplica procede contra los autos interlocutorios y las sentencias proferidas por las secciones, cuando sin la aprobación de la Sala Plena se acoja doctrina contraria a "la jurisprudencia de la corporación". La corporación a que se refiere la norma es, claro está, el Consejo de Estado. Las decisiones de cada una de sus secciones son decisiones del Consejo de Estado, sin dudas, y por lo mismo los criterios que expresan son también la jurisprudencia del Consejo de Estado. Siendo así su violación hace procedente el recurso extraordinario de súplica.**

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Improcedencia**

**El recurso de súplica procede cuando sin la aprobación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo se acoja doctrina contraria a la jurisprudencia de la corporación, y no procede en caso contrario. La contrariedad de la sentencia impugnada a la jurisprudencia de la corporación sólo determina la procedencia del recurso, pero no su prosperidad. El recurso sólo puede prosperar, en los casos en que procede, cuando la providencia que se impugna sea violatoria de la ley.**

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

Santa Fe de Bogotá, D.C., veintidós (22) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor. *Alvaro Lecompte Luna.*

Radicación número S-464.

Referencia: Anales: T.

Actores: Leonel Buitrago Bonilla y Perla de los Angeles Buitrago Daza.

## ACLARACION DE VOTO

### I

Disponía el artículo 2° de la Ley 11 de 1975 que el recurso de súplica procedía contra los autos interlocutorios y las sentencias dictadas por una de las secciones en las que, sin la previa autorización de la Sala Plena, se acogiera doctrina contraria a "alguna jurisprudencia".

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en providencia de 25 de marzo de 1981, expresó que, de conformidad con lo establecido en ese artículo y en el artículo 24 del Decreto 528 de 1964, "la jurisprudencia cuya contradicción puede dar origen al recurso de súplica, no es otra que la interpretación adoptada por la antigua Sala de Negocios Generales o la acogida por la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado sobre un determinado aspecto jurídico". (*Anales,* t. C., núms. 469-470, p. 528).

Es éste el criterio que ha prevalecido desde entonces, con base en el cual se ha tenido por improcedente el recurso de súplica interpuesto respecto de providencias que contengan doctrina contraria a la jurisprudencia de las secciones en que se encuentra dividida la Sala.

Mi opinión es otra. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley 11 de 1975, el recurso de súplica procedía cuando las secciones acogían doctrina contraria a "alguna jurisprudencia", ya se dijo. El adjetivo *alguna* denota indeterminación, y esa indeterminación resulta incompatible con la identificación inequívoca que se pretende y que llevó a la conclusión de que era la jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, precisamente, o de la extinguida Sala de Negocios Generales, aquélla a que se refería la mentada disposición.

Creo pues que, en los términos del artículo 2° de la Ley 11 de 1975, el recurso de súplica procedía cuando se contrariara alguna jurisprudencia del Consejo de Estado, cualquiera fuera su origen.

Hoy, según lo dispuesto en el artículo 130 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 21 del Decreto 2304 de 1989, el recurso de súplica procede contra los autos interlocutorios y las sentencias proferidas por las secciones, cuando sin la aprobación de la Sala Plena se acoja doctrina contraria a "la jurisprudencia de la corporación".

Después expedida la disposición anterior reiteró la Sala, en sentencia de 6 de marzo de 1990, que el recurso extraordinario de súplica procedía sólo cuando la jurisprudencia pretendidamente contrariada por la de una de las secciones estuviera contrariada por la de una de las secciones estuviera contenida en sentencia de la

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo o de las extinguidas Sala de Negocios Generales y Sala de lo Contencioso Administrativo (expediente S-132).

Otras muchas providencias podrían citarse al respecto, pero baste con la nombrada.

Y es también otra mi opinión. La Corporación a que se refiere la norma es, claro está, el Consejo de Estado. Las decisiones de cada una de sus secciones son decisiones del Consejo de Estado, sin dudas, y por lo mismo los criterios que expresan son también la jurisprudencia del Consejo de Estado. Siendo así, su violación hace procedente el recurso extraordinario de súplica.

La sentencia citada en esta oportunidad expresó que "la pertinencia del recurso de súplica depende de que la providencia o las providencias que, conforme quien lo interponga, emanen bien de las antiguas salas de negocios generales y de lo contencioso administrativo, bien de la actual Sala Plena de lo Contencioso Administrativo".

Es esa la opinión que no comparto.

II

Es impropio afirmar, como se hizo en la providencia y es costumbre, que el recurso no prospera porque la sentencia impugnada no es contraria a la jurisprudencia de la corporación. En tales casos lo que corresponde es advertir que contra la providencia impugnada no hay recurso de súplica, es decir, que no es procedente, y rechazarlo, en consecuencia. Pero no declarar que no prospera.

En efecto, habrá recurso de súplica, dice el artículo 130 del Código Contencioso Administrativo, contra los autos interlocutorios y las sentencias dictadas por una de las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo cuando sin la aprobación de la Sala Plena se acoja doctrina contraria a la jurisprudencia de la corporación. En caso contrario, es claro, no habrá recurso de súplica.

En otros términos, el recurso de súplica procede cuando sin la aprobación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo se acoja doctrina contraria a la jurisprudencia de la corporación, y no procede en caso contrario.

Entonces, interpuesto el recurso, la Sala ha de estudiar, en primer lugar, si la providencia impugnada acoge doctrina contraria a la jurisprudencia de la corporación, para determinar la procedencia del recurso. Si el recurso fuere procedente, examinará el fondo del asunto, para entonces confirmar la providencia impugnada si advierte que se ajusta a la ley, o a revocarla si encuentra que es violatoria de la ley.

La contrariedad de la sentencia impugnada a la jurisprudencia de la corporación sólo determina la procedencia del recurso, pero no su prosperidad.

El recurso sólo puede prosperar, en los casos en que procede, cuando la providencia que se impugna sea violatoria de la ley.

Por lo expuesto, resulta impropio afirmar, repito, como se hizo en la providencia, que el recurso no prospera porque no se contraría la jurisprudencia de la corporación. Si ello es así, lo que ocurre es que contra la sentencia impugnada no había recurso de súplica, es decir, que no era procedente, y es eso lo que debe declararse y el recurso debe ser rechazado, pero no declarar que no prospera.

*Mario Alario Méndez.*

**CONFLICTO DE COMPETENCIA - Negativa / TRIBUNAL ADMINISTRATIVO / COMPETENCIA TERRITORIAL / NULIDAD PROCESAL - Inexistencia**

**La jurisdicción contencioso-administrativa es una sola; es por ello que el art. 143 del C. C. A., al hablar de la "inadmisión y corrección de la demanda", explica claramente que únicamente que sólo la inadmitirá "en caso de falta de jurisdicción o caducidad", lo que es congruente con el inciso final del art. 125 del C. C. A. –según el texto subrogatorio del art. 53 del Decreto-ley 2304 de 1989– que enseña: "La falta de competencia no afectará la validez de la actuación cumplida hasta la decisión del conflicto". Habiendo estado prestando sus servicios el actor al momento de producirse su retiro del empleo de un sitio que se encuentra bajo el radio de competencia territorial del Tribunal Administrativo del Meta, es a éste al cual corresponde conocer de este asunto.**

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

Santa Fe de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Alvaro Lecompte Luna.*

Radicación número C-296.

Referencia: Conflicto de competencia.

Actor: Carlos Saúl Pérez Lizcano.

Se procede a dirimir el conflicto de competencia suscitado entre el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Sección Segunda, Subsección "A"), y el Tribunal Administrativo del Meta para conocer del proceso originado en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho incoada por el señor Carlos Saúl Pérez Lizcano.

El mencionado proceso se encamina contra la Nación –Ministerio de Defensa Nacional–. Argumenta el actor, a través de su apoderada, que estando vinculado laboralmente a la Policía Nacional, el 5 de noviembre de 1980 se le dio de alta como oficial de dicha institución y el 27 de noviembre de 1989, fue trasladado a San José del Guaviare como comandante de la Base Aérea de ese cuerpo armado, mediante orden administrativa de personal 1-009, art. 0136, del 15 de enero de 1990, y estando en esa calidad, fue separado en forma absoluta, luego del correspondiente proceso disciplinario, mediante fallo del 29 de noviembre de 1990, proferido por el Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional– Dirección General, y por Decreto No. 38 de 8 de enero de 1991, proferido por el Presidente de la República y el Ministro de Defensa.

## I. EL CONFLICTO

La demanda fue admitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca adelantando su trámite hasta ponerlo en estado de dictar sentencia, momento en el cual se declaró incompetente para seguir conociendo del mismo mediante auto de 13 de junio de 1995, pues de la certificación de fecha 1° de diciembre de 1993, se desprende que el demandante, al momento de su retiro, prestaba sus servicios como piloto en la base aérea de San José del Guaviare, lo cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 131, numeral 6, del C.C.A., se determina como competente para conocer de este proceso al Tribunal Administrativo del Meta, pues el último en el que el demandante prestó sus servicios está ubicado en la circunscripción territorial en la cual ejerce jurisdicción la mencionada corporación.

El Tribunal Administrativo del Meta, a su vez, y mediante auto de 4 de septiembre de 1995, rechazó la competencia manifestando que, al haber sido admitida la demanda por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 30 de octubre de 1991, sin objeción alguna de las partes respecto a la competencia por el factor territorial, que hoy echa de menos aquel tribunal, dicha competencia le sigue perteneciendo a éste durante todo el proceso, porque así lo dispone el numeral 5 del art. 144 del C. de P.C., pues el motivo de nulidad que pudiera haber, está saneado. Como respaldo a su fundamentación citó providencia de la Sala Plena del Consejo de Estado dictada en el expediente C-228 de 18 de mayo de 1993.

## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

a) Planteado en los anteriores términos el conflicto de competencia, la Sala estima útil recordar, transcribiéndolo, el inciso final del numeral 6° del art. 131 del C.C.A., que a la letra dice:

> "La competencia por razón del territorio en todo caso se determinará por el último lugar donde se prestaron o debieron prestarse los servicios personales".

Esto queda corroborado por el inciso del numeral 6° del art. 132 *ibidem,* cuando enseña:

> "La competencia por razón del territorio se determinará en todo caso por el último lugar donde se prestaron o debieron prestarse los servicios personales";

b) Conforme a lo manifestado en la demanda en los hechos 2 y 13 (fols. 69 y 71) y la certificación del 1° de diciembre de 1993 expedida por el Jefe Seccional del Archivo General de la Policía Nacional, con destino al Tribunal de Cundinamarca, el actor Carlos Saúl Pérez Lizcano, a la fecha de su retiro se encontraba laborando en la Base Aérea de San José del Guaviare, como piloto, en el grado de capitán (fol. 157);

c) En el caso *sub lite,* ni las partes ni el Ministerio Público y ni aun el Tribunal que se declaró incompetente han planteado nulidad respecto a lo actuado en el proceso, con base en el art. 140 del C. de P. C., el cual sería aplicable por reenvío del art. 165 del C.C.A. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca simplemente advirtió que, al momento de dictar sentencia, observó que el competente para hacerlo es el Tribunal Administrativo del Meta, en razón a lo preceptuado en las normas que ahora la Sala ha creído conveniente transcribir.

Quepa decir entonces que no se está en presencia de una eventual nulidad. La jurisdicción contencioso-administrativa es una sola; es por ello que el art. 143 del C.C.A., al hablar de la "inadmisión y corrección de la demanda", explica claramente que únicamente que sólo la inadmitirá "en caso de falta de jurisdicción, o caducidad", lo que es congruente con el inciso final del art. 215 del C.C.A. –según el texto subrogatorio del art. 53 del Decreto-ley 2304 de 1989– que enseña: "La falta de competencia no afectará la validez de la actuación cumplida hasta la decisión del conflicto". Obsérvese que igualmente el ya citado artículo 143 del C.C.A., al disponer sobre lo atinente a si se observa la falta de competencia al ir a admitir la demanda, "se ordenará enviar el expediente al competente, a la mayor brevedad...";

d) Se concluye, por lo tanto, que habiendo estado prestando sus servicios el actor al momento de producirse su retiro del empleo en un sitio que se encuentra bajo el radio de competencia territorial del Tribunal Administrativo del Meta, es a éste al cual corresponde conocer de ese asunto.

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

**RESUELVE:**

**DECLARAR** que el Tribunal Administrativo del Meta es el competente para seguir conociendo de este proceso.

En firme esta providencia, remítasele el expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala Plena el día 8 de noviembre de 1995.

*Diego Younes Moreno* (ausente); *Daniel Suárez Hernández, Mario Alario Méndez, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo* (salva voto); *Jesús María Carrillo Ballesteros, Guillermo Chahín Lizcano* (salva voto); *Julio Correa Restrepo, Mirén de la Lombana de M., Clara Forero de Castro* (ausente); *Delio Gómez Leyva, Nubia González Cerón, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía* (salva voto); *Alvaro Lecompte Luna; Juan de Dios Montes Hernández* (salvo voto); *Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, Rodrigo Ramírez González, Libardo Rodríguez Rodríguez* (salva voto), *Consuelo Sarria Olcos* (ausente).

*Mercedes Tovar de Herrán,* Secretaria General (E.).

NOTA DE RELATORIA: Sobre el tema puede consultarse la providencia del 18 de mayo de 1993.

**CONFLICTO DE COMPETENCIA - Negativa / COMPETENCIA - Inexistencia / COMPETENCIA TERRITORIAL / NULIDAD PROCESAL** - Saneamiento (Salvamento de voto)

**La nulidad por falta de competencia distinta de la funcional queda saneada cuando el demandado no la alega como excepción previa. En este proceso no hay duda de que el demandado no la alegó en esa modalidad pues la ley no se lo permite y por ello se ha cumplido con el supuesto de la norma que es el de no haberse alegado esa causal de nulidad ni siquiera con base en lo dispuesto en el numeral 1 del citado art. 144 del C. de P. C., que es general para todas las nulidades, por lo tanto es claro el saneamiento de la nulidad procesal y la competencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca para seguir conociendo de este proceso.**

Consejero Ponente: Doctor *Alvaro Lecompte Luna.*

Radicación número C-296.

Referencia: Conflicto de competencia.

Actor: Carlos Saúl Pérez Lizcano.

## SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJIA

Con el debido respeto por la opinión mayoritaria, expreso a continuación mi disentimiento con la decisión adoptada:

1. Por tratarse en este caso de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, la competencia para conocer de la misma se determina por el factor territorial, teniendo en cuenta el último lugar donde se prestaron los servicios personales por el demandante (arts. 131 ordinal 6 último inciso y 132 ordinal 6 último inciso C.C.A.).

Conforme a lo manifestado en la demanda en los hechos 2 y 13 (fls. 69 y 71) y la certificación de diciembre 1° de 1993 expedida por el Jefe Seccional Archivo General de la Policía Nacional, con destino al Tribunal, el actor Carlos Saúl Pérez Lizcano, a la fecha de su retiro se encontraba laborando en la Base Aérea San José del Guaviare, como piloto en el grado de Capitán (fl. 157).

2. A pesar de que lo antes anotado, aunado a lo sostenido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en providencia de febrero 24 de 1995 proferida en el expediente No. C-279, respecto a que la nulidad por incompetencia originada en factor distinto del funcional, se sanea cuando no se la alega como excepción previa sólo es válido respecto de los procesos en los que es admisible la proposición del incidente en mención, lo que no ocurre con los Contencioso Administrativos, pareciera indicar que el competente para conocer de este proceso es el Tribunal Administrativo del Meta, sin embargo, los siguientes razonamientos llevan a la conclusión contraria:

a) En el numeral 2 del artículo 140 del C.P.C., está consagrada como causal de nulidad del proceso "Cuando el juez carece de competencia".

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 142 a 145 *ibidem,* normatividad que es aplicable en esta jurisdicción conforme a lo señalado en el artículo 165 del C.C.A., en materia de nulidades procesales, el principio general es el del saneamiento, el cual tiene íntima relación con los principios de economía procesal, eficacia de la justicia y prevalencia de las normas sustanciales sobre las procesales;

b) Como excepción a esa norma general y específicamente en relación con la falta de competencia como causal de nulidad, se señala que no es saneable la nulidad por falta de competencia por el factor funcional, siéndolo con base en los demás factores (art. 143 inciso quinto C.P.C.).

En este caso el factor determinante de la competencia es el territorial y por lo mismo saneable cuando falta;

c) El artículo 144 del C.P.C., dice "la nulidad se considerará saneada, en los siguientes casos:

1. Cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente.

(...)

5. Cuando la falta de competencia distinta de la funcional no se haya alegado como excepción previa. Saneada esta nulidad, el juez seguirá conociendo del proceso.

(...)

Esta norma en el numeral 5, sienta como supuesto que la nulidad por falta de competencia distinta de la funcional queda saneada cuando el demandado no la alega como excepción previa. En este proceso no hay duda de que el demandado no la alegó en esa modalidad pues la ley no se lo permite y por ello se ha cumplido con el supuesto de la norma que es el de no haberse alegado esa causal de nulidad ni siquiera con base en lo dispuesto en el numeral 1 del citado artículo 144 del C.P.C., que es general para todas las nulidades, por lo tanto es claro el saneamiento de la nulidad procesal y la competencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca para seguir conociendo de este proceso.

*Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., diciembre 13 de 1995.

NOTA DE RELATORIA: A este salvamento de voto adhiere el doctor *Guillermo Chahín Lizcano,* así: Voté negativamente la providencia mediante la cual se resolvió el conflicto de competencia planteado en razón de que había anteriormente votado favorablemente el proyecto que presentó el doctor *Luis Eduardo Jaramillo Mejía* en su calidad de ponente, el cual no obtuvo los votos suficientes para ser adoptado como decisión de la Sala.

## SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR GUILLERMO CHAHIN LIZCANO

Consejero Ponente: Doctor *Luis E. Jaramillo Mejía.*

Radicación número C-296.

Actor: Carlos Saúl Pérez Lizcano.

Voté negativamente la providencia mediante la cual se resolvió el conflicto de competencia planteado en razón de que había anteriormente votado favorablemente el proyecto que presentó el doctor Luis Eduardo Jaramillo Mejía en su calidad de ponente, el cual no obtuvo los votos suficientes para ser adoptado como decisión de la Sala.

Por lo anterior y con la venia del distinguido Consejero adhiero a lo que en dicho proyecto expresó.

Atentamente,

*Guillermo Chahín Lizcano.*

Fecha, *ut supra.*

## SALVAMENTO DE VOTO

Del Consejero Libardo Rodríguez Rodríguez en relación con la providencia de fecha 23 de noviembre de 1995.

Ponente: Doctor *Alvaro Lecompte Luna.*

Radicación: Expediente No. C-296.

Actor: Carlos Saúl Pérez Lizcano.

Las razones que llevaron al suscrito Consejero a votar negativamente la providencia mediante la cual se resolvió el asunto de la referencia, son las contenidas en el proyecto presentado por el Consejero Ponente inicial, doctor Luis Eduardo Jaramillo Mejía, el cual voté afirmativamente.

En consecuencia, en aras de la economía procesal, con la venia del señor Consejero Jaramillo me remito al escrito que presenté sobre el particular.

Con todo respeto,

*Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., siete de diciembre de mil novecientos noventa y cinco.

**CONFLICTO DE COMPETENCIA - Negativa / TRIBUNAL ADMINISTRATIVO / NULIDAD PROCESAL - Saneamiento / COMPETENCIA TERRITORIAL - Saneamiento (Salvamento de voto)**

**Si bien es cierto la competencia por razón de territorio se determina en esta clase de asuntos por el último lugar donde se prestaron o debieron prestarse los servicios personales, no lo es menos que la regla (num. 6 del art. 131 del C. C.A.) parte del supuesto de que en ese lugar tenía su domicilio ordinario o permanente al supervisor oficial. Además la incompetencia territorial se saneó en el presente caso (art. 144 numeral 5 del C. de P. C.), por cuanto la entidad demandada no la alegó en su oportunidad y permitió que el proceso se siquiera ante el Tribunal de Cundinamarca casi hasta la finalización de la instancia. Así, debió ser este el competente y no el Tribunal del Meta.**

**SALVAMENTO DE VOTO**

Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández.

Ponente: Doctor *Alvaro Lecompte Luna.*

Radicación número C-296.

Actor: Carlos Saúl Pérez Lizcano.

Los suscritos, Juan Montes H. y Carlos Betancur Jaramillo, con todo respeto manifestamos nuestra discrepancia con la decisión mayoritaria, ya que estimamos que el tribunal competente para conocer del presente litigio debía ser el de Cundinamarca.

Si bien es cierto la competencia por razón de territorio se determina en esta clase de asuntos por el último lugar donde se prestaron o debieron prestarse los servicios personales, no lo es menos que la regla (Numeral 6° del art. 131 del C.C.A.) parte del supuesto de que en ese lugar tenía su domicilio ordinario o permanente el servidor oficial.

En eventos como el aquí indicado, en los que el servicio debía prestarse por fuera del domicilio ordinario del agente público, que era en esta ciudad, será éste el lugar indicado para efectos de competencia.

Además, la incompetencia territorial se saneó en el presente caso (art. 144 numeral 5 del C. de P. C.), por cuanto la entidad demandada no la alegó en su oportunidad y permitió que el proceso se siguiera ante el Tribunal de Cundinamarca casi hasta la finalización de la instancia. Así, debió ser este el competente y no el Tribunal del Meta.

Con todo respeto.

*Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández.*

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

**FISCAL GENERAL DE LA NACION - Elección / FISCAL GENERAL DE LA NACION - Período**

**El período de permanencia del Fiscal General de la Nación en el cargo está indicado en el artículo 249 de la Constitución Política en los siguientes términos: "El Fiscal General de la Nación será elegido para un período de 4 años por la Corte Suprema de Justicia, de terna enviada por el Presidente de la República y no podrá ser reelegido...". Ni en este artículo ni en el 27 transitorio de la iniciación de tal período. Quiere ello decir, que cada vez que la honorable Corte Suprema de Justicia elija Fiscal General de la Nación en propiedad, debe hacerlo por un período de 4 años como lo ordena la norma transcrita, porque esa Corporación carece de competencia para fijar esta fecha, cuestión que compete a la Constitución o a la ley. Distinto fuera el caso, si la disposición constitucional hubiera señalado en forma precisa cuándo debía comenzar y finalizar este término de los 4 años, pero no lo hizo.**

**FISCAL GENERAL DE LA NACION - Período Individual**

**En la Rama Judicial sus cabezas tienen período individual y el Fiscal General de la Nación quien es una de ellas, de acuerdo con el artículo 249 de la Constitución no está exceptuado de ese principio, que además resulta benéfico para la continuidad en el ejercicio de función. Si el Constituyente hubiera pretendido señalar el período del cargo en forma inequívoca lo hubiera hecho; pero al no proceder así, lo dejó individual y por vía administrativa o judicial esa situación no puede transformarse. Por las anteriores razones la Sala cree que cada vez que la honorable Corte Suprema de Justicia elige Fiscal General de la Nación en propiedad, debe aplicar simple y llanamente el 249 de la Carta Política, por lo menos mientras otra norma no disponga cosa distinta.**

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrada Ponente: Doctora *Clara Forero de Castro.*

Radicación número S-553.

Referencia: Autoridades Nacionales.

Actor: Pedro Miguel Ramírez Martínez.

El ciudadano Pedro Miguel Ramírez Martínez obrando en su propio nombre, solicita al Consejo de Estado declarar la nulidad del Acuerdo No. 013 de 26 de julio de 1994 expedido por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, por el cual se designó en propiedad como Fiscal General de la Nación al doctor Alfonso Valdivieso Sarmiento, pero sólo en la siguiente frase: "... por el término restante del período constitucional iniciado el día 1° de abril de 1992, fecha en la cual tomó posesión del mismo cargo el doctor Gustavo de Greiff Restrepo".

## HECHOS

Señala el demandante que la Honorable Corte Suprema de Justicia eligió como Fiscal General de la Nación al doctor Alfonso Valdivieso Sarmiento el 26 de julio de 1994, que dicha designación se hizo por el período indicado en la frase impugnada y no por el ordenado en la Constitución Política y que la confirmación de la elección ocurrió el 11 de agosto de 1994 y se notificó o comunicó con posterioridad a esa fecha.

## DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION

Como normas violadas cita el artículo 249 de la Constitución Política en cuanto ordena que la elección de Fiscal General de la Nación se haga "para un período de cuatro años". Argumenta que si la ley no ha establecido fecha a partir de la cual debe computarse este término, será entonces el que corresponda a la posesión de cada Fiscal elegido; es decir, que mientras la ley no señale la fecha inicial del período, a la Corte Suprema de Justicia le corresponde simplemente hacer la elección y la fecha de posesión determinará los respectivos cuatro años a que se refiere la norma citada.

## TRAMITE PROCESAL

Radicado el expediente en la Sección Quinta del Consejo de Estado, el Consejero Conductor del proceso consideró que se trataba no de una acción electoral contra un acto de elección o nombramiento, sino de un proceso de simple nulidad sobre asunto diferente a materias electorales, y lo remitió por competencia a la Sección Primera del Consejo de Estado.

En esta sección se le dio el trámite de rigor, es decir, se admitió la demanda, se fijó el negocio en lista, se decretaron las pruebas y se corrió traslado a las partes para alegar.

Encontrándose el expediente en estado de dictar sentencia, la Sección Primera estimó que sin duda alguna y de acuerdo con los hechos y los fundamentos de derecho de la demanda, se trataba de un proceso de carácter electoral y por esa razón lo devolvió a la Sección Quinta.

Dicha Sección, mediante auto de 30 de octubre de 1995, lo remitió por competencia a la Sección Segunda del Consejo de Estado argumentando que en este caso se está demandando un acto de carácter particular y concreto, como es el que hace relación al período constitucional para el cual fue elegido el doctor Alfonso Valdivieso Sarmiento iniciado el 1° de abril de 1992 y por tanto la finalidad del accionante no solo es la de que el Acuerdo demandado se ajuste a la ley, sino primordialmente que al doctor Valdivieso se le reconozca el resto del tiempo del período constitucional que según él se le desconoció. De lo anterior concluye la Sección Quinta, que ante el hipotético caso de prosperidad de la acción, la consecuencia sería el automático restablecimiento de los derechos individuales del señor Valdivieso Sarmiento relativos al sueldo, primas, vacaciones, cesantías, derechos que por su naturaleza son de carácter laboral.

Al asumir su conocimiento, la Sección Segunda propuso a la Corporación decidirlo en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo *por la importancia del asunto,* a lo cual se accedió y para resolver la Sala Plena Contencioso-Administrativa

## CONSIDERA

## LEGITIMACION PARA ACTUAR

Antes de entrar al fondo del asunto es preciso dilucidar la legitimidad del actor para accionar en el presente caso.

Naturalmente debe la Sala analizar para ello el contenido de la pretensión que no es otro que el de solicitar la nulidad del acto por el cual la Corte Suprema de Justicia circunscribió el nombramiento del doctor Alfonso Valdivieso Sarmiento como Fiscal General de la Nación, al resto de un período que se había iniciado el 1° de abril de 1992.

El señor Ramírez Martínez no pretende con esta acción restablecimiento alguno de derechos para él ni para otros; simplemente la preservación del orden jurídico que considera quebrantado por haberse indicado la fecha de iniciación del período del Fiscal General de la Nación, resultando en esta forma inferior a los 4 años previstos en la Constitución, el del nombrado por el acto que se acusa.

Obsérvese que no está demandando el nombramiento mismo, sino su limitante en el tiempo y por ende el señalamiento de un período diferente al previsto en la Constitución. No se trata pues de la acción electoral que está sujeta a término de caducidad, sino de una acción pública de nulidad en defensa del orden jurídico y respecto de un asunto de innegable interés y trascendencia nacional.

Estima la Sala que el actor sí está legitimado para actuar, de acuerdo con las normas que permiten a cualquier ciudadano acudir a la jurisdicción para solicitar simplemente la nulidad de un acto, sea éste de carácter general o particular, cuando sólo se busque la satisfacción del interés general y la protección de la legalidad.

El artículo 40 de la Constitución Política así lo autoriza expresamente en los siguientes términos:

"Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

...

*6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y la ley".*

También el artículo 84 del C.C.A. indica que:

*"Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos...".*

No sobra recordar que cuando la acción procedente es la electoral, esta sí queda sujeta a término de caducidad.

Como lo ha sostenido el Consejo de Estado, debe tenerse en cuenta la finalidad perseguida por el accionante; y en este caso, no hay duda de que ésta consiste en la guarda del orden jurídico, en un asunto de innegable trascendencia nacional.

De otra parte, no puede desconocerse que con la frase cuestionada la honorable Corte Suprema de Justicia determinó no sólo el período del Fiscal Valdivieso Sarmiento sino el período del cargo, al señalar cuándo comienza y por ende cuándo termina; es decir, que ese señalamiento comporta efectos generales, en ausencia de normas que lo precisen.

Indudablemente en este asunto está de por medio no el interés personal del funcionario designado, sino el general del país en hacer claridad y establecer si el cargo de Fiscal General de la Nación, cualquiera sea la persona que lo ocupe, es individual o tiene fecha fija de iniciación.

Si de la prosperidad de esta acción se derivaran consecuencias que favorecieran a alguna persona en particular, no por eso se crea imposibilidad jurídica del demandante para acudir a la jurisdicción, puesto que esos no son los intereses prevalecientes y por encima de ellos está la tutela del orden jurídico.

Obsérvese que no es extraño a las acciones públicas, que como consecuencia de ellas, como sucede en la acción electoral, alguna persona, bien sea el accionante o un tercero, obtenga beneficios tales como entrar a ocupar una curul, continuar en ella o en el cargo que venía desempeñando, sin que esta circunstancia cambie la naturaleza pública de la acción.

Concluye la Sala entonces el estudio de este primer punto aceptando que el señor Pedro Miguel Ramírez Martínez está legitimado para actuar en el presente asunto.

## EL FONDO DE LA CONTROVERSIA

Se circunscribe a saber, si por haber sido designado el doctor Alfonso Valdivieso Sarmiento para reemplazar en la Fiscalía General de la Nación a quien se retiró sin haber concluido su período, debe permanecer en el cargo únicamente hasta cuando venza ese período, como lo indicó la Corte Suprema de Justicia al hacer la designación, o si con su posesión comienza un nuevo período de 4 años que es el que la Constitución señala para este funcionario.

El período de permanencia del Fiscal General de la Nación en el cargo está indicado en el artículo 249 de la Constitución Política en los siguientes términos:

> *"El Fiscal General de la Nación será elegido para un período de 4 años por la Corte Suprema de Justicia, de terna enviada por el Presidente de la República y no podrá ser reelegido...".*

Ni en este artículo ni en el 27 transitorio de la Constitución, ni en ninguna norma legal se ha señalado fecha de iniciación de tal período. Quiero ello decir, que cada vez que la honorable Corte Suprema de Justicia elija Fiscal General de la Nación en propiedad, debe hacerlo por un período de 4 años como lo ordena la norma transcrita, porque esa Corporación carece de competencia para fijar esta fecha, cuestión que compete a la Constitución o a la ley.

Distinto fuera el caso, si la disposición constitucional hubiera señalado en forma precisa cuándo debía comenzar y finalizar este término de los 4 años, pero no lo hizo.

Recuérdese que una de las propuestas hechas en la Asamblea Nacional Constituyente, y que alcanzó a ser aprobada en sesión del 7 de junio de 1991, según consta en la Gaceta Constitucional No. 109 del 27 de junio de 1991, fue la de que el período del Fiscal coincidiera con el del Presidente de la República, propuesta que después fue derrotada. Esto indica que la intención del Constituyente se orientó porque cada Fiscal General nombrado en propiedad, iniciara su nuevo período y dispusiera de la totalidad del previsto, para el cabal cumplimiento de sus funciones.

Por otra parte, en la Rama Judicial sus cabezas tienen período individual y el Fiscal General de la Nación quien es una de ellas, de acuerdo con el artículo 249 de la Constitución no está exceptuado de ese principio, que además resulta benéfico para la continuidad en el ejercicio de la función. Si el Constituyente hubiera pretendido señalar el período del cargo en forma inequívoca lo hubiera hecho; pero al no proceder así; lo dejó individual y por vía administrativa o judicial esa situación no puede transformarse.

Por las anteriores razones la Sala cree que cada vez que la honorable Corte Suprema de Justicia elige Fiscal General de la Nación en propiedad, debe aplicar simple y llanamente el artículo 249 de la Carta Política, por lo menos mientras otra norma no disponga cosa distinta.

Así las cosas es preciso concluir, que la designación del doctor Alfonso Valdivieso Sarmiento como Fiscal General de la Nación en propiedad ha debido hacerse por 4 años como lo ordena la Constitución, y no por el resto de un período que ya había comenzado el anterior Fiscal, porque ese período no tiene necesariamente que estar comprendido en unas fechas fijas, sino que lo inicia la persona que entra a desempeñar el cargo.

En este orden de ideas es preciso concluir que debe declararse nula la expresión acusada del Acuerdo No. 013 de 26 de junio de 1994, por ser contraria al artículo 249 de la Constitución.

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

**FALLA:**

Es nulo el Acuerdo No. 13 de 26 de julio de 1994, proferido por la honorable Corte Suprema de Justicia únicamente en cuanto dispone: "... por el término restante del período constitucional iniciado el día 1° de abril de 1992, fecha en la cual tomó posesión del mismo cargo el doctor Gustavo de Greiff Restrepo".

Cópiese, notifíquese, comuníquese y publíquese.

Una vez ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 28 de noviembre de 1995.

*Diego Younes Moreno* (Presidente); *Daniel Suárez Hernández* (salvó voto); *Mario Alario Méndez* (con salvamento de voto); *Ernesto Rafael Ariza Muñoz* (salvó voto); *Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo* (salvó el voto),

*Jesús María Carrillo B.* (salvó el voto); *Julio Enrique Correa R., Guillermo Chahín Lizcano, Mirén de la L. de Magyaroff* (salvó el voto); *Clara Forero de Castro, Nubia González Cerón, Amado Gutiérrez Velásquez* (salvó voto); *Delio Gómez Leyva; Luis Eduardo Jaramillo Mejía* (salvó voto); *Alvaro Lecompte Luna; Juan de Dios Montes Hernández* (salvó voto); *Carlos A. Orjuela Góngora* (con salvamento de voto); *Dolly Pedraza de Arenas, Augusto Hernández* (Conjuez); *Rodrigo Ramírez González, Consuelo Sarria Olcos.*

*Mercedes Tovar de Herrán,* Secretaria General.

**FISCAL GENERAL DE LA NACION / ACTO ADMINISTRATIVO - Inexistencia/ACTO PARTICULAR - Anulación / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / ACCION DE NULIDAD - Inexistencia / TEORIA DE LOS MOTIVOS Y FINALIDADES / LEGITIMACION EN LA CAUSA - Inexistencia / SENTENCIA INHIBITORIA**

**En mi calidad de ciudadano preocupado por la grave situación social que vive el país, espiritualmente estoy de acuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en este proceso, pero como juez que debe fallar en derecho y no en conciencia, con el debido respeto por la opinión ajena, manifiesto mi disentimiento jurídico con la misma en la siguiente forma: Aunque del Acuerdo No. 013 de 1994 sólo se demandó el párrafo que dice "por el término restante del período constitucional iniciado el día 1° de abril de 1992, fecha en la cual tomó posesión del mismo cargo el doctor *Gustavo de Greiff Restrepo*", considero dicho párrafo forma una unidad indisoluble con la "designación en propiedad como Fiscal General de la Nación al doctor Alfonso Valdivieso Sarmiento", pues sin esta designación no se habría dado dicho término. En virtud de lo anterior, es indudable que se trata de un acto administrativo de carácter particular, pues hace referencia a una sola persona debidamente identificada. El que dicho acto pueda servir de pauta para decisiones posteriores que pueda llegar a tomar el nominador, no le da el carácter de acto general. Como acto individual y particular, contentivo de derechos subjetivos respecto al sujeto del mismo, derechos que van a ser objeto de modificación con la decisión tomada, solo podía ser demandado por el titular de esos derechos por medio de la acción de nulidad y restablecimento del derecho; lo anterior implica que el demandante al no ser el titular de esos derechos no estaba legitimado para ejercitar la citada acción y por ello la sentencia**

**debió ser inhibitoria. En modo alguno puede decirse que la acción ejercitada fue la de simple nulidad, pues mediante ella no sólo se busca la protección de la legalidad, sino también, en forma indirecta, el restablecimiento de los derechos subjetivos del doctor Valdivieso. Además, por la unidad del acto demandado a que hice referencia antes, debió demandarse también la confirmación de la designación, por integrar con esta un acto complejo. Acorde con reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado deberá dictarse sentencia inhibitoria si es demandado solo el acto de elección. Lo anterior me lleva a considerar que no podía dictarse sentencia de mérito.**

Consejera Ponente: Doctora *Clara Forero de Castro.*

Radicación número S-553.

Actor: Pedro Miguel Ramírez Martínez.

## SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJIA

En mi calidad de ciudadano preocupado por la grave situación social que vive el país, espiritualmente estoy de acuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en este proceso, pero como juez que debe fallar en derecho y no en conciencia con el debido respeto por la opinión ajena, manifiesto mi disentimiento jurídico con la misma en la siguiente forma:

1. Aunque del Acuerdo No. 013 de 1994 sólo se demandó el párrafo que dice "por el término restante del período constitucional iniciado el día 1° de abril de 1992, fecha en la cual tomó posesión del mismo cargo el doctor Gustavo de Greiff Restrepo", considero dicho párrafo forma una unidad indisoluble con la "designación en propiedad como Fiscal General de la Nación al doctor Alfonso Valdivieso Sarmiento", pues sin esta designación no se habría dado dicho término.

En virtud de lo anterior, es indudable que se trata de un acto administrativo de carácter particular, pues hace referencia a una sola persona debidamente identificada. El que dicho acto pueda servir de pauta para decisiones posteriores que pueda llegar a tomar el nominador, no le da el carácter de acto general.

Como acto individual y particular, contentivo de derechos subjetivos respecto al sujeto del mismo, derechos que van a ser objeto de modificación con la decisión tomada, sólo podía ser demandado por el titular de esos derechos por medio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; lo anterior implica que el

demandante al no ser el titular de esos derechos no estaba legitimado para ejercitar la citada acción y por ello la sentencia debió ser inhibitoria.

En modo alguno puede decirse que la acción ejercitada fue la de simple nulidad, pues mediante ella no sólo se busca la protección de la legalidad, sino también, en forma indirecta, el restablecimiento de los derechos subjetivos del doctor Valdivieso.

2. Además, por la unidad del acto demandado a que hice referencia antes, debió demandarse también la confirmación de la designación, por integrar con esta un acto complejo. Acorde con reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado deberá dictarse sentencia inhibitoria si es demandado solo el acto de elección.

Lo anterior me lleva a considerar que no podía dictarse sentencia de mérito.

*Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., diciembre 6 de 1995.

**FISCAL GENERAL DE LA NACION - Elección / ACTO DE ELECCION / ACTO DE CONFIRMACION / FUNCIONARIO DE LA RAMA JUDICIAL / DEMANDA - Ineptitud / ACTO COMPLEJO (Salvamento de voto)**

**El acto de elección con el de la confirmación de la misma integran una unidad jurídica, pues la voluntad administrativa se completa con el segundo. Vale expresar que si la Carta Política en el artículo 249 prevé que el Fiscal debe reunir las mismas calidades exigidas para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, el artículo 66 del Decreto 1660 de 1978 es muy claro en señalar que quien sea designado en propiedad de un empleo en la Rama Judicial para cuyo ejercicio se exijan requisitos y calidades deberá obtener su confirmación de la autoridad nominadora mediante la presentación de las pruebas que los acrediten, para lo cual cuenta con un término de un mes y dicho acto de confirmación es el que lo habilita para tomar posesión del cargo, según el artículo 70 *ibidem*. Si el parágrafo del artículo 7° de la Ley 14 de 1988 exigía al actor demandar también el acto confirmatorio de la elección y no se hizo así la demanda es inepta, y debió por ello la Sala inhibirse de hacer un pronunciamiento de mérito en el presente asunto.**

**FISCAL GENERAL DE LA NACION - Período / PERIODO INSTITUCIONAL / VACANCIA ABSOLUTA / (Salvamento de voto)**

**En materia de períodos la regla general es que son de carácter institucional y por excepción de carácter individual; que el Fiscal General de la Nación no está sujeto a este último; y que el artículo 280 del C. de R. P. y M. (Ley 4ª de 1913) al disponer que "*Siempre que se haga una elección después de principiado un período, se entiende hecha para el resto del período en curso*" (las destacadas fuera del texto) le dio respaldo legal al proceder**

**de la Corte Suprema de Justicia cuando expidió el acto acusado. Cabe por último destacar que el Decreto 1660 de 1978, en consonancia con el precepto antes enunciado, en relación con las faltas definitivas de los Magistrados del Tribunal Disciplinario, de los Fiscales del Consejo de Estado, de los Tribunales Superiores de Distrito, del Tribunal Superior de Aduanas, de los Tribunales Administrativos y de Juzgados (cargos ya suprimidos), preveía en sus artículos 12 y 18 a 20, que sus correspondientes reemplazos se nombraban "por el resto del período".**

## SALVAMENTO DE VOTO

Radicación número S-553.

Referencia: Acción. Nulidad.

Actor: Pedro Miguel Ramírez Martínez.

Con el respeto debido por la opinión mayoritaria de la Sala, me he separado de la decisión precedente, por las siguientes razones:

En la sentencia se decreta la nulidad de la expresión "... por el término restante del período constitucional iniciado el día 1° de abril de 1992, fecha en la cual tomó posesión del mismo cargo el doctor Gustavo de Greiff Restrepo...", contenida en el Acuerdo número 013 de 1994, expedido por la honorable Corte Suprema de Justicia, por considerarse que quebranta el artículo 249 de la Constitución Política, con apoyo esencialmente en la siguiente argumentación:

***"... Obsérvese que no está demandado el nombramiento mismo, sino su limitante en el tiempo y por ende el señalamiento de un período diferente al previsto en la Constitución. No se trata pues de la acción electoral que está sujeta a término de caducidad, sino de una acción pública de nulidad en defensa del orden jurídico y respecto de un asunto de innegable interés y trascendencia nacional...".***

***"... De otra parte, no puede desconocerse que con la frase cuestionada la honorable Corte Suprema de Justicia determinó no sólo el período del Fiscal Valdivieso Sarmiento sino el período del cargo, al señalar cuándo comienza y por ende cuándo termina; es decir, que ese señalamiento comporta efectos generales, en ausencia de normas que lo precisen.***

***Indudablemente en este asunto está de por medio no el interés personal del funcionario designado, sino el general del país en hacer claridad y establecer si el cargo de Fiscal General de la***

***Nación, cualquiera sea la persona que lo ocupe, es individual o tiene fecha fija de iniciación...".***

***"... Ni en este artículo (se refiere al 249 de la Carta) ni en el 27 transitorio de la Constitución, ni en ninguna norma legal se ha señalado fecha de iniciación de tal período, quiere ello decir, que cada vez que la honorable Corte Suprema de Justicia elija Fiscal General de la Nación en propiedad, debe hacerlo por un período de 4 años como lo ordena la norma transcrita, porque esa corporación carece de competencia para fijar esta fecha, cuestión que compete a la Constitución o a la ley..."*** (las cursivas y negrillas son mías).

Disiento de la decisión adoptada, como de su motivación, tal como lo sostuve en Sala, con base en las razones que se detallan a continuación:

1. **La acción incoada en el presente caso es electoral y ha debido proferirse sentencia inhibitoria.**

Sobre la clase de acción incoada resulta preciso tener en cuenta lo siguiente:

a) El demandante *Pedro Miguel Ramírez Martínez,* en su escrito de demanda, dirigido y presentado ante la Sección Quinta de esta Corporación el 9 de septiembre de 1994, expresamente solicitó "...**se declare la nulidad del Acuerdo número 013 de 1994,** expedido por la honorable Corte Suprema de Justicia, **concretamente de la siguiente frase de su artículo único: "... por el término restante del período constitucional iniciado el día 1° de abril de 1992, fecha en la cual tomó posesión del mismo cargo el doctor *Gustavo de Greiff Restrepo*"** (las negrillas fuera de texto).

En apoyo de dicha pretensión adujo como hechos, en esencia, los siguientes:

"La honorable Corte Suprema de Justicia eligió como Fiscal General de la Nación al doctor Alfonso Valdivieso Sarmiento el 26 de julio de 1994.

Dicha designación se hizo por el período implícito en la frase impugnada y no por (sic) ordenado en la Constitución Política...".

En el acápite correspondiente a las normas violadas y al concepto de la violación expresó, en lo pertinente, que "**la honorable Corte infringió con el acto cuya nulidad se pide, el inciso segundo del artículo 249 de la Carta que ordena que la elección de Fiscal General de la Nación se haga "para un período de cuatro años",** como consecuencia de que si la ley no ha establecido la fecha a partir de la cual debe computarse el término, éste será entonces el que corresponda a la posesión de cada Fiscal elegido..." (las negrillas fuera de texto).

De los términos de la demanda se infiere con claridad que a través de ella se controvierte el acto de elección del doctor Alfonso Valdivieso Sarmiento como Fiscal General de la Nación en cuanto se hizo por el resto del período de cuatro años que inició su antecesor, el doctor Gustavo de Greiff Restrepo.

No puede perderse de vista a este respecto que las elecciones en los cargos de funcionarios de la Rama Judicial se realizan en propiedad, provisionalidad o interinidad y para un período determinado, cuando la Constitución y la ley así lo señalan. Por ello el acto acusado es típicamente de elección dado que dispuso la designación en propiedad del doctor Alfonso Valdivieso Sarmiento por el resto del período de cuatro años iniciado, como ya se dijo, por su antecesor. Contiene, por lo tanto, una sola decisión, la cual es inescindible por cuanto el período sin referencia al acto de elección, por sí solo, carece de virtualidad. No resultan válidas, a mi juicio, las consecuencias que se derivan de la sentencia: de que el Acuerdo número 013 de 1994 contiene dos decisiones: una, la designación en propiedad; y la otra, la referente a que se hizo por el resto del período iniciado por el doctor De Greiff; y la atinente a que respecto de la designación en propiedad la acción procedente es la electoral y en lo tocante a que ella se hubiera hecho por el resto del período la acción pertinente es la de nulidad.

Siendo el acto de elección unitario e inescindible estaba sujeto al procedimiento especial previsto en los artículos 223 a 251 del C.C.A., en concordancia con el 128 numeral 4° *ibidem*, y el actor estaba legitimado para actuar conforme al articulo 227 del mismo estatuto. La sujeción a dicho procedimiento especial implicaba para el actor el deber procesal de demandar tanto el acto de elección con el confirmatorio del mismo, esto es, el adoptado por la Sala Plena de la honorable Corte Suprema de Justicia en su sesión de 11 de agosto de 1994, visible a folios 91 a 100 del expediente.

Tal deber procesal se desprende del texto del parágrafo del artículo 7° de la Ley 14 de 1988, que al efecto prescribe:

> **"Parágrafo. Tratándose de los actos de control relacionados con la confirmación de nombramientos hechos por distintas autoridades de la República el término de caducidad de la acción se contará a partir de la fecha en la cual se confirme la designación o nombramiento. Queda en esta forma aclarado el inciso final del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo".** (Las negrillas fuera de texto).

Cabe resaltar que el acto de elección con el de la confirmación de la misma integran una unidad jurídica, pues la voluntad administrativa se completa con el segundo. Vale expresar que si la Carta Política en el artículo 249 prevé que el

Fiscal debe reunir las mismas calidades exigidas para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, el artículo 66 del Decreto 1660 de 1978 es muy claro en señalar que quien sea designado en propiedad en un empleo en la Rama Judicial para cuyo ejercicio se exijan requisitos y calidades deberá obtener su confirmación de la autoridad nominadora mediante la presentación de las pruebas que los acrediten, para lo cual cuenta con un término de un mes y dicho acto de confirmación es el que lo habilita para tomar posesión del cargo, según el artículo 70 *ibidem*.

Al ser la Fiscalía General de la Nación integrante de la Rama Judicial, por mandato expreso del artículo 116 de la Constitución Política, su titular está sujeto a las reglas del citado Decreto 1660, habida cuenta que el artículo 1° de éste prescribe que él se aplica a los funcionarios de la Rama Judicial "sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales", pues el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación (Decreto-ley 2699 de 1991) no contiene disposición alguna sobre la materia.

Si el parágrafo del artículo 7° de la Ley 14 de 1988 exigía al actor demandar también el acto conformatorio de la elección y no se hizo así la demanda es inepta, y debió por ello la Sala inhibirse de hacer un pronunciamiento de mérito en el presente asunto.

## II. EL ASPECTO DE FONDO

No obstante que a mi juicio la demanda es sustantivamente inepta, en lo concemiente al fondo del asunto comparto plenamente el razonamiento que al respecto hacen en su salvamento de voto los señores Consejeros, doctores Carlos Betancur Jaramillo, Jesús María Carrillo Ballesteros, Juan de Dios Montes Hernández y Daniel Suárez Hernández, en el acápite que denominan: **b) El problema constitucional** (folios 11 a 21 del salvamento y 190 a 200 del expediente), tal como lo afirmé también en Sala Plena, pues del análisis constitucional y legal que allí se hace se desprende que en materia de períodos la regla general es que son de carácter institucional y por excepción de carácter individual; que el Fiscal General de la Nación no está sujeto a este último; y que el artículo 280 del C. de R.P. y M. (Ley 4ª de 1913) al disponer que "***Siempre que se haga una elección después de principiado un período, se entiende hecha para el resto del período en curso***" (las cursivas y las negrillas fuera de texto) le dio respaldo legal al proceder de la Corte Suprema de Justicia cuando expidió el acto acusado.

Cabe por último destacar que el Decreto 1660 de 1978, en consonancia con el precepto antes enunciado, en relación con las faltas definitivas de los Magistrados del Tribunal Disciplinario, de los Fiscales del Consejo de Estado, de los Tribunales Superiores de Distrito, del Tribunal Superior de Aduanas, de los Tribunales

Administrativos y de Juzgados (cargos ya suprimidos), preveía en sus artículos 12 y 18 a 20, que sus correspondientes reemplazos se nombraban "por el resto del período".

Fecha, *ut supra.*

*Ernesto Rafael Ariza Muñoz,*

Consejero de Estado.

**FISCAL GENERAL DE LA NACION / ACTO ADMINISTRATIVO - Inexistencia / ACTO PARTICULAR - Anulación / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / LEGITIMACION EN LA CAUSA - Inexistencia / SENTENCIA INHIBITORIA**

**Considero que la expresión acusada, "... por el término restante del período constitucional iniciado el día 1° de abril de 1992, fecha en la cual tomó posesión del mismo cargo el doctor *Gustavo de Greiff Restrepo...*" no es un acto administrativo propiamente dicho, por cuanto simplemente constituye un complemento circunstancial del acto de elección del doctor Valdivieso Sarmiento como Fiscal General de la Nación, acto acerca del cual ya se produjo sentencia que hizo tránsito de cosa juzgada. Que aun de estimar que ese agregado circunstancial es un acto administrativo, lo sería de contenido particular y concreto, generador de situación jurídica subjetiva para el elegido Fiscal General de la Nación, por cuanto implicaría restricción o recorte de su período constitucional. Por ende, la acción ejercitable contra ese supuesto acto administrativo no puede ser distinta a la de nulidad y restableci-miento del derecho, habida cuenta que la anulación del "acto" implica restablecimiento automático del período de ejercicio del cargo de fiscal. Para invocar esa acción no tenía legitimación el actor y, por consiguiente, también en este segundo supuesto la sentencia debió ser inhibitoria.**

Radicación número S-553.

Referencia: Acción de nulidad.

Actor: Pedro Miguel Ramírez Martínez.

**SALVAMENTO DE VOTO**

Con el debido comedimiento expongo, del modo más sucinto posible, las razones de mi disentimiento con la anterior sentencia mayoritariamente acogida, en

los términos en que los expresé en el debate adelantado en la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo...

1. Considero que la expresión acusada, "... por el término restante del período constitucional iniciado el día 1° de abril de 1992, fecha en la cual tomó posesión del mismo cargo el doctor Gustavo de Greiff Restrepo..." no es un acto administrativo propiamente dicho, por cuanto simplemente constituye un complemento circunstancial del acto de elección del doctor Valdivieso Sarmiento como Fiscal General de la Nación, acto acerca del cual ya se produjo sentencia que hizo tránsito de cosa juzgada.

2. Que aun de estimar que ese agregado circunstancial es un acto administrativo, lo sería de contenido particular y concreto, generador de situación jurídica subjetiva para el elegido Fiscal General de la Nación, por cuanto implicaría restricción o recorte de su período constitucional. Por ende, la acción ejercitable contra ese supuesto acto administrativo no puede ser distinta a la de nulidad y restablecimiento del derecho, habida cuenta que la anulación del "acto" implica restablecimiento automático del período de ejercicio del cargo de fiscal. Para invocar esa acción no tenía legitimación el actor y, por consiguiente, también en este segundo supuesto la sentencia debió ser inhibitoria.

*Amado Gutiérrez Velásquez.*

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

**FISCAL GENERAL DE LA NACION - Elección / ACTO ELECTORAL / ACCION ELECTORAL / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA**

**Los actos de elección sólo son controlables a través del proceso electoral (acción ciudadana pública), y eso para la salvaguarda del ordenamiento jurídico, o a través de la acción de nulidad y restablecimiento, instaurable sólo por la persona afectada con el acto de elección, que puede ser la elegida o la desplazada con la nueva elección.**

**TEORIA DE LOS FINES Y MODALIDADES/ACCION ELECTORAL - Improcedencia/ACTO ELECTORAL/ACCION DE SIMPLE NULIDAD - Improcedencia (Salvamento de Voto)**

**La tesis de los móviles y finalidades, elaborada por la jurisprudencia desde 1961 a iniciativa del doctor Carlos Gustavo Arrieta, no tiene aplicación en el acto electoral porque por mandato legal los actos de elección no permiten escoger entre la acción de nulidad pura y simple y la acción de nulidad electoral especial. No sería razonable ni jurídico que un acto electoral, luego de volverse irrevisable jurisdiccionalmente por el transcurso del término de caducidad de la acción electoral (20 días), o luego de decidir el proceso correspondiente, pudiera en cualquier tiempo posterior impugnarse en acción de nulidad por cualquier persona. No puede olvidarse aquí que la escogencia de las acciones no depende del capricho del accionante, sino del querer de la ley.**

**En otros términos, cuando la ley señala la acción, no será posible por la vía jurisprudencial crear otra diferente. Los actos administrativos son susceptibles de la acción de simple nulidad, tal como lo señala la antecitada norma. Así tanto el contenido general como el particular o concreto podrán impugnarse por**

**razones de legalidad. Esta es la regla general, la que no presenta excepción frente al acto reglá, el cual siempre será impugnable por dichas razones y por la acción del artículo 84. Pero frente a los de contenido particular no sucede igual, porque serán imputables por la vía de la simple nulidad siempre que el legislador no haya establecido una diferente o especial para su control (caso de los electorales, de algunos agrarios, como los de extinción del dominio y el de adjudicación de un contrato) o cuando la simple nulidad del acto establezca el derecho de la persona directamente afectada con el mismo; evento en el cual la acción no podrá ser sino de nulidad y restablecimiento propuesta por la persona legitimada (la lesionada en un derecho suyo amparado por una norma jurídica) y en oportunidad señalada en la ley (art. 136 inciso 2° del C.C.A.).**

**FISCAL GENERAL - Acto de elección / COSA JUZGADA**

**El acto de elección del señor fiscal es sustancial y formalmente una unidad, ya que nadie podría fraccionarlo en varias partes, como lo hace artificialmente la decisión mayoritaria, para predicar frente a la urna (la declaración de elección) unas acciones (la electoral y la de nulidad y restablecimiento) y frente a la otra (el extremo que señala por el resto del período) una acción pública de nulidad con el alcance del artículo 84 del C.C.A., porque esto equivaldría a afirmar que no existe tal unidad, sino que dicho acto contiene dos decisiones distintas. No; el acto no contiene sino una declaración de voluntad; el agregado (por el resto del período) incluso pudo omitirse, porque con él o sin él, la competencia del nominador no podrá ir más allá de lo previsto por el constituyente. En el caso *sub judice* porque ese acto de elección ya fue demandado y la acción resultó fallida; es decir, se dio el fenómeno de la cosa juzgada y no podría desconocerse ésta so pretexto de que la acción posterior es diferente; porque se repite , en el derecho colombiano no es posible impugnar el acto electoral por dos vías públicas diferentes; la de nulidad del artículo 84 y la electoral de los artículos 223 y ss. La sección quinta de la Corporación, al denegar las súplicas formuladas en la demanda de elección del señor fiscal, dejó el acto de elección con los efectos y alcances señalados por la Corte Suprema al expedirlo. (Ver sentencia de mayo 25 de 1995). La sentencia aludida, que ni siquiera es susceptible del recurso extraordinario de revisión, menos podrá desconocerse o infirmarse por una vía ordinaria no contemplada en la ley.**

## FISCAL GENERAL DE LA NACION / PERIODO INDIVIDUAL - Inexistencia / PERIODO INSTITUCIONAL / VACANCIA ABSOLUTA

**El Fiscal General de la Nación no es elegido por el período individual, no hay norma que lo diga, por lo tanto, quien resulta elegido en desarrollo de un período deberá terminarlo. Con el nuevo funcionario no empieza otro período. El artículo 280 del Código del Régimen Político Municipal establece que "Siempre que se haga una elección después de principiado un período, se entiende hecha por el resto de período en curso". La regla general que prevé la Constitución es el período institucional, como quedó reseñado anteriormente. Por excepción señaló período individual en el artículo 233 para los magistrados allí mencionados. Por principio de interpretación esta norma es restrictiva. Como la norma que señala el período del Fiscal General de la Nación debe interpretarse de acuerdo con la regla general, vale decir, período institucional de cuatro años, la elección del actual fiscal, para terminar el período en curso, está de acuerdo con la Constitución y la ley. Y, por su lado, el artículo 29 del proyecto de ley estatutaria de la administración de justicia al expresar que "en caso de falta absoluta del fiscal antes de la terminación del período, quien sea designado en un reemplazo lo será para terminar el período", es constitucional. Si según el principio general, los períodos son institucionales y por eso el de la mayoría de servidores públicos tiene ese carácter, lo lógico es entender que el caso no previsto expresamente se soluciona aplicando el principio general y no recurriendo al tratamiento excepcional que la Constitución da a los magistrados de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado.**

### SALVAMENTO DE VOTO

Ponente: Doctora *Clara Forero de Castro.*

Radicación número: S-553.

Actor: Pedro Miguel Ramírez Martínez.

Los suscritos, Carlos Betancur Jaramillo, Jesús María Carrillo Ballesteros, Juan de Dios Montes Hernández y Daniel Suárez Hernández, con todo respeto nos separamos de la decisión mayoritaria. Son razones de nuestra discrepancia las que se exponen a continuación y que muestran que, con apoyo en la jurisprudencia reiterada de la corporación mantenida desde 1941, la decisión debió ser inhibitoria,

enfocado el asunto dentro de su perspectiva procesal, o desestimatoria desde la órbita constitucional:

a) **El Problema Procesal**

**La Indole del Acto Impugnado y la Acción**

El acto impugnado es un acto electoral. Por él la Corte Suprema eligió al doctor Alfonso Valdivieso Sarmiento como Fiscal General de la Nación el día 26 de julio de 1994, "por el término restante del período constitucional iniciado el día 1° de abril de 1992, fecha en la cual tomó posesión del mismo cargo el doctor Gustavo de Greiff Restrepo". (Acuerdo número 13 de julio 26 de 1994).

Su carácter electoral está por fuera de toda duda, como también lo está su índole de acto administrativo.

Este doble carácter condiciona su impugnación jurisdiccional y permite, con base en el código de lo contencioso administrativo, afirmar que los actos de elección sólo son controlables o a través del proceso electoral (acción ciudadana pública), y eso para la salvaguarda del ordenamiento jurídico; o a través de la acción de nulidad y restablecimiento, instaurable sólo por la persona afectada con el acto de elección, que puede ser la elegida o la desplazada con la nueva elección.

Con un ejemplo puede clarificarse mejor la idea precedente: La persona elegida lo fue para un período menor al señalado en la ley o con una asignación inferior. En este evento ésta podrá pedir la nulidad del acto para que se reafirme el período a que tiene derecho o se define cuál es la asignación real del cargo. Aquí la nulidad será parcial. Asimismo la persona desplazada por la nueva elección podrá pedir la nulidad del acto para que como consecuencia se le reintegre al servicio y se le reconozcan los salarios y prestaciones dejados de devengar.

Pero fuera de estas dos acciones no podrá proponerse ninguna otra. Así, el acto electoral no podrá impugnarse en acción de simple nulidad, en los términos del artículo 84 de C.C.A., y no podrá accederse a este vía porque el legislador no lo quiere así, ni lo ha querido.

Baste observar la evolución de la legislación electoral para corroborar este aserto. Desde la Ley 167 de 1941 el acto administrativo electoral estuvo sometido a un trato especial diferente al que contemplaba en sus artículos 66 y 67 (similares hoy a los artículos 84 y 85 del C.C.A.) para el control de los actos administrativos en general. Esta previsión hizo que la jurisprudencia desde ese entonces cerrara toda posibilidad a la acción de simple nulidad contra los actos administrativos electorales. Y la idea se mantiene hoy por otra sencilla razón: Si el legislador, quiere que determinado acto administrativo se impugne por una vía especial, no podrá accederse a las vías ordinarias creadas para la generalidad de los actos.

La tesis de los móviles y finalidades, elaborada por la jurisprudencia desde 1961 a iniciativa del doctor Carlos Gustavo Arrieta L., no tiene aplicación en el campo electoral porque por mandato legal los actos de elección no permiten escoger entre la acción de nulidad pura y simple y la acción de nulidad electoral especial. No sería razonable ni jurídico que un acto electoral, luego de volverse irrevisable jurisdiccionalmente por el transcurso del término de caducidad de la acción electoral (20 días), o luego de decidir el proceso correspondiente, pudiera en cualquier tiempo posterior impugnarse en acción de nulidad por cualquier persona. No puede olvidarse aquí que la escogencia de las acciones no depende del capricho del accionante, sino del querer de la ley. En otros términos, cuando la ley señala la acción, no será posible por la vía jurisprudencial crear otra diferente.

Razones doctrinarias apoyan también la improcedencia de la acción de simple nulidad regulada en el artículo 84 del C.C.A. frente al acto electoral. Veamos:

Los actos administrativos son susceptibles de la acción de simple nulidad, tal como lo señala la antecitada norma. Así tanto el de contenido general como el particular o concreto podrán impugnarse por razones de legalidad. Esta es la regla general, la que no presenta excepción frente al acto regla, el cual siempre será impugnable por dichas razones y por la acción del artículo 84. Pero frente a los de contenido particular no sucede igual, porque serán impugnables por la vía de la simple nulidad siempre que el legislador no haya establecido una diferente o especial para su control (caso de los electorales, de algunos agrarios, como los de extinción del dominio y el de adjudicación de un contrato) o cuando la simple nulidad del acto restablezca el derecho de la persona directamente afectada con el mismo; evento en el cual la acción no podrá ser sino de nulidad y restablecimiento propuesta por la persona legitimada (la lesionada en un derecho suyo amparado por una norma jurídica) y en la oportunidad señalada en la ley (art. 136 inciso 2° del C.C.A.).

Dentro del género actos de contenido particular es necesario distinguir dos clases:

a) Aquellos que sólo miran al interés exclusivo o particular de la persona destinataria del mismo (el que niega una licencia de construcción, un permiso de funcionamiento de un bar, unas prestaciones sociales, etc,) frente a los cuales es fácil entender que sólo sean susceptibles de la acción de nulidad y restablecimiento (art. 85) y que ninguna otra persona distinta a la afectada puede pedir su anulación; y

b) Aquellos que fuera de incidir en el interés particular de alguien, afectan o pueden afectar así mismo derechos o intereses colectivos vinculados al patrimonio, a los bienes públicos en general, al medio ambiente, a la salubridad, al espacio público, etc., en los cuales la procedencia de las acciones contempladas en los

artículos 84 y 85 no sólo es posible sino necesaria. Así, la persona afectada con tales actos tendrá la acción de nulidad y restablecimiento; y los terceros, la de simple nulidad no sólo en salvaguarda del orden jurídico, sino en defensa de los derechos e intereses de la colectividad en general. Piénsese en actos como el que concede a X una merced de aguas públicas; una licencia para explotar una ruta aérea o terrestre; un permiso para ocupar un bien público; una licencia de radiodifusión o televisiva; una concesión para explotar una mina, etc. En estos eventos, se pone de presente el interés general que debe prevalecer sobre el particular.

Y aunque podría alegarse que en el acto electoral sucede algo similar a lo que se afirma de los actos enunciados en el párrafo precedente, en la realidad la respuesta no puede ser la misma porque el legislador, consciente de la importancia del asunto y del interés de todos los ciudadanos en la legalidad de las elecciones, les dio una acción propia que tiene hoy su respaldo en el artículo 40 de la Constitución, con notas diferentes a las del 84, para lograr idénticos propósitos, con la única salvedad en cuanto a su oportunidad, ya que razones de estabilidad, seguridad y de conveniencia públicas justifican plenamente que el acto se vuelva irrevisable jurisdiccionalmente después de pasado el término de caducidad, para tranquilidad en el ejercicio del cargo por parte del funcionario elegido; tranquilidad que no se daría si en cualquier momento pudiera demandarse la nulidad del acto por cualquier persona.

**El acto de elección del Fiscal**

El acto de elección del señor fiscal es sustancial y formalmente una unidad, ya que nadie podría fraccionarlo en varias partes, como lo hace artificialmente la decisión mayoritaria, para predicar frente a la una (la declaración de elección) unas acciones (la electoral y la de nulidad y restablecimiento) y frente a la otra (el extremo que señala por el resto del período) una acción pública de nulidad con el alcance del artículo 84 del C.C.A., porque esto equivaldría a afirmar que no existe tal unidad, sino que dicho acto contiene dos decisiones distintas. No, el acto no contiene sino una declaración de voluntad; el agregado (por el resto del período) incluso pudo omitirse, porque con él o sin él, la competencia del nominador no podía ir más allá de lo previsto por el constituyente. Para ilustrar el punto, pongamos un ejemplo: El Consejo de Estado designa un consejero, sin más. Podrá decirse que como se omitió el señalamiento del período, el acto es único, ¿pero que si se hubiera fijado dicho período el acto contendría dos decisiones? No; sigue siendo uno solo, lo que sucede es que en la última hipótesis se repitió el mandato constitucional contenido en el artículo 233 de la Carta y el acto de elección no podía variarlo en ningún sentido. Si lo hace, el acto electoral que recorta el período sería demandable por el elegido en cuanto ese recorte y por cualquier ciudadano en acción electoral. Pero no más. La primera acción en el término de 4 meses y la segunda en 20 días. Cumplida la caducidad, en ambas hipótesis y a nadie podrá demandarlo y menos

con el pretexto de la acción pública de nulidad, la que para el acto electoral, se repite, no procede por la vía del artículo 84 del código.

Pero todavía es más clara la situación en el caso *sub judice* porque ese acto de elección ya fue demandado y la acción resultó fallida; es decir, se dio el fenómeno de la cosa juzgada y no podría desconocerse ésta so pretexto de que la acción posterior es diferente; porque, se repite, en el derecho colombiano no es posible impugnar el acto electoral por dos vías públicas diferentes: la de nulidad del artículo 84 y la electoral de los artículos 223 y ss. La sección quinta de la corporación, al denegar las súplicas, formuladas en la demanda de elección del señor fiscal, dejó el acto de elección con los efectos y alcances señalados por la Corte Suprema al expedirlo. (Ver sentencia de mayo 25 de 1995). La sentencia aludida, que ni siquiera es susceptible del recurso extraordinario de revisión, menos podrá desconocerse o informarse por una vía ordinaria no contemplada en la ley.

En suma:

Lo anterior respeta la jurisprudencia de la corporación en especial en los siguientes puntos:

a) Los actos administrativos son susceptibles de la acción de simple nulidad, con las excepciones de ley, frente a los actos particulares que tengan una acción especial o frente a aquellos que simple nulidad restablezca el derecho para el destinatario del mismo;

b) Un acto administrativo que constituya una unidad no podrá fraccionarse para intentar acciones diferentes frente a cada una de las partes que lo conforman;

c) El acto electoral, por voluntad del legislador, tiene una acción pública especial; y ésta no podrá reemplazarse por la pública del artículo 84, ni antes de la caducidad de la acción electoral ni luego de vencida ésta;

d) El acto electoral sólo permitirá una acción de nulidad y restablecimiento laboral (la electoral subjetiva, para algunos), en los términos del artículo 85, a favor de la persona afectada con el acto y con fines de resarcimiento; acción en la cual, declarada la nulidad del acto de elección o nombramiento, el designado tendrá que dejar el cargo para permitir el reintegro del desplazado, en los eventos en que esta medida sea procedente;

e) La persona elegida, en principio, no tendrá acción contra el acto elección; sólo la tendrá y eso de nulidad y restablecimiento, cuando en el acto mismo se le recorten los derechos inherentes al cargo; pero si la persona así perjudicada deja de vencer el término de caducidad de la antecitada acción que le permita el restablecimiento de su derecho, su situación devendrá irrevisable jurisdiccionalmente;

como será irrevisable jurisdiccionalmente también el acto electoral cuando la acción pública electoral haya caducado.

## La Cosa Juzgada

Este fenómeno aparece incuestionable. El Acuerdo 13 de 1994 que eligió al señor Fiscal fue demandado en acción pública electoral por el ciudadano doctor Juvenal Cantillo Navarro, quien expresamente pidió en lo pertinente: "Segunda. Que es nulo el Acuerdo número 13 de julio 26 de 1994, de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, por medio del cual se designa en propiedad como Fiscal General de la Nación al doctor Alfonso Valdivieso Sarmiento, por el término restante del período constitucional iniciado el día 1° de abril de 1992, fecha en la cual tomó posesión del mismo cargo el doctor Gustavo de Greiff Restrepo, conforme a la elección hecha por dicha corporación en la sesión celebrada el mismo día". Y la sección quinta de la corporación, luego del trámite propio regulado en los artículos 223 y ss., definió la controversia en sentencia de 25 de mayo de 1995, con el siguiente alcance:

"Deniéganse las pretensiones de la demanda que dio origen al proceso incoado con miras a obtener la nulidad del Acuerdo 013 de julio 26 de 1994 de la honorable Corte Suprema de Justicia que designó en propiedad como Fiscal General de la Nación al doctor Alfonso Valdivieso Sarmiento por el término restante del período constitucional iniciado el 1° de abril de 1992, confirmado en la sección de la Sala Plenaria del 11 de agosto de 1994".

La sentencia en el proceso electoral aludido tiene efectos *erga omnes*; efectos que se reafirman con mayor fuerza si se tiene en cuenta que en la demanda pública que aquí se estudia la única norma citada como infringida, el artículo 249 de la Carta, fue objeto de cita y de análisis también en la demanda electoral del proceso referenciado con el número 1163 y de consideración expresa en el fallo correspondiente. Se arriba a la conclusión precedente con apoyo en lo que dispone el 2° inciso del artículo 175 del C.C.A., por cuanto la *causa petendi* formulada en el proceso de la referencia, ya había sido juzgada dentro del proceso electoral decidido en sentencia de 25 de mayo de 1995. El efecto *erga omnes* de este fallo no podía desconocerse y menos con el argumento especioso de que en el primer proceso se citaban además otras normas como infringidas. Lo que importa es que el único cargo formulado en este proceso coincida con el presentado en el primero, así en éste se haya formulado otros.

## CONCLUSION

Para quienes redactamos esta salvedad la decisión, técnicamente, debió ser inhibitoria por dos razones fundamentales:

a) Por falta de legitimación en la causa por activa, y

b) Por formulación de la acción inadecuada. Incluso, pudo manejarse la excepción de cosa juzgada dentro del proceso para el reconocimiento oficioso de tal excepción, tomando como hecho notorio la decisión de la sección quinta.

b) **El problema constitucional**

La Constitución Política de 1991 y las leyes establecen períodos para los miembros de las Corporaciones de elección popular y otros altos servidores públicos y además sistemas de reemplazo cuando ocurran casos de vacancia.

Son los siguientes:

1. Para senadores y representantes dispone el artículo 132 que serán elegidos para un período de cuatro años, que se inicia el 20 de julio siguiente a la elección.

Cada Cámara elegirá para el período constitucional respectivo comisiones permanentes que tramitarán en primer debate los proyectos de actos legislativos o de ley, según el artículo 142 de la Constitución Política. Y, según el artículo 10 de la Ley 3° de 1992, en cada una de tales comisiones habrá una mesa directiva, integrada por un Presidente y un vicepresidente, elegidos para períodos de un año.

Las mesas directivas de la Cámara y de sus comisiones permanentes serán renovadas cada año para la legislatura que se inicia el 20 de julio, como lo disponen los artículos 147 de la Constitución y 40 de la Ley 5ª de 1992.

2. Los artículos 299 y 312 establecen que cada en departamento y en cada municipio habrá una corporación que se denomina Asamblea Departamental y Concejo Municipal, en su orden, integradas por diputados y concejales elegidos para períodos de tres años.

3. Para el Presidente de la República prescribe el artículo 190 que será elegido por un período de cuatro años.

4. El Contralor General de la República tendrá período igual al del Presidente, según el artículo 267. Empezará a contarse desde el 1° de septiembre de 1994 y en caso de vacancia absoluta se hará nueva elección, al tenor de los artículos 23 y 24 de la Ley 5ª de 1992.

Señala el artículo 247 de la Constitución que el auditor que ejerce la vigilancia fiscal de la Contraloría General de la República es elegido por el Consejo de Estado de terna enviada por la Corte Suprema de Justicia para un período institucional de dos años.

5. El Procurador General de la Nación será elegido por el Senado para un período de cuatro años, que se contará desde el 1° de septiembre de 1994, según los artículos 276 de la Constitución y 316 de la Ley 5ª de 1992.

6. El Defensor del Pueblo será elegido para un período de cuatro años de tema elaborada por el Presidente de la República, dice el artículo 281 de la Constitución Política.

7. Gobernadores y alcaldes tendrán períodos de tres años, de acuerdo con los artículos 303 y 314 de la Constitución.

8. Los Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura son elegidos para períodos de ocho años, contados desde el 1° de septiembre de 1992, prescriben los artículos 27 y 28 de la Ley 5ª de 1992.

9. Los Magistrados de la Sala Administrativa serán elegidos para períodos de ocho años. (art. 254 de la Constitución).

Estos períodos no son individuales. No lo autoriza la Constitución ni el Decreto 2652 de 1991.

10. Los Magistrados de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado serán elegidos para períodos individuales de ocho años. (art. 233 de la Constitución Nacional).

11. El Fiscal General de la Nación será elegido para un período de cuatro. (art. 249 de la Constitución).

12. Los miembros de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, serán elegidos para un período fijo de cuatro años que deberá coincidir con el del Presidente de la República, según los artículos 77 de la Constitución Política y 6° de la Ley 182 de 1995, por remisión que hizo la norma constitucional.

13. Los miembros del Consejo Nacional de Planeación tienen un período de ocho años y se renovarán cada cuatro años en la forma que disponga la ley. (art. 340).

14. Los miembros de la Junta Directiva del Banco de la República tienen un período de cuatro años, reglamentada por la Ley 31 de 1992.

Sistemas de reemplazos.

1. El acto legislativo número 3 de 1993, reformatorio de los artículos 134 y 261 de la Constitución Política Nacional establece que las faltas absolutas o temporales de los miembros de las corporaciones públicas serán suplidas por los candidatos que, según el orden de inscripción, en forma sucesiva y descendente, correspondan a la misma lista electoral.

2. Si faltan los miembros de las mesas Directivas del Congreso o de las comisiones que lo integran los reemplazos culminarán el período iniciado.

3. En caso de falta absoluta de Gobernadores y Alcaldes debe convocarse a una nueva elección, si ocurre antes de transcurrir un año de la posesión. El elegido

terminará el período que corre. (art. 8° de la Ley 49 de 1987 y Código Electoral. Decreto 2241 de 1986).

4. Al Presidente de la República lo reemplaza el vicepresidente. Si la falta es absoluta el vicepresidente termina el período (art. 202 de la Constitución).

5. En caso de presentarse falta absoluta del Contralor o del Auditor de este organismo debe hacerse otra elección para el resto del período.

6. Si la falta absoluta ocurre con el Procurador General de la Nación deberá hacerse nueva elección para terminar el período, según el artículo 316 de la Ley 5ª de 1992. Igual tratamiento existe para el Defensor del Pueblo.

7. Si faltan los miembros de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión del Consejo Nacional de Planeación o de la Junta Directiva del Banco de la República, quienes los reemplacen terminan el período en curso.

8. Los Magistrados de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado tienen período individual de ocho años. Luego cuando se presente el caso, deberá hacerse elección con nuevo período para el elegido. (art. 233).

9. El Fiscal General de la Nación no es elegido por período individual no hay norma que lo diga por lo tanto, quien resulta elegido en desarrollo de un período deberá terminarlo. Con el nuevo funcionario no empieza otro período.

El artículo 280 del Código de Régimen Político y Municipal establece que "Siempre que se haga una elección después de principiado un período, se entiende hecha por el resto del período en curso".

Este precepto está vigente por estas razones:

El Código de Régimen Político y Municipal no fue derogado por las Leyes 3ª y 11 de 1986, ni por los Decretos 1222 y 1333 de 1986, en cuanto se refiere a disposiciones nacionales. Fueron derogadas las normas que ese Código contenía sobre organización y funcionamiento de las administraciones departamental y municipal.

Así lo dicen expresamente los artículos 76 y 385 de los mencionados decretos, declarados exequibles por la Corte Suprema de Justicia por medio de las sentencias 102 y 101 del 13 de noviembre de 1986.

El artículo 280 no contradice la Constitución de 1991. Por el contrario, armoniza con la fijación de períodos institucionales para miembros de las corporaciones públicas y otros altos funcionarios del Estado ya mencionados.

La regla general que prevé la Constitución es el período institucional, como quedó reseñado anteriormente. Por excepción señaló período individual en el artículo 233 para los magistrados allí mencionados. Por principio de interpretación esta norma es restrictiva.

Como la norma que señala el período del Fiscal General de la Nación debe interpretarse de acuerdo con la regla general, vale decir, período institucional de cuatro años, la elección del actual Fiscal, para terminar el período en curso, está de acuerdo con la Constitución y la ley.

Y, por su lado, el artículo 29 del proyecto de ley estatutaria de la administración de justicia al expresar que "En caso de falta absoluta del Fiscal antes de la terminación del período, quien sea designado en su reemplazo lo será para terminar el período", es constitucional.

El fundamento de los anteriores preceptos lo constituye la fórmula política de nuestro régimen constitucional, prevista en el artículo 1° o cláusula ideológica que prescribe, como principio fundamental, el régimen democrático, participativo y pluralista.

Lo democrático quiere decir que rige en Colombia el principio de la democracia representativa, el cual permite, con base en el artículo 40 del Código Fundamental, que los ciudadanos ejerciten el derecho de participar en la conformación, ejercicio y control del poder.

Pues bien: periódicamente los ciudadanos hacen uso de este derecho, de una parte, para controlar la gestión de los elegidos y, de otra, para renovar la conformación de los cuerpos y autoridades de elección popular o directa.

¿Cuándo deben hacerse el control y la renovación? En las oportunidades que el constituyente ha determinado previamente. Esta es la explicación de los períodos en un sistema de representación popular como el nuestro.

Una vez renovadas las corporaciones y autoridades de elección popular, éstas proceden a elegir otros funcionarios, como Procurador, Contralor y Defensor del Pueblo, por períodos que se desprenden del ya expresado fenómeno de la representación. De modo que la falta de uno de estos es suplida por la elección de otro que debe culminar el período iniciado.

Al Fiscal lo elige la Corte Suprema de Justicia de terna que integra el Presidente de la República, pero no hay razones válidas para sostener que excepcionalmente goza de un período individual. Aparte de que ninguna norma consagra este período, las funciones del Fiscal están enmarcadas dentro de la función policiva del Ejecutivo.

De lo contrario se podría implantar el desorden, si se abre la posibilidad de que los períodos del Presidente, Congreso, Procurador, Contralor, Defensor del Pueblo y Fiscal no coincidan, sino que empiecen personalmente con quien va a ocupar el respectivo cargo. Esto se trató de evitar señalando períodos institucionales.

Con los Magistrados de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado ocurre algo diferente. Expresamente señalada el artículo 233

que su período es individual y esto se debe a que su función, en primer lugar, no emana de la representación popular; en segundo lugar, la nominación es selectiva y el control de gestión no puede hacerse a través de elecciones. Hay otros sistemas de control. Carecería de sentido prescribir que el nuevo consejero de estado, por ejemplo, viene a terminar el período del anterior. No conduce a ninguna parte, no se ve cuál pudiera ser la finalidad.

Esta es una interpretación que tiene en cuenta no solamente el artículo 249 de la Constitución, según el cual el Fiscal es elegido por la Corte Suprema de Justicia para un período de cuatro años y, en consecuencia, exegéticamente podría decirse que el elegido lo fue por cuatro años, a partir de la fecha de su posesión.

El intérprete debe analizar los textos legales, pero también la realidad sociológica, la naturaleza de las cosas, los principios que orientan el sistema y los propósitos del mismo.

La interpretación que hizo el Consejo de Estado en la sentencia de la cual nos apartamos no tuvo en cuenta el régimen de períodos que se dejó explicado. Pero no solo esto. Incurre en evidente falta de lógica.

Si según el principio general, los períodos son institucionales y por eso el de la mayoría de servidores públicos tiene ese carácter, lógico es entender que el caso no previsto expresamente se soluciona aplicando el principio general y no recurriendo al tratamiento excepcional que la Constitución da a los Magistrados de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado.

Por otro lado, en efecto, una de las propuestas que se llevó a la Asamblea Nacional Constituyente fue la de que el período del Fiscal coincidiera con el del Presidente de la República. Este proyecto no se aprobó, como se afirma en la sentencia, pero tampoco se aprobó la no coincidencia. Luego, de aquí no puede inferirse que la intención del Constituyente se orientó porque cada Fiscal General fuese "nombrado en propiedad, iniciará su período y dispusiera de la totalidad del previsto, para el cabal cumplimiento de sus funciones". No. Entre la premisa que se cree establecida y la conclusión no hay correspondencia.

Esto se debió a que, en principio, el Fiscal General de la Nación formaría parte de la Rama Ejecutiva, como sucede en el sistema de los Estados Unidos. Pero en definitiva, tal vez incorrectamente, se determinó que integraba la Rama Judicial, participando de las calidades de acusador y de juez.

*Carlos Betancur Jaramillo, Jesús María Carrillo Ballesteros, Juan de Dios Montes Hernández, Daniel Suárez Hernández.*

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

**FISCAL GENERAL DE LA NACION - Período / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Titularidad / LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA / (Salvamento de voto)**

**La provisión que se demanda es de carácter particular y que se solicita el restablecimiento del derecho de un particular por lo que se trata de una acción de nulidad con restablecimiento del derecho que, como tal, está sujeta al cumplimiento de presupuestos indispensables para su decisión de mérito entre los cuales se cuenta el de la legitimación por activa: solo podría ser propuesta por el titular del derecho, o sea exclusivamente el destinatario de la provisión quien no aparece como demandante por lo que, se repite, el fallo debió ser inhibitorio y no de fondo.**

**SALVAMENTO DE VOTO**

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

Radicación número S-553.

Actor: Pedro Miguel Ramírez Martínez.

Con el mayor respeto y consideración por la opinión contraria me permito apartarme de la decisión mayoritaria adoptada por la Sala en la providencia que antecede por las siguientes razones:

I. En el libelo, conforme se reseña en la providencia, se solicita la anulación de la frase "... por el término restante del período constitucional iniciado el 1° de abril de 1992, fecha en la cual tomó posesión del mismo cargo el doctor Gustavo de Greiff Restrepo".

Conforme a lo anterior es claro que no se demanda la elección del doctor Alfonso Valdivieso Sarmiento como Fiscal General de la Nación sino la provisión espacial contenida en el acto administrativo proferido por la honorable Corte Suprema de Justicia relacionada con el período que allí se le fija al elegido.

La misma providencia precisa que lo demandado no es la elección sino "su limitante en el tiempo" porque se considera que tal limitante es contraria a las disposiciones legales, sin que se discuta la elección misma, recaída en el doctor Valdivieso.

En relación con el concepto de violación dice la ponencia adoptada que la demanda considera se infringe el artículo 249 de la C.N. porque la elección es por un término de cuatro años y si la ley no establece desde cuándo debe contarse, será el que corresponda a la posesión de cada Fiscal elegido, mientras la ley no señale fecha inicial a la honorable Corte Suprema de Justicia le corresponde hacer la elección y desde la fecha de posesión será de los cuatro años a que se refiere la norma.

Es claro, entonces, que lo debatido es la provisión especial de la honorable Corte Suprema que estableció el período por el cual el doctor Valdivieso debía desempeñarse como Fiscal General de la Nación por considerar el libelo que tal provisión infringe el artículo 249 de la C.N.

II. Ahora bien, en el aparte demandado la honorable Corte Suprema de Justicia estableció que el doctor Valdivieso debía concluir el período iniciado por el doctor De Greiff.

Se dice en la providencia que la frase cuestionada determinó no solo el período del Fiscal Valdivieso sino el período del cargo al señalar cuándo empieza y cuándo termina o sea que comporta efectos generales.

En realidad, en mi concepto, con la provisión acusada no se establece una disposición de carácter general. Está dirigida específica y particularmente a una persona determinada por lo que mal puede dársele la categoría de general que se le asigna en la providencia. En otras palabras, se señala un período para una persona en particular y no de manera general.

Como disposición de carácter particular no tiene efectos extensivos a personas distintas al destinatario que aparece previsto de manera expresa. A lo sumo puede constituir un punto de referencia, un antecedente que no es obligatorio para el nominador al producir actos posteriores, ni para los elegidos por futuros actos si en éstos no se exprese la misma disposición que motiva la presente demanda.

Si se habla de que la limitante es contraria a las normas, tal limitante que tiene un destinatario expreso, estaría perjudicando unos derechos individuales de la persona a la que se refiere en particular que no es otro que el elegido doctor Valdivieso sobre quien recae directamente esa especificación en cuanto al período por el cual debe ejercer el cargo.

Que el acto sea de gran trascendencia para el país no le quita el carácter de particular al mismo, porque su destinatario es una persona determinada y concreta.

No comparto, por lo mismo, la afirmación de que el acto es general y no particular.

III. En este orden de ideas, la acción procedente y la efectivamente interpuesta, como muy bien lo anota la providencia, no es una acción de simple nulidad de carácter electoral porque falta el ingrediente necesario para que se considere como tal: que se pretenda la anulación de una elección o nombramiento.

La acción de nulidad de carácter electoral es una modalidad de la de simple nulidad porque tiene características propias que no cumple la que está en estudio.

Pero el que la presente no sea una acción electoral no la convierte automáticamente en acción de simple nulidad.

En efecto, ha sido jurisprudencia de la Corporación, que yo comparto, que si un acto se demanda para buscar el restablecimiento de un derecho individual o éste se logra automáticamente con la decisión que se adopte, la acción, no importa la denominación que se le dé, es un contencioso subjetivo de anulación, vale decir, una acción de nulidad con restablecimiento del derecho.

Si el acto es particular y hay derechos subjetivos susceptibles de ser restablecidos con la decisión, la acción procedente para impugnarlo no es una acción de simple nulidad sino de nulidad con restablecimiento del derecho. Y, sin importar si el actor precisa la acción, si lo hace erradamente o si guarda silencio, el juzgador debe considerarla como la nulidad con restablecimiento del derecho, debe examinar si la demanda se presentó con los presupuestos que la ley establece para los contenciosos subjetivos e impartirle el trámite legal.

En el presente caso, conforme a lo visto, no hay duda de que se trata de una acción de nulidad con restablecimiento del derecho y, por lo tanto, no puede sostenerse que cualquier persona pueda incoar la acción para buscar los efectos anotados. El único legitimado para actuar es el supuesto perjudicado con el acto; en el caso en estudio es el elegido a quien supuestamente se le está recortando su período.

La actuación en defensa o en interés del orden jurídico que, se afirma en la providencia, mueve al actor en el presente juicio, implica que no haya derechos particulares o individuales en juego o supuestamente vulnerados o que puedan ser restablecidos con la decisión y en el presente, la misma demanda plantea tal restablecimiento.

Ahora bien, por más que se afirme que el demandante no pretende el restablecimiento de unos derechos particulares sino el del orden jurídico en general, lo cierto es que hay unos intereses subjetivos susceptibles de ser restablecidos con la decisión que se adopta.

El que, como afirma la providencia, el asunto sea de "innegable trascendencia nacional" ni le quita ni le otorga la condición de subjetivo al derecho por restablecer, ni determina la acción cuyo verdadero condicionamiento está en la forma en la cual se plantea la demanda.

Se afirma también en la providencia que si de la prosperidad de esta acción se derivan consecuencias favorables para un particular, no por ello se imposibilita al demandante para acudir a la jurisdicción puesto que esos no son los intereses prevalecientes y por encima de ellos está la tutela del orden jurídico.

Al respecto debo precisar que la determinación de la acción no surge a través del examen de cuáles son los intereses prevalecientes. Tal como lo sostiene la jurisprudencia si, aparte del interés general, hay un interés particular o subjetivo cuyo restablecimiento se solicita o que se restablece con la decisión, este último es el que condiciona la acción y la convierte en contencioso subjetivo que no puede ser incoado sino por quien está legitimado para hacerlo que sólo es el directamente interesado. Aunque el caso conserve la misma trascendencia.

En tales condiciones el único legitimado para actuar como lo ha sostenido la Corporación es el supuesto perjudicado con el acto o sea quien se beneficia con la decisión que para el caso en análisis es el doctor Valdivieso. Como dicho beneficiario no se presenta en juicio para demandar la provisión no puede decidirse de mérito el negocio por lo que el fallo debió ser inhibitorio y no de fondo.

IV. Por último debe precisarse que este aspecto no ha sido debatido anteriormente y por ello no puede afirmase que haya cosa juzgada.

En oportunidad anterior se dictó una providencia por parte de la Sección Quinta en relación con una demanda en la cual se invocó la misma norma pero referida al período del doctor Gustavo De Greiff y en orden a que le fuera respetado. Al respecto la Sección fue clara en el sentido de que la situación particular del doctor De Greiff no era asunto que pudiera definirse en relación con una acción, esa sí, de simple nulidad electoral en la cual se controvertía la elección del doctor Valdivieso como Fiscal General de la Nación, en reemplazo del anteriormente citado. No existe por lo mismo cosa juzgada.

En consecuencia por el aspecto anterior el asunto es susceptible de definirse en esta oportunidad, si no fuera porque no se dan las condiciones para ello como se dejó expuesto.

De todo lo anterior se deduce que la provisión que se demanda es de carácter particular y que se solicita el restablecimiento del derecho de un particular por lo que se trata de una acción de nulidad con restablecimiento del derecho que, como tal, está sujeta al cumplimiento de presupuestos indispensables para su decisión de

mérito, entre los cuales se en cuenta el de la legitimación por activa: sólo podía ser propuesta por el titular del derecho o sea exclusivamente el destinatario de la provisión quien no aparece como demandante por lo que, se repite, el fallo debió ser inhibitorio y no de fondo.

De los señores Consejeros, con mi mayor consideración,

*Mirén de la Lombana de Magyaroff.*

Fecha, *ut supra.*

**FISCAL GENERAL DE LA NACION - Período del Cargo/ PERIODO INSTITUCIONAL / (Salvamento de voto)**

**Los períodos que el constituyente o el legislador han querido que sean tenidos como institucionales o del cargo, aparecen en el texto respectivo con la simple indicación de su duración, como acontece con el Presidente de la República (art. 190, C.N.), el Vicepresidente (art. 202 C.N.), el Contralor (art. 267, C.N.), el Procurador (art. 276 C.C.) el Registrador Nacional del Estado Civil (art. 266 C.N.), el Defensor del Pueblo (art. 28 C.N.), y a mi juicio, el Fiscal General de la Nación (art. 249 C.N.). Lo previsto en el artículo 280 del Código de Régimen Político y Municipal –aplicable en la medida que está vigente y no contraría la Carta Política–, en el sentido de que "siempre que se haga una elección después de principiado un 'período, se entiende hecha sólo para el resto del período en curso", es contundente y no deja dudas sobre el particular. Cuando la Corte Suprema de Justicia eligió al doctor Alfonso Valdivieso S. en reemplazo del doctor Gustavo De Greiff R. por el lapso que faltaba para completar su período, obró conforme a derecho, pues éste terminaba el 31 de mazo de 1996, como lo señaló el acto acusado.**

## SALVAMENTO DE VOTO

Santa Fe de Bogotá, D. C., diciembre once (11) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero: Doctor *Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Radicación número S-553.

Actor: Pedro Miguel Ramírez Martínez.

Con el respeto acostumbrado por las decisiones mayoritarias de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, me permito sintetizar las razones de mi disentimiento, así:

1. Desde hace varios meses he venido planteando en la Sala Plena y en la Sección Segunda (Sala Laboral) de la Sala de lo Contencioso Administrativo, a la cual pertenezco, la conveniencia de revisar o reexaminar la teoría conocida como de los móviles y finalidades, que resulta insuficiente en la hora de ahora frente a los nuevos rumbos que ha tomado el Derecho Administrativo y que, al menos en otras latitudes, han dado origen a enfoques teóricos y doctrinarios novedosos sobre el tema de las acciones contencioso administrativas.

2. Por ello, creo que es menester examinar esta problemática partiendo de la naturaleza del acto, para examinar si de ella puede desprenderse un interés legítimo de la comunidad o de la sociedad entera, que acredite el uso de la acción de nulidad; pues me parece que cuando está de por medio la preservación del orden jurídico y el asunto reviste importancia o trascendencia nacionales, es conducente el contencioso objetivo.

3. No obstante lo anterior, el hecho de que la Sección Quinta (Sala Electoral) se haya pronunciado ya sobre la totalidad del acto acusado al resolver una demanda sobre la elección del Fiscal General de la Nación, plantea dudas serias en lo que hace con la existencia de la cosa juzgada. Por eso, las densas reflexiones consignadas en cuanto a esta materia por los doctores Carlos Betancur Jaramillo, Jesús María Carrillo Ballesteros, Juan Montes Hernández y Daniel Suárez Hernández, abren un debate de mucha transcendencia –que tendrá que despejarse en otra oportunidad–, en el sentido de precisar si las sentencias que se profieren en lo electoral producen el fenómeno de la cosa juzgada frente a la integridad del acto administrativo correspondiente, o sólo en lo que hace con la elección misma. De suyo, creo que la Corporación deberá profundizar en cuanto a este aspecto en futuras oportunidades.

4. En cuanto al punto central de la controversia, pienso que los períodos individuales constituyen una excepción y están expresamente consagrados con ese carácter en la Constitución y la ley. O sea, que cuando el constituyente o el legislador han querido que un período se tenga como individual lo han señalando sin sombra de duda, como en el evento del artículo 233 de la Carta, que lo dispone así para los Magistrados de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

5. Por el contrario, los períodos que el constituyente o el legislador han querido que sean tenidos como institucionales o del cargo, a parecen en el texto respectivo con la simple indicación de su duración, como acontece con el Presidente de la República (art. 190 C.N.), el vicepresidente. (art.202, C.N.), el Contralor (art. 267, C.N.), el Procurador (art. 276, C.N.), el Registrador Nacional del Estado Civil (art. 266, C.N.), el Defensor del Pueblo (art. 281, C.N.), y a mi juicio, el Fiscal General de la Nación (art. 249, C.N.).

6. Además, estimo que lo previsto en el artículo 280 del Código de Régimen Político y Municipal, –aplicable en la medida que está vigente y no contraría la Carta Política–, en el sentido de que "siempre que se haga una elección después de principiado un período, se entiende hecha sólo para el resto del período en curso", es contundente y no deja dudas sobre el particular.

7. Así las cosas, para mí es claro que cuando la Corte Suprema de Justicia eligió al doctor Alfonso Valdivieso S. en reemplazo del doctor Gustavo De Greiff R. por el lapso que faltaba para completar su período, obró conforme a derecho, pues éste terminaba el 31 de marzo de 1996, como lo señaló el acto acusado. La tesis de que esto impediría cumplir una labor ponderada no tiene ningún asidero, pues lo que debe perdurar y trascender es la institución misma –la Fiscalía en este caso– y no el señor Fiscal, por importante que sea la persona que ocupe esa dignidad. Es decir, que aunque es conveniente e inclusive necesario que haya un buen Fiscal, lo fundamental es que exista una buena Fiscalía. Por otra parte, resultaría deprimente aceptar que en el país no existen otras personas que pudiesen desempeñar con brillo, eficiencia y honradez ese cargo, pues como lo tiene establecido el sentido común, hay personas útiles pero no irreemplazables.

Por último, no puede dejarse de lado que este episodio, por el momento crucial que vive el país, quizás no ha sido el más propicio para sentar jurisprudencia sobre el tema. En efecto, los medios de comunicación no escatimaron despliegues a través de los cuales patrocinaban una u otra tesis, –la del período individual o la del período institucional–, tratando de señalarle o insinuarle a esta Corporación cómo debía fallar la *litis*. Y esto no es bueno, porque enrarece el clima de tranquilidad que debe tener el juez y le plantea un dilema que no debe inquietarlo, como es el de resolver un conflicto jurídico según circunstancias coyunturales, eminentemente transitorios, temporales. Las sentenicas judiciales deben resolver en derecho y con efectos permanentes, sobre las hipótesis propuestas en el libelo de demanda. Desde luego, si la lógica jurídica impone una solución que coincide con la conveniencia transitoria, esa debe ser la que se adopte; pero no por razones de conveniencia, sino de justicia. Porque la justicia va de la mano con el derecho. Y las decisiones deben ser razonables y adecuadas en todos los momentos y bajo todas las circunstancias, y no caprichosas o cambiantes como la dirección de los vientos.

Ahora bien; también como es elemental, debo decir que aunque mi pensamiento se orientó en una dirección distinta, respeto y acato la decisión mayoritaria.

Con todo comedimiento,

*Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

**ACTO DE ELECCION /ACTO DE CONFIRMACION / ACTO COMPLEJO / DEMANDA - Ineptitud / DEMANDA - Requisitos / INDIVIDUALIZACION DEL ACTO / (Salvamento de voto)**

**La elección sólo se perfeccionó en cuanto fue confirmada, lo que quiere decir que se trata de un acto administrativo integrado por dos elementos, la elección y su confirmación. Toda elección, para producir efectos, ha de ser confirmada; la confirmación, por su parte, no puede existir si previamente no ha habido elección. Una y otra son inseparables y forman un acto administrativo único, la expresión de una sola voluntad. Se trata, pues, de un acto administrativo compuesto de elementos diversos, de cuya integración resulta la voluntad del órgano que lo profiere. Entonces, como se trata de un acto único, debe impugnarse en su complejidad, que sólo ella contiene la voluntad declarada, y sólo así se cumple con lo dispuesto en el artículo 138 del Código Contencioso Administrativo, según el cual cuando se demande la nulidad de un acto administrativo se le debe individualizar con toda precisión.**

**TEORIA DE LOS FINES Y MODALIDADES / FISCAL GENERAL DE LA NACION - Período / ACCION DE NULIDAD - Improcedencia / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / (Salvamento de voto)**

**Los actos de carácter objetivo habrán de ser impugnados mediante el ejercicio de la acción de nulidad, porque de ordinario sólo mediante tales actos se vulnera la legalidad objetiva, y, por lo general, los actos de carácter subjetivo serán impugnados en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, porque de ordinario sólo mediante tales actos se vulneran derechos subjetivos, individuales y concretos. Se trata en este caso, de un acto administrativo de contenido particular, cuya anulación tendría como consecuencia el restablecimiento de un derecho concreto**

**de que es titular la persona que ejerce hoy el cargo de Fiscal General de la Nación, su derecho a permanecer en el cargo por un período de cuatro años, y no sólo por el término restante de un período ya iniciado, como dispuso la Corte Suprema de Justicia. Siendo así, no había lugar a pronunciar sentencia de mérito, porque la acción de nulidad era improcedente, y la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que es la que en realidad se ejerció, sólo podía haber sido ejercida por el titular del derecho lesionado y dentro del término de caducidad.**

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., quince (15) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente: Doctora *Clara Forero de Castro.*

Radicación número S-553.

Demandante: Pedro Miguel Ramírez Martínez.

## SALVAMENTO DE VOTO

I

Ha explicado el Consejo de Estado en la denominada doctrina de los motivos y finalidades, contenida principalmente en la sentencia de 10 de agosto de 1961 (Anales, t. LXIII, números 392 a 396, primera parte, ps. 202 y 203) y en el auto de 8 de agosto de 1972 (Anales, t. LXXXIII, números. 435 a 436, ps. 372 a 381), entre otras muchas providencias, que la acción de nulidad y la de nulidad y restablecimiento del derecho, según la denominación que hoy traen los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo, proceden contra todos los actos administrativos, sean estos de carácter general o de carácter particular, sin distingos, que la ley no los establece. Esta doctrina puede expresarse así:

No es la naturaleza del acto que se impugna lo que determina la procedencia de una u otra acción, sino los motivos determinantes y las finalidades que en cada caso ha señalado la ley.

Así, mediante la acción de nulidad se pretende la tutela del orden jurídico y la legalidad abstracta, y su finalidad es la de someter a la administración pública al imperio del derecho objetivo; de manera que el ejercicio de esta acción resulta incompatible con la protección de derechos subjetivos, individuales o concretos. Es el contencioso exclusivo de la legalidad.

Y mediante la acción de nulidad y restablecimiento se pretende no sólo la declaración de que es nulo el acto que se impugna, sino también el restablecimiento del derecho subjetivo, individual y concreto que se dice vulnerado. El ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho apunta, entonces, especialmente, a la protección de esos derechos.

Por lo general, anoto, los actos de carácter objetivo habrán de ser impugnados mediante el ejercicio de la acción de nulidad, porque de ordinario sólo mediante tales actos se vulnera la legalidad objetiva. Y, por lo general, los actos de carácter subjetivo serán impugnados en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, porque de ordinario sólo mediante tales actos se vulneran derechos subjetivos individuales y concretos.

Ahora bien, es procedente el ejercicio del contencioso popular de anulación para impugnar actos de carácter subjetivo, cuando sólo tiene como finalidad la tutela de la legalidad abstracta. Pero si la sentencia que declara la nulidad del acto impugnado restablece los derechos individuales, concretos o subjetivos violados, la acción de nulidad no será admisible, sino sólo la de nulidad y restablecimiento, que entonces ha de ejercerse dentro del termino señalado en la ley y sólo por quien se crea lesionado en su derecho.

Pues bien, se demandó fuera declarada la nulidad del acuerdo número 13 de 26 de julio de 1994 proferido por la Corte Suprema de Justicia, mediante el cual fue designado Fiscal General de la Nación el doctor Alfonso Valdivieso Sarmiento, en cuanto se dispuso que esa designación se hacía "por el término restante del período constitucional iniciado el día 1° de abril de 1992, fecha en la cual tomó posesión del mismo cargo del doctor Gustavo de Greiff Restrepo", porque esa designación, dijo el demandante, debió hacerse para un período de cuatro años según lo dispuesto en el artículo 249, inciso segundo, de la Constitución.

Se trata, en este caso, de un acto administrativo de contenido particular, cuya anulación tendría como consecuencia el restablecimiento de un derecho concreto de que es titular la persona que ejerce hoy el cargo de Fiscal General de la Nación, su derecho a permanecer en el cargo por un período de cuatro años, y no sólo por el término restante de un período ya iniciado, como dispuso la Corte Suprema de Justicia.

Siendo así, no había lugar a pronunciar sentencia de mérito, porque la acción de nulidad era improcedente, y la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que es la que en realidad se ejerció, sólo podía haber sido ejercida por el titular del derecho lesionado y dentro del término de caducidad.

II

La Corte Suprema de Justicia, ya se dijo, mediante acuerdo número 13 de 26 de julio de 1994 eligió al doctor Alfonso Valdivieso Sarmiento, Fiscal General de la Nación.

Esa elección debía ser confirmada, según lo dispuesto en los artículos 19, numeral 2 y 22 del Decreto 250 de 1970 y 66 del Decreto 1660 de 1978, y fue confirmada por acto de 11 de agosto de 1994.

De manera que la elección sólo se perfeccionó en cuanto fue confirmada, lo que quiere decir que se trata de un acto administrativo integrado por dos elementos, la elección y su confirmación. Toda elección, para producir efectos, ha de ser confirmada; la confirmación, por su parte, no puede existir si previamente no ha habido elección. Una y o otra son inseparables y forman un acto administrativo único, la expresión de una sola voluntad.

Se trata, pues, de una acto administrativo compuesto de elementos diversos, de cuya integración resulta la voluntad del órgano que lo profiere.

Entonces, como se trata de un acto único, debe impugnarse en su complejidad, que sólo ella contiene la voluntad declarada, y sólo así se cumple con lo dispuesto en el artículo 138 del Código Contencioso Administrativo, según el cual cuando se demande la nulidad de un acto administrativo se le debe individualizar con toda precisión.

La decisión adoptada, entonces, también por esta razón, debió ser inhibitoria.

*Mario Alario Méndez.*

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Técnica / SALVAMENTO DE VOTO - Improcedencia / JURISPRUDENCIA CONTRARIADA - Inexistencia**

**Para efectos de esta decisión extraordinaria de súplica, sólo podrán estudiarse las sentencias indicadas, porque los salvamentos de voto, por definición, no conforman jurisprudencia sino precisamente todo lo contrario.**

**ERROR ARITMETICO - Inexistencia**

**Examinada la actuación surtida en la vía gubernativa, la Sala llega a la conclusión de que la Administración Tributaria, en vez de asumir la ocurrencia de un error aritmético, que legalmente no existía, debió glosar la declaración de renta en cuestión enviando a la contribuyente el respectivo requerimiento especial. En modo alguno le estaba legalmente permitido modificar la declaración tributaria por medio de la liquidación oficial de corrección aritmética, cuyo procedimiento la sociedad actora ha censurado tanto en la vía gubernativa como en la contenciosa.**

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA / PRINCIPIO DE PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL / INTERPRETACION DE LA DEMANDA / PARTES - Designación / JUEZ - Facultad interpretativa / NACION - Parte Demandada / INEPTA DEMANDA - Improcedencia**

**Estima la Sala que el recurso está llamado a prosperar, fundamentalmente porque la sentencia suplicada, en un exceso de literalismo, que no se compadece con el principio de la prevalencia del derecho sustancial contemplado en el derecho colombiano desde hace muchos lustros (arts. 472 de la Ley 105 de 1931 y 4 del C. de P. C. y hoy con consagración expresa en la Carta Constitucional**

**art. 228) desconoce jurisprudencia de la Sala elaborada en torno a los poderes de interpretación del juzgador. Desconoció la Sección Cuarta el poder interpretativo del juez y se atuvo al texto de la demanda sin hacer ningún esfuerzo, con lo que de paso desconoció no sólo los mandatos de la ley, sino los de la Carta orientados a la prevalencia de lo sustancial sobre lo meramente adjetivo. La omisión endilgada a los juzgadores de primera y segunda instancia les sirvió de apoyo para una decisión inhibitoria; solución que ha venido afectando el prestigio de la administración de justicia. En los hechos se detallan estas circunstancias, como se indican en el memorial poder. Nadie puede desconocer que la División de Liquidación de la Administración de Impuestos Nacionales es un organismo perteneciente a la Nación y no podrá confundirse con ningún otro ente estatal, máxime cuando la misma ley señala que en los procesos de impuestos la representación de las entidades públicas la tendrá el director de impuestos o el funcionario en quien la delegue. Tan cierta es esta afirmación que el mismo tribunal le notificó el auto admisorio de la demanda al Jefe de la División Jurídica de la Administración de Impuestos Nacionales de Grandes Contribuyentes de Bogotá y le solicitó a la División de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales, los antecedentes administrativos de la operación administrativa de liquidación impugnada y nadie puede discutir ahora que la notificación se surtió con funcionario incompetente para el efecto, porque dentro del proceso obran los actos de delegación emanados de la Dirección de Impuestos Nacionales que le permiten al funcionario señalado en el auto admisorio asumir la representación del ente al cual está vinculado. Por esta razón estima la Sala que carece de toda seriedad la entidad demandada cuando, luego de recibir la notificación del auto admisorio de la demanda por conducto del funcionario competente contra actos expedidos por la misma, propone la inepta demanda como si el asunto no fuera de su resorte o incumbencia. Muestra esta conducta falta de seriedad profesional.**

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

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

Consejero Ponente: Doctor *Carlos Betancur Jaramillo.*

Radicación número S-467.

Referencia: Recurso extraordinario.

Actor: Gráficas Martell Ltda.

Procede la Sala a decidir el recurso de súplica interpuesto contra la sentencia de 28 de noviembre de 1994, dictada por la Sección Cuarta de la Corporación, confirmatoria de la de 27 de enero del mismo año, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se declaró inhibido para conocer del presente asunto, por cuanto en la demanda no se había designado la parte demandada ni señalado su representante legal.

En el libelo introductorio se formularon así las pretensiones y se precisa la competencia en los siguientes términos:

"...en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho de que trata el artículo 15 del Decreto 2304 de 1989, demando la modificación del impuesto de renta a cargo de la persona que represento, por el año gravable de 1987, previa solicitud de anulación de los correspondientes actos de liquidación que, detalladamente, paso a relacionar:

"1. La liquidación de Corección (sic) Aritmética número 000127 de fecha 11 de julio de 1990, proferida por la División de Liquidación de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá - Personas Jurídicas y mediante la cual se modificó, efectivamente, el impuesto de renta a cargo del contribuyente, por el año gravable de 1987.

"2. El memorando explicativo, anexo a la liquidación de corrección aritmética, y expedido el 11 de julio de 1990, por la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá - Personas jurídicas.

"3. La Resolución número 000052 de marzo 4 de 1991, expedida por la División de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá - Personas Jurídicas, notificada en forma personal el día 7 de marzo de 1991 y mediante la cual se resolvió en forma totalmente desfavorable, el recurso de reconsideración que en su debida oportunidad presentó el contribuyente.

**"1. COMPETENCIA**

"De acuerdo con lo que establece el numeral 5° del artículo 132 del C.C.A., ese Tribunal Administrativo es competente para conocer de este proceso para el restablecimiento del derecho, en primera instancia, si se tiene en cuenta que la declaración de renta fue presentada en la ciudad de Bogotá, D. E., que se halla dentro de la jurisdicción del Tribunal y en consideración a que como

se desprende de los actos, la cuantía discutida excede de la suma de $800.000" (fls. 3 y 4).

En la demanda se narraron los siguientes hechos:

"1. La Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá por intermedio de la División de Liquidación, expidió la liquidación de Corrección Aritmética número 000127 de fecha 11 de julio de 1990, que incluía el memorando explicativo; mediante la cual, la administración corrigió el impuesto de renta a cargo del contribuyente que represento, por el año gravable de 1987.

"2. El contribuyente interpuso oportunamente el recurso de reconsideración mediante memorial presentado el 17 de agosto de 1990.

"Este escrito expone que por error de transcripción no se informó el valor de las compras en el Código CB, cuyo valor es de $5.289.000.00, con el propósito de fundamentar el recurso, se anexaron al memorial, 1) Certificación del Contador Público Daniel Alfonso Castro S. 2) Fotocopias autenticadas de las facturas de compras. 3) Certificado de la Junta Central de Contadores, sobre la vigencia de la matrícula de contador. 4) Relación de compras de materias primas año gravable de 1987.

"3. Con las explicaciones expuestas en el memorial de recurso y con las pruebas contables que he mencionado, el contribuyente justificó la no existencia de error aritmético, como causal de rechazo de la totalidad de las deducciones propuestas a renglón 25 Código CI (Total Costos y Deducciones) por $5.448.000.00 y la aplicación de la sanción del 30% por error aritmético.

"A pesar de lo anterior y del carácter atendible del memorial, la División de Recursos Tributarios insistió en la corrección aritmética, su decisión administrativa fue adversa al contribuyente que representó, pues se limitó a confirmar las cifras y razonamientos de la División de Liquidación con la cual se produjo el agotamiento de la vía gubernativa.

"La providencia a que me refiero, se halla contenida en la Resolución número 00052 correspondiente al año 1987, proferida por la División de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá - Personas Jurídicas, el día 4 de marzo de 1991, notificada en forma personal el día 7 de marzo 1991" (fl. 4).

El tribunal luego del trámite de rigor se inhibió y para el efecto sostuvo:

"Lo primero que estudia y decide la Sala, es la excepción de inepta demanda que la parte opositora ha formulado, por falta de requisitos formales, ya que no identifica a quien se demanda, presupuesto procesal exigido por el artículo

137 del Código Contencioso Administrativo, como es 'la designación de las partes y de sus representantes'.

"Para la Sala, la excepción propuesta está llamada a prosperar, por cuanto en el caso sub examine en efecto la sociedad actora omitió designar la parte demandada y su representante legal, no obstante la observación formulada en tal sentido por la apoderada de la parte opositora, tal como consta a folios 41 a 43 del expediente; así las cosas forzoso es concluir que mal hizo la parte actora al no dar cabal cumplimiento al presupuesto procesal contemplado en el numeral 1 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, requisito indispensable para la formación válida del proceso" (fl. 93).

Apelada la decisión la Sección Cuarta la confirmó, y para el efecto sostuvo en lo pertinente:

"Del propio contexto de la demanda surge que no se cumplió con el requisito de señalar 'la parte demandada y su representante legal', como quiera que en ninguna parte se hace mención a la entidad estatal con 'personería jurídica' y tampoco a su representante legal 'el director de Impuestos Nacionales'. Como lo reconoce el apelante al individualizar los actos administrativos demandados menciona a la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, entidad que carece de personería jurídica, y en ninguna parte menciona a representante legal alguno, como lo exige la ley.

"Es cierto que la Sección en algunos fallos ha aceptado cumplido el requisito, cuando se designa como parte demandada a la Dirección de Impuestos Nacionales, sin señalar a la Nación, o cuando al menos tangencialmente se menciona al Director de Impuestos Nacionales, como representante legal de la entidad demandada, y en virtud de la facultad de interpretar la demanda, se ha podido vincular a la entidad respectiva; y, principalmente cuando la Administración se vincula al proceso 'sin alegar la irregularidad'. Pero, no puede considerarse cumplido este requisito, cuando en el sub lite, existe ausencia absoluta de designación de la parte demandada y su representante legal, y además, la Administración 'oportunamente' constituida en parte impugnadora propone la excepción fundamentada en esta irregularidad y en otras (falta de estimación razonada de la cuantía).

"El artículo 228 de la Constitución Nacional, que establece la 'prevalencia del derecho sustancial', y que es uno de los fundamentos de los dos salvamentos de voto, y también apoyo del apelante, no es aplicable en el presente caso, puesto que no se trata de 'simples formalidades' sino de presupuestos procesales que tocan con derechos sustanciales, que no pueden desconocerse so pretexto, de malinterpretar un principio constitucional, que en manera alguna desconoce la prevalencia de las normas procesales" (fls. 143 y 144).

La parte interesada interpuso el recurso de súplica para ante esta Sala y señala como infringida por el fallo en cuestión la jurisprudencia contenida en las sentencias de julio 3 de 1984, 26 de abril de 1976 y septiembre 11 de 1979. Apoya además su recurso en el salvamento de voto que con autoría de los señores Consejeros Carlos Betancur Jaramillo y Enrique Low Murtra le hizo a la sentencia primeramente citada.

***Para resolver,***

## SE CONSIDERA

Estima la Sala que el recurso está llamado a prosperar, fundamentalmente porque la sentencia suplicada, en un exceso de literalismo, que no se compadece con el principio de la prevalencia del derecho sustancial contemplado en el derecho colombiano desde hace muchos lustros (arts. 472 de la Ley 105 de 1931 y 4 del C. de P. C. y hoy con consagración expresa en la Carta Constitucional art. 228), desconoce jurisprudencia de la Sala elaborada en torno a los poderes de interpretación del juzgador.

Jurisprudencia que según el recurrente aparece contenida en los fallos de septiembre 11 de 1979, 22 de abril de 1976 y julio 3 de 1984 y en el salvamento conjunto que frente a este último fallo presentaron los señores Consejeros Enrique Low Murtra y Carlos Betancur Jaramillo.

Sea lo primero afirmar que para efectos de esta decisión extraordinaria de súplica sólo podrán estudiarse las sentencias indicadas, porque los salvamentos de voto, por definición, no conforman jurisprudencia sino precisamente todo lo contrario.

Hecha la confrontación de rigor resulta evidente el desconocimiento de la jurisprudencia que recalca la facultad del juez administrativo para interpretar las demandas con criterio racional y por fuera de los aspectos meramente literales de su texto. De los fallos citados se destacan, para corroborar este aserto, los siguientes apartes:

a) Sentencia de septiembre 11 de 1979, Expediente No. 435, Electoral. Actor: Luis Angel Martínez Sendoya. Consejero Ponente: Dr. Ignacio Reyes Posada.

"Para la Sala la argumentación anterior se resiente de atenerse más a lo literal de la norma que al espíritu de la misma. En efecto, el acto de elección y la declaratoria de la misma se cumplen en un mismo proceso y como consecuencia ineludible esta de aquel. En consecuencia al demandarse los actos de elección proferidos por los señores delegados de la honorable Corte Electoral para la circunscripción electoral del Tolima, insertos en el acta general de escrutinios iniciada el día 12 de marzo, se está identificando en forma

inequívoca el acto final de elección y la consecuente declaratoria de elección, contenidos en la misma acta. Lo que la norma del artículo 206 del Código Contencioso Administrativo busca es evitar que se demanden actos intermedios como los escrutinios municipales o sus registros sin pedir la anulación de la declaratoria de elección. En la demanda que se estudia no sólo se identifica el acto de elección y su declaratoria, sino que ello se ratifica en varios pasajes del libelo en donde el actor hace expresa referencia a la nulidad de la declaratoria de elección, de suerte que para la Sala es incuestionable que la demanda se dirige no sólo contra los actos de elección sino también contra los actos por medio de los cuales fueron declaradas las elecciones. Para corroborar la anterior interpretación conviene destacar los siguientes apartes de la sentencia de esta Corporación del 13 de diciembre de 1972 en la que se dijo:..."

b) Sentencia de abril 26 de 1976. Expediente No. 229. Actor: Gilberto Lozano Grisales. Consejero Ponente: Dr. Humberto Mora Osejo.

"Los artículos 84 y 210 del Código Contencioso Administrativo señalan los requisitos que debe contener la demanda, entre ellos, 'la expresión de las disposiciones que se estimen violadas y el concepto de violación'. Estos preceptos tienen por finalidad circunscribir el examen de los cargos a las disposiciones invocadas y a los conceptos de violación, habida consideración de la necesidad de facilitar el juzgamiento, sin obligar al juez, como sí sucede en los casos en que la Corte, de conformidad con los artículos 121, 122 y 214 de la Carta, ejerce el control de constitucionalidad (arts. 2° de la Ley 96 de 1936 y 29 del Decreto No. 432 de 1969), a proferir su decisión mediante la verificación del acto acusado con todas y cada una de las normas pertinentes de jerarquía superior, hayan o no sido invocadas como infringidas en la demanda. La diferencia de régimen, a este respecto, entre el control de constitucionalidad y las acciones tendientes a la nulidad de los actos administrativos, del conocimiento de esta jurisdicción, se explica porque, mientras aquel implica la confrontación de los textos constitucionales, fácilmente conocibles, estas suponen el examen frecuente de un conjunto, disperso e inasible, de normas comprendidas en toda la gama de la jerarquía normativa. De ahí que el efecto de la sentencia proferida mediante acción de nulidad, como la propuesta, aunque erga omnes, esté limitado por las disposiciones invocadas y los conceptos de violación, y que sea jurídicamente posible promover una nueva acción contra un acto, declarado válido en juicio anterior, si los fundamentos jurídicos son diferentes. Pero esto no obsta para que el juzgador, como la Sala ha afirmado reiteradamente, pueda interpretar la demanda con base en su contexto, teniendo en cuenta, más que sus términos literales, su significación intrínseca" (subrayas fuera del texto).

c) Sentencia de julio 3 de 1984. Expediente No. 11070. Actor: Ana Delva Hernández de Puerta. Consejero Ponente: Dr. José Alejandro Bonivento Fernández.

"5. Tampoco se observa contradicción alguna frente al propósito de la recurrente de hacer relevante la facultad de interpretación que tiene el juez de una demanda, y a las que se refieren las sentencias, que solamente citó la impugnadora. Absurdo desconocer la facultad que tienen los jueces para interpretar la demanda. No sólo por mandato de normas positivas, artículo 4° del Código de Procedimiento Civil, que obliga a entender la ley procesal para el logro de la efectividad de los derechos reconocidos por los preceptos sustanciales, sino porque la justicia se fundamenta en el principio universal de dar a cada cual lo que le pertenece. Sin embargo, no es ilimitado al campo de aplicación estos principios, puesto que, precisamente las reglas de procedimiento se consagran para que los particulares o todo aquel que movilice el aparato jurisdiccional del Estado, ajuste su conducta a los criterios normativos, para evitar, de ese modo, el caos que se daría ante la falta de precisas y expresas reglas de procedimiento".

Como se observa de lo transcrito, desconoció la Sección Cuarta el poder interpretativo del juez y se atuvo al texto de la demanda sin hacer ningún esfuerzo, con lo que de paso desconoció no sólo los mandatos de la ley, sino los de la Carta orientados a la prevalencia de lo sustancial sobre lo meramente adjetivo. La omisión endilgada a los juzgadores de primera y segunda instancia les sirvió de apoyo para una decisión inhibitoria; solución que ha venido afectando el prestigio de la administración de justicia.

Es cierto que en forma explícita el demandante no señaló a la Nación como parte demandada y formalmente incumplió el mandato contenido en el artículo 137 del C.C.A., que hace tal exigencia dentro de los requisitos de la demanda contencioso-administrativa. Pero de allí a sostener que se dio una inepta demanda va mucho trecho, porque sin mayor esfuerzo se puede concluir que la Nación es la parte demandada en el proceso de la referencia. De las pretensiones se desprende esta identificación ya que se enuncian en forma detallada y precisa los actos administrativos contentivos de la operación que se pretende anular o revisar y se indican los organismos o funcionarios que las expidieron. En los hechos se detallan estas circunstancias, como se indican también en el memorial poder que obra a folios 1 y siguientes.

Nadie puede desconocer que la División de Liquidación de la Administración de Impuestos Nacionales es un organismo perteneciente a la Nación y no podrá

confundirse con ningún otro ente estatal, máxime cuando la misma ley señala que en los procesos de impuestos la representación de las entidades públicas la tendrá el director de impuestos o el funcionario en quien la delegue.

Tan cierta es esta afirmación que el mismo tribunal le notificó el auto admisorio de la demanda al Jefe de la División Jurídica de la Administración de Impuestos Nacionales de Grandes Contribuyentes de Bogotá (a fls. 35) y le solicitó a la División de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales, los antecedentes administrativos de la operación administrativa de liquidación impugnada y nadie puede discutir ahora que la notificación se surtió con funcionario incompetente para el efecto, porque dentro del proceso obran los actos de delegación emanados de la Dirección de Impuestos Nacionales que le permiten al funcionario señalado en el auto admisorio asumir la representación del ente al cual está vinculado (a fls. 48 y ss.).

Por esta razón estima la Sala que carece de toda seriedad la entidad demandada cuando, luego de recibir la notificación del auto admisorio de la demanda por conducto del funcionario competente contra actos expedidos por la misma, propone la inepta demanda como si el asunto no fuera de su resorte o incumbencia. Muestra esta conducta falta de seriedad profesional.

Lo expuesto permite concluir que el fallo será infirmado y que deberá dictarse, en su lugar, el fallo de instancia, revocatorio de la sentencia de primera instancia.

**Para resolver,**

## SE CONSIDERA

Estima la Procuraduría Séptima Delegada en su alegato de conclusión que la mencionada sentencia merece ser revocada, para que en su lugar, sea dictada sentencia de mérito y al respecto arguye:

> "Al analizar las pruebas aportadas al juicio, se tiene que, pese a la certificación de contador tanto en la vía gubernativa como ante la jurisdicción, junto con los documentos (facturas de compra autenticadas) la Administración los desconoció, mereciendo plena validez en nuestro concepto, pues no por el error cometido, quiere ello decir que no se causaron.
>
> "Como en anteriores oportunidades ha estimado este Despacho, este hecho no autoriza a la Administración para desconocerle a la actora las compras efectuadas, descartándose las de plano y negándole el derecho que tiene a ser tenidas en cuenta, como deducciones (sic) a su favor, sólo por el cambio de renglón de la suma correspondiente al concepto aludido" (fl. 117).

A su turno, el apoderado de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales se opone a las pretensiones del demandante y reitera que las normas de procedimiento son de orden público y por ende de estricto cumplimiento; lo cual significa que no pueden ser desconocidas; es decir que se deben cumplir cabalmente como lo expresó el Tribunal en la providencia impugnada.

De otro lado, precisa que no se infringió el artículo 29 de la Constitución en razón de que una vez que la Administración detectó el error aritmético, practicó la correspondiente liquidación oficial de acuerdo con lo establecido en los artículos 697, 698 y 699 del Estatuto Tributario. Igualmente, que dicha liquidación se notificó legalmente y se resolvió el recurso de reconsideración una vez interpuesto.

Luego de referirse a otras normas invocadas en el libelo de demanda como transgredidas solicita se confirme en todas sus partes la sentencia recurrida (fls. 119 a 122).

Corresponde a la Sala Plena determinar si en el caso *sub judice* se presentó o no error aritmético, por el hecho de haber colocado la actora en el renglón 18 del formulario el guarismo cero (–0–) en lugar del valor de las compras efectuadas en el año gravable por la suma de $5.289.000, partida denunciada que hace parte del rubro del Total de Costos y Deducciones ($5.448.000) del renglón 25; con lo que, luego de restados el inventario final ($105.000) y otros costos y deducciones ($264.000) frente al total de ingresos netos ($5.700.000), resulta una renta líquida del orden de $252.000 (renglones 16, 23, 24 y 26).

Pues bien, en relación con este punto y en la modalidad del presunto "error aritmético" en reiterados fallos la Sección Cuarta de la Corporación ha sostenido que en la eventualidad antes descrita en manera alguna se configura error aritmético al tenor del artículo 697 del Estatuto Tributario. Al respecto sobre este tema básicamente ha expresado lo siguiente:

> "Para que exista error aritmético es requisito legal que el contribuyente haya declarado 'correctamente los valores' correspondientes a los hechos imponibles o bases gravables que deben evidenciarse del contenido total de la declaración tributaria incluidos los anexos y pruebas que presente el contribuyente. Si consignados correctamente dichos valores sufrió el contribuyente equivocación en las operaciones matemáticas y anotó como resultado un dato equivocado, procedía la práctica de la liquidación de corrección; pero si los valores no fueron consignados correctamente, sólo era viable el requerimiento en el que se plantearía el rechazo de costos y deducciones con miras a la práctica de la liquidación de revisión" (Expediente No. 2962, actor: Los Topos Construcciones Ltda. Consejero Ponente: Dr. Guillermo Chahín Lizcano).

De manera que, examinada la actuación surtida en la vía gubernativa, la Sala llega a la conclusión de que la Administración Tributaria, en vez de asumir la ocurrencia de un error aritmético, que legalmente no existía, debió glosar la declaración de renta en cuestión enviando a la contribuyente el respectivo requerimiento especial. En modo alguno le estaba legalmente permitido modificar la declaración tributaria por medio de la liquidación oficial de corrección aritmética, cuyo procedimiento la sociedad actora ha censurado tanto en la vía gubernativa como en la contenciosa.

Por lo tanto, la Sala considera que la sentencia del Tribunal habrá de revocarse en cuanto a la decisión inhibitoria para en su lugar acceder a las peticiones de Gráficas Martell Ltda., en razón de que en el *sub examine* fiscalmente no se configura error aritmético.

En conclusión, se declarará la nulidad de la liquidación oficial de corrección aritmética 000127 de julio 11 de 1990 y de la Resolución 0052 de 4 de marzo de 1991, expedidas, en su orden, por la División de Liquidación de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá - Personas Jurídicas y por la División de Recursos Tributarios de la misma; además, se dejará en firme la liquidación privada presentada por la contribuyente el 11 de julio de 1988 en el Banco de Bogotá (Oficina El Salitre) bajo el número 0105002000223-1 por un total de impuestos a su cargo de $76.000.00 moneda corriente.

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

**FALLA:**

**INFIRMASE** la sentencia de 28 de noviembre de 1994, dictada por la Sección Cuarta de la Corporación. En su lugar, y en sede de instancia, se decide:

**REVOCASE** la sentencia de 27 de enero del mismo año dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. En consecuencia:

**DECLARASE** la nulidad de la liquidación de corrección número 000127 de julio 11 de 1990 y de la Resolución 0052 de 4 de marzo de 1991, expedidas por la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá a nombre de Gráficas Martel Ltda. NIT: 860.515.218, en relación con el impuesto de renta del año gravable 1987.

Como consecuencia de lo anterior, DECLÁRASE EN FIRME la declaración privada del año gravable 1987 presentada el 11 de julio de 1988 por la mencionada sociedad con un impuesto a cargo de setenta y seis mil pesos moneda corriente ($76.000.00).

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala Plena en su sesión de fecha noviembre veintiuno (21) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

*Diego Younes Moreno*, Presidente (ausente); *Daniel Suárez Hernández*, Vicepresidente; *Mario Rafael Alario Méndez, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Jesús M. Carrillo Ballesteros, Mirén de la Lombana de Magyaroff, Clara Forero de Castro, Nubia González Cerón, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Alvaro Lecompte Luna, Juan de Dios Montes Hernández, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, Rodrigo Ramírez González, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

*Mercedes Tovar de Herrán*, Secretaria General.

NOTA DE RELATORIA: Acoge la tesis de la Sección Cuarta sobre error aritmético del 19 de octubre de 1990.

NOTA DE RELATORIA: Reitera la jurisprudencia sobre el poder interpretativo del juez en las sentencias de abril 26/76, Exp. 229, Ponente: Dr. Humberto Mora Osejo. Actor: Gilberto Lozano Grisales y en la sentencia de 11 de septiembre de 1979, Exp. 435, Ponente: Dr. Ignacio Reyes Posada, Actor: Luis Angel Martínez Sendoya.

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION – Excepciones**

**Corresponde a la Sala pronunciarse sobre las excepciones de "falta de competencia" y de "ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales", propuestas por el apoderado judicial de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil. Al respecto la Sala considera que dichas excepciones no son susceptibles de analizarlas como tales, pues ellas se fundamentaron en la ausencia de una decisión de la justicia penal que haya declarado como falsos los documentos a que alude el recurrente, aspecto éste que debe estudiarse y resolverse frente a la causal de revisión invocada en la demanda.**

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION / TACHA DE FALSEDAD – Improcedencia**

**Debe tenerse en cuenta que no es esta la oportunidad procesal para tachar de falsos los documentos considerados como tales por el actor, puesto que no tratándose el recurso de una revisión de una tercera instancia, la oportunidad para tal efecto la tuvo el demandante en el trámite de la primera instancia, toda vez que dichos documentos obraron desde un comienzo en el proceso contencioso administrativo.**

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION – Causales / SENTENCIA PENAL - Documento Falso con Fundamentación**

**Ha sido jurisprudencia reiterada de esta corporación, que la prueba de la causal de haberse dictado sentencia con fundamento en documento falso o adulterado a que se contrae el presente recurso, no puede ser otra que la copia ejecutoriada del fallo proferido por un juez penal, que así lo disponga. En consecuencia, sería dicho fallo penal la prueba con base en la cual, de acuerdo con la jurisprudencia anteriormente transcrita, el fallador de revisión podría**

**proferir una decisión diferente a la cuestionada; luego al no haber el recurrente aportado dicha prueba, se considera no probada la causal invocada.**

Consejero Ponente: Doctor *Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Santafé de Bogotá, D.C., trece (13) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Referencia: Expediente número REV.-074.

Actor: Freddy Alfredo Muñoz Vargas.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo procede a resolver el recurso extraordinario de revisión interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 21 de octubre de 1991 proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante la cual, y en virtud del grado de consulta de la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Caquetá, revocó el fallo consultado.

## I. ANTECEDENTES

El señor Freddy Alfredo Muñoz Vargas, por intermedio de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, demandó ante el Tribunal Administrativo del Caquetá la nulidad de la Resolución número 0578 del 19 de enero de 1989, por medio de la cual se le sustituyó del cargo de Administrador de Aeropuerto código 5185–grado 17 del Aeropuerto de San Vicente del Caguán–Zona No. 1 Bogotá y se le inhabilitó por el término de un año para el desempeño de funciones públicas, y de la Resolución número 2377 del 1°., de marzo de 1987, mediante la cual se confirmó en todas sus partes la primera de las resoluciones citadas, solicitando además, a título de restablecimiento del derecho, el reintegro al cargo que venía desempeñando al momento de su retiro o a otro de igual o superior nivel o remuneración, el reconocimiento y pago de todos los sueldos, primas y demás derechos dejados de percibir, y la declaración de no haber existido solución de continuidad entre la declaratoria de destitución y el reintegro efectivo al cargo.

El fallo del Tribunal con el que culminó el proceso originado en la demanda aludida, accedió a las pretensiones de la misma.

## II. LA SENTENCIA RECURRIDA EN REVISION

Al desatar el grado de consulta, la sentencia ahora recorrida en revisión revocó el fallo del Tribunal y denegó las súplicas de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones principales:

Examinando el proceso disciplinario (Cdno. No. 3), se observa que éste tuvo su origen en un "dispositivo militar" en el que fue retenido Freddy Muñoz Vargas y el cual fue adelantado de conformidad con el Decreto 482 de 1985.

En dicho proceso fue decretada en dos ocasiones la invalidez o nulidad de la actuación, a partir de la prueba practicada visible a folio 104 (Cdno. No. 3) que es posterior al traslado de cargos que se le hizo al lector.

Por tratarse de destitución, de conformidad con el artículo 49 del Decreto 482 de 1985, el jefe del organismo debe remitir las diligencias al presidente de la Comisión de Personal para que emita concepto sobre la medida a aplicar, sin que en dicha norma o en el artículo 13 del parágrafo único del Decreto 2400 de 1968, se estatuya la forma como debe integrarse dicha comisión, lo que corresponde a la reglamentación interna de cada organismo, no encontrándose por tanto nada irregular en la integración de la Comisión de Personal que dio su concepto, consignado en el acta No. 001 del 12 de enero de 1989, toda vez que en autos no está demostrado que su integración no se ciñó a la reglamentación interna del Departamento de Aeronáutica Civil, en el supuesto de que exista tal reglamentación.

El artículo 33 del Decreto 482 de 1985 dispone que el encartado presentará sus descargos por escrito o verbalmente. El señor Freddy Muñoz Vargas lo hizo por escrito, razón por la cual no era obligación elaborar el acta que echa de menos su apoderado, pues ésta es obligatoria cuando los descargos se presenten verbalmente.

De acuerdo con el artículo 22 ibídem, la investigación debe ser adelantada por un funcionario de igual o superior jerarquía, siendo adelantada en el presente caso por un profesional universitario código 3020, grado 04, cuyo cargo, según certificado visible a folio 384 del Cdno. Ppal., es de superior categoría al que desempeñaba el demandante. En cuanto a la designación de un profesional especializado en tratándose de un ministerio o departamento administrativo, ésta es meramente facultativa, pues la norma emplea la expresión "...podrá designarse...", como se hizo posteriormente con el doctor Manuel Rodríguez Gutiérrez.

El funcionario investigador inicialmente designado dejó constancia de que el demandante tuvo a su disposición el expediente de las 14:30 horas a las 15:30 horas, lo que no debe interpretarse como que sólo por ese breve lapso se le permitió mirar o estudiar el proceso, sino como el tiempo que él invirtió para tales efectos y para preparar su derecho de defensa a través de los descargos presentados dentro de los seis días señalados para tal fin y durante los cuales el expediente estuvo a su disposición. Además, para que ejercitara su derecho de defensa, se le entregó copia del pliego de cargos, donde se le hizo una relación de los hechos, de las pruebas y de las posibles faltas que pudo cometer.

El artículo 29 del Decreto 482 de 1995 señala que el testimonio y la declaración de parte en el proceso disciplinario deben recibirse bajo juramento, pero dado que entre otros, el señor Freddy Muñoz Vargas se encontraba implicado en el proceso y tal vez en acatamiento del artículo 25 de la Constitución de 1886, vigente para la época, se le escuchó en exposición libre de apremio y juramento, puesto que de los hechos investigados podía desprenderse la comisión de un delito. En cambio a otras personas por ser ajenas al proceso disciplinario, sí se les recibió la declaración bajo la gravedad del juramento.

Por auto de 20 de octubre de 1988, el jefe del Departamento de Aeronáutica Civil decreta la invalidez de lo actuado a partir de la última prueba practicada (fl. 104) dispone "reiniciar" la investigación y revoca la Resolución número 11631 del 17 de agosto de 1988; con oficio de 24 de octubre de 1988 comisiona al doctor Manuel Rodríguez Gutiérrez, profesional especializado, para que "reinicie" la investigación, quien al término de la comisión rinde el informe final.

Convocada la Comisión de Personal, se consignó en el acta respectiva que el funcionario comisionado había copiado textualmente el informe anterior rendido por el doctor Jiménez Moyano y que en realidad no había "reiniciación" de la investigación, sugiriéndose ordenar una nueva reapertura de la misma, razón por la cual el jefe del Departamento de Aeronáutica Civil en oficio dirigido al doctor Carlos Alfredo Díaz, dispone que éste "reinicie" el proceso disciplinario a partir del folio 104, es decir, para que repusiera la actuación que de antemano venía decretada nula, pues en realidad el doctor Rodríguez Gutiérrez no había hecho cosa distinta que repetir textualmente el informe final del doctor Jiménez Moyano, no siendo por tanto necesario proferir auto para declarar la invalidez de lo hecho por el doctor Rodríguez Gutiérrez.

La labor del investigador no se distinguió por ser un dechado de técnica jurídica, puesto que ha debido dar cumplimiento al artículo 27 del Decreto 482 de 1985 para ser comisionado nuevamente por el Jefe del Departamento de Aeronáutica a fin de adelantar una nueva tarea de indagación acerca de los hechos ocurridos en el aeropuerto de San Vicente del Caguán dentro del plazo que le faltaba para su conclusión y así junto con la anterior, con un solo informe final, el Jefe del Departamento dispusiese la acumulación y no hacerlo *motu proprio.*

En el informe final rendido se consideraron no probados los hechos por los oficiales del Ejército mediante unas simples constancias, lo que es acogido en la Resolución número 0578 del 19 de enero de 1998.

Notificado el demandante de la anterior resolución, interpone recurso de reposición. Antes de desatar dicho recurso, el jefe del departamento envió el expediente a la Comisión de Personal para que la doctora Liria Rodríguez Chica hiciera un estudio y rindiera un concepto escrito, quien al cumplir lo anterior sugiere

al jefe del Departamento que se declare la nulidad de lo actuado a partir del folio 104, se "reinicie" la investigación y se revoque la resolución impugnada.

De otra parte, la Jefe de la Oficina de Auditoría Administrativa, no se sabe a qué título, rinde un concepto escrito en el cual manifiesta que difiere del rendido por la doctora Rodríguez Chica y sugiere la confirmación de la resolución impugnada.

El concepto previo no está contemplado en el Decreto 482 de 1985 para desatar el recurso de reposición y mucho menos tiene el carácter de obligatorio. Sin embargo, el jefe del Departamento acoge este último concepto y profiere la Resolución número 2377 del 1° de marzo de 1990, confirmando la resolución impugnada.

Se infiere que en el proceso disciplinario adelantado contra Freddy Muñoz Vargas en virtud de los hechos ocurridos el 1° de febrero de 1988 en el aeropuerto de San Vicente del Caguán, pese a las correcciones y contracorrecciones, se guardó el debido proceso de conformidad con el Decreto 482 de 1985 y no se dio el fenómeno de abuso de poder planteado en la demanda.

## III. LOS FUNDAMENTOS DE LA REVISION IMPETRADA

El recurrente invoca como causal de revisión la contemplada en el numeral 1 del artículo 41 del Decreto 2304 de 1989, que modificó el artículo 188 del C.C.A., que dispone: "Haber dictado sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados...", sustentando en síntesis su impugnación así:

La sentencia de 21 de octubre de 1991 se funda en un proceso disciplinario adelantado en contra del actor, sobre documentos adulterados por los funcionarios que adelantaron la investigación administrativa, según lo reconoce la doctora Rodríguez Chica en el concepto emitido el 15 de febrero de 1989 donde expresa que el acto acusado fue expedido con base en unos actos que violan la ley procesal, es decir, proferidos en un proceso disciplinario amañado o adulterado.

La Resolución número 16848 del 16 de noviembre de 1988 dispuso la invalidez de lo actuado a partir del folio 104 del proceso disciplinario adelantado contra el actor, invalidez que continúa, perdura y existe porque le fue informado al Director de la Aeronáutica que la actuación realizada por los doctores Rodríguez Gutiérrez y Díaz Vargas a partir del folio 104, fue nugatoria, ya que se limitaron a rendir concepto sobre la actuación inválida, sin notificar al encartado la reiniciación del proceso disciplinario, puesto que la investigación volvió a iniciarse y sin realizar ninguna actuación llegaron a la decisión de que el funcionario había incurrido en faltas disciplinarias graves que acreditaban su destitución, hecho que no tuvo en cuenta la sentencia materia de revisión.

La Resolución número 0578 del 19 de enero de 1989 basó su decisión en el informe del visitador de Auditoría Administrativa, quien no reinició investigación,

sino que actuó sobre la actuación invalidada que tuvo como fundamento los cargos formulados inicialmente, los cuales fueron desvirtuados tanto en la actuación administrativa como en el proceso contencioso administrativo.

Donde existe una misma causa debe obtenerse un mismo resultado, es decir, como el procedimiento inicial fue declarado sin validez, el subsiguiente, dado que continuó sobre los mismos hechos y circunstancias, impone un mismo efecto, o sea, que debió declararse sin valor ni efecto alguno.

Sostiene el recurrente que es tan cierto lo anterior, que el mismo Consejo de Estado al ocuparse de la sentencia a revisar, expresó:

> "...Como se ha visto en dos ocasiones se decretó la invalidez o nulidad de la actuación, pero a partir de la prueba practicada visible a folio 104 (C-3) que es posterior al traslado de cargos que se hizo a Alfredo Muñoz Vargas de donde se deduce que era necesario hacer nuevo traslado por no estar comprendida esa actuación por la nulidad o invalidez decretada...".
>
> "...Ante la anterior sugerencia del jefe de la Aeronáutica Civil en oficio dirigido al doctor Carlos Alfredo Díaz el 13 de diciembre de 1988, dispone que éste reinicie el proceso disciplinario a partir del folio 104. En estos términos para que repusiera la actuación que de antemano ya venía decretada nula pues en realidad de verdad el doctor Manuel Rodríguez Gutiérrez no había hecho cosa distinta que repetir textualmente el informe final del doctor Jiménez Moyano. De ahí que no era necesario proferir auto para declarar la invalidez de lo hecho por el doctor Rodríguez Gutiérrez...".

Estima con lo expuesto, el Consejo de Estado consideró que la actuación del segundo proceso era nula.

Agrega que al Consejo de Estado le sorprende cómo una persona extraña (la Jefe de la Oficina de la Auditoría Administrativa) rinda un concepto que difiera del rendido por la doctora Rodríguez Chica, a quien como funcionaria competente de la Aeronáutica le solicitó el director rindiera concepto, el cual debió ser acogido por la entidad, para en consecuencia haber reiniciado el procedimiento que había sido invalidado y revocar la resolución impugnada en reposición.

Reiniciar una determinada actuación conlleva necesariamente volver las cosas a su estado inicial, debiéndose haber dado nuevo traslado al demandante, por no estar comprendida esa actuación dentro de la nulidad o invalidez decretada. Al no hacerse esto se violó el debido proceso y el derecho de defensa, lo cual impone que la sentencia sea revocada, se anulen los actos impugnados y se restablezca en su derecho al actor, reconociéndole el pago de los derechos conculcados.

El recurrente además señala que fueron infringidos los artículos 21 y 22 del Decreto 482 de 1985, en armonía con el artículo 29 de la Constitución Política

(antes 26) pues el inculpado debió haber sido sometido a nuevos descargos con ocasión de la declaratoria de invalidez de la actuación disciplinaria, violándose el derecho de defensa al no haberlo efectuado así la Aeronáutica.

Así mismo, el artículo 29 del Decreto número 786 de 1985 por el que se reglamentan los Decretos 2400 de 1968 y 400 de 1983, puntualiza en su numeral 2º como causales de invalidez en los procesos disciplinarios, la indebida notificación o falta de traslado al funcionario investigado, lo que ocurrió en el presente caso, toda vez que al invalidar la actuación procesal debió habérsele hecho conocer la nueva investigación que se adelantaba sobre los mismos documentos declarados inválidos o nulos, por lo que al tener ese carácter, lógica y jurídicamente la administración no podía resolver la situación jurídica planteada sobre bases firmes y serias, pues se basó sobre documentos, pruebas y procedimientos declarados por la misma Aeronáutica como inválidos o nulos. De haberse subsanado la irregularidad, la decisión adoptada por la administración habría sido diferente, al igual que la del Consejo de Estado si hubiese tenido presente que la decisión de aquella se hizo sobre documentos que según la misma administración, tienen carácter de adulterados.

## IV. LA IMPUGNACION DEL RECURSO

En el escrito de contestación de la demanda, la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, por intermedio de apoderado, se opone a la prosperidad del recurso, con fundamento en las razones que se sintetizan a continuación (fls. 124 a 126):

No es válido predicar que una irregularidad presentada en el proceso disciplinario que se adelantó contra el actor, la cual se subsanó oportunamente, haya dado lugar a una decisión proferida con base en documentos inválidos, "...y mucho menos confundir la invalidez con falsedad o adulteración", pues la falsedad debe ser declarada por la autoridad judicial correspondiente. En el mismo sentido, el actor parte de una premisa falsa cuando afirma que esos mismos documentos estaban afectados de nulidad, pues así no fue declarado por la correspondiente autoridad administrativa.

De otra parte, "...si la sentencia de 21 de octubre de 1991 hubiera sido proferida con base en documentos adulterados, los magistrados de esa honorable Corporación se hubieran dado cuenta mucho antes de proferirla".

Finalmente, la entidad demandada propone las excepciones de "falta de competencia" y de "ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales".

La primera de ellas se fundamenta en que la autoridad competente para determinar la falsedad o no de un documento es el juez penal o el correspondiente fiscal (artículo 380-2 del C. de P.C.) por lo cual es absurdo pretender que el juez administrativo resulte haciendo un juicio de falsedad sobre una materia que no le corresponde.

En cuanto a la segunda de dichas excepciones, "...se observa que la demanda de revisión que se contesta es inepta pues no le asiste razón a su presentación, cuando hace falta la prueba de una sentencia condenatoria sobre la persona que supuestamente falsificó o adulteró los documentos que el actor expone como fundamento de su acción".

## V. TRAMITE DEL RECURSO

Al recurso se le dio el trámite previsto en los artículos 190, 191 y 192 del C. C. A., habiéndose admitido la demanda contentiva del mismo mediante auto del 1° de febrero de 1994 (fl. 120 del Cdno. No. 1) y decretándose las pruebas solicitadas por las partes (fl. 133 del Cdno. No. 1).

## VI. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En el escrito que lo contiene (fls. 116 a 121) la señora Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación manifiesta, en síntesis, que las razones de inconformidad del actor para con la sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado "...aparentemente no se acomodan a la causal invocada por el actor como fundamento del recurso extraordinario interpuesto", pero que, sin embargo, de los antecedentes administrativos que dieron origen a la expedición de los actos acusados, a los cuales hace referencia, "...la decisión del Tribunal Administrativo del Caquetá, en su sentencia del 8 de octubre de 1990, era la correcta".

## VII. CONSIDERACIONES DEL CONSEJO

Previamente a referirse a la causal invocada en sustento del recurso, corresponde a la Sala pronunciarse sobre las excepciones de "falta de competencia" y de "ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales", propuestas por el apoderado judicial de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil. Al respecto la Sala considera que dichas excepciones no son susceptibles de analizarlas como tales, pues ellas se fundamentaron en la ausencia de una decisión de la justicia penal que haya declarado como falsos los documentos a que alude el recurrente, aspecto este que debe estudiarse y resolverse frente a la causal de revisión invocada en la demanda.

En consecuencia, procede la Sala a analizar si, conforme a lo explicado por el recurrente como fundamento de la revisión impetrada, se presenta o no la causal por éste invocada.

Dicha causal reza:

"Artículo 188. *Causales de revisión.* Procederá este recurso:

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

En esencia, el recurrente sostiene que la sentencia revisada se fundó en documentos adulterados por los funcionarios que adelantaron la investigación administrativa, al haber sido decretada la nulidad de la misma a partir del folio 104.

Sobre el particular, observa la Sala que si bien es cierto que se decretó la nulidad de lo actuado a partir del mencionado folio, también lo es que dicha afirmación no es suficiente para considerar que la sentencia se basó en documentos adulterados.

Además, debe tenerse en cuenta que no es esta la oportunidad procesal para tachar de falsos los documentos considerados como tales por el actor, puesto que no tratándose el recurso de revisión de una tercera instancia, la oportunidad para tal efecto la tuvo el demandante en el trámite de la primera instancia, toda vez que dichos documentos obraron desde un comienzo en el proceso contencioso administrativo.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia con ponencia del doctor Humberto Murcia Ballén, en sentencia del 16 de mayo de 1978, sostuvo:

> "...la revisión es de naturaleza eminentemente extraordinaria y diferente por su finalidad propia de todos los demás medios de impugnación, incluso de la casación misma, por lo cual no es dable convertirla en un juicio contra la sentencia por las apreciaciones que el fallador haya hecho de la demanda que con tal sentencia decide; pero ni muchísimo menos trocarla en medio para impedir la ejecución de fallos proferidos en procesos que se han rituado con plena observancia de sus formalidades propias.
>
> ...los aspectos formales de una sentencia, los vicios o irregularidades cometidos durante la tramitación del proceso que en ella se dicta, el quebranto de la ley procedimental o de la sustancial y los errores de apreciación probatoria en que haya podido incurrir el juez al proferirla, son, en principio, aspectos extraños al recurso de revisión, por tratarse en ellos de yerros *in procedendo* o *in judicando*, para cuya corrección se han consagrado precisamente los demás recursos. Los vicios que pueden dar lugar a la anulación de una sentencia a través del recurso de revisión, *han de manifestarse necesariamente en relación con situaciones o hechos producidos o conocidos con posterioridad a la providencia decisoria, precisamente porque el desconocimiento de esas situaciones o hechos por el juez al dirimir el conflicto le impidió dictar una resolución justa.*
>
> "...la revisión es recurso excepcional y por lo tanto de naturaleza extraordinaria, una sentencia que solo es procedente aniquilarla en casos igualmente excepcionales y extraordinarios. Dada su naturaleza jurídica, la finalidad del recurso de revisión está subordinada a que oportunamente se alegue y demuestre, por parte legítima para ello, la existencia de alguna de las causales

expresa y limitativamente previstas en la ley al efecto..." (cursivas fuera del texto).

De otra parte, ha sido jurisprudencia reiterada de esta Corporación, que la prueba de la causal de haberse dictado sentencia con fundamento falso o adulterado a que se contrae el presente recurso, no puede ser otra que la copia ejecutoriada del fallo proferido por un juez penal, que así lo disponga.

En consecuencia, sería dicho fallo penal la prueba con base en la cual, de acuerdo con la jurisprudencia anteriormente transcrita, el fallador de revisión podría preferir una decisión diferente a la cuestionada; luego al no haber el recurrente aportado dicha prueba, se considera no probada la causal invocada.

Asimismo, el recurrente sostiene que como quiera que la actuación invalidada tuvo como fundamento los cargos formulados inicialmente, el procedimiento subsiguiente debió declararse sin efecto alguno.

Pretender con este recurso invalidar lo actuado en el proceso disciplinario adelantado en contra del señor Muñoz Vargas, cuestión que fue analizada en la sentencia objeto de revisión, resulta ajeno al recurso de revisión impetrado, pues olvida el recurrente su naturaleza excepcional, y que debe ceñirse estrictamente a las causales que taxativamente ha señalado para tal efecto el artículo 188 del C. C. A.

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

**FALLA:**

1°. **NO PROSPERA** el recurso de revisión interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 21 de octubre de 1991, proferida en segunda instancia por la Sección Segunda del Consejo de Estado.

2°. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 171 del C. C. A., en concordancia con los artículos 384 inciso cuarto y 392-1 del C. de P. C., condénase en costas al recurrente. Liquídense por Secretaría.

3°. En firme esta sentencia, devuélvase el expediente a la sección 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 doce de diciembre de mil novecientos noventa y cinco.

*Daniel Suárez Hernández* (Vicepresidente); *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Mario Alario Méndez, Carlos Betancur Jaramillo, Jesús María Carrillo B.* (ausente); *Julio E. Correa Restrepo, Guillermo Chahín Lizcano, Mirén de la Lombana de M., Delio Gómez Leyva* (ausente); *Amado Gutiérrez Velásquez,*

*Luis Eduardo Jaramillo Mejía; Juan de Dios Montes Hernández, Libardo Rodríguez Rodríguez, Rodrigo Ramírez González, Consuelo Sarria Olcos, Manuel Urueta Ayola, Carlos Orjuela Góngora.*

NOTA RELATORIA: Menciona la sentencia del 16 de mayo de 1978 de la Corte Suprema de Justicia. Magistrado Ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén.

**ACCION DE REPARACION DIRECTA - Caducidad de la acción / HECHO DAÑOSO INSTANTANEO**

**Según el recuento de los hechos que acaban de hacerse se revela que ciertamente el daño se produjo de manera instantánea, es decir, cuando se produjo el accidente, dejando a la víctima en estado comatoso. Que posteriormente hubieran sido determinadas las secuelas de las lesiones, ellas no son la prolongación de ese daño, sino su calificación; no observa, por tanto la Sala que el pronunciamiento de la Sección Tercera desconociera la manera de contar el término para determinar la caducidad de la acción. No advierte la Sala ninguna contradicción entre el método de contar el tiempo para determinar si ha ocurrido el fenómeno de la caducidad usado en la providencia del 29 de agosto de 1995 de la Sección Tercera aquí controvertida y el que sientan las consideraciones de la otrora Sala de Negocios Generales, en la providencia del 12 de agosto de 1954. Como quiera que en este asunto el acaecimiento del hecho sucedió de manera instantánea, es el día de su ocurrencia el punto de partida para calcular el tiempo. El fenómeno de la caducidad de las acciones no es una mera cuestión adjetiva o procedimental. Aunque el derecho a accionar está íntimamente relacionado con lo procesal porque mediante su uso se abren las puertas de la jurisdicción, su carácter trasciende por cuanto se ubica entre los derechos subjetivos y queda insertado en lo sustantivo. De allí que al dejar transcurrir el tiempo sin hacer uso de ese derecho a accionar, ese poder se extingue tanto para su titular como para el juez. Este, desde ese instante, carece de competencia para conocer de la respectiva acción.**

Santafé de Bogotá, D. C., trece (13) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Doctor *Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente número S-544.

Recurso extraordinario de súplica.

Actores y recurrentes: Rafael Rodríguez Melo, Clara Patricia Martín de Rodríguez, Ingrid Tatiana y Lysed Caterine Rodríguez Martín.

Se decide el recurso extraordinario de súplica interpuesto por la apoderada judicial de los actores contra el auto de veintinueve (29) agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995) mediante el cual la Sección tercera de esta Corporación confirmó el proveído de veintiséis (26) de enero del mismo año, dictado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que inadmitió la demanda indemnizatoria por caducidad.

El argumento de la Sección Tercera –igual al del Tribunal *a quo*– para tomar esa determinación estriba en la circunstancia de que habiendo ocurrido el hecho del cual se derivan las pretensiones de la demanda el 9 de enero de 1992, dicha fecha debe tomarse como límite a partir del cual empieza a correr el tiempo para intentar la acción propuesta, y como el libelo del caso se presentó el 6 de diciembre de 1994, es claro que transcurrió un lapso superior al previsto en el artículo 136 del C. C. A.

Dice la parte recurrente que ese procedimiento de la Sección desconoce jurisprudencia sentada en dos ocasiones por la antigua Sala de Negocios Generales del Consejo de Estado; en consecuencia, el auto en cuestión debe infirmarse y, en su lugar, ha de admitirse la demanda.

Esas jurisprudencias, según la transcripción que hace de las mismas la suplicante, expresan lo siguiente:

> 1. "Despojado el demandante de su propiedad, retirado el ganado de su finca, con ánimo de apropiación por parte del Ejército y de privar de su propiedad al demandante, el agravio quedó consumado y desde ese mismo momento nació para el agraviado su derecho a demandar la indemnización. Lo anterior no contradice la doctrina del Consejo de Estado conforme a la cual cuando los actos consecutivos del agravio se producen en forma sucesiva o mejor, cuando el agravio se causa por prescripción empieza a contarse a partir de la fecha en que se realiza el último de tales actos porque hay casos en que el hecho consecutivo del agravio es uno solo, consumado en hora y fecha determinados. Si el demandante hubiese sido privado de su propiedad sobre los semovientes en días distintos, si la apropiación por parte del ejército se hubiera llevado a cabo por etapas, es natural que dicho término no podría contarse sino a partir del último de los hechos generados del agravio. No ocurrió así, sin embargo, y por tal razón el término de la prescripción se cuenta desde la fecha en que se realizó el único hecho que privó al demandante

de todos los semovientes". (Sentencia de 12 de agosto de 1954; Anales T. LX, nums. 377-381, pág. 345; tomado del Código Administrativo, Ortega Torres, Temis, pág. 205).

Cree el apelante que esta jurisprudencia tiene aplicación en el caso de autos, porque el día del accidente no podía fijarse el "*quantum*" del perjuicio porque la atención médica solo puede darse cuando era estable el estado físico del señor Rodríguez Melo, y únicamente vino a quedar definido cuando las lesiones psicofísicas fueron evaluadas médicamente en porcentajes de incapacidad laboral. Hubo pues, sucesión de actos que son los que integran el daño mesurable.

La otra cita jurisprudencial dice a letra:

2. (...) y esto es exacto, cuando se trata de daños repetidos sino cuando el perjuicio es continuado. Ahora bien, los perjuicios que causa la abstención u omisión de un deber no se produce siempre en forma instantánea, pues cuando se trata de bienes jurídicos no susceptibles de destrucción o disminución, los efectos nocivos de la omisión, no surgen ni se agotan en un instante, porque ella apenas viene a ser un obstáculo en el disfrute de tales bienes. Después de la lesión que se realiza en el primer momento, la violación del derecho y el daño o perjuicio consiguiente se renuevan continuamente mientras dure o permanezca el estado de abstención u omisión, en relación con tal clase de bienes jurídicos. Así por ejemplo, la omisión o abstención para resolver una solicitud de licencia para exportar banano que es un bien susceptible de destrucción, puede causar el daño de la pérdida del cargamento en un instante dado, en cambio, la omisión o abstención en resolver sobre una licencia para edificar constituye apenas un obstáculo para el disfrute del inmueble, mediante edificación y por eso el daño que causa no se produce de una vez, sino que se renueva en forma indefinida mientras dure o permanezca la omisión. En este caso los perjuicios son continuados, la acción de resarcimiento nace desde que principian a causarce". (Sentencia de 24 de junio de 1965, Consejero ponente doctor Alejandro Domínguez Molina).

Entiende, pues, el recurrente que la mencionada tesis también es aplicable al caso, "porque cuando el perjuicio no es determinable al momento del hecho inicial, porque el daño no es instantáneo, sino que se prolonga en el tiempo hasta que se hace actual y determinable, porque el hecho no se agota en la fecha en que se produce cuando supervive la víctima, sino que se prolonga en el tiempo lo que no repugna al entendimiento de que debe contarse el término de caducidad a partir del hecho, cuando el daño se mesura; sólo así es posible la fijación cierta del agravio que sufre la víctima, esto es, una de las formas finalísticas de los términos porque se trata de resarcir no el hecho en sí mismo, que puede o no producir daño, sino que lo

que se resarce es el perjuicio que solo puede ser determinado una vez que se fije como en el caso de autos la incapacidad; de otra manera es sacrificar la ley por rendirle culto al procedimiento cuando precisamente el artículo 228 C. N. abandonó ya este criterio formalista en nuestra normatividad jurídica.

## SE CONSIDERA

Ha de establecerse, por tanto, a través de una descripción de la ocurrencia del hecho dañoso que dio origen a la demanda que ahora se examina, si al contar la Sección Tercera, en la providencia objeto de la súplica extraordinaria, el término de caducidad de la acción indemnizatoria –hoy denominada "de reparación directa" (artículo 86 C. C. A. vigente)– a partir desde una fecha fija, sentó doctrina contraria a la jurisprudencia de la corporación, a la luz de las tesis que pueden leerse en las transcripciones que arriba se hicieron.

Las dos citas jurisprudenciales distinguen dos situaciones para determinar el punto de partida desde el cual debe hacerse el cálculo para determinar dicho término (que llama "prescripción" usando el lenguaje de la época) bien si la ocurrencia del hecho dañoso es instantáneo, bien si, por el contrario, se prolonga en el tiempo por ser continuados.

Al respecto dice el libelo demandatorio en su capítulo III, en lo pertinente:

"2. El día 14 de enero de 1992, el CP., Víctor Manuel Pulido Rodríguez, orgánico de la Unidad, le ordenó al demandante que procediera de inmediato a cargar el carro-tanque con empadronamiento EJC A 1004, placas OT 9849 con 3.500 galones de gasolina de aviación, para transportarlos de Caucasia a Rionegro, en cumplimiento de la orden de marcha No. 001 de 1992, en el vehículo marca Ford 9000. El subalterno le observó que no era experto en la conducción de tal clase de automotores, además que el mecanismo de frenos requería reparación y si no producía su arreglo, no era conveniente utilizarlo para esta misión. Sin atender su recomendación le exigió que cumpliera tal orden, como en efecto lo hizo y a pesar de las precauciones que para conducir el automotor se tomaron, a la altura de Valdivia (Ant.) por falla de dicho mecanismo se produjo el volcamiento con pérdida total del material transportado y del automotor.

3. Su conductor Rafael Rodríguez Melo, fue recogido en estado comatoso y remitido al Hospital de San Vicente en Medellín, donde estuvo por cerca de dos meses con pérdida de conocimiento y luego fue remitido al Hospital Militar Central, dando lugar a una serie de intervenciones quirúrgicas, con lesiones craneanas que lo colocan en situación de minusvalía mental, requiriendo del auxilio de su esposa o terceras personas para su movilización, quedando incapacitado en forma absoluta y permanente.

4. Tan solo el día 3 de mayo de 1994, con acta de Junta Médica Laboral 717, se hizo la evaluación de su incapacidad laboral por trauma cráneo-encefálico, fractura untertracantérica de fémur izquierdo con osteosíntesis izquierda, acortamiento de ese miembro inferior, fractura de la reja costal derecha, vértigos, ataxia tocular, dismetría miembro superior izquierdo. Por neumología queda pendiente de evaluar. Por neurología, epilepsia con higremas frontales drenados y síndrome cerebeloso con inestabilidad en marcha con persistencia de vértigos y ataxia paresis MII, y se determina con esa fecha una incapacidad absoluta y permanente con 100% de incapacidad, pero no por causa y razón del servicio, con daño en los mecanismos ideativos. Sólo hasta esta fecha quedó definida su imposibilidad de recuperación y determinada la gravedad de las lesiones".

Según el recuento de los hechos que acaban de hacerse se revela que ciertamente el daño se produjo de manera instantánea, es decir, cuando se produjo el accidente, dejando a la víctima en estado comatoso. Que posteriormente hubieran sido determinadas las secuelas de las lesiones, ellas no son la prolongación de ese daño, sino su calificación; no observa, por tanto, la Sala que el pronunciamiento de la Sección Tercera desconociera la manera de contar el término para determinar la caducidad de la acción.

Es más, ello es lo que señalan las normas, tanto la vigente para las épocas de los pronunciamientos de la Sala de Negocios Generales, como la que rige en la actualidad.

En efecto, decía el artículo 83 del C. C. A. (Ley 167 de 1941):

"La encaminada a obtener una reparación por lesión de derechos particulares prescribe, salvo disposición en contrario, al cabo de cuatro meses a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto, o de realizado el hecho u operación administrativa que cause la acción". (Destaca la Sala).

Para 1965, el Decreto–ley 528 de 1964 en su artículo 28 establecía:

"La competencia para conocer de las acciones indemnizatorias por hechos u operaciones de la administración está condicionada a que dichas acciones se instauren dentro de los tres años siguientes a la realización del hecho y operación correspondiente". (Nuevamente se subraya).

Y para estos días, el artículo 136 (subrogado por el artículo 23 del Decreto–ley 2304 de 1989), del C. C. A. (Decreto–ley 01 de 1984) indica a la letra:

La de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble

de propiedad ajena por causa de trabajos públicos". (Las sublíneas no son del texto).

De suerte que no advierte la Sala ninguna contradicción entre el método de contar el tiempo para determinar si ha ocurrido el fenómeno de la caducidad usado en la providencia de la Sección Tercera aquí controvertida y el que sientan las consideraciones de la otrora Sala de Negocios Generales. Como quiera que en este asunto el acaecimiento del hecho sucedió de manera instantánea, es el día de su ocurrencia el punto de partida para calcular el tiempo. En otras palabras, no es dable concluir en el sentido de que prospere el recurso extraordinario de súplica y se informe el auto del 29 de agosto de 1995.

Quepa, por último, también recalcar el fenómeno de la caducidad de las acciones no es una mera cuestión adjetiva o procedimental. Aunque el derecho a accionar está íntimamente relacionado con lo procesal porque mediante su uso se abren las puertas de la jurisdicción, su carácter trasciende por cuanto se ubica entre los derechos subjetivos y queda insertado en lo sustantivo. De allí que al dejar transcurrir el tiempo sin hacer uso de ese derecho a accionar, ese poder se extingue tanto para su titular como para el juez. Este, desde ese instante, carece de competencia para conocer de la respectiva acción.

Esta Sala Plena, como consecuencia de lo dicho, declarará no próspero el recurso extraordinario de súplica *sub lite.*

En mérito de lo expuesto,

**SE RESUELVE:**

**NO PROSPERA** el recurso extraordinario de súplica interpuesto contra el auto de 29 de agosto de 1995 dictado por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la Sección de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 12 de diciembre de 1995.

*Diego Younes Moreno, Ernesto Rafael Ariza, Mario Rafael Alario Méndez* (con aclaración de voto); *Joaquín Barreto Ruiz, Julio E. Correa Restrepo, Guillermo Chahín Lizcano* (salvó el voto); *Mirén de la Lombana de M., Clara Forero de Castro, Delio Gómez Leyva* (ausente); *Amado Gutiérrez Velásquez C., Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas* (ausente); *Libardo Rodríguez Rodríguez; Rodrigo Ramírez González, Consuelo Sarria Olcos, Manuel S. Urueta Ayola, Mercedes Tovar de Herrán,* Secretaria General.

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA / JURISPRUDENCIA DE SECCION – Procedencia**

**En efecto, habrá recurso de súplica, dice el artículo 130 del Código Contencioso Administrativo, contra los autos interlocutorios y las sentencias dictadas por una de las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo cuando sin la aprobación de la Sala Plena se acoja doctrina contraria a la jurisprudencia de la corporación. En caso contrario, es claro, no habrá recurso de súplica. El recurso de súplica procede cuando sin la aprobación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo se acoja doctrina contraria a la jurisprudencia de la corporación, y no procede en caso contrario. Resulta impropio afirmar, repito, como se hizo en la providencia, que el recurso no prospera porque no se contraría la jurisprudencia de la corporación. Si ello es así, lo que ocurre es que contra la sentencia impugnada no había recurso de súplica, es decir, que no era procedente, y es eso lo que debió declararse y el recurso entonces debió ser rechazado, pero no declarar que no prosperaba.**

Santafé de Bogotá, D.C., quince (15) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente número S-544.

Demandantes: Rafael Rodríguez Melo, Clara Patricia Martín de Rodríguez, Ingrid Tatiana Rodríguez Martín y Lysed Caterine Rodríguez Martín.

Recurso extraordinario de súplica.

## ACLARACION DE VOTO

Es impropio afirmar, como se hizo en la providencia y es costumbre, que el recurso no prospera porque la sentencia impugnada no es contraria a la jurisprudencia

de la corporación. En tales casos lo que corresponde es advertir que contra la providencia impugnada no hay recurso de súplica, es decir, que no es procedente, y rechazarlo, en consecuencia. Pero no declarar que no prospera.

En efecto, habrá recurso de súplica, dice el artículo 130 del Código Contencioso Administrativo, contra los autos interlocutorios y las sentencias dictadas por una de las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo cuando sin la aprobación de la Sala Plena se acoja doctrina contraria a la jurisprudencia de la corporación. En caso contrario, es claro, no habrá recurso de súplica.

En otros términos, el recurso de súplica procede cuando sin la aprobación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo se acoja doctrina contraria a la jurisprudencia de la corporación, y no procede en caso contrario.

Entonces, interpuesto el recurso, la Sala ha de estudiar, en primer lugar, si la providencia impugnada acoge doctrina contraria a la jurisprudencia de la corporación, para determinar la procedencia del recurso. Si el recurso fuere procedente, examinará el fondo del asunto, para entonces confirmar la providencia impugnada si advierte que se ajusta a la ley, o a revocarla si encuentra que es violatoria de la ley.

La contrariedad de la sentencia impugnada a la jurisprudencia de la corporación sólo determina la procedencia del recurso, pero no su prosperidad. El recurso sólo puede prosperar, en los casos en que procede, cuando la providencia que se impugna sea violatoria de la ley.

Por lo expuesto, resulta impropio afirmar, repito, como se hizo en la providencia, que el recurso no prospera porque no se contraría la jurisprudencia de la corporación. Si ello es así, lo que ocurre es que contra la sentencia impugnada no había recurso de súplica, es decir, que no era procedente, y es eso lo que debió declararse y el recurso entonces debió ser rechazado, pero no declarar que no prosperaba.

*Mario Alario Méndez.*

**PROCESO CONSTITUYENTE - Causas**

**El Proceso constituyente que dio origen a la Constitución Política de 1991 de nuestro país, obedeció a unas profundas crisis de orden político y constitucional, por conocidas, entre otras: a) El infructuoso itinerario de reformas e intentos de reforma que finalmente fracasaban, llegando así a producirse un sensible malestar nacional y el aumento de un sentimiento de profunda reforma constitucional, que interpretará de manera más auténtica la realidad colombiana, y surgieran unos más flexibles mecanismos de adaptación a las exigencias de la modernidad. Piénsese en la frustrada pequeña constituyente y en la inexequibilidad de la reforma de 1979; b) Otra de las causas que originaron el proceso constituyente de 1990-1991 fue la crisis política, que tuvo varios motivos: la limitación impuesta por el frente nacional, que si bien buscó la convivencia civilizada entre los partidos liberal y conservador, limitaba el libre funcionamiento de régimen democrático. Por eso se ansiaba el tránsito de la democracia representativa a la democracia participativa; c) El Congreso como institución había entrado en crisis; ineficaz para unos, para otros no daba la debida representación a todas las fuerzas políticas del país, lo que originó que parte del pueblo no se sintiera total y debidamente representado en él. Por eso nació el movimiento de la "Séptima Papeleta" que vio cristalizado su propósito con la expedición del Decreto Legislativo No. 1926 de 1990, que convocó a la Nación, previo acuerdo con los partidos y movimientos políticos, a elecciones para una Asamblea Constitucional, señalando además los requisitos para los aspirantes y el temario a tratar por la Asamblea.**

**ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE / CONGRESISTA - Senador / PERIODO CONSTITUCIONAL - Interrupción / PODER CONSTITUYENTE / CONTROL JURISDICCIONAL - Inexistencia / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Improcedencia.**

**Procede la Sala Plena a definir si como consecuencia de la decisión de la Asamblea Nacional Constituyente que privó al demandante de su investidura como Senador de la República a partir del 1° de diciembre de 1991, impidiéndole así completar el período electoral para el que había sido inicialmente elegido, se puede llegar a configurar una responsabilidad patrimonial a cargo de la Nación, como consecuencia de los presuntos perjuicios morales y materiales alegados, como se le desconoció y suspendió dicho período. Dicho en otros términos, se plantea a la Sala el cuestionamiento de si puede predicarse la responsabilidad del Estado, cuando el supuesto hecho dañino lo causa un acto de la Asamblea Nacional Constituyente. Los actos producidos por el poder constituyente, por mandato expreso de la Asamblea en el artículo 59 transitorio, no quedaban sujetos a control jurisdiccional alguno. La deducción de responsabilidad patrimonial del Estado, por principio, se deriva del ejercicio de un control de carácter jurisdiccional. En otras palabras, es un resultado de la actividad y decisión jurisdiccional. El control, en este caso, es paso indispensable para deducir la responsabilidad, y sólo es posible en la medida en que exista un órgano competente para hacerlo y un marco jurídico anterior, que permita el cotejo de la actuación cuestionada. En este caso no existe ni lo uno ni lo otro. No se puede deducir responsabilidad al poder constituyente; ésta se predica del Estado como centro de relaciones jurídicas, así lo había elaborado la jurisprudencia nacional y hoy lo prevé el artículo 90 de la Constitución Nacional. Así las cosas, dilucidando como está, que la jurisdicción de lo contencioso-administrativo y cualquier otra jurisdicción, no tienen dentro de la órbita de su competencia, la facultad de juzgamiento de lo que hizo o no la Asamblea Nacional Constituyente, mal podría pensarse en estructurar algún tipo de responsabilidad imputable al Estado, cual es la pretensión de la parte actora en el *sub judice*.**

**REPRESENTACION POLITICA / PODER LEGISLATIVO - Titularidad / SOBERANIA NACIONAL / SOBERANIA POPULAR.**

**Conjuntamente con la doctrina del poder constituyente, surgió la institución de la representación, porque ante la imposibilidad de que cada hombre tuviera en sí el poder legislativo, se hizo necesario que**

el pueblo eligiera a un determinado grupo de representantes, para que este realizara lo que no podría hacerse individualmente. Y desde entonces se determinó también, que en la soberanía del pueblo residía el derecho de revocar a sus representantes y sustituirlos cuando se desviaran del fin para el que habían sido elegidos. Entre nosotros, desde los orígenes de la república, el representante es elegido por un conglomerado para ser miembro de un determinado cuerpo colegiado, pero no es solamente representante de sus propios electores, sino de todo el pueblo, lo cual le impone unas determinadas limitaciones a la figura de la representación. Estos lineamientos se mantuvieron en la actual Constitución, en los artículos 133 y 258 en los que consagra que el electorado no impone obligaciones al elegido, llámese senador, representante, diputado o concejal, los que, en sentido contrario, tampoco adquieren ningún derecho subjetivo sobre la dignidad que reviste la representación. Se trata entonces de un mandato político constituido mediante el voto, para llevar a cabo una gestión o actuación política, que debe consultar los postulados de la justicia, el bien común, la equidad y la buena fe.

**CONGRESISTA - Representación Política / PARTIDOS POLITICOS - Representación**

El congresista es un representante de la comunidad, que debe velar por los intereses de todo el pueblo, lo que da a su cargo una naturaleza eminentemente política, por lo que las contraprestaciones que adquieren es la posibilidad que le otorgan los electores de que los represente. Pero se dirá, con "mayor precisión" que son los partidos los que ejercen propiamente esa representación a través de sus congresistas que con su aval hayan resultado elegidos en los comicios electorales.

**ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE / CONTROL JURISDICCIONAL - Inexistencia /ACTO POLITICO / TRIBUNAL ADMINISTRATIVO / CONSEJO DE ESTADO / Incompetencia**

Una Asamblea Nacional Constituyente es un órgano que tiene origen de manera directa en el llamado constituyente primario, de suyo soberano, y que dicha delegación hace que los actos del así constituido poder constituyente no tenga ningún tipo de control jurisdiccional, puesto que se trata del ejercicio libre y soberano de

**un poder mediante actos de carácter eminentemente políticos. Es por ello que, como lo es cualquiera de las entidades que integran el poder judicial, no tienen competencia para enjuiciar actos y conductas de un poder constituyente. En este caso concreto, ni los Tribunales Administrativos ni el Consejo de Estado, como poderes constituidos y derivados del ordenamiento constitucional producto del ejercicio de los poderes de la Asamblea Constitucional, pueden entrar a enjuiciar lo realizado por aquella.**

Santa Fe de Bogotá, D. C., trece (13) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

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

Consejero Ponente: Doctor *Diego Younes Moreno.*

Radicación número S-470.

Actor: Feisal Mustafá Barbosa.

Habiendo sido negada la ponencia presentada por el Consejero doctor Daniel Suárez Hernández, procede la Sala a decidir el recurso interpuesto por la parte actora, contra la sentencia de 25 de noviembre de 1993 proferida por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda, sin condenar en costas.

## ANTECEDENTES PROCESALES

### 1. La demanda

Mediante escrito presentado el 9 de septiembre de 1992 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el doctor Feisal Mustafá Barbosa, en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A. y por conducto de su apoderado, formuló demanda contra el Estado colombiano (la Nación), para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

Primero: Se declare que el Estado colombiano (la Nación) es responsable por los perjuicios morales y materiales que se le causaron al señor Feisal Mustafá Barbosa, al habérsele desconocido y suspendido el período constitucional de cuatro años para el cual fue elegido como Senador Principal soberanamente por el pueblo colombiano el día 11 de marzo de 1990, que comenzó el 20 de julio de 1990 y terminaba el 19 de julio de 1994, desconocimiento que hizo arbitrariamente la Asamblea Constitucional en los artículos transitorios 1 y 3 de la nueva Constitución Nacional expedida el 4

de julio de 1991 al clausurar el Congreso legalmente elegido y convocar a nuevas elecciones para el 27 de octubre de 1991.

Segundo: Que como consecuencia de lo anterior el Estado colombiano (la Nación) indemnizará y ordenará el pago a favor del señor Feisal Mustafá Barbosa de los siguientes valores que deberá liquidar a través del organismo oficial de su competencia:

a) El valor de cuatro mil gramos oro según certificado que sobre su precio expida en su momento el Banco de la República por concepto de perjuicios morales;

b) Por concepto de perjuicios materiales:

1. El valor actualizado a la fecha de la práctica de la respectiva liquidación, de la asignación mensual a que como congresista tenía derecho (sueldo básico y gastos de representación) en el período de tiempo comprendido entre el 1° de diciembre de 1991 y el día 19 de julio de 1994 teniendo en cuenta los aumentos o indexaciones que legalmente se causen o puedan causarse dentro de dicho período.

2. El valor de las primas (de localización, vivienda, transporte, salud, etc.) a que los congresistas tengan derecho durante dicho período (1° de diciembre de 1991 al 19 de julio de 1994) y los demás incentivos y subsidios a que como Congresista mi poderdante tenga derecho de acuerdo con el Decreto Nacional No. 801 de 1992 y normas posteriores pertinentes.

3. El valor de los servicios de seguridad social a que los congresistas tengan derecho durante ese mismo lapso de tiempo.

4. Que se declare que para todos los efectos legales no ha habido solución de continuidad entre el 1° de diciembre de 1991 y el 19 de julio de 1994, de modo que se acumule dicho período como tiempo hábil computable para la pensión de jubilación o retiro y futuras prestaciones.

Tercero: El Estado colombiano (la Nación) dará cumplimiento al reconocimiento y pago de los anteriores valores dentro de los términos previstos por el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, reconociendo adicionalmente un interés comercial durante los primeros seis meses y si no se operare el pago en dicho lapso de tiempo, un interés moratorio hasta el día en que se efectúe su pago a satisfacción.

Cuarto: El Estado colombiano (la Nación) repetirá el valor de esas condenas contra quienes con su acción dieron lugar a ellas en su calidad de Miembros

de la Asamblea Nacional Constitucional que sesionó entre el 5 de febrero y el 4 de julio de 1991.

2. **Fundamentos de hecho**

Se refiere en la demanda que en las elecciones celebradas el 11 de marzo de 1990, para el período constitucional comprendido entre el 20 de julio de 1990 y el 19 de julio de 1994, fue elegido Senador Principal de Santander por el Partido Social Conservador Feisal Mustafá Barbosa, quien se posesionó y ejerció el cargo, sin solución de continuidad, hasta el 30 de noviembre de 1991, en razón a que por decisión de la Asamblea Nacional Constitucional el 1° de diciembre de 1991 se posesionó el nuevo Congreso "desconociendo el resto del período y los derechos adquiridos por los Congresistas elegidos en las elecciones del 11 de marzo de 1990, los cuales tenían vigencia hasta el 19 de julio de 1994, privándolos de seguir ejerciendo sus funciones".

El gobierno mediante el Decreto 927 de 1990 determinó que se escrutará la consulta plebiscitaria sobre la convocatoria de una Asamblea Constitucional para reformar la Constitución Nacional. Dicho decreto la Corte Suprema de Justicia lo encontró ajustado a derecho. En las elecciones del 27 de mayo de 1990 salió avante la convocatoria de la Asamblea Constitucional. Por medio del Decreto 1926 de 1990, el gobierno dispuso que el 9 de diciembre del mismo año se procediera a la elección de los aspirantes a la Asamblea Constitucional, precisó el período de sesiones e incorporó en su texto el acuerdo político suscrito entre los voceros de los partidos y movimientos. Examinado dicho decreto por la Corte Suprema de Justicia, esta Corporación declaró exequible tal estatuto, pero declaró inexequible gran parte del acuerdo político, "realizando algunas consideraciones de tipo legal, a las que la Corte adjudicó valor normativo, entre las cuales se encontró **la de la obligación impuesta a los Constituyentes de respetar el período del Presidente y de los elegidos el día 11 de marzo de 1990, dentro de quienes se encontraban los Senadores de la República".**

(Destacado en el texto).

Los dos decretos anteriormente mencionados, es decir, el 927 y el 1926 de 1990, se refirieron a la convocatoria de una Asamblea Constitucional, pero no Constituyente; y en la papeleta que se utilizó para su convocatoria e integración se impuso la limitante: para "**reformar la Constitución Política de Colombia**", lo cual no acató la Asamblea Constitucional al extralimitar sus funciones cuando expidió la nueva Constitución que vino a derogar la anterior.

Anexos a la nueva Carta y con carácter de transitorias, los miembros de la Asamblea Constitucional agregaron unas disposiciones ajenas al objeto de la

convocatoria, y fue así como en el artículo Primero Transitorio, convocaron a nuevas elecciones generales del Congreso de la República para el 27 de octubre de 1991 y señalaron como período hasta el 19 de julio de 1994, que correspondía a quienes ya habían sido elegidos en las elecciones del 11 de marzo de 1990. En la nueva Constitución no se revocó expresamente el mandato popular a los congresistas elegidos en 1990. Así mismo, en el artículo Tercero Transitorio, se determinó que mientras se instalaba el nuevo Congreso el 1° de diciembre de 1991, el anterior y sus comisiones entrarían en receso y no podrían ejercer sus atribuciones. La razón de ser de las anteriores disposiciones, la atribuye el actor a "sentimientos no patrióticos, mezquinos y utilitaristas de los Constituyentes...".

Ante semejantes manifestaciones propias de un proceder "omnímodo y omnipotente", el Presidente de la República y su Ministro de Gobierno, expresaron públicamente que los miembros de la Asamblea Constitucional carecían de facultades y competencia para revocar el período del Congreso. Empero, con inexplicable aval del mismo Presidente de la República, se suscribió un acuerdo político que aconsejaba desconocer o suspender el período de los congresistas elegidos en marzo de 1990, a cambio de que los constituyentes respetaran las inhabilidades que el Decreto 1926 de 1990 les había señalado previamente y que les impedía hacerse elegir para cuerpos colegiados. Fue este el inicio de la actuación que culminó con la violación de "los Derechos que los Senadores en ejercicio habían adquirido derivados de disposiciones constituciones que les determinaban un período fijo para ejercer sus funciones...".

Por razón de la elección y posesión de sus cargos, "surgió para cada uno de los Senadores de la República, una situación jurídica de tipo subjetivo que no podría ser desconocida posteriormente por un organismo del Estado que actuaba de manera delegada con base en el mandato preciso y limitado que el pueblo le otorgó para reformar la Constitución como lo advirtió la Corte, sin afectar los períodos de los elegidos el 11 de marzo de 1990. Tal limitación fue además reconocida por el propio Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en providencia de abril 30 de 1991".

(Subrayas del texto).

Fue así como la Asamblea Nacional "desconoció los derechos subjetivos de los Congresistas en ejercicio, ocasionando la ruptura del principio de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas al verse sancionados moral y patrimonialmente de manera injusta, afectación que el Estado está obligado a indemnizar. El daño se materializó el día primero de diciembre de 1991...", cuando se instaló el nuevo Congreso por el Presidente de la República.

La Asamblea Constitucional para lograr apoyo de opinión en su afán de revocar el período de los congresistas acudió a una campaña de difamación y

descrédito que generó a su vez perjuicios morales para aquellos, aumentados por la pérdida de su dignidad parlamentaria sin causa o razón justificadas. Tal perjuicio moral lo tasa el demandante en valor equivalente a 4.000 gramos de oro. Sostiene además, que no podía la Asamblea Constitucional desconocer el período inicial, sin olvidar la decisión de la Corte Suprema de Justicia que expresamente prohibió hacerlo, actuación que originó perjuicios de orden patrimonial indemnizables mediante el reconocimiento de "la plenitud de sus derechos económicos, de seguridad social y de acumulación de tiempo de servicio sin solución de continuidad".

Así lo deduce del artículo 7° de la Ley 4ª de 1992 y del Decreto 1076 de 26 de junio del mismo año, al establecer que los empleados del Congreso que en desarrollo del aludido decreto se retiren del cargo tienen derecho a los haberes salariales respectivos.

Refiere, por último, que a pesar de que a partir de la vigencia de la nueva Carta Política los Congresistas elegidos el 11 de marzo de 1990 quedaron sin funciones, sin embargo, se les continuaron reconociendo sueldos y derechos patrimoniales hasta el 30 de noviembre de 1991, reconociéndose así la existencia de derechos inherentes a su propia condición, los cuales merecían protección por el resto del período para el que los habían elegido.

3. **Fundamentos de derecho**

Considera el demandante que el desconocimiento o suspensión del período de los miembros del Congreso fue contrario a la ley, por las siguientes razones:

1. Razona en el sentido de que según el inciso 2° del artículo 2° de la Constitución Nacional vigente, correspondiente al artículo 16 de la anterior, el deber de indemnizar surge de la violación del orden jurídico y para que nazca es suficiente que se ocasione un perjuicio. "No se requiere que los constituyentes hubieren controvertido el orden jurídico", sino que era suficiente el desconocimiento del derecho del actor a terminar su período, ocasionándole perjuicios morales y materiales que el Estado debe indemnizar. Al parecer pretende fundamentar la pretendida responsabilidad sobre la teoría del daño especial derivada del desequilibrio de las cargas públicas.

2. Aduce igualmente que la Asamblea Constitucional "desvió y excedió su competencia vulnerando arbitrariamente derechos conferidos a mi poderdante soberanamente elegido por el propio pueblo colombiano...".

Afirma que el Constituyente primario dio a la Asamblea Nacional Constitucional competencia sólo para "reformar la Constitución", según lo deduce de los actos jurídicos que dieron lugar a su convocatoria y posterior constitución. Alude a la sentencia de 9 de octubre de 1990 mediante la cual la Corte Suprema de Justicia declaró exequible el Decreto 1926 de ese año, providencia en la que al

estudiar el tema de la guarda del orden constitucional, se refirió a los "límites impuestos por el constituyente primario en las elecciones del 9 de diciembre". Destaca el actor cómo la Corte consideró "que los actuales períodos de los funcionarios mencionados en el punto 9°. A), del acuerdo político incluido en la parte considerativa del Decreto 1926 de 1990 no podrán ser afectados...", criterio que así mismo compartió en su momento el Presidente de la República al emitir un comunicado referente a la sentencia comentada y reiteró en la clausura de la legislatura de 1990 al expresar: "Los miembros recién elegidos de la Asamblea son conscientes de que, como lo reiterara la Corte en sus trascendentales pronunciamientos de este año, la reforma debe estar dirigida a fortalecer y profundizar las instituciones y la democracia participativa, y de que, como ya lo señaló la Corte en su fallo, los períodos de los funcionarios elegidos, como el Presidente de la República o los congresistas, no podrán ser modificados... Menos aún podrá la Asamblea destituir o cambiar a las personas legítimamente elegidas para conformar los órganos del Estado...". En forma incomprensible, anota el actor, el Jefe del Estado suscribe el 7 de junio de 1991, junto con los Presidentes de la Asamblea Nacional Constitucional y el expresidente Alfonso López Michelsen entre otros, un comunicado en el cual se recomienda a los Delegatarios de la Asamblea Constitucional aprobar como disposición transitoria la convocatoria a elecciones generales del Congreso "para el 6 de octubre de 1991 o una fecha posterior convenida más adelante" y que mientras se instalaba el nuevo Congreso, la Corporación debía entrar en receso. Tal recomendación fue acogida por los Delegatarios para desconocer así "el período que soberanamente el pueblo había fijado a los Congresistas elegidos el 11 de marzo del año anterior y que iba hasta el 19 de julio de 1994. Dicho acto indiscutiblemente excedió la facultad otorgada por el pueblo a la Asamblea Constitucional".

Tal comportamiento de la Asamblea Nacional Constitucional no lo considera el demandante como un acto de reforma de la Constitución Nacional y sostiene que desde cuando aquella Corporación determinó que no se encontraba sometida a control alguno rompió el orden jurídico y la condujo a un desconocimiento de los derechos particulares. Manifestó igualmente el actor que la Asamblea "tuvo la naturaleza de órgano delegado representativo; y al arrogarse el poder constituyente total, propio solamente del pueblo, en materias que previamente le fueron limitadas, produjo actos antijurídicos. Tal sucedió con el desconocimiento del resto del período para el cual recibieron los congresistas el mandato popular que antes ostentaban". Más adelante agrega: "Indudablemente en nuestro caso, el ejercicio del poder constituyente a través de la Asamblea Constitucional de 1991 se limitó por el mismo constituyente primario en los dos actos mediante los cuales el pueblo manifestó su voluntad: primero el 27 de mayo y posteriormente el 9 de diciembre de 1990; el primero de los cuales dio base para que el gobierno desarrollara el mandato del 27 de mayo mediante el Decreto 1926 de 1990 que limitó claramente su tarea

reformatoria dentro de la cual quedó en firme la prohibición de afectar el período de los congresistas", de tal manera que surgió para el Estado la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados a aquellos. Se respalda además en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia al pronunciarse sobre la exequibilidad de los decretos sobre la Asamblea Constitucional y conceptos de la Sala de Consulta del Consejo de Estado en relación con la responsabilidad por la remoción de los funcionarios al servicio del Congreso, donde se permite su desvinculación una vez se los haya indemnizado, criterio que estima el demandante ha debido seguirse en relación con los congresistas que no pudieron culminar su período.

Se refiere el demandante, de otra parte, a la responsabilidad del Estado y a sus elementos estructurales, así: La actuación del Estado, consistente en la decisión de declarar en receso el Congreso elegido el 11 de marzo de 1990 y convocar para nuevas elecciones en octubre de 1991 y la aprobación por parte de la Asamblea de los artículos transitorios 1 y 3 de la nueva Carta, mediante los cuales se materializó el daño cuya reparación se reclama.

Afirma que el Estado es patrimonialmente responsable al tenor del artículo 90 de la Constitución Política por los daños antijurídicos que le sean imputables y que la actuación estatal vulneró el interés individual del actor al privarlo de la oportunidad de disfrutar de sus derechos. Señala que el Consejo ha reconocido la responsabilidad estatal así se obre dentro del marco legal, fundado en el principio de equidad y en la igualdad de los administrados frente a las cargas públicas. Encuentra igualmente demostrado el daño y el nexo causal entre este y la actuación oficial que culminó con la decisión de clausurar el Congreso desconociendo el período constitucional de los parlamentarios.

Los perjuicios morales los hace derivar de las perturbaciones causadas al actor como consecuencia de las actitudes de los Constituyentes recogidas por la prensa nacional en contra de los congresistas, cuya probidad y honestidad fueron puestas en duda lesionándose así su honor y su dignidad. Los perjuicios materiales los traduce en los ingresos salariales y prestacionales correspondientes al resto del período para el cual había sido elegido, o sea, hasta el 19 de julio de 1994, con todos los reajustes que se hayan presentado y los incentivos a que legalmente hubiese tenido derecho el demandante.

4. **Contestación de la demanda**

La Nación - Ministerio de Gobierno, por conducto de apoderado dio contestación a la demanda para solicitar el rechazo de las pretensiones del actor. Consideró que el actor ostentaba un cargo de elección popular que podía ser removido en cualquier momento por el Constituyente Primario, a más de que la

actitud popular del 27 de octubre de 1991 fue en acatamiento de la Constitución Nacional. Plantea cómo antes de la expedición de la nueva Carta, la Corte Suprema de Justicia al revisar constitucionalmente el Decreto 1926 de 1990 "declaró **inconstitucional** los apartes del acuerdo político incluido en el Decreto ... en lo concerniente a que no 'podía modificar el período de los elegidos' congresistas en 1990". Igualmente adujo que de acuerdo con el artículo 59 de la Carta Política, "los actos promulgados por la Asamblea Constituyente no está sujetos a control jurisdiccional alguno", habiéndose pronunciado en igual sentido la Corte Constitucional.

Estima de otra parte, que por el contenido salarial y prestacional de la reclamación, se trata en el *sub judice* más de una acción de restablecimiento del derecho, ya prescrita, y no de una reparación directa. De igual manera sostuvo que las normas constitucionales son de obligatorio cumplimiento y que no puede pensarse que de los artículos transitorios de la Carta, emergió una desviación de poder que a su vez generó un daño, en razón a que se trata de un mandato soberano del Constituyente primario que quiso reformar y renovar todas las instituciones. Contra esa decisión no cabe la acción de reparación directa por ser derivada de una orden constitucional para hacer un "nuevo Congreso".

Consideró que si la Corte había declarado inconstitucional la parte del Acuerdo Político en la cual se señalaba que la Asamblea Nacional Constituyente no podría modificar el período de los congresistas elegidos en 1990, carece entonces de sentido que se solicite una indemnización cuando aquella Corporación ya se había pronunciado en ese caso concreto y los artículos transitorios 1 y 3, de obligatorio cumplimiento, ordenaban una nueva elección. Así las cosas, concluye que afirmar que de allí surgió una desviación de poder o un daño, "sería permitir ir contra la constitucionalidad de las normas y de la jurisprudencia misma que precedió a la Asamblea Nacional Constituyente, para su legitimidad".

Propuso la excepción de ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales, por cuanto la parte actora omitió explicar el concepto de violación de las normas presuntamente violadas, impidiéndole a la parte demandada responder en forma concreta los cargos mismos de la demanda. Plantea así mismo que la convocatoria a nuevas elecciones por ser una decisión de estirpe constitucional, conforme al artículo transitorio 59 de la Carta, no se encuentra sujeta a control jurisdiccional alguno. Argumentó igualmente, que no cabe en el *sub judice* de la acción de reparación directa, por cuanto no se dan las acciones u omisiones oficiales inherentes a este tipo de acción, pero en cambio, conforme a la misma demanda, considera que la acción procedente hubiera sido la de nulidad y restablecimiento del derecho cuyo término ya caducó.

En la oportunidad para alegar de conclusión el apoderado de la parte demandada insistió en los razonamientos expuestos al contestar la demanda. Sustentó sus planteamientos con transcripciones de algunos apartes de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia donde se estudió la constitucionalidad de los Decretos 927 y 1926 de 1990, antecedentes jurisprudenciales que, en su concepto, legitimaron la decisión del constituyente primario de reformar la Constitución Nacional. Cuestiona el derecho del demandante a ser indemnizado en razón a que al reformar la Constitución Nacional bien podía la Asamblea Constitucional modificarle el período a los congresistas.

Reiteró que en varios pronunciamientos la Corte Constitucional ha expresado que la Constitución Política en sí misma, su promulgación y sus disposiciones no son susceptibles de ataque ante jurisdicción alguna y para el efecto transcribe lo pertinente de la sentencia. Manifestó que el actor confundió la considerativa y la resolutiva de la sentencia de la Corte, así como la nulidad de los actos jurídicos, con la decisión de la Asamblea Constitucional. Descarta la existencia de un derecho adquirido, por cuanto este no puede alegarse sobre la Constitución, ni la ley, pues aquella puede ser reformada por el Constituyente primario, o ésta, puede ser derogada o modificada por el legislador por motivos de interés general. Cita al respecto la sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, de 4 de diciembre de 1991, según la cual no puede hablarse de derechos adquiridos frente a la relación legal y reglamentaria que vincula al funcionario con la administración, toda vez que se trata de simples expectativas que dependen del mantenimiento del vínculo, respecto del cual no se adquiere el derecho.

Por su parte, el apoderado del actor en su alegato de fondo precisa que no pretende controvertir las disposiciones de la Constitución Política vigente, sino que reclama es una indemnización derivada del simple hecho del daño causado por el desconocimiento de unos derechos consagrados o adquiridos conforme a las leyes, "conforme a elemental principio de equidad consistente en que quien ocasiona un daño debe repararlo restableciendo así la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas vulnerada con dicho proceder". Advirtió también que no pretendía ejercitar acción alguna de carácter laboral. Afirma que para indemnizar no se requiera el quebrantamiento del orden jurídico, sino que es suficiente que se ocasione un perjuicio, es decir, que no se hacía necesario que la Asamblea Constitucional hubiese obrado contra derecho, sino que el simple desconocimiento de un derecho particular que haya ocasionado perjuicio, constituye base suficiente para la prosperidad de la acción que se pretende.

Hizo igualmente referencia a la prueba recaudada para demostrar la titularidad de la acción, el hecho generador del daño o perjuicio, las distintas etapas recorridas

para llegar a la promulgación de la Constitución de 1991, las disposiciones de esta última y su posterior desarrollo. Estimó que se daban en el *sub judice* las condiciones para determinar la responsabilidad del Estado e imponer las condenas indemnizatorias correspondientes, tanto por daños materiales, como por daños morales. Encontró también acreditado el nexo o vínculo causal entre la actuación estatal y los perjuicios. Hizo referencia al desarrollo histórico de la acción ejercitada, acudió a distintos conceptos teóricos sobre la responsabilidad, para concluir que en el *sub lite* "la antijuridicidad del daño se fundamenta no en que el Estado haya obrado contra derecho sino en que el sujeto que recibió el daño no tiene la obligación de soportarlo en su patrimonio; indiferente de que se haya obrado con toda licitud".

Expuso así mismo que el Consejo de Estado ha aceptado la responsabilidad estatal a pesar de que el Estado obre dentro del marco legal, basado en el principio de equidad y en el de la igualdad de las cargas públicas. Sostuvo que a los parlamentarios elegidos el 11 de marzo de 1990 se les pagaron derechos y prestaciones hasta el 30 de noviembre de 1991, sin interesar que estuviera cesante en el Congreso, despojado de sus funciones, desde el 4 de julio de dicho año. Esos reconocimientos se hicieron en razón de que habían sido elegidos en marzo de 1990, elección que, de otra parte, no fue anulada por ningún tribunal colombiano.

5. **La sentencia apelada**

Decidió el Tribunal en primer término lo concerniente a las excepciones de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales, así como a la de inexistencia del derecho. Respecto de la primera, consideró que por tratarse de una acción de reparación directa no se hacía necesario relacionar las normas violadas y expresar el concepto de la violación. En cuanto al no razonamiento de la cuantía, dijo el fallador *a quo* que lo expresado en la demanda era suficiente para establecer su competencia en primera instancia. Consecuente con lo anterior, se desestimó esta primera excepción. Similar determinación tomó el *a quo* con respecto a la segunda, es decir, la inexistencia del derecho y oposición a la condena de la Nación, la cual consideró no como una excepción, sino como el ejercicio genérico del derecho de defensa.

Los razonamientos de fondo de la sentencia impugnada, se consignaron en los siguientes apartes:

> De todo lo anterior se desprende que no puede derivarse responsabilidad del Estado por aplicación de normas constitucionales en forma general, y menos aún cuando dichas normas están contenidas en una constitución originaria como la que rige el Estado colombiano a partir del mes de julio de 1991, por cuanto tratándose de la normatividad superior en que se fundamenta toda la estructura jurídica, su validez es indiscutible y, por tanto, de ella no puede predicarse violación de preceptiva alguna que dé sustento a la existencia de un daño antijurídico.

Así pues, si la vigencia de un nuevo orden constitucional causa un perjuicio a alguna o algunas de las personas, éste queda involucrado dentro de los sacrificios del cumplimiento de un orden superior que tiene su soporte en la soberanía misma del Estado, que debe estar encaminado hacia el bienestar de la comunidad toda, en algunos con detrimento de intereses puramente particulares.

B) Lo antes expuesto da lugar a concluir que en el caso de los congresistas que, como el actor, vieron limitado su período, en razón de la vigencia de normas contempladas en la nueva Constitución, no se configura responsabilidad estatal dentro de ninguno de los regímenes que la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado al respecto, porque el poder constituyente no tiene valía alguna y crea normas superiores sin subordinación a otras. En este sentido son acordes los doctrinantes de la teoría del derecho administrativo (Rafael Bielsa, George Vedel, Enrique Sayagués Laso, Manuel María Díez), al sostener que el campo de responsabilidad del Estado puede llegar a extenderse hasta la producción misma de la ley, en ámbitos muy limitados, porque ésta puede ser inconstitucional, pero nunca de la Constitución misma, dado que ella "...es la fuente prístina del Derecho. Ha preparado la base de la pirámide jurídica", como dice Manuel María Díez.

En las circunstancias anteriores no es aplicable al caso el régimen de responsabilidad por daño especial en que se sustenta la demanda, ni otro alguno, y tampoco es válido sostener que se violaron derechos adquiridos, ya que ellos no pueden predicarse en manera alguna en relación con nuevo orden constitucional que como se ha repetido no tiene limitación alguna.

C) En cuanto a lo que se refiere a que la Asamblea Nacional Constituyente haya desbordado los límites y competencias que se le otorgaron por el Constituyente primario, como lo afirma la demanda, es un aspecto sobre el cual el Tribunal no puede pronunciarse porque ello conduciría a juzgar la legalidad misma del acto constitucional lo cual es improcedente por su naturaleza.

En consecuencia, las súplicas de la demanda serán denegadas.

Los Magistrados María Elena Giraldo Gómez y Benjamín Herrera Barbosa, hicieron aclaración de su voto. La primera, consideró que en la sentencia se hubiera podido hacer referencia y analizar lo relativo a si la situación de los congresistas despojados de sus investiduras implicaba o no un hecho político desconocedor de situaciones jurídicas, cuestionamiento que resuelve la señora Magistrada en forma negativa. Considera que no hubo violación de ningún derecho adquirido y que la revocatoria de ese mandato resultó de la delegación que hizo el constituyente primario

que, en últimas, condujo hacia la pérdida de ejecutoria del acto administrativo electoral, el cual había decaído y perdido vigencia. Estimó que "el poder del Estado para cambiar hacia el futuro la Constitución que lo rige, no tiene barreras".

El segundo de los Magistrados, observa cómo la sentencia "planteó sin distinciones que una norma constitucional sobreviniente puede desconocer cualquier derecho amparado por una Constitución anterior, inscribiéndose así una prelación enteramente positiva del derecho y amparándose particularmente en el teórico Hans Kelsen", cuyas teorías no deben admitirse abiertamente, y anota que "una constitución política de un país puede desconocer algunos derechos adquiridos por los ciudadanos antes de su vigencia, porque se trata ante todo y más que un documento jurídico, de un hecho político, pero ese desconocimiento no puede ir más allá de los límites del derecho supranacional y esencialmente jamás podrá invadir las fronteras impuestas por los derechos fundamentales, base del pacto social".

6. **Razones de la apelación**

El apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación contra la anterior providencia, de la cual censura su posición radical. Señala cómo la Constitución de 1991, en estricto sentido, no es una constitución originaria como lo estima el *a quo*, sino que la Asamblea era de poder constituido o por delegación del Constituyente primario, de tal forma que el poder "ilimitado y absoluto" de que habla el fallador de primera instancia no puede tener arraigo en la actual concepción del derecho constitucional. Descarta la posibilidad de que la Constitución se encontrara revestida del poder para desconocer derechos adquiridos conforme al anterior orden constitucional sin que ello implicara la obligación de reparar.

Argumenta, basado en la condición de servidor público del congresista, que la Asamblea Constitucional le desconoció el derecho fundamental, ya consolidado, al trabajo y a las derivaciones salariales y prestacionales que del mismo emanaban. De otra parte, señala que en los artículos transitorios 1 y 3 de la nueva Carta, se convocó a elecciones y se precisó la fecha hasta cuándo los congresistas permanecerían en el cargo, pero sin prohibir, ni hacer alusión a las reparaciones. Se refiere al pronunciamiento de la Corte Constitucional, contenido en la Sentencia C-479, del 13 de agosto de 1992, al examinar la demanda de inexequibilidad del Decreto 1660 de 1991, que señaló las indemnizaciones para quienes su empleo resultara eliminado en la reforma administrativa correspondiente, y cómo sobre el particular sostuvo aquella Corporación la necesidad de indemnizar "para no romper el principio de igualdad con las cargas públicas (artículo 13 C.N.) en cuanto aquél no tendría obligación de soportar el perjuicio, tal como sucede también con el dueño del bien expropiado por razones de utilidad pública. En ninguno de los dos casos la licitud de la acción estatal es óbice para el resarcimiento del daño causado".

Plantea a su favor la teoría del daño especial cuyo respaldo lo encuentra en el principio de equidad, según el cual si se ocasiona un daño por un actuar estatal, haya sido legítimo o no, debe repararse. La situación, afirma, debe mirarse no desde la óptica de quien causó el agravio, sino de la víctima del mismo, quien injustamente registra ese evento dañoso y al efecto transcribe en lo pertinente algunos pronunciamientos de la Sección Tercera de esta Sala en los cuales se examinó la tesis sobre el daño especial. Sostiene, además, que los derechos fundamentales no son sacrificables y que no se puede exigir a la persona que renuncie a ellos. Trae en respaldo de su argumento, conceptos de los profesores Leguina y García de Enterría, consignados en providencias de esta Sala, donde se hace referencia al daño antijurídico entendido como aquel que la persona no tiene el deber jurídico de soportarlo. Por último, recalca que precisamente por tratarse de una acción de reparación directa y no una laboral, no se controvierte la legalidad, licitud o ilicitud del acto que causó el perjuicio, sino el perjuicio mismo y la no obligatoriedad legal de soportarlo en silencio.

7. **Concepto del Ministerio Público**

El señor Procurador Primero Delegado ante esta Corporación, presentó el escrito visible a folios 539 a 565, en donde cuidadosamente examina la situación objeto de controversia, para concluir que si bien debe confirmarse la parte resolutiva de la sentencia, igualmente hay lugar a revocar la considerativa. Para arribar a esa conclusión hace referencia el señor Delegado a la responsabilidad del Estado Legislador y del Estado en las relaciones internacionales, para lo cual recuerda la evolución histórica de la responsabilidad del Estado legislador, concretando el punto a si se debe indemnización por los daños originados en la aplicación de leyes constitucionales. Al respecto menciona cómo inicialmente el ejercicio del poder legislativo en Francia y Alemania no permitía atribuir responsabilidad al Estado, concepto que paulatinamente ha evolucionado jurisprudencialmente, de manera especial en el Consejo de Estado francés. Se habló entonces del principio de igualdad ante las cargas públicas y se atemperó el criterio de soberanía de la ley. Similar criterio siguió la jurisprudencia española, la alemana y la italiana, cada una, desde luego, bajo su propia perspectiva teórica y doctrinaria. Advierte el señor Procurador Delegado, que la referencia histórica la trae para encaminar y analizar su aplicación respecto de la eventual responsabilidad del Estado Constituyente. Cuestiona la sinonimia que surge de la sentencia apelada, según la cual la soberanía equivale a la impunidad en el derecho de daños, contrariando así el avance de la teoría de la responsabilidad, centrada hoy más en la víctima que en el causante del daño.

De otro lado, se refiere el Ministerio Público a la responsabilidad de los Estados, para concluir que la noción de soberanía no es excluyente de dicha responsabilidad, que ésta prima sobre la noción de poderes omnímodos, de forma tal que "el ejercicio de la soberanía, ya sea en el ámbito del derecho internacional,

ya lo sea en el de la legislación interna no excluye sino que supone, la indemnización de perjuicios que el ejercicio de la soberanía conlleva".

Al referirse a la responsabilidad del Estado por actos del Constituyente, el señor Delegado hace una referencia conceptual sobre el poder constituyente, y al examinar, ya en concreto, dicho proceso en Colombia, sostiene que se dio una reforma constitucional realizada por un órgano derivado e institucionalizado, que derivaba su origen del constitucionalismo precedente, como de los poderes del mandato popular. Considera que hay una tendencia a abandonar el solo elemento de la fuerza o de la causa del poder constituyente como único criterio para determinar la ausencia de control de los actos del mismo.

Por otra parte, aduce que la Asamblea Constitucional tenía límites derivados de las normas jurídicas preexistentes. No era omnímoda, tenía un término de cinco meses y debía reformar democráticamente las instituciones, es decir, que se daban plazo y objetivos específicos y determinados, de lo cual no podía salirse el Constituyente. Al preguntarse si cabe responsabilidad por los actos de éste, responde que no se puede predicar, como lo hace el *a quo*, la irresponsabilidad en principio del poder constituyente. Considera que una descalificatoria simplista y facilista de la responsabilidad basada en la hoy desechada teoría del príncipe debe ser superada.

Por último, estimó que la situación del demandante no constituía un derecho adquirido, dado que el pueblo podía modificar la composición del poder político y que el problema no es de resolver con fundamento en la teoría del daño especial, sino que debe observarse que el daño causado es de aquellos que la víctima tiene el deber jurídico de soportar, por la particular relación que lo unía con el derecho que se tenía.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sea lo primero señalar que en el evento examinado encuentra la Sala suficientemente acreditados los siguientes aspectos fundamentales:

- Que el señor Feisal Mustafá Barbosa se inscribió como candidato al Senado de la República por la circunscripción electoral de Santander para las elecciones del 11 de marzo de 1990, en las cuales obtuvo una votación de 50.601 sufragios (fls. 35-37, 76 y 78).

- Que los Delegados del Consejo Nacional Electoral declararon al demandante como "Senador Principal por la CIRCUNSCRIPCION ELECTORAL DE SANTANDER, para el período de 1990 a 1994". (Fl. 40).

- Que "tomó juramento legal de rigor el 20 de julio de 1990" y su asistencia a las sesiones del Congreso fue así:

"Entró el 20 de julio de 1990 Salió el 24 de julio de 1990

Entró el 31 de julio de 1990 Salió el 30 de noviembre de 1991. (Fl. 40)".

- Que según el Pagador del Senado de la República, la asignación mensual de un Senador, vigente a 30 de noviembre de 1991, correspondía a $257.280.40 por concepto de dietas y $457.387.40 por gastos de representación, para un total mensual de $714.667.80. (fl. 62).

- Que como consecuencia de un acuerdo de naturaleza política celebrado entre el Presidente de la República, los Presidentes de la Asamblea Nacional Constitucional y el Director del Partido Liberal, se "recomendó" a la Asamblea Constitucional la aprobación, como disposiciones transitorias de la Constitución, entre otras, la de convocar a elecciones generales para Congreso y mantenerlo en receso junto con sus Comisiones, hasta la instalación del nuevo Congreso (fls. 109 - 111), lo que, en efecto, quedó consagrado en los artículos 1° y 3° Transitorios de la Constitución Política, se dio cumplimiento a la recomendación anteriormente referida.

- Que el 1°de diciembre de 1991, se instaló y juramentó el nuevo Senado de la República, en el cual no figuró el demandante (fls. 138 - 142).

Con los anteriores presupuestos procede la Sala Plena a definir si como consecuencia de la decisión de la Asamblea Nacional Constituyente que privó al demandante de su investidura como Senador de la República a partir del 1° de diciembre de 1991, impidiéndole así completar el período electoral para el que había sido inicialmente elegido, se puede llegar a configurar una responsabilidad patrimonial a cargo de la Nación, como consecuencia de los presuntos perjuicios morales y materiales alegados, cuando se le desconoció y suspendió dicho período. Dicho en otros términos, se plantea a la Sala el cuestionamiento de si puede predicarse la responsabilidad del Estado, cuando el supuesto hecho dañino lo causa un acto de la Asamblea Nacional Constituyente.

En razón de la novedad del tema, se hace necesario esbozar unas precisiones sobre tres aspectos cuya claridad previa es fundamental para la decisión que se ha de tomar en el caso en estudio. Ellos son: 1) La naturaleza de la Asamblea Nacional Constituyente de 1990-1991 y sus alcances; 2) Representación política, sus límites y 3) El control de los actos del poder constituyente.

1. **La Constituyente de 1991**

Desde las primeras formulaciones sobre lo que debía entenderse como Poder constituyente, se definió como el poder originario, intemporal e ilimitado, que recae directamente en la agrupación política llamada pueblo y cuya actuación sólo está limitada por las normas de derecho internacional público hoy previstas en el artículo 53 de la Convención de Viena, su propia autolimitación y las circunstancias sociológicas que sobre su poder se impongan.

Por el contrario, la función constituyente, es la que ejerce el órgano comisionado por el constituyente primario para reformar o crear una constitución, está limitada jurídicamente en su ejercicio y sometida a controles por parte del juez constitucional. El poder constituyente es, pues, un hecho político que da origen a una nueva constitución, en tanto que la función constituyente es una atribución para reformar la constitución existente, y está sujeta entonces a las reglas previstas.

Cuando se trata de crear o modificar una constitución con poderes no derivados de la anterior, nos encontramos con el poder constituyente originario; pero cuando su conformación y función están previstas en una constitución anterior, surge el poder constituyente institucionalizado, o el cambio institucionalizado.

El poder constituyente, como prejurídico que es, no está condicionado a una normatividad anterior, ya que su ejercicio deviene precisamente de esa matriz creadora de un nuevo ordenamiento jurídico. Y es político porque surge como una manifestación de la voluntad de la colectividad, que ante la ocurrencia de unos determinados hechos de carácter social que imponen la necesidad de un cambio institucional, motivan la existencia de este poder para que traduzca la orientación política de ese momento. Para la teoría constitucional clásica, los alcances y límites del poder constituyente dependen en cada caso de su naturaleza, ya que si se tratare del constituyente primario, no podría hablarse de límites, en tanto que para el constituyente derivado o secundario, sus límites solamente están fijados por el primario u original.

El proceso constituyente que dio origen a la Constitución Política de 1991 en nuestro país, obedeció a unas profundas crisis de orden político y constitucional, por todos conocidas, entre otras:

a) El infructuoso itinerario de reformas e intentos de reforma que finalmente fracasaban, llegando así a producirse un sensible malestar nacional y el aumento de un sentimiento de profunda reforma constitucional, que interpretara de manera más auténtica la realidad colombiana, y surgieran unos más flexibles mecanismos de adaptación a las exigencias de la modernidad.

Piénsese en la frustrada pequeña constituyente y en la inexequibilidad de la reforma de 1979.

b) Otra de las causas que originaron el proceso constituyente de 1990- 1991 fue la crisis política, que tuvo varios motivos: la limitación impuesta por el frente nacional, que si bien buscó la convivencia civilizada entre los partidos liberal y conservador, limitaba el libre funcionamiento del régimen democrático. Por eso se ansiaba el tránsito de la democracia representativa a la democracia participativa.

c) El Congreso como institución había entrado en crisis; ineficaz para unos, para otros no daba la debida representación a todas las fuerzas políticas del país, lo que originó que parte del pueblo no se sintiera total y debidamente representado en él.

Por eso nació el movimiento de la "Séptima Papeleta" que vio cristalizado su propósito con la expedición del Decreto Legislativo N° 1926 de 1990, que convocó a la Nación, previo acuerdo con los partidos y movimientos políticos, a elecciones para una Asamblea Constitucional, señalando además los requisitos para los aspirantes y el temario a tratar por la Asamblea. Ejercido el correspondiente control de constitucionalidad, el anterior decreto recibió el aval de la Corte Suprema de Justicia y se dio así inicio al proceso constituyente.

Como en la Asamblea Nacional Constituyente, por mandato del Decreto 1926 de 1990, tenían representación no sólo los partidos políticos sino también otros actores sociales, se declaró el receso del Congreso elegido en 1990 y la convocatoria de nuevas elecciones, en acuerdo avalado por el Presidente de la República de la época.

Y este proceso persiguió adaptar a los innumerables cambios sociales, políticos, culturales y económicos del país, la Constitución de 1886.

Luego cuando la Sección Primera del Consejo de Estado suspendió el reglamento interno de la Asamblea expedido por ella misma, ésta, se declaró soberana y omnipotente y si había sido convocada para reformar algunos aspectos de la Constitución, antes bien la derogó y expidió una nueva, le dio poderes legislativos transitorios al Presidente de la República; creó de manera provisional una Corte Constitucional; declaró en receso al Congreso y convocó a nuevas elecciones, todo como expresión de los cambios anhelados por el ciudadano común.

El país contó, pues, con una nueva normatividad, con un nuevo orden jurídico.

De otro lado, los actos producidos por el Poder constituyente, por mandato expreso de la Asamblea en el artículo 59 transitorio, no quedaban sujetos a control jurisdiccional alguno.

La deducción de responsabilidad patrimonial del Estado, por principio, se deriva del ejercicio de un control de carácter jurisdiccional. En otras palabras, es un resultado de la actividad y decisión jurisdiccional.

El control, en este caso, es paso indispensable para deducir la responsabilidad, y sólo es posible en la medida en que existan un órgano competente para hacerlo y un marco jurídico anterior, que permita el cotejo de la actuación cuestionada. En este caso no existe ni lo uno ni lo otro.

No se puede deducir responsabilidad al Poder constituyente; ésta se predica del Estado como centro de relaciones jurídicas; así lo había elaborado la jurisprudencia nacional y hoy lo prevé el artículo 90 de la Constitución Nacional.

2. **La representación política**

Conjuntamente con la doctrina del poder constituyente, surgió la institución de la representación, porque ante la imposibilidad de que cada hombre tuviera en sí el poder legislativo, se hizo necesario que el pueblo eligiera a un determinado grupo de representantes, para que este realizara lo que no podría hacerse individualmente. Y desde ese entonces se determinó también, que en la soberanía del pueblo residía el derecho de revocar a sus representantes y sustituirlos cuando se desviaran del fin para el que habían sido elegidos.

Entre nosotros, desde los orígenes de la República, el representante es elegido por un conglomerado para ser miembro de un determinado cuerpo colegiado, pero no es solamente representante de sus propios electores, sino de todo el pueblo, lo cual le impone unas determinadas limitaciones a la figura de la representación.

Sobre este aspecto se disponía lo siguiente en nuestra Constitución de 1886:

> Artículo 2°.: La Soberanía reside esencial y exclusivamente en la Nación, y de ella emanan los poderes públicos que se ejercerán en los términos que esta Constitución establece.
>
> Artículo 105. Los individuos de una y otra Cámara representan a la Nación entera y deberán votar consultando únicamente la justicia y el bien común.
>
> Artículo 179: El sufragio se ejerce como función constitucional. El que sufraga o elige no impone condiciones al candidato ni confiere mandato al funcionario electo.

Estos lineamientos se mantuvieron en la actual Constitución, en los artículos 3°, 133 y 258, en los que se consagra que el electorado no impone obligaciones al elegido, llámese senador, representante, diputado o concejal, los que en sentido contrario, tampoco adquieren ningún derecho subjetivo sobre la dignidad que reviste la representación. Se trata entonces de un mandato político constituido mediante el voto, para llevar a cabo una gestión o actuación política, que debe consultar los postulados de la justicia, el bien común, la equidad y la buena fe.

No se trata de desconocer que del ejercicio mismo de la representación surjan derechos salariales y prestacionales a favor de quien ejerce el cargo, pero sin llegar a predicar la existencia de un derecho subjetivo sobre la dignidad misma, y menos sobre su permanencia en ella.

Al trasladar las anteriores precisiones al caso concreto de los Congresistas electos en 1990, se hace necesario concluir que la situación jurídica que para ellos surgió al momento del escrutinio de los votos y que se formalizó con la expedición de la respectiva credencial de Congresista, tenía el efecto futuro de la posibilidad de ejercer el cargo y de recibir el sueldo correspondiente, pero en la medida que se fuera cumpliendo con la representación.

De otro lado, resulta inaceptable que se hubiese ocasionado en la ruptura del principio de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas. Dicho postulado es relativo y se aplica sólo a aquellas personas que están en las mismas condiciones jurídicas y fácticas. No puede predicarse ese principio frente a todas las personas que conforman el cuerpo social, porque no todas fueron elegidas en 1990 ni todas ostentaban la investidura de congresistas.

El rompimiento del principio de la igualdad se patentiza cuando se da trato diferente a personas que se encuentran en las mismas condiciones o circunstancias de hecho previstas en el ordenamiento; y, en tales eventos, la persona que resulta afectada con ese trato discriminatorio tendrá derecho al resarcimiento de sus derechos, ordinariamente por medio de una indemnización.

Por supuesto que estas últimas disquisiciones son sólo en gracia de discusión, como quiera que ellas en puridad de verdad jurídica no son procedentes por razones de incompetencia de esta o de cualquier otra jurisdicción.

Está claro que el Congresista es un representante de la comunidad, que debe velar por los intereses de todo el pueblo, lo que da a su cargo una naturaleza eminentemente política, por lo que las contraprestaciones que adquieren es la posibilidad que le otorgan los electores de que los represente. Pero se dirá, con "mayor precisión" que son los partidos los que ejercen propiamente esa representación a través de sus congresistas que con su aval hayan resultado elegidos en los comicios electorales. Partidos que por consenso aceptaron terminar con la representación que a su nombre ejercían los congresistas elegidos en 1990.

El vacío que sobre el punto anteriormente analizado tenía la Constitución de 1886, fue superado en el ordenamiento de 1991, con la figura de la pérdida de investidura para Senadores, Representantes y Concejales y con la revocatoria del mandato para los agentes administrativos de elección popular, como los Gobernadores y los Alcaldes.

3. **El control de los actos del poder constituyente**

Al abordar este aspecto, se hace necesario regresar al concepto del poder constituyente, como fenómeno político que da origen a una constitución, para definir si los actos así producidos, están sujetos a algún tipo de control jurisdiccional. Sobre el tema, el profesor Pedro de Vega, sostiene:

> En razón de lo que acabamos de exponer queda, pues, claro que, para no subvertir la lógica de la organización constitucional democrática, el poder constituyente no puede encerrarse de ningún modo dentro del ordenamiento constitucional. Todos los intentos de organización jurídica del poder constituyente, para lo único que sirven, en el mejor de los casos, es para privar subrepticiamente al pueblo de sus facultades soberanas, en favor de otras instancias u órganos estatales. Por idénticos motivos, ningún poder constituido puede salir de la órbita en que la Constitución sitúa su esfera de competencias. Lo que significa que, tan improcedente resulta la pretensión de convertir al poder constituyente en el poder de reforma, ordenado y regulado en la Constitución, como la aspiración contraria de hacer del poder de revisión un auténtico y soberano poder constituyente.

Con la Asamblea Nacional Constituyente 1990 - 1991, se dio paso en nuestro país al ejercicio del poder constituyente primario, que como poder soberano que es, es previo e independiente del ordenamiento jurídico anterior. Por ello, en el artículo 59 transitorio se consignó: "La presente Constitución y los demás actos promulgados por esta Asamblea Constituyente no están sujetos a control jurisdiccional alguno".

Fue así como en sentencia del 1° de octubre de 1992, la Corte Constitucional, con ponencia del doctor Alejandro Martínez Caballero, se declaró incompetente para conocer de las demandas contra la nueva Constitución afirmando:

> El acto de elaboración y de promulgación de la nueva Carta Política de 1991, es el resultado de la combinación armónica de distintos elementos y de varios procesos de orden político y jurídico que, aun cuando conforman un episodio *sui generis* en la historia constitucional colombiana y sin alterar la normalidad social ni económica de la Nación, permitieron la expresión originaria del poder constituyente, dentro de cauces institucionales diseñados específicamente...

Ya se encuentra dilucidado que una Asamblea Nacional Constituyente es un órgano que tiene origen de manera directa en el llamado constituyente primario, de suyo soberano, y que dicha delegación hace que los actos del así constituido poder constituyente no tenga ningún tipo de control jurisdiccional, puesto que se trata del ejercicio libre y soberano de un poder mediante actos de carácter eminentemente políticos. Es por ello que, un poder constituido, como lo es cualquiera de las entidades que integran el poder judicial, no tienen competencia para enjuiciar actos y conductas de un poder constituyente. En este caso concreto, ni los Tribunales Administrativos ni el Consejo de Estado, como poderes constituidos y derivados del ordenamiento constitucional producto del ejercicio de los poderes de la Asamblea Constitucional, pueden entrar a enjuiciar lo realizado por aquella.

Así las cosas, dilucidado como está, que la jurisdicción de lo contencioso administrativo y cualquier otra jurisdicción, no tienen dentro de la órbita de su competencia, la facultad de juzgamiento de lo que hizo o no la Asamblea Nacional Constituyente, mal podría pensarse en estructurar algún tipo de responsabilidad imputable al Estado, cual es la pretensión de la parte actora en el *sub judice*. Por tal razón, la Sala se ve relevada en el estudio de si se probaron o no los elementos estructurales de la responsabilidad estatal y en general, de cualquier otro tipo de consideración.

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:**

**REVOCASE** la sentencia de 25 de noviembre de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el proceso N° 9549, mediante la cual denegó las pretensiones de la demanda.

En su lugar se dispone:

**INHIBISE** de hacer pronunciamiento de fondo.

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriada, devuélvase al Tribunal de origen.

La Anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala Plena en sesión celebrada el día cinco (5) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

*Diego Younes Moreno,* Presidente; *Daniel Suárez Hernández,* (salvo voto). *Jorge Penen Deltieure,* Conjuez (Ausente); *Ernesto Rafael Ariza; Joaquín Barreto Ruiz; Carlos Betancur J.; Jesús María Carrillo B.; Julio Enrique Correa; Guillermo Chahín Lizcano,* Ausente; *Alfredo Lewin Figueroa,* Conjuez (Ausente); *Delio Gómez Leyva; Manuel S. Urueta Ayola; Amado Gutiérrez V.* Salvo voto. *Luis Eduardo Jaramillo; Alvaro Lecompte Luna; Mirén de la Lombana de Magyaroff; Juan de Dios Montes; Carlos Orjuela Góngora, con salvamento de voto. Dolly Pedraza de Arenas,* Ausente. *Libardo Rodríguez R.; Rodrigo Ramírez González; Consuelo Sarria Olcos.*

*Mercedes Tovar de Herrán,* Secretaria General.

NOTA DE RELATORIA: Menciona la sentencia de 1° de octubre de 1992, Consejero ponente doctor Alejandro Martínez, en la que la Corte Constitucional se declaró incompetente para conocer de las demandas contra la nueva Constitución. Sobre interrupción de período constitucional de congresistas fueron fallados en la sección tercera los siguientes procesos: 10095 enero 19/96 doctor Daniel

Suárez H.; 10183 enero 19/96 doctor Daniel Suárez H.; 10244 enero 19/96 doctor Daniel Suárez H.; 10243 enero 26/96 doctor Juan de Dios Montes; 10363 enero 26/96 doctor Juan de Dios Montes; 10601 febrero 1°/96 doctor Juan de Dios Montes; 10686 febrero 1°/96 doctor Juan de Dios Montes; 10234 febrero 1°/96 doctor Carlos Betancur J.; 10699 febrero 8/96 doctor Carrillo; 10256 enero 19/96 doctor Daniel Suárez H.; 10765 enero 19/96 doctor Daniel Suárez H.

**PODER CONSTITUYENTE - Origen**

**El problema del poder constituyente no fue planteado en la antigüedad, y que ni Polibio, ni Cicerón, ni Plutarco se ocuparon de él y que durante la edad media sólo Dios es atribuido de la POTESTAS CONSTITUENS, su vocación metafísica o su concepción jurídica de origen revolucionario, se encuentra en cada caso en espacios históricos bien definidos y, por ello, se debe prestar atención a sus orígenes precisos y a sus fines concretos para efectos de determinar las discusiones judiciales de argumentaciones esencialmente sicológicas y naturalistas.**

**PODER CONSTITUYENTE - Concepto de Kelsen**

**El concepto de Kelsen, el poder constituyente, es el órgano establecido en la norma de derecho internacional consuetudinario o general llamada principio de efectividad, que se erige en la necesidad de poner límites jurídicos a procesos de reforma de algunos preceptos jurídicos dentro de cada ordenamiento; pero, por supuesto, y como lo advierte Carpizo, dentro del pensamiento de Kelsen, sí se parte del primado del derecho interno, y de la primacía del orden jurídico nacional, el poder constituyente aparece reconocido en la norma hipotética fundamental y es regulado y limitado por ésta como quiera que es, precisamente función de aquella de fundamentarlo jurídicamente.**

**TEORIA DEL PODER CONSTITUYENTE / CONSTITUCIONES POLITICAS / REGIMENES DEMOCRATICOS CONTEMPORANEOS / DERECHOS DE LAS PERSONAS - Restricciones / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Indemnización de Perjuicios**

**Las constituciones producidas dentro de los regímenes democráticos contemporáneos, así encuentren fundamento**

**doctrinario en las teorías del poder constituyente, no pueden desconocer los derechos de las personas, salvo que lo dispongan expresamente y siempre que se encuentren fundadas de modo inequívoco en principios de justicia o equidad y lo hagan dentro de los límites del derecho internacional, mucho más cuando dichos derechos constituyen garantía de existencia y continuidad del sistema político y del orden social. En estos casos el Estado debe responder patrimonialmente por los daños producidos con dichos actos e indemnizar plenamente a los titulares de dichos derechos y bienes jurídicamente reconocidos al amparo de la normatividad anterior, lo contrario es el autoritarismo, la tiranía y el despotismo que encuentra la necesidad de someter el poder al derecho y de ordenar las relaciones jurídicas de los asociados. Nada más coherente con estas reflexiones que la afirmación de la responsabilidad del Estado por actuaciones de sus órganos y de sus instituciones jurídicamente reguladas en funciones de reforma constitucional, si se tiene en cuenta la flexibilidad para los varios tipos de procesos de reforma previstos por la nueva normatividad y la necesaria seguridad jurídica de que debe rodearse a los asociados.**

**PODER CONSTITUYENTE - Teoría Contemporánea / ESTADO DE DERECHO / REFORMA CONSTITUCIONAL / INDEMNIZACION DE PERJUICIOS**

**Para la teoría contemporánea del poder constituyente no existen poderes ilimitados e irresponsables y se admite que aun el constituyente debe respetar los derechos de las personas y salvo por excepción puede darse algún tipo de restricción sin reparación. Dentro de un estado de derecho el poder supremo de dictar una constitución o de reformarla, en principio, no está limitado en sentido material por ningún otro poder en el orden interno ni en el orden externo, pero no es ni puede ser arbitrario y desandar sobre la vida y sobre los bienes de las personas, aquella capacidad normativa superior es el poder conjunto de todos los miembros de una sociedad organizada que se otorga a una persona o a un grupo de personas y por ello no, pueden dañar a ninguno. Por tanto, en un estado democrático, debe hallarse cuando menos un fundamento expreso de justicia o de equidad para que una disposición jurídica cualquiera que sea, inclusive la constitucional, para afectar la vida o los bienes de los asociados.**

**ACCION DE REPARACION DIRECTA - Daño especial / ACTO ADMINISTRATIVO LABORAL-Inexistencia / NORMA CONSTITUCIONAL-Inexistencia / ACTO CONSTITUYENTE - Inexistencia**

**La disposición que sirve de base del reclamo de reparación directa por el daño especial no es un acto de naturaleza estrictamente administrativa, como corresponde a un acto administrativo laboral en sentido formal, emanado de una entidad u organismo habilitado para manifestar la voluntad de la administración enderezada a definir sobre una situación jurídica de dicha naturaleza, o que ponga fin a una relación laboral de naturaleza pública relacionada con el servicio del Estado, ni es una providencia judicial debidamente controlada dentro de los estrados de lo contencioso administrativo. Con meridiana claridad, en este asunto tampoco se trata de un acto normativo equiparable a la Constitución en sí misma considerada, tampoco es un acto constituyente, ya que no es el fundamento del nuevo orden jurídico positivo ni es una disposición que sirva de punto de imputación de la validez del resto del ordenamiento jurídico. La disposición que se controvierte en sus consecuencias patrimoniales en el presente negocio es una decisión político-administrativa, que aun cuando es producto de las funciones de un órgano constituyente que ejerció el poder constituyente, no cuenta con los atributos normativos de una constitución, ni de un acto constitucional en el sentido material del término, ni se propone el desconocimiento de derecho subjetivo, laboral ni patrimonial alguno y por ello debe decretarse la reparación reclamada. Como se ha visto, aquella es una decisión política que emana de un organismo estatal, jurídicamente reunido dentro del marco de un ordenamiento constitucional regularmente establecido y en plenas funciones dentro de una legalidad vigente, pero en verdad, se trata de una disposición jurídica autoaplicativa de carácter concreto y específico que se agota en sí misma por sus alcances subjetivos, inmediatos y particulares.**

**RESPONSABILIDAD POR DAÑO ESPECIAL-Requisito**

**Para que pueda hablarse de responsabilidad administrativa por daño especial, es indispensable la concurrencia de los siguientes requisitos tipificadores de la figura a saber: Que se desarrolle una actividad legítima de la administración; la actividad debe tener como consecuencia el menoscabo del derecho de una persona. El menoscabo del derecho debe tener origen en el rompimiento del principio de la igualdad frente a la ley y a las cargas públicas. El rompimiento de esa igualdad debe causar un daño grave y especial,**

**en cuanto recae sobre alguno o algunos de los administrados. Debe existir un nexo causal entre la actividad legítima de la administración y el daño causado; y el caso concreto no puede ser susceptible de ser encasillado dentro de otro de los regímenes de responsabilidad de la administración.**

**CONGRESISTA / PERIODO CONSTITUCIONAL-Interrupción / PERJUICIOS MORALES**

**Los perjuicios de orden moral, considera la sala que no hay lugar a su reconocimiento, por cuanto, de una parte, no se acreditó suficientemente en el proceso esa afectación sentimental generadora de la comprensión pretendida y, de otra, los hechos que originaron este proceso, por sí solos, no necesariamente daban lugar a esta clase de perjuicio. La situación vivida por el actor y por los demás congresistas afectados en sus curules, no resulta suficiente para provocar los sentimientos inherentes al perjuicio moral. No bastan las simples manifestaciones de los amigos del demandante para tener por cierto ese perjuicio, cuando en autos no se evidencia el daño moral oportunamente alegado, pero no acreditado, por el propio congresista materialmente damnificado.**

**RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO / RESPONSABILIDAD POR HECHO DE LA LEY / RESPONSABILIDAD POR EL PODER CONSTITUYENTE / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR (Salvamento de voto)**

**El régimen de responsabilidad extracontractual del Estado ha venido desde sus comienzos, en un lento pero progresivo avance en la búsqueda de mecanismos y sistemas de protección de los derechos de los administrados frente a la actuación en ocasiones perjudicial y dañosa de la administración. Doctrinaria y jurisprudencialmente se ha procurado ampliar el cumplimiento reparatorio por los daños antijurídicos que el ejercicio del poder estatal causa a los individuos de un determinado conglomerado social. Ese progresivo cubrimiento indemnizatorio, sin embargo, fue de difícil y lenta aceptación en un punto de la responsabilidad derivada de la actividad legislativa, la cual fue completamente negada en el siglo XIX, posición que ha ido morigerándose merced a la muy importante y decisiva participación de la jurisprudencia francesa. La irresponsabilidad por razón de la ley se fundamentaba**

**en la soberanía de ésta, contra la cual ninguna objeción podía formularse. Recuerda la sala las referencias históricas que el Ministerio Público consigna en su concepto, sobre el desarrollo de la materia comentada en Francia, como fueron entre otras, las decisiones tomadas por el Consejo de Estado, el 14 de enero de 1938, al decidir el caso de la Societé Anonyme de Produits Laitiers la Flewrette, donde por primera vez, se reconoció abiertamente la responsabilidad extracontractual del Estado Legislador. El proceso se originó en la Ley 29 de junio de 1934, dictada para proteger la producción de la leche, y se condenó al Estado a pagar indemnización, con fundamento en los perjuicios ocasionados a la sociedad mencionada, a la que había colocado en la imposibilidad de continuar fabricando un producto llamado Gradina. Distinguió entonces el Consejo de Estado de Francia entre si el legislador había excluido expresamente la posibilidad de indemnización por los perjuicios que llegare a causar o si expresa o aun tácitamente la admitía. En Colombia en cambio, hasta la fecha ha sido vacilante nuestra legislación y la propia jurisprudencia contencioso-administrativa, en la misma forma que vacilaron el legislador y la jurisdicción administrativa en Francia y otros países cuyas decisiones hemos seguido para reconocer la responsabilidad del Estado Legislador. Desde luego, también por sustracción de materia, no existe antecedente jurisprudencial alguno en torno de la responsabilidad patrimonial de la administración frente a actuaciones de la Asamblea Nacional Constituyente. Tal pareciera que la distribución de funciones de que hablaba Montesquieu, por la posibilidad de interferir con la otra rama del poder, sirviera de freno o impedimento para que los juzgadores conocieran, examinaran y decidieran sobre la responsabilidad del denominado poder legislativo, o del llamado poder constituyente. Por supuesto que si tal concepción se ha tenido en cuenta concierne con la responsa-bilidad del Estado-legislador, muy difícil resulta, si no imposible, encontrar algún pronunciamiento jurisprudencial, interno o foráneo, donde se haya estudiado y definido la responsabilidad del Estado, no ya por actos del legislador, sino por actuaciones o determinaciones del denominado poder constituyente.**

**ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE-Legitimidad / CONGRESO -Supresión / INDEMNIZACION DE PERJUICIOS / PRINCIPIO DE IGUALDAD FRENTE A LAS CARGAS PUBLICAS / CONGRESISTA / RESPONSABILIDAD POR DAÑO ESPECIAL**

**Fue legítima la actividad del constituyente y con ella se lesionaron derechos del demandante, originados en el rompimiento del principio de igualdad frente a la ley y a las cargas públicas, para ocasionar así un daño grave y especial a un grupo restringido de personas –los congresistas–, presentándose, además, un nexo de causalidad entre la actividad lícita estatal y el daño inferido, sin que haya lugar a encasillar el *subjudice* dentro de otro régimen diferente dentro de la responsabilidad. Los anteriores requisitos los encuentra la sala suficientes y declara en este caso la responsabilidad patrimonial del ente demandado.**

## ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE / REFORMA DE LA CONSTITUCION - Modos

**La Asamblea Nacional Constitucional de 1991, no se encuentra manifestación alguna con consecuencias jurídicas de un poder revolucionario o de una revolución triunfante y victoriosa, mucho menos las de un golpe de Estado, ni la de un golpe constitucional o palaciego, ni podría ser ésta la sede para su definición conceptual e histórica, en este caso no se sustituyó el sistema político, ni se limitó garantía o libertad constitucional alguna, ni se desconocieron las bases fundamentales del régimen económico y apenas se procuró la reforma de algunas instituciones políticas básicas de régimen electoral y de los partidos, apenas se dio una de las modalidades del cambio constitucional en el sentido contemporáneo de la expedición regular y ordenada de un nuevo texto actualizado con bastantes novedades técnicas y orgánicas dentro del régimen constitucional colombiano y así será en adelante, posiblemente con mayor frecuencia que antes, por virtud de la incorporación de nuevas técnicas y procedimientos de reforma previstas en la nueva Carta como referendo, la Asamblea Constituyente, el acto legislativo del Congreso de la República y el plebiscito que, a las claras, muestran que la de 1991 de Colombia es una de las constituciones menos rígidas de América.**

## (SALVAMENTO DE VOTO)

Al haber sido derrotada la ponencia presentada por el suscrito y por no compartir el texto aprobado por la mayoría de la Sala Plena, anuncié que salvaría mi voto y a ello procedo, consignando en un primer capítulo aspectos generales sobre la responsabilidad patrimonial del Estado por hechos políticos y administrativos

de órganos del Estado en funciones constituyentes; en un segundo capítulo haré referencias precisas al caso litigado, en concreto, para concluir que la sentencia que correspondía haberse dictado por el Consejo de Estado era la inicialmente proyectada por mí en donde se sugería REVOCAR la decisión apelada del 25 de noviembre de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca-Sección Tercera y en su lugar declarar a la Nación colombiana, patrimonialmente responsable por el desconocimiento y suspensión del período constitucional para el cual había sido elegido el 11 de marzo de 1990 como Senador de la República, el señor *Feisal Mustafá Barbosa,* condena que procedería en concreto conforme a las liquidaciones que adelante se consignarán.

## CAPITULO I

## La responsabilidad patrimonial por hechos políticos y administrativos de órganos del Estado en funciones constituyentes

1. La crisis histórica y política de la doctrina revolucionaria del Poder Constituyente.

a) La doctrina del Poder Constituyente (Puvuar Constitian) que se pretende hacer valer en su plenitud a estas alturas de la evolución de la disciplina jurídica en nuestro medio, y, precisamente, en la máxima sede de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en Colombia, como quiera que se ha esgrimido con el fin de resolver una controversia de naturaleza subjetiva, originada en la actuación de un órgano *ad hoc* en funciones de revisión constitucional, en verdad, tiene su origen remoto en la experiencia de la revolución francesa cuando los delegados del tercer estado en la reunión de los estados generales se propusieron la tarea de darle una constitución revolucionaria a Francia, pero, ahora, y desde hace varias décadas, aparece bastante debilitada, no sólo por virtud del desarrollo conocido en nuestro medio de las teorías democráticas y sociales del poder, sino por los desarrollos del derecho constitucional y del derecho público, basados en las experiencias socialistas, socialdemócratas y reformistas, y recientemente en los procesos pluralistas y participativos, como es el caso de la reunión de la Asamblea Nacional Constitucional de 1991 en Colombia.

Es más, en esta segunda parte del siglo XX, salvo el caso del texto de la carta constitucional americana, que subsiste caso en su integridad, pero mucha más extensa y democrática de lo que pensaron, dijeron o callaron los padres fundadores gracias al desarrollo de la disciplina y de las instituciones del control y de la justicia constitucional sin que se haya producido revolución política alguna, ni manifestación concreta ni verificable de un Poder Constituyente originario, no es intelectualmente admisible que en sede académica y mucho menos en sede judicial y en un estado social y democrático de derecho, se sostenga que todo cambio constitucional presupone la expresión de

los poderes políticos de un Poder Constituyente revolucionario, de una revolución o la ruptura del orden jurídico anterior y la capacidad fáctica atribuida a los vencedores de desconocer los derechos de las personas y el derecho internacional; pero es más, en el constitucionalismo moderno es claro que el poder tiene límites y que en todo caso debe existir una institución judicial a la cual todo individuo pueda recurrir para reclamar al poder contra las violaciones a esos límites.

Tampoco es válido reclamar como fundamento de cualquier cambio o reforma constitucional, ni la mediación un golpe de estado o una revolución, ni que se conciba o patrocine la teoría de la absoluta irresponsabilidad patrimonial de un órgano del Estado en funciones constituyentes, menos en el caso de una entidad *ad hoc* reunida dentro de un marco normativo determinado por actos no constitucionales en sentido estricto; por lo contrario, ante uno u otro fenómeno revolucionario o de descomposición fáctica del régimen constitucional o de golpe militar, en todo caso situaciones reprochables política y jurídicamente, históricamente se ha reclamado, y casi siempre reconocido, el respeto al derecho internacional y a los tratados suscritos por los gobiernos anteriores, a los límites territoriales del Estado y a los derechos humanos y naturales de las personas, en especial de los extranjeros;

b) El Poder Constituyente en dicha teoría, formulada a propósito de aquel remoto proceso histórico en las postrimerías del siglo XVII, es teórica y metafóricamente, el poder político absoluto o soberano, sin límites jurídicos y concentrado, es decir no compartido con ninguno, equiparable a una actuación de fuerza prejurídica, igual al mando y superior a cualquier poder jurídicamente organizado y a cualquier forma de autoridad.

A este respecto cabe destacar con fines de precisión histórica, que el problema del Poder Constituyente no fue planteado en la antigüedad, y que ni Polibio, ni Cicerón ni Plutarco se ocuparon de él y que durante la edad media sólo Dios es atribuido de la *Potestas Constituens,* su vocación metafísica o su concepción jurídica de origen revolucionario, se encuentran en cada caso en espacios históricos bien definidos y, por ello, se debe prestar atención a sus orígenes precisos y a sus fines concretos para efectos de descontaminar las discusiones judiciales de argumentaciones esencialmente sociológicas y naturalistas:

c) En efecto, no obstante que, como lo advierte Kelsen, el problema de la definición de los fundamentos del Poder Constituyente sea en el fondo un problema de derecho natural sin verdadera trascendencia jurídica dogmática, su vigencia y vigor plenos se mantuvieron durante buena parte de los siglos XVIII y XIX; empero desde hace varios lustros aquella doctrina se halla en franco retroceso, especialmente desde que aparecen las modernas tendencias del derecho constitucional, como las que se fundamentan en la necesidad de incorporar los elementos sociales y democráticos a las doctrinas de la Constitución.

Sobra destacar que en concepto de Kelsen, el Poder Constituyente es el órgano establecido en la norma de derecho internacional consuetudinario o general llamada principio de efectividad, que se erige en la necesidad de poner límites jurídicos a los procesos de reforma de algunos preceptos jurídicos dentro de cada ordenamiento; pero, por supuesto, y como lo advierte Carpizo, dentro del pensamiento de Kelsen, si se parte del primado del derecho interno, y de la primacía del orden jurídico nacional, el Poder Constituyente aparece reconocido en la norma hipotética fundamental y es regulado y limitado por ésta como quiera que es, precisamente función de aquella fundamentarlo jurídicamente;

d) Sin duda, también es cierto que algunos autores de la primera parte de este siglo y seguidores de aquella doctrina revolucionaria como Carl Smitt, lo identifican con la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre el modo y la forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo; el Poder Constituyente en aquella teoría pertenecería, en su conjunto, al mundo del ser, como parte viva de la existencia de una comunidad, y como quiera que puede crear el orden jurídico, se encuentra fuera de él, es parte del mundo del ser y de la existencia misma de la comunidad política;

e) Ahora bien, la doctrina del Poder Constituyente de la época revolucionaria presupone una situación histórica concreta en la cual el poder político conforme a su representación formal se autoproclama autónomo de cualquier interés y condicionamiento particular, hasta el punto de considerarse preparado para abordar la obra jurídica general por excelencia, es decir, decidir sobre la Constitución pero, sobre todo, sobre la sociedad como soberano.

En efecto, en las sociedades orgánicas del *ancien regime,* el poder político era subdividido en muchas sociedades particulares y en verdad no era un poder político en el sentido moderno de la expresión, de aquel no hubiese podido emerger un poder tan general para ser capaz de una obra de carácter constituyente que, en todo caso requiere la capacidad de ponerse por fuera de las relaciones inmanentes en la sociedad para darle a aquella desde afuera un nuevo orden.

Esta es la condición del poder político desde la revolución francesa o desde el momento de la declaración de nulidad de los mandatos imperativos que ligaban a los diputados a las necesidades particulares de sus electores y así sucede, tal vez, hasta el momento presente, pero algo ha cambiado en los últimos doscientos años y esto es precisamente la doctrina acerca del Estado, de la soberanía estatal, de la democracia y de los fundamentos de su legitimidad, lo cual no puede ser desconocido, mucho menos ante la demanda de justicia por las consecuencias patrimoniales de una actuación política legítima pero perjudicial de un órgano del Estado;

f) Así las cosas, la doctrina del Poder Constituyente como poder soberano generó problemas extraordinarios de cuya resolución depende la posibilidad misma de imaginar a la Constitución en términos jurídicos y por lo tanto vinculantes, pues sin duda para los juristas, la esencia misma del pensamiento constitucional radica en la construcción de reglas que eviten la existencia de poderes indeterminados y arbitrarios, es decir, poderes por fuera del derecho.

En efecto, si la Constitución es establecida por el máximo poder político, cómo es posible que éste se encuentre vinculado a ella, al respecto se pregunta ¿cómo es posible que la Constitución esté por encima y más allá de todos si alguno de ellos la ha hecho? Para esta teoría si se pone a la ley sobre el soberano, también se pondría al juez en condición de sancionarlo, lo cual significa colocar un nuevo soberano y más aún, también por la misma razón un tercer soberano para sancionar al segundo y así continuamente sin fin, con la confusión y disolución del Estado.

Por el contrario, aquella aseveración dista mucho de ser una realidad siquiera teórica, no sólo porque después de la promulgación de las primeras constituciones revolucionarias que se escribieron bajo su amparo, se produce la restauración europea con las monarquías constitucionales del siglo XIX, de carácter dualista, pues ponen en relación normativa dentro del marco de la Carta Política al soberano monarca con la nación o con su pueblo representante de las varias partes del reino reunidas en parlamento, algunos de cuyos elementos institucionales se reproducen en los actuales regímenes parlamentarios, sino porque, además y posteriormente, con todo el vigor del capitalismo y el liberalismo americano, de la socialdemocracia europea y sus manifestaciones latinoamericanas y de las revoluciones europeas y, en algunos casos, latinoamericanas del medio siglo, se desarrollan los regímenes constitucionales de compromisos entre las clases, se desarrolla el derecho social, se racionaliza el poder y extienden las instituciones de la justicia administrativa y la constitucional.

Obviamente, en este caso sobra recordar el ascenso y la caída de las grandes dictaduras europeas, basadas precisamente en fundamentos doctrinarios decisionistas, dogmáticos y absolutistas y aferrados a una sola verdad y a una sola justicia indiscutible, con constituyentes soberanos y absolutamente irresponsables, también sobra traer a colación la historia de algunos constituyentes desatados e irresponsables de América Latina que tanto daño hicieron al derecho, a la justicia y a la democracia en los dos últimos siglos, fundados en teorías aproximadas a las del Poder Constituyente de la revolución;

g) Este es el verdadero problema del que se ocupa el constitucionalismo como teoría jurídica del poder político, ya que dicha disciplina exige que el poder

político sea sometido a una regla que él mismo debe establecer y no la providencia, la historia o la costumbre; *lex facit regem y no rex facit legem.* En efecto, no hay duda de que para el constitucionalismo moderno la Constitución es el antecedente del gobierno y éste la consecuencia de la Constitución; en este sentido el supuesto carácter ilimitado del Poder Constituyente contradice la exigencia de la existencia de una regla jurídica del poder y así se han presentado la mayor parte de las críticas en su contra desde el constitucionalismo.

De otra parte, la problemática de aquella teoría radica precisamente en el tema de la validez de la Constituyente, ya que, inclusive en procesos democráticos que implican una "ruptura del ordenamiento jurídico anterior", con algún pronunciamiento de fuerza o un movimiento militar, no se concibe la elaboración de una Constitución por obra de una actuación originaria o prejurídica, sino dentro de unas reglas que regulen las elecciones o el referéndum y aún el procedimiento de elaboración de la Constitución, en ese sentido, como lo afirma Ignacio de Otto, "...la intervención del pueblo va precedida de una fase provisional, previa al proceso constituyente propiamente dicho, en la que se elaboran las normas bajo las cuales tiene lugar su participación".

La más destacada solución teórica a la cuestión, pero en todo caso apenas relativa a algunos elementos aparentes del problema y que ciertamente, depende de cada ordenamiento constitucional y de la medida de su propia efectividad, ha sido dada por las distinciones formales entre Poder Constituyente y poderes constituidos, y entre poder originario y poder delegado sin que con estas se satisfaga plenamente la cuestión; en virtud de esta distinción, los poderes ordinarios o constituidos son vinculados jurídicamente a la ley fundamental establecida por el Poder Constituyente. En este sentido la falta de eficacia y de efectividad de un ordenamiento jurídico dado, es lo que permitirá admitir la trascendencia de los poderes políticos sobre el derecho positivo y sobre la misma Constitución.

Otra regla de aparente solución a la cuestión de los límites al Poder Constituyente ha sido dada por su carácter extraordinario e irrepetible, lo cual demanda de los pronunciamientos del Poder Constituyente su carácter fundador y fundamentador de la validez de un orden constitucional dado; por ello, no todo pronunciamiento del órgano en funciones constituyentes alcanza aquella categoría ni puede estar respaldado en sus atributos si no se formula en aquellos términos;

h) Sin duda, la experiencia y la historia enseñan al respecto y quitan mérito a la pretendida validez absoluta de la mencionada doctrina, en verdad, la formulación teórica de los revolucionarios franceses, en cuanto a los atributos del Poder Constituyente es otra *"idea vestigio"* como la de la soberanía, que no son aceptadas plenamente hoy en día por la doctrina constitucional democrática y social, y dista

mucho de ser aceptada en los escenarios científicos del derecho público contemporáneo.

Por todo ello no es válido, así mismo sostener en las postrimerías del siglo XX, que existan constituciones revolucionarias inspiradas en sus fundamentos doctrinarios de remoto origen iluminista, o racionalista, o, en el otro extremo, de carácter autoritario o fascista, y construida bajo los supuestos de uno de los varios tipos de absolutismo dogmático como la doctrina revolucionaria del Poder Constituyente, y sobre categorías indiscutibles de justicia y verdad.

Contemporáneamente se escriben otros tipos de constituciones que son llamadas pluralistas, democráticas o sociales, con la supresión de las clases hegemónicas y de la primacía normativa de unas sobre otras, sin compromisos entre las clases y sin órganos ni organismos soberanos, en todo caso basados en la doctrina política del pluralismo y de la democracia participativa, con algunas instituciones de la democracia directa y en el reconocimiento de otros sujetos legitimados para actuar con consecuencias jurídicas, no sólo ciudadanos y personas naturales y jurídicas; en este contexto histórico prolongado, ya no es tiempo de aferrarse a la metáfora que permita a los juristas hablar del poder como una entidad metafísica e inasible y al mismo tiempo como un sujeto unitario, abstracto capaz de voluntad y de acción, pero en todo caso irresponsable.

Todo lo contrario, las constituciones producidas dentro de los regímenes democráticos contemporáneos, así encuentren fundamento doctrinario en las teorías del poder constituyente, no pueden desconocer los derechos de las personas, salvo que lo dispongan expresamente y siempre que se encuentren fundadas de modo inequívoco en principios de justicia o equidad y lo hagan dentro de los límites del derecho internacional, mucho más cuando dichos derechos constituyen garantías de existencia y continuidad del sistema político y del orden social. En estos casos el Estado debe responder patrimonialmente por los daños producidos con dichos actos e indemnizar plenamente a los titulares de dichos derechos y bienes jurídicamente reconocidos al amparo de la normatividad anterior, lo contrario es el autoritarismo, la tiranía y el despotismo que encuentra la necesidad de someter el poder al derecho y de ordenar las relaciones jurídicas de los asociados.

2. El caso concreto de las consecuencias patrimoniales de la decisión política y administrativa de la "Terminación Anticipada del Período Ordinario del Congreso de la República":

a) En primer término cabe advertir que no se trata de definir en este caso si el Constituyente que se pronuncia en un Estado Democrático y Social de Derecho con ocasión de la expedición de una nueva Constitución se encuentra desatado de cualquier límite jurídico no impuesto por él mismo, o si existen límites jurídicos, o

inmanentes al Poder Constituyente que puedan descalificar la validez y la legitimidad de los actos constituyentes, aquellas son cuestiones principalmente teóricas que se resuelven en otro terreno diferente del judicial y especialmente distante del contencioso administrativo.

Como se advirtió más arriba, es claro que para la teoría contemporánea del Poder Constituyente no existen poderes ilimitados e irresponsables y que se admite que aun el Constituyente debe respetar los derechos de las personas y salvo por excepción puede darse algún tipo de restricción sin reparación.

En consecuencia, el Estado debe actuar ante el reclamo concreto de reparación del eventual daño que puede causar una decisión política y administrativa del órgano en funciones de revisión constitucional y no está autorizado para resolverlos bajo el amparo de teorías abstractas y ajenas a la normatividad como la del poder constituyente originario.

Para entender los verdaderos alcances de la cuestión que aquí se debate, es preciso distinguir entre poder, función, acto y órgano constituyente, pues, sin duda, el acto que decretó el receso del Congreso de la República válidamente integrado bajo la normatividad constitucional anterior, no obstante ser emanación de un órgano reunido en funciones constituyentes, en verdad no es un acto constituyente, sino una decisión político administrativa dictada ex profeso para los efectos administrativos y políticos de permitir la puesta en funcionamiento de uno de los órganos objeto de revisión por la nueva Constitución;

b) En este caso es claro que dentro de un estado de derecho el poder supremo de dictar una Constitución o de reformarla, en principio, no está limitado en sentido material por ningún otro poder en el orden interno ni en el orden externo, pero no es ni puede ser arbitrario y desandar sobre las vidas ni sobre los bienes de las personas, aquella capacidad normativa superior es el poder conjunto de todos los miembros de una sociedad organizada que se otorga a una persona o a un grupo de personas y por ello no puede dañar a ninguno. Por tanto, en un estado democrático, debe hallarse cuando menos un fundamento expreso de justicia o de equidad para que una disposición jurídica cualquiera que sea, inclusive la constitucional, pueda afectar la vida o los bienes de los asociados.

Al respecto Locke en el ensayo sobre el Gobierno Civil sostiene que "Nadie puede transferir a otro un poder superior al que él mismo posee, y nadie posee poder arbitrario absoluto sobre sí mismo, ni sobre otra persona; nadie puede destruir su propia vida ni arrebatar a otra persona la vida o las propiedades. En su doctrina el legislador no puede sobrepasar el poder que se le entrega y en su ejercicio llega hasta donde llega el bien público de la sociedad sin poder esclavizar o empobrecer deliberadamente a sus súbditos".

Pero, además, para Locke la autoridad suprema no puede atribuirse la facultad de gobernar con decretos iimprovisados y arbitrarios, pues está obligada a dispensar justicia y a señalar los derechos de los súbditos mediante leyes fijas y promulgadas;

c) En este sentido, un acto constituyente es la decisión normativa general y originaria dictada por quien está habilitado para ello y, además, puede hacerla efectiva y legítima, con el fin o de implantar un nuevo orden jurídico contenido en una nueva Constitución y dentro del marco de un nuevo sistema político, o de reformarla en todo o en parte, pero dentro de los límites que ella misma impone.

En todo caso, no adquiere dicha entidad una norma transitoria de carácter administrativo, no obstante que por mandato de otras disposiciones no sea posible controlar judicialmente su constitucionalidad; en este sentido se parte de la base que si un órgano del Estado cumple una función pública, las características jurídicas de los actos expedidos en su ejercicio deben corresponderse en un todo por la norma que regula la función o con la función misma, en caso de ausencia de norma límite expresa, lo cual sólo es admisible, precisamente, en el marco de una labor constituyente;

d) Al respecto de lo que aquí se anota, es claro que la disposición que sirve de base del reclamo de reparación directa por el daño especial no es un acto de naturaleza estrictamente administrativa, como corresponde a un acto administrativo laboral en sentido formal, emanado de una entidad o un organismo habilitado para manifestar la voluntad de la administración enderezada a definir sobre una situación jurídica de dicha naturaleza, o que ponga fin a una relación laboral de naturaleza pública relacionada con el servicio del Estado, ni es una providencia judicial debidamente controlada dentro de los estrados de lo Contencioso Administrativo.

Con meridiana claridad, en este asunto tampoco se trata de un acto normativo equiparable a la Constitución en sí misma considerada, tampoco es un acto constituyente, ya que no es el fundamento del nuevo orden jurídico positivo ni es una disposición que sirva de punto de imputación de la validez del resto del ordenamiento jurídico.

Pero además, en el caso específico de la reunión de la Asamblea Nacional Constitucional de 1991, no se encuentra manifestación alguna con consecuencias jurídicas de un poder revolucionario o de una revolución triunfante y victoriosa, mucho menos las de un golpe de Estado, ni la de un golpe institucional o palaciego, ni podría ser esta la sede para su definición conceptual o histórica; en este caso no se sustituyó el sistema político, ni se limitó libertad o garantía constitucional alguna, ni se desconocieron las bases fundamentales del régimen económico y apenas se procuró la reforma de algunas instituciones políticas básicas del régimen electoral y de los partidos, apenas se dio una de las modalidades del cambio constitucional en

el sentido contemporáneo de la expedición regular y ordenada de un nuevo texto actualizado con bastantes novedades técnicas y orgánicas dentro del régimen constitucional colombiano y así será en adelante, posiblemente con mayor frecuencia que antes, por virtud de la incorporación de nuevas técnicas y procedimientos de reforma previstos en la nueva Carta como el referido, la Asamblea Constituyente, el acto legislativo del Congreso de la República y el Plebiscito que, a las claras, muestran que la de 1991 de Colombia es una de las constituciones menos rígidas de América;

e) Así las cosas, es claro que la Carta de 1991, expedida dentro del marco del ordenamiento constitucional anterior, no fue impuesta por la Asamblea Nacional Constitucional en ejercicio de algún poder constituyente revolucionario; por el contrario, fue producto de un procedimiento jurídico *sui generis* avalado por dos decisiones de la Corte Suprema de Justicia en su Sala Plena que era el órgano judicial competente para examinar la constitucionalidad de las leyes y de los actos equiparables a ellas y precisamente, con base en la ley en sentido material, como quiera que los decretos de estado de sitio, por lo menos temporalmente ocupan el lugar de la ley según la jurisprudencia de aquel organismo.

En su seno se reunieron representantes de varias de las organizaciones democráticas populares, sociales y de los trabajadores existentes en nuestro país y, por si fuere poco varios órganos judiciales se hicieron presentes con proposiciones atendidas in extenso, y, por ello, tampoco es posible admitir la tesis de la revolución del constituyente colombiano de 1991. Su reunión fue posible gracias a la existencia de instituciones políticas sólidas y respetables como los restantes órganos jurisdiccionales y administrativos, y de la sociedad, así como del Estado en general que, patrocinaron y avalaron las actividades de dicho órgano, de varios modos presentando propuestas de reforma y de cambio.

En estas condiciones ¿para qué un constituyente arbitrario y un leviatán desatado, cuando ni siquiera el órgano en funciones constituyentes en nuestro caso se autoproclama irresponsable, y a lo sumo reclama para sus actos generales de carácter constituyente la ausencia de control de constitucionalidad o de legalidad, sin desatar de antemano y por vía general cualquiera otra controversia subjetiva y patrimonial por sus actuaciones ni por sus actos políticos de consecuencias administrativas y patrimoniales?

La decisión jurídica que se estima causante del daño a reparar y objeto del reclamo de la demanda, no puede entenderse como una verdadera disposición normativa de carácter constitucional con todas las características que le podría imprimir un órgano *ad hoc* y apenas depositario transitorio de la función constituyente, pues, el concepto de constitución sólo es verdaderamente comprensible si se parte de un dato básico de los ordenamientos jurídicos modernos que consiste en la

distinción entre actos de creación y actos de aplicación de normas. El primero es el prístino e irrepetible acto constituyente, que se traduce en una nueva Constitución o en una reforma de aquella; el segundo puede ser un acto del órgano constituyente de cualquiera otro orden, como una disposición política o administrativa que no alcanza aquella categoría.

De otra parte, toda la operación administrativa que desencadenó puede ser entendida como el resultado de las funciones generales que le correspondían, en un proceso regulado de expedición o de reforma de una Constitución y dentro de un Estado de derecho legítimamente constituido y organizado bajo el marco de unas instituciones jurídicas que perduran, al organismo titular transitorio del Poder Constituyente de origen democrático que eventualmente aparece radicado en su cabeza, no por virtud de una revolución, ni de un golpe sino prendido dentro del marco de una convocatoria de orden legislativo producida bajo de la normatividad del estado de sitio.

La disposición que se controvierte en sus consecuencias patrimoniales en el presente negocio es una decisión político administrativa, que aun cuando es producto de las funciones de un órgano constituyente que ejerció el Poder Constituyente, no cuenta con los atributos normativos de una Constitución, ni de un acto constitucional en el sentido material del término, ni se propone el desconocimiento de derecho subjetivo, laboral ni patrimonial alguno y por ello debe decretarse la reparación reclamada.

Como se ha visto, aquella es una decisión política que emana de un organismo estatal, jurídicamente reunido dentro del marco de un ordenamiento constitucional regularmente establecido y en plenas funciones dentro de una legalidad vigente, pero en verdad, se trata de una disposición jurídica autoaplicativa de carácter concreto y específico que se agota en sí misma por sus alcances subjetivos, inmediatos y particulares.

Así pues, nada más coherente con estas reflexiones que la afirmación de la responsabilidad del Estado por actuaciones de sus órganos y de sus instituciones jurídicamente reguladas en funciones de reforma constitucional, si se tiene en cuenta la flexibilidad para los varios tipos de procesos de reforma previstos por la nueva normatividad y la necesaria seguridad jurídica de que debe rodearse a los asociados.

## CAPITULO II

## El caso concreto

Sea lo primero señalar que el conocimiento del presente proceso corresponde, por expresa disposición legal, a esta jurisdicción. En efecto, si bien es cierto que con anterioridad al Decreto 01 de 1984, el control de los actos políticos o de gobierno sólo se contemplaba doctrinaria y jurisprudencialmente, a partir del estatuto

mencionado, se consagró normativamente en su artículo 82, que la jurisdicción "podrá juzgar, inclusive las controversias que se originen en los actos políticos o de gobierno, pero sólo por vicios de forma", expresión esta última que declaró inexequible la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 15 de noviembre de 1984. Posteriormente, el artículo 12 del Decreto 2304 de 1989, mantuvo el mismo precepto, salvo, desde luego, la parte declarada inexequible. En las anteriores condiciones, en tratándose de una acción de reparación directa instaurada en relación con una actuación de la Asamblea Nacional Constitucional, estima la Sala que a ella corresponde conocer y decidir en segunda instancia sobre la misma.

Ahora bien, en el evento examinado se encuentran suficientemente acreditados los siguientes aspectos fundamentales:

– Que el señor Feisal Mustafá Barbosa se inscribió como candidato al Senado de la República por la circunscripción electoral de Santander para las elecciones del 11 de marzo de 1990, en las cuales obtuvo una votación de 50.601 sufragios (fls. 35-37, 76 y 78).

– Que los delegados del Consejo Nacional Electoral declararon al demandante como "Senador Principal por la circunscripción electoral de Santander, para el período de 1990 a 1994" (fl. 40).

– Que "tomó juramento legal de rigor el 20 de julio de 1990" y su asistencia a las sesiones del Congreso fue así:

"Entró el 20 de julio de 1990. Salió el 24 de julio de 1990.

Entró el 31 de julio de 1990. Salió el 30 de noviembre de 1991" (sic.) (fl. 40).

– Que según el pagador del Senado de la República, la asignación mensual de un Senador, vigente a 30 de noviembre de 1991, correspondía a $257.280.40 por concepto de dietas y $457.387.40 por gastos de representación, para un total mensual de $714.667.80 (fl. 62).

– Que como consecuencia de un acuerdo de naturaleza política celebrado entre el Presidente de la República, los Presidentes de la Asamblea Nacional Constitucional y el Director del Partido Liberal, se "recomendó" a la Asamblea Constitucional la aprobación, como disposiciones transitorias de la Constitución, entre otras, las de convocar a elecciones generales para Congreso y mantenerlo en receso junto con sus Comisiones, hasta la instalación del nuevo Congreso (fls. 109-111).

– Que mediante los artículos 1° y 3° transitorios de la Constitución Política, se dio cumplimiento a la recomendación anteriormente referida.

– Que el 1° de diciembre de 1991 se instaló y juramentó el nuevo Senado de la República, en el cual no figuró el demandante (fls. 138-142).

Con fundamento, pues, en los antecedentes fácticos que se acaban de relacionar, procedo a pronunciarme sobre el objeto de esta controversia, esto es, acerca de si hay lugar a declarar la responsabilidad de la Nación colombiana por causa de la decisión de la Asamblea Nacional Constitucional que privó al demandante de su investidura como Senador de la República a partir del 1° de diciembre de 1991, impidiéndole completar así, el período electoral que culminaba el 19 de julio de 1994, conforme lo consagraban las normas constitucionales y legales que regulaban esa materia. Una vez determinado este primer aspecto, es decir, si hay o no lugar a la declaración de responsabilidad, me ocuparé de lo concerniente a las pretensiones indemnizatorias.

Cabe señalar cómo el régimen de responsabilidad extracontractual del Estado ha venido desde sus comienzos, en un lento pero progresivo avance en la búsqueda de mecanismos y sistemas de protección de los derechos de los administrados frente a la actuación en ocasiones perjudicial y dañosa de la administración. Doctrinaria y jurisprudencialmente se ha procurado ampliar el cubrimiento reparatorio para los daños antijurídicos que el ejercicio del poder estatal causa a los individuos de un determinado conglomerado social.

Ese progresivo cubrimiento indemnizatorio, sin embargo, fue de difícil y lenta aceptación en punto de la responsabilidad derivada de la actividad legislativa, la cual fue completamente negada en el siglo XIX, posición que ha ido morigerándose merced a la muy importante y decisiva participación de la jurisprudencia francesa. La irresponsabilidad por razón de la ley se fundamentaba en la soberanía de ésta, contra la cual ninguna objeción podía formularse. Recuerda la Sala las referencias históricas que el Ministerio Público consigna en su concepto, sobre el desarrollo de la materia comentada en Francia, como fueron, entre otras, las decisiones tomadas por el Consejo de Estado, el 14 de enero de 1938, al decidir el caso de la Societé Anonyme de Produits Laitiers La Fleurette, donde, por primera vez, se reconoció abiertamente la responsabilidad extracontractual del Estado- legislador. El proceso se originó en la Ley de 29 de junio de 1934, dictada para proteger la producción de la leche, y se condenó al Estado a pagar indemnización, con fundamento en los perjuicios ocasionados a la sociedad mencionada, a la que había colocado en la imposibilidad de continuar fabricando un producto llamado Gradina. Distinguió entonces el Consejo de Estado de Francia entre si el legislador había excluido expresamente la posibilidad de indemnización por los perjuicios que llegare a causar, o si expresa o aun tácitamente la admitía.

En relación con lo anterior, Garrido Falla, en cita que transcribe el concepto fiscal, hace referencia a las condiciones para que, según el Consejo de Estado de

Francia, pudiera hablarse de la responsabilidad del Estado-legislador: la primera que la ley de manera expresa no hubiera excluido la reparación; la segunda, que el perjuicio sea especial y de gravedad suficiente; y, la tercera, la finalidad misma de la ley. Posteriormente, en la jurisprudencia Bovero de 25 de enero de 1963, el Consejo de Estado dispuso la indemnización a los propietarios de los locales ocupados por los militares que servían en Africa del Norte durante la guerra de Argel, por los daños causados por una ordenanza que prohibía la expulsión de estos ocupantes. No se hizo allí referencia alguna a la voluntad del legislador, sino que la reparación se dedujo de la aplicación del principio de igualdad ante las cargas públicas. Con este último fallo, en concepto de Santamaría Pastor, "La producción de un daño por un acto normativo obliga, como regla general, a indemnizar, salvo que el legislador haya excluido expresamente este derecho".

Debe señalarse cómo el concepto de responsabilidad del Estado-legislador igualmente ha tenido un gran desarrollo y ha cobrado gran impulso en la doctrina y jurisprudencia españolas. En un artículo sobre el tema, publicado en la Revista de Administración Pública número 118, el profesor Garrido Falla, hace la siguiente referencia de la Sentencia del Tribunal Supremo fechada el 25 de septiembre de 1987: "...si a nadie le es lícito dañar a otro en sus intereses sin venir obligado a satisfacer la pertinente indemnización, menos aun puede hacerlo el Estado al establecer sus regulaciones generales mediante normas de cualquier rango, incluso las leyes, de lo que e infiere que, si fácticamente se da perjuicio alguno para ciudadanos concretos, económicamente evaluables, ellos deben ser indemnizados".

Por su parte, en la Revista de Administración Pública número 68, del Instituto de Estudios Políticos, el profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor, publicó un estudio sobre la responsabilidad del Estado-legislador, y al referirse al tratamiento que en Italia se le ha dado a la materia comentada, expresó: "...El tema se plantea, desde el punto de vista de la teoría del sacrificio, de modo abierto: ¿Existe un derecho a indemnización en relación con los daños producidos por actos legislativos? O, desde la perspectiva opuesta, ¿se halla el legislador vinculado constitucionalmente a resarcir los daños que causa a los particulares en el uso de su potestad normativa? Como puede apreciarse el tratamiento del problema es frontal, sin referencia alguna a una justificación en la idea de culpa o ilícito... La respuesta a este interrogante es hoy unánimemente positiva, si bien condicionada a la existencia de un auténtico y verdadero sacrificio especial... esta respuesta se basa en dos principios: uno de carácter teórico o ético, aplicación estricta del principio de justicia distributiva, en virtud del cual los daños que resultan necesarios para la producción de una utilidad colectiva no deben recaer sobre un miembro solo de la comunidad, sino que deben ser distribuidos entre todos. Y otro, de naturaleza positiva, al principio de intangibilidad relativa del patrimonio, deducido por vía analógica del artículo 42.3

de la Constitución, que define el instituto expropiatorio y lo condiciona a la existencia de una indemnización...".

Conviene advertir cómo las referencias que se hacen acerca de la evolución del concepto de responsabilidad frente a las actuaciones legislativas del Estado, no llevan otra intención que la de apenas señalar, cómo de una inicial postura de irresponsabilidad, se avanzó paulatinamente hacia una posición de franca aceptación de responsabilidad, criterio que actualmente es predominante en la mayor parte de la doctrina, legislación y jurisprudencia extranjeras.

En Colombia, en cambio, hasta la fecha han sido vacilantes nuestra legislación y la propia jurisprudencia contencioso administrativa, en la misma forma que vacilaron el legislador y la jurisdicción administrativa en Francia y otros países cuyas decisiones hemos seguido para reconocer la responsabilidad del Estado-legislador. Desde luego, también por sustración de materia, no existe antecedente jurisprudencial alguno en torno de la responsabilidad patrimonial de la administración frente a actuaciones de la Asamblea Nacional Constitucional. Tal pareciera que la distribución de funciones de que hablaba Montesquieu, por la posibilidad de interferir con la otra rama del poder, sirviera de freno o impedimento para que los juzgadores conocieran, examinaran y decidieran sobre la responsabilidad del denominado poder legislativo, o del llamado poder constituyente. Por supuesto que si tal concepción se ha tenido en cuanto concierne con la responsabilidad del Estado-legislador, muy difícil resulta, si no imposible, encontrar algún pronunciamiento jurisdiccional, interno o foráneo, donde se haya estudiado y definido la responsabilidad del Estado, no ya por actos del legislador, sino por actuaciones o determinaciones del denominado Poder Constituyente.

Resulta conveniente, por el sentido real y futurista que contiene, hacer referencia a la decisión de esta Sala, fechada el 18 de octubre de 1990, expediente número 5396; actor: Sociedad Felipe Garrido Sardi, con ponencia del señor Consejero, doctor Julio César Uribe Acosta, especialmente en las siguientes manifestaciones:

> "...Los casos citados por Riveró, en que la jurisprudencia francesa ha aceptado excepcionalmente la responsabilidad por el hecho de las leyes, permiten concluir que, **dentro de circunstancias distintas de las que se recogen dentro del presente proceso, bien podría abrirse paso, por la vía jurisprudencial, este nuevo frente de responsabilidad del Estado-legislador...**" y en otro aparte expresa: **"...es posible que, en una situación bien distinta de la que se registra en el presente proceso, se abra paso a un régimen de responsabilidad, que dé lugar a la indemnización de perjuicios por la actividad del Estado-Legislador,**

**pero dentro del temperamento que se deja estudiado"** (Destaca la Sala).

Ahora bien, contra lo expresado por el juzgador de primera instancia, se considera que a estas alturas, a las puertas de un nuevo siglo, cuando la soberanía ha dejado de significar el ejercicio de un poder omnímodo y absoluto, el concepto de irresponsabilidad estatal así sea por actos del legislador o del mismo constituyente no debería mantenerse, salvo como situación excepcional. Cabe recordar cómo, por ejemplo, siglos atrás era aceptada la infabilidad del rey y el origen divino de su poder, eran verdades incontrovertibles, normas soberanas, inherentes a las organizaciones sociales y políticas de la época. Empero, ¿a pesar de su trascendencia innegable y de su universal proyección, se podrían concebir e imponer tales principios en cualquiera de nuestros sistemas políticos contemporáneos? No obstante lo negavito de la respuesta para la época moderna, mal podría olvidarse hoy que a pesar de su decadencia, en su momento se constituyeron en verdaderas columnas estructurales del poder y la soberanía de poderosas monarquías. Frente, pues, a tan evidentes antecedentes históricos, en verdad las disposiciones que consagran la irresponsabilidad del Estado, en todos los casos, deben tener un carácter exceptivo muy especial. Este, por lo demás, es el cauce por donde transita el flujo doctrinario y jurisprudencial contemporáneo y actual en los sistemas judiciales más desarrollados. en los cuales nuestros doctrinantes y falladores han encontrado siempre abundantes enseñanzas.

En este mismo orden de ideas y precisamente sobre el tema de la soberanía y la responsabilidad del Estado, en reciente decisión, la Sala al refutar la posición oficial según la cual el Estado no es responsable "cuando su función implica el ejercicio de su soberanía", en sentencia de 2 de febrero de 1995, expediente No. 9273, con ponencia del señor Consejero, doctor Juan de Dios Montes Hernández, expresó:

"b) Establecido lo anterior, es menester dilucidar el planteamiento de las entidades demandadas en lo atinente a una supuesta irresponsabilidad del Estado 'cuando su función implica el ejercicio de su soberanía'; no explica el contenido de la noción pero al ejemplificar señala 'los actos legislativos', 'los actos de gobierno', 'los actos del juez' y 'los hechos de guerra'.

"La construcción de la irresponsabilidad del Estado fundada en su soberanía, es teoría completamente superada en el panorama jurídico universal y en nuestro derecho.

"Como se ve, de iniciación existen ciertas zonas de la acción estatal frente a las cuales se continuó aplicando la tesis de la irresponsabilidad, en unos casos, y, otras para los cuales su deducción se condicionó a ciertas exigencias especialmente rigurosas, tales como la existencia de 'faltas manifiestas y de particular gravedad', o de 'faltas administrativas graves', para algunos servicios

públicos. En el primero de los renglones indicados, se situaron, por ejemplo, las leyes, los actos jurisdiccionales y los actos de gobierno, los cuales, sin embargo, con el paso del tiempo fueron formando parte de la acción 'responsable' del Estado, disminuyendo, hasta su extinción, los casos de irresponsabilidad en buena parte de los regímenes jurídicos.

"Y, en cuanto a los segundos, las exigencias se fueron eliminando o disminuyendo su rigurosidad, de modo que se facilitó notoriamente la responsabilidad patrimonial a cargo de las personas jurídicas de derecho público.

"Recorrido similar ha seguido nuestro derecho en el cual, por lo demás, no se conocen antecedentes importantes que permitan señalar una época del Estado patrimonialmente irresponsable; de modo que las afirmaciones del recurrente resultan francamente inaceptables, bien como teoría general, bien como tesis particular para el Estado colombiano.

"Ya la Corte Suprema de Justicia, para entonces, encargada de la guarda de la Constitución, en sentencia de 15 de noviembre de 1984, examinando la constitucionalidad del artículo 82 del Decreto Extraordinario en lo atinente al control jurisdiccional de los denominados 'actos políticos o de gobierno', dijo 'que la distinción entre acto administrativo y acto político o de gobierno, es una distinción teórica que inclusive puede llegar a tener en ciertos casos alguna utilidad conceptual, pero que dentro del sistema constitucional colombiano carece de apoyo normativo, puesto que ninguna cláusula de aquélla permite hacer dicha diferenciación que por mayor que sea el refinamiento a que se llegue, a lo sumo permitiría concluir que dichos actos de gobierno constituyen apenas una modalidad de los actos administrativos, que no servirá para excluir tales actos del control jurisdiccional'.

"Esta concepción jurisprudencial corre pareja con las tesis jusadministrativistas contemporáneas que pretenden reducir el ámbito de discrecionalidad del Estado con el objeto de sujetar la totalidad de su acción al imperio del Derecho y al examen del contralor jurisdiccional, y, por lo tanto, a la posibilidad de que comprometa la responsabilidad patrimonial de las personas jurídicas de Derecho Público. En este propósito han revestido especial importancia las reflexiones del profesor García de Enterría al establecer las diferencias entre las discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados, ideas que han sido acogidas en oportunidades diversas por la jurisprudencia española y por la colombiana.

"Son estas concepciones las que se respiran en el conjunto normativo de la Constitución Política vigente desde 1991, en especial en el artículo 90 o cláusula general de la responsabilidad patrimonial del Estado y que, bajo la Carta Política anterior, habían sido deducidas, por interpretación sistemática y luego de una lenta

pero decidida elaboración, por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado.

**"No es posible, pues, dar cabida a reclamaciones de irresponsabilidad del Estado, máxime si se trata de un Estado social de derecho (art. 1° de la C. N.) so pretexto de que la acción dañosa es constitutiva del ejercicio de su soberanía; tal recurso no podía jamás servir de excusa o de justificación para que el ejercicio del poder desborde los cauces del derecho, y, en el terreno de lo arbitrario, produzca impunemente daños antijurídicos a los asociados".** (Negrillas de la Sala).

Y precisamente, en expresa referencia a las actitudes de la administración cuando con las mismas causa daño a los asociados, llegan a propósito para los efectos de esta providencia, los razonamientos plasmados en reciente decisión de la Sala, en el proceso No. 9550, actor: Luis Carlos Castellanos Ruiz, donde con ponencia del señor Consejero, doctor Julio César Uribe Acosta, en lo pertinente se expresó:

> 2. "Ha mucho tiempo que los jueces en la justicia contencioso-administrativa han dejado, con imaginación, buena parte de las tesis jurídicas francesas, con el fin de idear soluciones para una realidad social bien distinta, como la colombiana. **Sólo así se ha podido hacer justicia, para que no se predique que tenemos una Colombia en el papel y otra en la realidad, esto es, una Constitución muy moderna, pero unos jueces muy anclados en el pasado, con la filosofía de que el Estado no puede cometer error. La línea de conducta fue trazada ha mucho tiempo por Hauriou cuando predicaba: "Hay dos correctivos de la prerrogativa de la Administración que reclama el instinto popular, cuyo sentimiento respecto al poder público puede formularse en estos dos brocardos:** Que actúe, **pero que obedezca la ley;** que actúe, **pero que** pague el perjuicio". (Destacado por la Sala).
>
> "Es verdad que en la materia es necesario *aterrizar,* pero ese mensaje no puede ser para la justicia contencioso-administrativa, que ha mucho tiempo tocó pista sin perder el manejo de los valores y de los principios que informan la bella conciencia del derecho, y que permiten también *decolar* cuando sea necesario. La invitación a hacer un derecho a la medida del país no podrá entenderse nunca como *'medida de lo arbitrario'*, de lo *'injusto'*, de lo *'violento'*, porque cuando se trata de tomar tales medidas no aparecen mensajes muy alentadores. El juez colombiano, si quiere ser justo, tiene que volar más alto, porque el medio social en que se mueve no es paradigma de las mejores virtudes sociales. Tampoco debe permitir que sus decisiones sean

ambientadas en ningún medio, o por persona alguna, no obstante la prestancia política, jurídica, o académica que ella ostente".

En las condiciones anteriormente relacionadas no resulta de fácil entendimiento, ni de sencilla comprensión que si bajo la vigencia de disposiciones constitucionales y legales un ciudadano luego de someterse a las particulares exigencias normativas, sustanciales y de forma, para conseguir una curul como Senador de la República, logra obtenerla y fuera de eso desempeñarse como tal, con la aquiescencia, reconocimiento y aval de las autoridades estatales competentes, pueda luego desconocerse, de improviso y sin ningún tipo de consecuencia reparatoria, la situación jurídica concreta que le permitía ejercer como parlamentario por el plazo que la Constitución y las leyes le habían establecido. Tal interpretación, si bien fue de recibo cuando en las postrimerías del siglo pasado Laferriere, sostenía que "es una cuestión de principio el que los daños causados a los particulares por las medidas legislativas no determinen derecho alguno a indemnización. La ley es, en efecto, un acto de soberanía, y lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin que frente a ella pueda reclamarse ninguna compensación", hoy por hoy, tal concepto no resulta aceptado ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia. Razones de política social, de justicia y de equidad han fortalecido una concepción jurídica en procura de que la figura del Estado no responsable sólo surja en situaciones excepcionales, entendidas éstas como aquellas en las que la reparación por los derechos vulnerados resulta franca y absolutamente imposible de realizar. Con razón dice el profesor García de Enterría:

> "¿Es qué la impunidad por los daños causados a los súbditos será un precio obligado para que la Administración pueda funcionar, un precio, pues, de la vida social? Nadie lo cree ya en ningún país y, por supuesto, no lo cree tampoco nuestro legislador, que desde 1954 viene con reiteración y con generosidad digna de ser resaltada sosteniendo enérgicamente lo contrario. Ese era el planteamiento arcaico de la teoría de la responsabilidad civil de la administración, el que se expresaba en los dogmas 'The king can do not wrong' o 'Le propre de la souveraineté c'est de s'imposer à tous sans compensations', dogmas medievales y simplistas que la conciencia social y jurídica moderna han repudiado definitivamente..." (Eduardo García de Enterría. Prólogo a la obra la Responsabilidad Civil de la Administración Pública, de Jesús Leguina Villa).

No se entra, pues, a cuestionar, ni a examinar, porque no es del caso, ni tampoco es materia de debate, la constitucionalidad de las determinaciones tomadas por la Asamblea Nacional Constitucional, en perjuicio de los congresistas elegidos en marzo de 1990. Por el contrario, se parte del supuesto de la legitimidad de tales actuaciones precisamente por tratarse de un poder constituyente de carácter derivado. Lo anterior, sin embargo, no impide sostener que el poder del constituyente sí puede

tener limitaciones y restricciones. Retomo, para el caso examinado, el pensamiento del profesor Luis Carlos Sáchica, en su Esquema para una Teoría del Poder Constituyente, cuando refiriéndose a sus limitaciones concluye que éste "...aunque sea soberano y el origen de todo poder, no es absoluto ni incondicional. Lo fáctico, el criterio de lo justo, el tiempo que se vive y el vivido, la interdependencia de los pueblos, el sentido común y el pragmático, las costumbres, los ideales y creencias, las fuerzas resistentes que cumplen función de contrapoderes, moderan y neutralizan aún más el desbordado ímpetu revolucionario". Pero no se trata sólo de las circunstanciales restricciones enunciadas, toda vez que en relación con el constituyente secundario, éste se encuentra en todo supeditado por el constituyente originario o primario, sin poder sobrepasar el mandato de éste recibido. Otro entendimiento de esta materia, implicaría que pudiera el delegado sobrepasar los parámetros señalados por el constituyente originario, que extralimitara las funciones asignadas y que en determinado momento resultara suplantado al constituyente original.

Pues bien, a pesar de lo anterior, no obstante, el carácter secundario o derivado que tenía la Asamblea Nacional Constitucional, se determinó, en situación jurídica y políticamente cuestionada, que esa Corporación podía decidir con absoluta libertad sobre todos los temas, entre estos, el relacionado con el Congreso, y de manera especial en lo referente al que en ese momento ejercía sus funciones, resultantes de una elección constitucional y legalmente realizada, avalada además, por las autoridades electorales competentes y posesionado, como complemento, ante el propio Presidente de la República.

Consecuencia lógica de las consideraciones que se vienen haciendo, es que si por razón de alguna de las determinaciones del constituyente secundario, en este caso de la Asamblea Constitucional, hubo administrados que **especialmente** resultaron perjudicados, como en efecto los hubo, surge entonces para ellos, por razones de justicia y equidad, la necesidad jurídica de que sea el propio Estado al que le corresponda proveer lo pertinente para hacer efectiva la reparación de los daños ocasionados.

Es que no resulta jurídicamente permisible el sacrificio involuntario de unas personas, en beneficio de la comunidad, sin que se logre la igualdad que resultó alterada. La carga que genera una utilidad colectiva, y el servicio del legislador lo es para todos, ha de distribuirse proporcionalmente entre los demás miembros de la comunidad, para no afectar única y exclusivamente a una o varias personas del mismo grupo, es decir, a los encargados de la prestación del respectivo servicio, en cuyo favor se impone el reconocimiento. Cabe recordar que fue el propio Constituyente de 1991 el que plasmó en el artículo 13 de la Carta Política, como derecho fundamental el de la igualdad, cuyos principios, sin objeción alguna, bien

pueden trasladarse al *sub judice* con miras a la aplicación de la tesis de la igualdad de las cargas públicas al caso que hoy examina la Sala.

Recuérdese cómo la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha expresado que "la igualdad exige el mismo trato para los entes y hechos que se encuentran cobijados bajo una misma hipótesis y una distinta regulación respecto de los que presentan características desiguales, bien por las condiciones en medio de las cuales actúan, ya por las circunstancias particulares que los afectan, pues unas y otras hacen imperativo que, con base en criterios proporcionados a aquellas, **el Estado procure el equilibrio, cuyo sentido en Derecho no es otra cosa que justicia concreta"**. (Subrayas y negrillas fuera de texto. Sentencia C-049 del 27 de febrero de 1993).

En este orden de ideas, el daño que se ocasione debe romper la equidad al imponer al afectado una carga injusta y desigual, distinta a las que los demás ciudadanos normalmente deben soportar. Así, mal podría hablarse de desequilibrio en las cargas públicas cuando se trata, por ejemplo, de impuestos, contribuciones, servicios, todos determinados por el legislador en forma general para los integrantes de la comunidad. La correspondiente carga pública, en tales casos, por ser aplicable a todos los individuos, armoniza con el principio de equidad, e impide hablar del desequilibrio de las cargas públicas.

Pero de otra parte, no encuentro convincente el argumento del *a quo* sobre la soberanía y el poder omnímodo del constituyente, para que, escudándose en esos "dogmas medievales y simplistas que la conciencia social y jurídica moderna han repudiado", según García de Enterría, se pretenda ahora por parte del Estado que causó el daño, desconocer situaciones jurídicas concretas de ciertos administrados, quienes en mal momento fueron víctimas especiales de la decisión, eso sí, legítima, del constituyente.

Bajo el supuesto plenamente demostrado de que el actor ostentaba la calidad de Senador de la República y de que el propio Estado a través de los delegados del Consejo Nacional Electoral expresamente le habían reconocido esa condición, la cual, por lo demás, la había ejercido desde el momento mismo en que se le recibió juramento, estimo que frente al agotamiento o supresión anticipada de su período como parlamentario, provocado por el constituyente secundario, en elemental justicia y equidad le cabe el derecho al actor de ser indemnizado por los daños que consecuencialmente a esa supresión tuvo que soportar. Tal entendimiento resulta aún de mayor aceptación si se observa que el doctor Mustafá Barbosa no se hallaba frente a una situación jurídica abstracta, sino que, por el contrario, el propio Estado colombiano en su momento lo reconoció y posesionó como Senador, con todas las consecuencias políticas, legales, sociales, jurídicas

y económicas que tal investidura implicaba. Consecuencialmente, si ese mismo Estado a través de la Asamblea Constitucional decidió suspenderlo o cesarlo en el ejercicio de sus funciones como congresista, en determinación que jurídicamente hoy es incuestionable, de la misma manera y por fundamentales motivaciones de justicia y equidad, así como por razón de la naturaleza especial del perjuicio ocasionado y, desde luego, por el desequilibrio de las cargas sociales que tal decisión genera, surgió una obligación estatal para atender la reparación de los daños ocasionados, en este caso al demandante.

Quiero ser reiterativo en el concepto que tengo acerca de la legitimidad de la actuación cumplida por la Asamblea Nacional Constitucional como constituyente secundario. Tal legitimidad, la de la Constitución y la de los demás actos promulgados, "no están sujetos a control jurisdiccional alguno", según lo dispuso, en forma expresa, la misma Corporación en el artículo transitorio 59 de la Carta Política.

Empero, no se pretende cuestionar de ninguna forma la actuación referida, al suprimir o hacer cesar en sus funciones, al Congreso elegido en las elecciones de marzo de 1990. Sin embargo, así se haya tratado de una determinación del Constituyente, considero que como consecuencia de aquella, en el caso concreto del demandante, éste resultó singular y especialmente perjudicado y le cabe pleno derecho a ser indemnizado. La omnipotencia que se pretende atribuir a la Asamblea Nacional Constitucional, para derivar de ella la irresponsabilidad por sus actuaciones, reviviendo así conceptos perfectamente revaluados en la doctrina y la jurisprudencia universales, no resulta de aceptación en el *sub judice*. Que pudiera suprimir el Congreso u otras corporaciones, que afectara a las distintas ramas del poder, que modificara el sistema político vigente, etc., eran actividades que por su naturaleza le estaba permitido a la Asamblea Nacional llevar a cabo. Pero, siempre que no atentara contra los derechos fundamentales de las personas, por ejemplo, el derecho a la vida, a su libertad, a la propiedad, al trabajo, etc. Recuérdese cómo una de las fuentes formales de la responsabilidad se encuentra en el artículo 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: "**La propiedad es un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella sino cuando la necesidad pública legalmente constatada, lo exija evidentemente, y bajo la condición de una justa y previa indemnización".**

Ese mismo criterio de reparación estimo que debe trasladarse al caso que es objeto de estudio. Que el Constituyente en sus fines requería la "renovación" del Congreso y para conseguirla tenía que sacrificar a los elegidos en marzo de 1990, bien podía hacerlo, como en efecto lo hizo. Pero, a renglón seguido, frente a ese especial sacrificio a que los entonces congresistas resultaron sometidos, frente a ese irrespeto de uno de sus derechos fundamentales, frente a las consecuencias de todo

orden que la cesación imperativa de sus funciones les trajo, procedía así mismo "la condición de una justa y previa indemnización", como se estableció hace aproximadamente doscientos años en Francia.

No encuentro razón alguna para denegar ese derecho resarcitorio. El propio Constituyente no prohibió la reparación de los perjuicios. El Estado colombiano tuvo tanta conciencia de esa obligación, que menguadamente permitió el pago de los ingresos que les correspondía a los Miembros del Congreso saliente, aún estando cesantes en sus funciones, hasta el 30 de noviembre de 1991.

Tómese en consideración, de otra parte, que la situación jurídica concreta como Senador de la República, con todas las ventajas y obligaciones inherentes a ella misma, no hubiera podido serle reconocida al demandante por las autoridades competentes, si previamente y de manera constitucional y legal no hubiera adquirido esa calidad de Congresista. Si el Consejo Nacional Electoral declaró electo como Senador Principal por la Circunscripción Electoral de Santander a Feisal Mustafá Barbosa, para el período de 1990 a 1994 (fl. 39), y si el actor prestó juramento como Senador el 20 de julio de 1990, y asistió a las sesiones del Congreso entre el 20 de julio de 1990 y el 30 de noviembre de 1991 (sic) (fl. 40), resulta por lo menos inexplicable, sostener la inexistencia de una situación jurídica individual y concreta a su favor, no sólo reconocida por las autoridades electorales, sino además respaldada por su ejercicio como Senador de la República, cuya suspensión o cesación fue sin duda alguna, antes que el acatamiento a la voluntad del constituyente primario, el lógico resultado de conveniencias políticas plasmadas en decisiones transitorias de la nueva Carta Fundamental.

Dimana de lo anteriormente expuesto, que en el *sub judice* hay lugar a manejar la controversia bajo el principio de la igualdad de las cargas públicas, en razón a que las decisiones de los artículos 1 y 3 transitorios de la nueva Constitución afectaron o perjudicaron, en forma excepcional, a unas pocas personas, a quienes habían sido elegidas como Congresistas en marzo de 1990, so pretexto de "beneficiar" a la comunidad colombiana con las supuestas "ventajas" que tales normas transitorias iban a traerle a la mayoría o generalidad del pueblo colombiano a costa, se repite, del sacrificio económico, político y patrimonial de unos pocos ciudadanos, decisión que por su propio contexto vino a desequilibrar las cargas públicas, haciendo más gravosa la situación de este grupo minoritario, por lo que se impone, mediante la reparación correspondiente, que el propio Estado restablezca el equilibrio de las denominadas cargas públicas. Cabe reiterar aquí que fue ese mismo Constituyente el que en el artículo 13 de la Carta Política consagró como norma definitiva el derecho constitucional fundamental de la igualdad ante la ley, y que obliga al Estado a promover "las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva...".

Las anteriores consideraciones conducen hacia la teoría de la responsabilidad por daño especial, tesis sobre la cual conviene recordar lo consignado en sentencia de 13 de septiembre de 1991, en el proceso de Tomás A. Badillo Angel, Expediente N° 6453, con ponencia del Consejero que ahora elabora este salvamento de voto, en la cual se hicieron, entre otras, las siguientes consideraciones:

"La responsabilidad administrativa de los entes públicos por el llamado daño especial, tiene origen cuando la entidad en ejercicio legítimo de su actividad irroga daño o perjuicio a cualquier persona, de forma tal que sobrepasa o supera el ocasionado a los demás; vale decir, que con su comportamiento se rompe el principio de la igualdad frente a las cargas públicas. El principio de igualdad de todas las personas ante la ley y frente a las cargas públicas, se acentúa de manera especial con el artículo 13 de nuestra nueva Constitución, cuando prescribe 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.

'El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

'El Estado protegerá especialmente aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ella se cometan'.

"Si bien es cierto en la anterior Constitución no existía un texto que comprendiera tan bellamente el principio de la igualdad de todas las personas ante la ley y del derecho que estas tienen a recibir protección de la autoridad, lo cierto es que doctrinaria y jurisprudencialmente sí se habían resaltado estos derechos fundamentales del ser humano.

"En reciente sentencia esta Corporación después de recordar que en fallo de 28 de octubre de 1976, que es el mismo que invocó el Tribunal como fundamento de su sentencia, en punto relacionado con la responsabilidad por daño especial, discurrió así:

'Como es fácil deducirlo de la jurisprudencia parcialmente transcrita, la tendencia a responsabilizar los entes administrativos, en virtud del comúnmente denominado *daño especial*, presenta, entre otras características las de prescindir de toda noción de culpa o de conducta ilícita del agente, de igual manera, se fundamenta primordialmente en la incidencia del daño que objetivamente ha soportado el particular de manera individual o personal, dado que sus congéneres, o, por lo menos, un grueso número de ellos no ha padecido igual deterioro en los bienes que integran su patrimonio; y, el proceder o conducta de la administración,

como ha quedado vislumbrado, es a todas luces lícito y hasta loable. Esta figura, pues, difiere ostensiblemente de la tradicional *falta o falla en el servicio*, desde luego que no puede enrostrársele a la administración deficiencia, equivocación u omisión en los quehaceres que le competen.

'Esta Sala, en sentencia de 20 de febrero de 1989, analizó los distintos regímenes de responsabilidad administrativa y entonces discurrió así:

'Se ha dicho y repetido por la jurisprudencia nacional que la responsabilidad del Estado encuentra fundamento positivo en las normas constitucionales que reconocen y tutelan, sobre la base de la igualdad de los ciudadanos, los derechos y garantías sociales que la Constitución Nacional consagra y garantiza a todos ellos (Título Tercero de la Carta Fundamental) y, de modo particular, en los artículos 16, 20, 21, 31, 32, 33, 39, 44 y 51 de la Carta. En desarrollo de esos preceptos, las leyes, la jurisprudencia y la doctrina han organizado diversos sistemas o regímenes de responsabilidad, orientados siempre por una meta definitiva: la de obtener el restablecimiento del derecho del administrado que haya resultado lesionado por los actos, los hechos, las acciones o las omisiones imputables a los entes administrativos.

'El fundamento común y mediato de dichos sistemas o regímenes estriba, pues, en la igualdad de todos los ciudadanos ante las cargas públicas. Al respecto, desde antaño existen pronunciamientos de los más altos tribunales del país. Es así como la Corte Suprema de Justicia expresó en sentencia de su Sala de Negocios Generales del 3 de agosto de 1949 lo siguiente:

'La acción administrativa tiene por finalidad el servicio público. Si la acción administrativa trae beneficio a muchos asociados, pero perjudica con ello a cualquiera persona, el sacrificio de ésta no tiene justificación posible, si es que la colectividad tiene como su elemento constitutivo la igualdad de las personas ante la ley. Dentro del imperativo de tal razón, el perjuicio que se le cause a una persona, resultante de la actividad o gestión del servicio público, ha de ser adecuadamente reparado (GACETA JUDICIAL, Tomo 46, números 2073 y 2074, pág. 543; las subrayas no son del texto).

'Y el Consejo de Estado no ha sido menos explícito al respecto. En efecto, en sentencia de fecha 17 de noviembre de 1967, la Sección Tercera de la Corporación expuso los siguientes planteamientos que conservan plena vigencia:

'La responsabilidad estatal bien puede y pudo fundarse en el artículo 16 de la Constitución. Los objetivos específicos del Estado definen de por sí tanto los privilegios como las cargas de éste, entre las cuales puede contarse la responsabilidad, así no hubiera un texto expreso en que se dijera para qué están instituidas las autoridades de la República. Sin embargo, en nuestro ordenamiento positivo existe

un artículo constitucional -bello artículo, lo llama el señor Samper-, en que expresamente se declaran los altos fines de esas autoridades. Intranscendente parece ese precepto; pero no es si se tiene en cuenta, según la historia política de varios pueblos, que el poder público ha sido y puede ser convertido en objeto patrimonial de familia, de grupo, de clase o de partidos.

'Lo de la responsabilidad estatal resulta de la carga especial que se le impone a una persona por desvío, abuso o inacción del Estado. La reparación es una cuestión de justicia distributiva, y ésta es un principio de derecho natural, de aquellos que han de servir para ilustrar a la Constitución, según las previsiones del artículo 4° de la Ley 153 de 1887, formuladas, por cierto, con varios años de anterioridad a que el Consejo de Estado francés se decidiera a tener en cuenta los principios generales del derecho como uno de los fundamentos de su jurisprudencia (ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO, Tomo 73, Nos. 415 y 416, pág. 279; las sublíneas no son del original).

'La jurisprudencia nacional ha venido aplicando diferentes teorías o regímenes de responsabilidad elaborados por la doctrina, buscando siempre salvaguardar un principio que parece esencial hoy por hoy a todo estado de derecho; el de la igualdad de todos los ciudadanos frente a la ley, una de cuyas manifestaciones es la igualdad ante las cargas públicas, y que está directamente enderezado al restablecimiento de la equidad allí donde ésta fuere vulnerada". (Extractos de Jurisprudencia, Tomo III, enero, febrero y marzo, págs. 427 y 248; publicaciones Caja Agraria).

'Posteriormente, en sentencia de agosto 22 de 1989, la Sala reiteró lo consignado en decisión que se acaba de transcribir parcialmente (Extractos de Jurisprudencia, Tomo V, julio, agosto y septiembre de 1989, págs. 282 y 284; publicaciones Caja Agraria). Más recientemente, en sentencia de junio 27 de 1991 (Expediente N° 6454. Actor: *Edgar Pérez Rodríguez* y otra: Consejero Ponente: doctor *Julio César Uribe Acosta*) y sentencia de 4 julio de 1991 (Expediente N°. 6014; Actor: *Aníbal Orozco Cifuentes*; Consejero Ponente: doctor *Daniel Suárez Hernández*), igualmente se le dio recepción a la teoría en comento, las que en gracia a la brevedad de este fallo no es del caso transcribir'. (Sentencia de 19 de julio de 1991, Actor: Sociedad Phidia Investiment Ansalt, expediente N° 6334, Consejero Ponente: doctor *Daniel Suárez Hernández*)".

A manera de síntesis, para que pueda hablarse de responsabilidad administrativa por daño especial, es indispensable la concurrencia de los siguientes requisitos tipificadores de la figura, a saber:

a) Que se desarrolle una actividad legítima de la administración;

b) La actividad debe tener como consecuencia el menoscabo del derecho de una persona;

c) El menoscabo del derecho debe tener origen en el rompimiento del principio de la igualdad frente a la ley y a las cargas públicas;

d) El rompimiento de esa igualdad debe causar un daño grave y especial, en cuanto recae sólo sobre alguno a algunos de los administrados;

e) Debe existir un nexo causal entre la actividad legítima de la administración y el daño causado; y

f) El caso concreto no puede ser susceptible de ser encasillado dentro de otro de los regímenes de responsabilidad de la administración.

Al suscrito, según se ha analizado a través de este escrito, no le cabe la menor duda sobre que en el caso examinado se cumplen los requisitos anteriormente relacionados. En efecto: fue legítima la actividad del Constituyente y con ella se lesionaron derechos del demandante, originados en el rompimiento del principio de igualdad frente a la ley y a las cargas públicas, para ocasionar así un daño grave y especial a un grupo restringido de personas -los congresistas-, presentándose, además un nexo de causalidad entre la actividad lícita estatal y el daño inferido, sin que haya lugar a encasillar el *sub judice* dentro de otro régimen diferente de responsabilidad. Los anteriores requisitos los encuentra la Sala suficientes para estructurar y declarar en este caso la responsabilidad patrimonial del ente demandado.

Para concluir, acudo al siguiente concepto, cuya aplicación en el *sub judice*, desde el punto de vista jurídico-doctrinario resulta especialmente adecuado y de plena validez para el caso que es objeto de análisis. Así se expresa el ilustre profesor Miguel S. Marienhoff:

"En un país constitucionalmente organizado, la ulterior reforma de la Constitución no puede despojar -es decir, privar sin indemnización- a parte de los habitantes de derechos esenciales que la Constitución originaria les atribuyó. La Comunidad tiene el deber jurídico de seguir respetando las consecuencias de lo originariamente concebido y establecido como regla básica de convivencia. Por lo demás es de suponer que toda reforma constitucional tiene por objeto satisfacer requerimientos de interés general o de interés público, de donde deriva la obvia necesidad de resarcir los daños que los administrados reciban en semejantes condiciones. Estos criterios básicos no pueden ser desconocidos sin agraviar elementales principios de ética jurídica, valor, éste inapreciable en la estructura de un Estado, dado el apoyo que, a través de la garantía de seguridad, implica como factor estimulante para asegurar el trabajo honesto y el progreso, lo que indiscutiblemente integra los fines del Estado. Resolver o pretender lo contrario implica un agravio a la civilización, cuyos adelantos requieren el respeto a principios inmanentes de cultura que tanto han contribuido al bienestar de la humanidad, bienestar que se traduce en la variedad de bienes (materiales, científicos, morales) que es posible esperar de una situación de paz moral para el desarrollo de las actividades y ejercicio de los derechos" (Tratado de Derecho Administrativo. Tomo IV).

Corolario obligado de la anterior conclusión, esto es, de la declaración de responsabilidad patrimonial a cargo de la administración, es el reconocimiento indemnizatorio que se impone en beneficio del señor *Feisal Mustafá Barbosa* o de la persona o personas que sus derechos respresenten. Se hace la anterior manifestación en razón a que la Sala está enterada del fallecimiento del actor, sucedido el 11 de septiembre de 1993, conforme a la documental que en tal sentido fue a última hora arrimada al expediente.

Ahora bien, se debieron liquidar únicamente perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, mas no por daño emergente, por cuanto este último no se demostró. Para liquidar el lucro cesante, tomará en cuenta la Sala el valor de los ingresos que percibía el actor al momento de producirse el daño, o sea, el 30 de noviembre de 1991, cuando dejó de percibir su remuneración como Congresista, fecha para la cual, si se lo hubiera indemnizado, el monto de sus emolumentos mensuales correspondía a la cantidad de $714.667.80, único ingreso que aparece demostrado en el expediente. El período indemnizatorio comprenderá desde el 1° de diciembre de 1991 hasta el 11 de septiembre de 1993, fecha en que por causa de su deceso, no hubiera podido continuar percibiendo la remuneración correspondiente. Para hacer la liquidación, previamente se debieron actualizar los valores respectivos con base en los índices de precios al consumidor vigentes en el mes de noviembre de 1991 (208.79), que es el índice inicial, y en el mes de septiembre de 1993 (313.75), que corresponde al índice final, según información suministrada por el DANE. Dado entonces que la fecha límite de la indemnización es anterior a la de esta sentencia, únicamente se liquidará el período debido o consolidado, que corresponde a 1 año, 9 meses, 10 días, o, 21.3 meses.

La actualización se hace mediante la fórmula:

$$Vp = Vh \frac{\text{Indice Final}}{\text{Indice Inicial}};$$

$$Vp = 714.667.80 \frac{313.75}{208.79} = \$1.073.935.64$$

Liquidación de la indemnización debida.

Como antes se dijo, este período indemnizatorio comprende desde el 1° de diciembre de 1991, cuando se causó el daño patrimonial, hasta el 11 de septiembre de 1993, fecha de la muerte del actor, es decir, 21.3 meses. Se utiliza la fórmula:

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i};$$

$$S = 1.073.935.64 \frac{(1 + 0.004867)^{21.3} - 1}{0.004867} = \$24.041.030.12$$

La anterior cantidad se actualiza a la fecha de esta providencia, con la fórmula ya utilizada, tomando en cuenta como índice inicial el de septiembre de 1993 (313.75) y como índice final el de enero de 1995, vigente en la actualidad y que según información del DANE corresponde a 405.60.

$$Vp = 24.041.030.12 \frac{405.60}{313.75} = \$31.079.017.71$$

En cuanto concierne con los perjuicios de orden moral considera la Sala que no hay lugar a su reconocimiento, por cuanto, de una parte, no se acreditó suficientemente en el proceso esa afectación sentimental generadora de la compensación pretendida y, de otra, los hechos que originaron este proceso, por sí solos, no necesariamente daban lugar a esta clase de perjuicio. La situación vivida por el actor y por los demás Congresistas afectados en sus curules, no resulta suficiente para provocar los sentimientos inherentes al perjuicio moral. No bastan las simples manifestaciones de los amigos del demandante para tener por cierto ese perjuicio, cuando en autos no se evidencia el daño moral oportunamente alegado, pero no acreditado, por el propio Congresista materialmente damnificado.

En cuanto respecta con las pretensiones del actor para que se le reconozcan y paguen las primas de localización, vivienda, transporte, salud y demás incentivos y subsidios señalados en la demanda, así como en lo relacionado con los servicios de seguridad social y la declaratoria de que para efectos prestacionales no hubo solución alguna de continuidad entre el 1º de diciembre de 1991 y el 19 de julio de 1994, no procedían tales peticiones por cuanto las mismas no acompasan con la filosofía indemnizatoria que orienta la acción de reparación directa, y sí, por el contrario, dichas pretensiones encuadran más claramente y con mayor exactitud procesal, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual no ha sido ejercitada en el *sub judice*. No hay lugar tampoco a la aplicación del Decreto 801 de 21 de mayo de 1992 sobre nuevas asignaciones salariales, en razón a que, de una parte, dicho estatuto se aplicó únicamente para el nuevo Congreso y, de

otra, al demandante se le reconoció actualizado, a título de reparación del lucro cesante sufrido, el valor de sus ingresos mensuales hasta la fecha de esta providencia.

Por último, no asistía razón para la solicitud del actor a fin de que la demandada repita contra quienes por su accionar dieron lugar a la condena en su calidad de Miembros de la Asamblea Nacional Constitucional, en razón a que por parte alguna obra en el proceso la demostración de que el comportamiento de tales personas fuera consecuencia de conductas dolosas y ocasionados por culpa grave, según exigencia constitucional contenida en el inciso segundo del artículo 90 de la Carta Política vigente.

En los anteriores términos dejo consignado mi Salvamento de Voto.

Cordialmente,

*Daniel Suárez Hernández.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., enero veintidós (22) de mil novecientos noventa y seis (1996).

NOTA DE RELATORIA: Reiteración del 18 de octubre de 1990. Exp. 5396; Actor: Felipe Garrido Sardi, Consejero Ponente doctor Julio César Uribe Acosta, sobre la responsabilidad del Estado por el hecho de las leyes; de la sentencia del 2 de febrero de 1995, Exp. 9273, Consejero Ponente doctor Juan de Dios Montes Hernández para refutar la tesis de la responsabilidad del Estado cuando su función implica el ejercicio de su soberanía; de la sentencia de 9 de febrero de 1995, exp. 9550, Actor: Luis Carlos Castellanos Ruiz, Consejero Ponente doctor Julio César Uribe Acosta sobre la responsabilidad patrimonial de la administración.

NOTA DE RELATORIA. Reiteración jurisprudencial de la sentencia del 13 de septiembre de 1991; Exp. 6453; Consejero Ponente doctor Daniel Suárez Hernández. Actor: Tomás Badillo de Angel y otros.

## SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto acostumbrado por las decisiones mayoritarias de la Sala, me permito señalar brevemente las razones por las cuales me separé de lo resuelto en este asunto, a saber:

1. Compartí en lo sustancial la ponencia que le fue negada al honorable Consejero Daniel Suárez Hernández, por lo cual coadyuvo los argumentos que están expuestos en ese enjundioso proyecto.

2. Considero que a las puertas del siglo XXI y con los rumbos que ha tomado el derecho público moderno resulta inexplicable una tesis a través de la cual se pretenda entronizar la "irresponsabilidad" estatal por virtud de los actos del poder constituyente, para deducir además que la Rama Judicial por ser un poder constituido, no tiene competencia para enjuiciar los actos de aquél.

3. Antes bien, participo de la concepción según la cual el Estado debe responder siempre que irrogue un perjuicio, como me parece que ocurrió con los Congresistas elegidos legalmente en 1990, revocados por la Asamblea Nacional Constituyente de 1991.

Por tanto, revocada la decisión de primer grado, a mi juicio ha debido accederse a las pretensiones de la demanda.

Con todo comedimiento.

*Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

## SALVAMENTO DE VOTO

Con el debido comedimiento expreso mi disentimiento con la sentencia que por mayoría acogió la Sala en el proceso de la referencia, por cuanto no siendo discutible la decisión de la Asamblea Constituyente que dio por terminado el período de los congresistas elegidos en 1990, tampoco cabe duda que esa medida causó perjuicios de orden económico a los Senadores y Representantes a la Cámara cuyas funciones fueron concluidas por anticipado, no obstante el título legítimo alcanzado en las urnas para ejercerlas por el período 1990-1994. Ese perjuicio debe indemnizarlo la Nación, a cuyo nombre actuó la Constituyente.

Además, como compartí en su integridad el proyecto de fallo elaborado para este proceso por el honorable Consejero doctor *Daniel Suárez Hernández*, me acojo a los términos de su salvamento de voto.

Santa Fe de Bogotá, D. C., diciembre 18 de 1995.

*Amado Gutiérrez Velásquez.*

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA-Técnica / JURISPRUDENCIA INVOCADA - Improcedencia**

**En ninguno de sus apartes se hace una sola consideración de carácter general o concreto acerca de los aspectos tratados por las providencias cuya contradicción se alega y, en este orden de ideas, ninguna de las tesis que se exponen en la jurisprudencia invocada sirvió como fundamento para proferir la decisión acusada. De todo lo anterior se deduce en forma clara que los aspectos tratados en las providencias que se invocan no lo fueron en la sentencia acusada, en consecuencia mal podría contrariarlas y, por lo mismo el recurso extraordinario no puede prosperar.**

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Técnica / JURISPRUDENCIA DE SECCION - Improcedencia / SALA DE DECISION - Improcedencia**

**La jurisprudencia que puede invocarse como infringida en el recurso extraordinario de súplica, la Sala en forma reiterada ha sostenido que la contradicción debe presentarse entre la sentencia acusada y la jurisprudencia adoptada por las antiguas Sala de Negocios Generales y Contencioso Administrativas y la Sala Plena Contenciosa. La jurisprudencia que sienten las distintas secciones, en consecuencia, no es susceptible de invocarse como contrariada para los efectos del recurso. Por la misma razón de la fuente, tampoco se estudiará el auto del 12 de abril de 1962, dictado en Sala de Decisión de la Sala de Decisión de la Sala de Negocios Generales con ponencia del honorable Consejero doctor Guillermo González Charry por el cual se confirmó la decisión de Sala Unitaria que estimó improcedente tramitar un incidente de tacha de falsedad.**

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., catorce (14) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

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

Actora: Ahorramás Corporación de Ahorro y Vivienda.

Recurso Extraordinario de Súplica.

Conoce la Sala del recurso extraordinario de súplica instaurado por Ahorramás Corporación de Ahorro y Vivienda, contra la sentencia del 11 de octubre de 1993, dictada por la Sección Cuarta de esta Corporación.

## ANTECEDENTES

La sociedad ahora recurrente, solicitó la anulación de la operación administrativa de liquidación del impuesto sobre la renta correspondiente al año gravable de 1985 y pidió como restablecimiento del derecho, la confirmación de su liquidación privada.

La demanda sostiene que la Administración denegó la exclusión de la base de ingresos netos para el cálculo de la renta presuntiva, el valor de los intereses y corrección monetaria, exclusión solicitada por existir control de precios, no obstante que la certificación que echó de menos la Administración era un acto de carácter general que de no expedirse, no podía ser fundamento del rechazo si los hechos eran probados por el contribuyente.

El Tribunal Administrativo denegó las peticiones de la sociedad la cual recurrió en apelación.

## LA SENTENCIA ACUSADA

La Sección Cuarta de esta Corporación confirmó la sentencia del *a quo* con los siguientes fundamentos:

Si no se solicitó la reducción de la renta presuntiva y no existe la correspondiente autorización de reducción proporcional del rendimiento presuntivo, las oficinas de impuestos no podían aceptar exclusión de intereses y corrección monetaria de la base de cálculo.

Invoca una providencia anterior en la cual afirmó la misma Sección:

– No puede dejar de aplicarse una ley, aduciendo falta de reglamentación; su interpretación debe hacerse conforme a normas que regulan aspectos similares.

– La Ley 55 de 1985 remite a la regulación general sobre renta presuntiva que aparece en la Ley 9ª de 1983.

– El único cambio apreciable fue el correspondiente a la competencia que para el caso del control de precios pasó al Ministro, conservándola el Director de Impuestos en los demás casos.

– La afectación de un sector específico en una actividad económica o zona geográfica, que regula el parágrafo 1° del artículo 15, debe establecerse en forma individual y no general porque la reducción debe ser proporcional a la incidencia que tenga en la renta del contribuyente, el control de precios, lo que no puede establecerse siquiera por sectores sino en cada caso particular.

– Es necesaria, entonces, la solicitud para el año gravable correspondiente.

– La ausencia de reglamentos para presentar la solicitud no disculpa la ausencia de la misma, a más de que, efectivamente, muchos contribuyentes presentaron la solicitud de autorización y discutieron algunas de las negativas en la vía gubernativa por el procedimiento genérico del Código Contencioso Administrativo.

## EL RECURSO EXTRAORDINARIO

**Peticiones**

Se declare la revocatoria de la sentencia acusada y, conforme a la jurisprudencia de la Corporación:

– Se declare la nulidad de los actos administrativos.

– Se declare que no hay lugar al incremento de la base para el cálculo de la renta presuntiva en $6.372.612.062 y que este valor pueda excluirse de la misma por corresponder a ingresos producto de la ejecución de actividad sometida a control oficial de precios.

– Se declare que no hay lugar a presuntiva sobre ingresos por $131.639.008 en el año gravable de 1985.

– Se declare que no hay lugar al pago del mayor impuesto por $47.483.323.

– Se declare que el impuesto es de $4.197.092 y no se adeuda suma alguna por el año gravable de 1985.

## FUNDAMENTACION

Como aspecto preliminar se argumenta que las providencias dictadas por la Sala de Negocios Generales o por la Sala Plena o de lo Contencioso Administrativo constituyen un marco general de orientación, una fuente de declaraciones jurídicas que constituye base fundamental de las decisiones de las Secciones que las desarrollan. En consecuencia tanto las primeras como las últimas son jurisprudencia que puede invocarse como infringida por la sentencia que se acusa en recursos de súplica extraordinaria.

## JURISPRUDENCIA QUE SE ESTIMA INFRINGIDA

Con base en lo anterior invoca como contrariadas por la sentencia acusada, las dictadas por la Sección Cuarta de la Corporación según la siguiente relación: 22

de marzo de 1991, Consejero Ponente doctor *Guillermo Chahín*; 22 de marzo de 1991, Consejero Ponente doctor *Jaime Abella Zárate*; 13 de septiembre de 1991, Consejera Ponente doctora *Consuelo Sarria* y 6 de agosto de 1992 Consejera Ponente doctora *Consuelo Sarria*, por las razones que obran a folios 379 a 390.

Igualmente considera contrariada la jurisprudencia de la Corporación contenida en las sentencias relacionadas así:

Sala Contenciosa, 12 de abril de 1962, Consejero Ponente *Guillermo González Charry*, Sala Contenciosa, 14 de septiembre de 1961 Consejero Ponente *Ricardo Bonilla Gutiérrez* y, Sala Plena, 25 de agosto de 1969, Consejero Ponente, *Andrés Holguín,* que tratan de la anulación de actos administrativos derivados de errores en sus motivaciones denominados entre otros por la jurisprudencia como "falsa motivación" "falsedad ideológica" en los actos administrativos y "desviación de poder", causal genérica de anulación que incluye la referida a la motivación.

De otra parte invoca también la Sentencia de Sala Plena, proferida al 9 de marzo de 1971, con ponencia del honorable Consejero *Lucrecio Jaramillo,* que señala que los actos administrativos tienen elementos esenciales de los que depende su validez y eficacia entre los cuales subraya el recurrente el contenido y los motivos.

Sobre la contradicción discurre a folios 392 a 394, en la siguiente forma:

1. La sentencia acusada aceptó como válidos los actos administrativos demandados a pesar de evidentes errores de motivación que enumera así:

– La Administración estimó que el contribuyente no tenía derecho a la exclusión de ingresos por no presentar solicitud.

– La actuación anterior, en su concepto, hizo incurrir a la autoridad en desviación de las atribuciones propias y se reflejó en falsa motivación.

2. La contradicción es clara, dice, porque mientras la Sala Plena estableció que la circunstancia de hecho o de derecho que lleva a dictar actos administrativos conforma su contenido y constituye su motivo, elementos esenciales, la Sección acepta las diferencias de contenido y la falta de motivos de los actos, por las siguientes razones.

– Los actos acusados interpretaron indebidamente el artículo 50 de la Ley 55 de 1985 al negar la reducción por no solicitarla al Ministerio para que lo autorizara, estando demostrados todos los supuestos de hecho para la procedencia del derecho.

– La sentencia aceptó la validez de los actos dando la misma argumentación reflejada en indebida motivación.

– Como no era necesaria la solicitud conforme a una debida interpretación de la ley, la Sentencia acusada contrarió la jurisprudencia por aceptar la legalidad de los actos a pesar de la indebida motivación.

Por ello, concluye, debe proceder el recurso y reemplazarse la sentencia por otra que conforme la jurisprudencia del Consejo de Estado reste validez a los actos demandados por carecer de debida motivación.

## CONSIDERACIONES

En relación con el primer aspecto planteado, esto es, la jurisprudencia que puede invocarse como infringida en el recurso extraordinario de súplica, la Sala en forma reiterada ha sostenido que la contradicción debe presentarse entre la sentencia acusada y la jurisprudencia adoptada por las antiguas Salas de Negocios Generales y Contencioso-Administrativas y la Sala Plena Contenciosa. La jurisprudencia que sienten las distintas secciones, en consecuencia, no es susceptible de invocarse como contrariada para los efectos del recurso.

La tesis anterior ha venido siendo reiterada por la Corporación de manera constante y, concretamente, por la Sentencia del 31 de agosto de 1988 de la cual fue ponente el honorable Consejero *Carlos Betancur Jaramillo* y a la que se remite la honorable Corte Constitucional en la providencia del 11 de marzo de 1993, que invoca la parte recurrente, por lo que no es de recibo el argumento planteado por esta última, para efectos de cambiar el criterio imperante.

En este orden de ideas, las providencias dictadas por la Sección Cuarta de la Corporación y que se mencionan como jurisprudencia contrariada no serán analizadas por la Sala por las razones anotadas.

Por la misma razón de la fuente, tampoco se estudiará el auto del 12 de abril de 1962, dictado en Sala de Decisión de la Sala de Negocios Generales con ponencia del honorable Consejero doctor *Guillermo González Charry* por el cual se confirmó la decisión de Sala Unitaria que estimó improcedente tramitar un incidente de tacha de falsedad.

Precisado lo anterior procede la Sala a analizar si existe contradicción entre la sentencia acusada y la jurisprudencia invocada que reúne las condiciones señaladas al comienzo de estas consideraciones:

a) Sentencia dictada por la Sala Contenciosa el 14 de septiembre de 1961, Consejero Ponente *Ricardo Bonilla Gutiérrez:* trata el tema de la desviación de poder, alegado expresamente y demostrado en cada caso concreto como causal de nulidad de los actos administrativos;

b) Sentencia dictada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 25 de agosto de 1969 con ponencia del honorable Consejero *Andrés Holguín:* Deben analizarse los motivos determinantes del acto administrativo para establecer si existió la desviación de poder como elemento que lleva a la anulación de un acto, siempre que se alegue expresamente y se demuestre plenamente;

c) Auto de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 9 de marzo de 1971 por la cual se revoca un auto inadmisorio de la demanda dictado por un Tribunal Administrativo: Precisa que los elementos esenciales para la validez y eficacia de los actos administrativos son: órgano competente, voluntad administrativa, contenido, motivos, finalidad y forma.

Por su parte, la sentencia suplicada se reduce a interpretar la ley para establecer de manera puntal si se cumplieron los requisitos necesarios para la viabilidad de la reducción de la renta presuntiva para determinado año gravable.

En ninguno de sus apartes se hace una sola consideración de carácter general o concreto acerca de los aspectos tratados por las providencias cuya contradicción se alega y, en este orden de ideas, ninguna de las tesis que se exponen en la jurisprudencia invocada sirvió como fundamento para proferir la decisión acusada.

De todo lo anterior se deduce en forma clara que los aspectos tratados en las providencias que se invocan no lo fueron en la sentencia acusada, en consecuencia mal podría contrariarlas y, por lo mismo el recurso extraordinario no puede prosperar.

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

**FALLA:**

**NO PROSPERA** el recurso extraordinario de súplica interpuesto por la Sociedad Ahorramás Corporación de Ahorro y Vivienda contra la Sentencia dictada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, de fecha 11 de octubre de 1993.

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

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala en su Sesión de fecha doce (12) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

*Diego Younes Moreno*, Presidente; *Daniel Suárez Hernández*; Vicepresidente (aclaró voto), *Ernesto R. Ariza Muñoz* (aclaró voto), *Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo* (aclaración de voto), *Clara Forero de Castro, Luis E. Jaramillo Mejía* (aclaró voto), *Manuel S. Urueta Ayola, Amado Gutiérrez Velásquez* (aclaro el voto), *Dolly Pedraza de Arenas* (Ausente), *Mirén de la Lombana de M., Alvaro Lecompte Luna, Juan de Dios Montes H.* (aclaración de voto), *Carlos Orjuela Góngora, Libardo Rodríguez R.* (aclaró voto), *Rodrigo Ramírez González* (con aclaración de voto), *Mario Alario Méndez* (con aclaración de voto), *José María Carrillo Ballesteros* (ausente).

*Mercedes Tovar de Herrán*, Secretaria General.

NOTA DE RELATORIA: Los consejeros Juan de Dios Montes Hernández, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Libardo Rodríguez Rodríguez, Rodrigo Ramírez González y Daniel Suárez Hernández, comparten y se remiten a la aclaración de voto del doctor Amado Gutiérez Velásquez, en el sentido que "los proveídos de la Sala de Decisión de la Sala Contencioso-administrativa que resuelve el recurso ordinario de súplica, sí constituyen jurisprudencia procedente para la comparación que impone el recurso extraordinario de súplica".

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Técnica / SALA DE DECISION / SALA UNITARIA (Aclaración de voto)**

**Aun cuando comparto la decisión adoptada, disiento, sin embargo, del aparte de la motivación atinente a que el auto de 12 de abril de 1962, de la Sala de Decisión de la Sala de Negocios Generales, con ponencia del señor Consejero, doctor Guillermo González Charry, no puede constituir jurisprudencia para la comparación que reclama el recurso extraordinario de súplica. Considero que conforma una Sala de Decisión tanto la que está integrada por todos los miembros de la Sala (entiéndase las antiguas Salas de Negocios Generales y Sala de lo Contencioso Administrativo, la actual Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y las Secciones), como cuando éstas actúan excluido uno de sus miembros, como por ejemplo cuando resuelven el recurso ordinario de súplica contra un acto proferido por el Magistrado Ponente de Sala Unitaria.**

## ACLARACION DE VOTO

Aun cuando comparto la decisión adoptada, disiento, sin embargo, del aparte de la motivación atinente a que el auto de 12 de abril de 1962, de la Sala de Decisión de la Sala de Negocios Generales, con ponencia del señor Consejero, doctor Guillermo González Charry, no puede constituir jurisprudencia para la comparación que reclama el recurso extraordinario de súplica.

Considero que conforma una Sala de Decisión tanto la que está integrada por todos los miembros de la Sala (entiéndase las antiguas Salas de Negocios Generales y Sala de lo Contencioso Administrativo, la actual Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y las Secciones), como cuando éstas actúan excluido uno de sus miembros, como por ejemplo cuando resuelven el recurso ordinario de súplica contra un auto proferido por el Magistrado Ponente en Sala Unitaria.

Por ello, reitero lo consignado por mí, a título de aclaración de voto, en un proceso similar, donde anoté al efecto:

"...Me aparto, sin embargo, de dos de las motivaciones del auto denegatorio del recurso de queja.

La primera, es la distinción que se hace entre pronunciamientos o decisiones en Salas de Decisión y Salas de Sección, para afirmar que el recurso extraordinario de súplica no cabe contra las primeras. Al respecto, considero, que dicha distinción no es procedente porque el C.P.C. –que regula la materia por mandato del artículo 267 del C.C.A.– no la contempla. En efecto, dicho estatuto en su artículo 29 señala que la Corte y los Tribunales Superiores –y ello es aplicable al Consejo de Estado y a los Tribunales Administrativos–, ejercen sus atribuciones a través de pronunciamientos en Salas de Decisión y del magistrado ponente– o sea, en Sala Unitaria, como afirma la doctrina.

Resulta, por lo tanto, contrario al mencionado artículo 29 sostener que el auto por medio del cual los tres integrantes de una Sección deciden el recurso ordinario de súplica es proferido en Sala de Decisión, mientras que las providencias que profieren todos sus integrantes son en Sala de Sección. No, tal aserto resulta, a mi juicio, equivocado, pues tanto el uno como las otras son en Sala de Decisión.

Ahora, el artículo 363 del C. P. C. al regular el recurso ordinario de súplica en su 2° inciso estatuye que debe interponerse "... en escrito dirigido a la Sala de que forma parte el magistrado ponente...", que no puede ser otra que la Sala de Decisión a que se refiere el artículo 29.

El artículo 183 del C. C. A., al reglamentar el recurso ordinario de súplica en materia contencioso-administrativa, contiene idéntica regulación a la del artículo 363 antes mencionado, pues prevé que dicho recurso debe interponerse "...en escrito dirigido a la Sala de que forma parte el ponente...", o sea, a la Sala de Decisión.

Lo anterior demuestra, que "resulta impropio a la luz de la técnica procesal civil colombiana, hacer distinción entre Salas de Decisión y Salas de Sección...". (Aclaración de voto en la providencia de 1° de noviembre de 1991 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente, doctor Yesid Rojas Serrano, Expediente número Q-005. Actor: Alvaro Rojas Durán). (Las subrayas son del texto).

Fecha, *ut supra.*

*Ernesto Rafael Ariza Muñoz,* Consejero.

NOTA RELATORIA: El doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz, reitera la tesis por él sostenida en la aclaración de voto de la providencia del 1°.de noviembre de 1995, de la Sala Plena en el Expediente Q-005.

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA / JURISPRUDENCIA DE SECCION - Procedencia (Aclaración de voto)**

**De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley 11 de 1975, el recurso de súplica procedía cuando las secciones acogían doctrina contraria a "alguna jurisprudencia", ya se dijo. El adjetivo alguna denota indeterminación, y esa indeterminación inequívoca que se pretende y que llevó a la conclusión de que era la jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, precisamente, o de la extinguida Sala de Negocios Generales, aquella a que se refería la mentada disposición. La corporación a que se refiere la norma es, claro está, el Consejo de Estado. Las decisiones de cada una de sus secciones son decisiones del Consejo de Estado, sin dudas, y por lo mismo los criterios que expresan son también la jurisprudencia del Consejo de Estado. Siendo así, su contrariedad hace procedente el recurso extraordinario de súplica. El recurso de súplica procede cuando sin la aprobación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo se acoja doctrina contraria a la jurisprudencia de la Corporación, y no procede en caso contrario. Interpuesto el recurso, la Sala ha de estudiar, en primer lugar, si la providencia impugnada acoge doctrina contraria a la jurisprudencia de la corporación, para determinar la procedencia del recurso. Si el recurso fuere procedente, examinará el fondo del asunto, para entonces confirmar la providencia impugnada si advierte que se ajusta a la ley, o a revocarla si encuentra que es violatoria de la ley. La contrariedad de la sentencia impugnada a la jurisprudencia de la corporación sólo determina la procedencia del recurso, pero no su prosperidad. El recurso sólo puede prosperar, en los casos en que procede, cuando la providencia que se impugna sea violatoria de la ley.**

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., dos (2) de febrero de mil novecientos noventa y seis (1996).

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

Radicación número S-348.

Referencia: Recurso extraordinario de súplica.

Demandante: Ahorramás, Corporación de Ahorro y Vivienda.

## ACLARACION DE VOTO

### I

Disponía el artículo 2° de la Ley 11 de 1975 que el recurso de súplica procedía contra los autos interlocutorios y las sentencias dictadas por una de las secciones en las que, sin la previa autorización de la Sala Plena, se acogiera doctrina contraria a "alguna jurisprudencia".

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en providencia de 25 de marzo de 1981, expresó que, de conformidad con lo establecido en ese artículo y en el artículo 24 del Decreto 528 de 1964, "la jurisprudencia cuya contradicción pueda dar origen al recurso de súplica, no es otra que la interpretación adoptada por la antigua Sala de Negocios Generales o la acogida por la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado sobre un determinado aspecto jurídico" (**Anales**, T. C., núms. 469-470, p. 528).

Es éste el criterio que ha prevalecido desde entonces, con base en el cual se ha tenido por improcedente el recurso de súplica interpuesto respecto de providencias que contengan doctrina contraria a la jurisprudencia de las secciones en que se encuentra dividida la Sala.

Mi opinión es otra. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley 11 de 1975, el recurso de súplica procedía cuando las secciones acogían doctrina contraria a "alguna jurisprudencia", ya se dijo. El adjetivo alguna denota indeterminación, y esa indeterminación resulta incompatible con la identificación inequívoca que se pretende y que llevó a la conclusión de que era la jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, precisamente, o de la extinguida Sala de Negocios Generales, aquélla a que se refería la mentada disposición.

Creo pues que, en los términos del artículo 2° de la Ley 11 de 1975, el recurso de súplica procedía cuando se contrariara alguna jurisprudencia del Consejo de Estado, cualquiera fuera su origen.

Hoy, según lo dispuesto en el artículo 130 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 21 del Decreto 2304 de 1989, el recurso de súplica procede contra los autos interlocutorios y las sentencias proferidas por las secciones, cuando sin la aprobación de la Sala Plena se acoja doctrina contraria a "la jurisprudencia de la corporación".

Después expedida la disposición anterior reiteró la Sala, en sentencia de 6 de marzo de 1990, que el recurso extraordinario de súplica procedía sólo cuando la jurisprudencia pretendidamente contrariada por la de una de las secciones estuviera contenida en sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo o de las extinguidas Sala de Negocios Generales y Sala de lo Contencioso Administrativo (Expediente S-132).

Otras muchas providencias podrían citarse al respecto, pero baste con la nombrada.

Y es también otra mi opinión. La corporación a que se refiere la norma es, claro está, el Consejo de Estado. Las decisiones de cada una de sus secciones son decisiones del Consejo de Estado, sin dudas, y por lo mismo los criterios que expresan son también la jurisprudencia del Consejo de Estado. Siendo así, su contrariedad hace procedente el recurso extraordinario de súplica.

La sentencia dictada en esta oportunidad reiteró que "la contradicción debe presentarse entre la sentencia acusada y la jurisprudencia adoptada por las antiguas Salas de Negocios Generales y Contencioso-Administrativa y la Sala Plena Contenciosa", y que "la jurisprudencia que sienten las distintas secciones, en consecuencia, no es susceptible de invocarse como contrariada para los efectos del recurso".

Es esa la opinión que no comparto.

II

Es impropio afirmar, como se hizo en la providencia y es costumbre, que el recurso no prospera porque la sentencia impugnada no es contraria a la jurisprudencia de la corporación. En tales casos lo que corresponde es advertir que contra la providencia impugnada no hay recurso de súplica, es decir, que no es procedente, y rechazarlo, en consecuencia. Pero no declarar que no prospera.

En efecto, habrá recurso de súplica, dice el artículo 130 del Código Contencioso Administrativo, contra los autos interlocutorios y las sentencias dictadas por una de las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo cuando sin la aprobación de la Sala Plena se acoja doctrina contraria a la jurisprudencia de la corporación. En caso contrario, es claro, no habrá recurso de súplica.

En otros términos, el recurso de súplica procede cuando sin la aprobación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo se acoja doctrina contraria a la jurisprudencia de la corporación, y no procede en caso contrario.

Entonces, interpuesto el recurso, la Sala ha de estudiar, en primer lugar, si la providencia impugnada acoge doctrina contraria a la jurisprudencia de la corporación, para determinar la procedencia del recurso. Si el recurso fuere procedente, examinará

el fondo del asunto, para entonces confirmar la providencia impugnada si advierte que se ajusta a la ley, o a revocarla si encuentra que es violatoria de la ley.

La contrariedad de la sentencia impugnada a la jurisprudencia de la corporación sólo determina la procedencia del recurso, pero no su prosperidad. El recurso sólo puede prosperar, en los casos en que procede, cuando la providencia que se impugna sea violatoria de la ley.

Por lo expuesto, resulta impropio afirmar, repito, como se hizo en la providencia, que el recurso no prospera porque no se contraría la jurisprudencia de la corporación. Si ello es así, lo que ocurre es que contra la sentencia impugnada no había recurso de súplica, es decir, que no era procedente, y es eso lo que debe declararse y el recurso debe ser rechazado, pero no declarar que no prospera.

*Mario Alario Méndez.*

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Técnica / SALA DE DECISION - Procedencia**

**Los proveídos de la Sala de Decisión de la Sala Contenciosa Administrativa que resuelven recurso ordinario de súplica sí constituyen jurisprudencia procedente para la comparación que impone el recurso extraordinario de súplica, como bien lo expone el honorable Consejero doctor *Amado Gutiérrez Velásquez* en su aclaración de voto mediante planteamientos cuyos términos comparto plenamente.**

## ACLARACION DE VOTO

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., dieciséis (16) de enero de mil novecientos noventa y seis (1996).

Radicación número S-348.

Referencia: Recurso Extraordinario de súplica.

Actor: Ahorramás, Corporación de Ahorro y Vivienda.

Respecto a la sentencia del 14 de diciembre de 1995 en el asunto de la referencia, debo manifestar con todo respeto que, si bien estoy de acuerdo con la parte resolutiva, considero "que los proveídos de la Sala de Decisión de la Sala Contenciosa Administrativa que resuelven recurso ordinario de súplica sí constituyen jurisprudencia procedente para la comparación que impone el recurso extraordinario de súplica", como bien lo expone el honorable Consejero doctor Amado Gutiérrez Velásquez en su aclaración de voto mediante planteamientos cuyos términos comparto plenamente.

Atentamente,

*Rodrigo Ramírez González,* Consejero de Estado.

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Procedencia / JURISPRUDENCIA DE SALA DE DECISION /RECURSO ORDINARIO DE SUPLICA - Impugnación (Aclaración de voto)**

**Los proveídos de la Sala de Decisión de la Sala Contenciosa Administrativa que resuelven recurso ordinario de súplica sí constituyen jurisprudencia procedente para la comparación que impone el recurso extraordinario de súplica. En efecto, cuando la Sala Plena resuelve un recurso ordinario de súplica apenas se excluye a uno de sus integrantes, razón bastante para llegar a la conclusión señalada habida cuenta que se consideran de dicha sala los proferimientos que resuelven recurso extraordinario de súplica aunque de ella están excluidos todos los integrantes de la Sección que expidió la providencia suplicada. Igual acontece con los fallos de revisión de la Sala Plena, con la diferencia de que para proferirlos apenas se excluye a los "...magistrados que intervinieron en su expedición..." (art. 186 C.C.A.). Estimar lo contrario, como se consigna en el fallo ameritado, respecto de autos de sala de decisión de la antigua Sala de Negocios Generales lleva a restringir en extremo la jurisprudencia que procede aducir para sustentar el recurso extraordinario de súplica, lo que conduce a la mayor ineficacia de ese medio defensivo.**

**ACLARACION DE VOTO**

Referencia: Expediente número S-348.

Actor: Ahorramás.

Muy comedidamente aclaro mi voto en la sentencia de fecha diciembre 14 del año en curso, pues aunque estoy de acuerdo con la parte resolutiva considero que los proveídos de la Sala de Decisión de la Sala Contenciosa Administrativa que resuelven recurso ordinario de súplica sí constituyen jurisprudencia procedente para la comparación que impone el recurso extraordinario de súplica.

En efecto, cuando en sala de decisión la Sala Plena resuelve un recurso ordinario de súplica apenas se excluye a uno de sus integrantes, razón bastante para llegar a la conclusión señalada habida cuenta que se consideran de dicha sala los proferimientos que resuelven recurso extraordinario de súplica aunque de ella están excluidos todos los integrantes de la Sección que expidió la providencia suplicada.

Igual acontece con los fallos de revisión de la Sala Plena, con la diferencia de que para proferirlos apenas se excluye a los "...magistrados que intervinieron en su expedición..." (art. 186 del C.C.A.).

Estimar lo contrario, como se consigna en el fallo ameritado, respecto de autos de sala de decisión de la antigua Sala de Negocios Generales lleva a restringir en extremo la jurisprudencia que procede aducir para sustentar el recurso extraordinario de súplica, lo que conduce a la mayor ineficacia de ese medio defensivo.

Santa Fe de Bogotá, D. C., diciembre 19 de 1995.

*Amado Gutiérrez Velásquez.*

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Procedencia / JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE DECISION / RECURSO ORDINARIO DE SUPLICA / (Aclaración de voto)**

## ACLARACION DE VOTO

Santa Fe de Bogotá, D. C., enero treinta y uno (31) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Por compartir en su integridad los planteamientos expuestos en la aclaración de voto del honorable Consejero doctor *Amado Gutiérrez Velásquez,* y ser los mismos que expresé durante el debate en la Sala Plena, me adhiero a aquella aclaración.

Cordialmente,

*Daniel Suárez Hernández.*

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Procedencia / JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE DECISION / RECURSO ORDINARIO DE SUPLICA - Impugnación / (Aclaración de voto)**

## ACLARACION DE VOTO

Santa Fe de Bogotá, D. C., doce (12) de enero de mil novecientos noventa y seis (1996).

Conforme a la tesis expuesta en aclaración de voto, el 19 de diciembre de 1995 suscrita con el doctor Amado Gutiérrez Velásquez, dentro del expediente de la referencia, Actor: Ahorramás, Corporación de Ahorro y Vivienda, reitero los planteamientos sentados en dicha oportunidad.

Atentamente,

*Juan de Dios Montes Hernández.*

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Procedencia / JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE DECISION / RECURSO ORDINARIO DE SUPLICA - Impugnación / (Aclaración de voto)**

## ACLARACION DE VOTO

Santa Fe de Bogotá, D. C., enero 11 de 1996.

Por compartir en su integridad los planteamientos expuestos en la aclaración de voto del honorable Consejero doctor Amado Gutiérrez Velásquez, me adhiero a ellos.

*Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Procedencia / JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE DECISION / RECURSO ORDINARIO DE SUPLICA - Impugnación / (Aclaración de voto)**

## ACLARACION DE VOTO

Santa Fe de Bogotá, D. C., dieciocho (18) de enero de mil novecientos noventa y seis (1996).

Como las razones de mi aclaración de voto al fallo de la referencia son las mismas expresadas por el honorable Consejero doctor Amado Gutiérrez Velásquez, en aras de la economía procesal a ellas me remito.

Respetuosamente,

*Libardo Rodríguez Rodríguez.*

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION - Causales / DOCUMENTO FALSO / FALSEDAD DOCUMENTAL / DOLO - Requisitos/ CULPA - Improcedencia**

**Funda su cuestionamiento argumentando que la sentencia recurrida se profirió tomando en cuenta el certificado de registro civil de nacimiento acompañado a la demanda, en la que por un *"lapsus calami"* se hizo constar como fecha de su nacimiento el 25 de abril de 1961, siendo así, como lo demuestra con certificados de nacimiento y certificación expedida por el Registrador del Estado Civil de la Victoria (Boyacá), que lo fue el 25 de abril de 1971, por lo que ese primer certificado es falso, adulterado en cuanto a la fecha de nacimiento del citado demandante, lo que dio lugar al desconocimiento de la indemnización de perjuicios morales en su favor. Pero la prosperidad del recurso extraordinario de que se trata impone al proceso un aspecto fundamental que llegue a modificar la situación juzgada y que, necesariamente, no pudo ser conocida o demostrada en el curso de aquel, con lo que se evita que la revisión se convierta en otra instancia en la que se enjuicia el contenido de la sentencia. En el presente caso, si bien se encuentra plenamente demostrada la fecha real del nacimiento del demandante, no se dan los elementos tipificadores de la falsedad o adulteración documental, pues si esta puede ser material o ideológica, consistente la primera en la mutación física del documento, y la segunda en la alteración intelectual de su contenido, siempre se requiere, como elemento esencial que ello obedezca a dolo, a intencionalidad, de quien muta el documento o lo expide apartándose de lo que en él debe constar. No existe falsedad documental culposa. Al respecto ha escrito José Irureta Goyena: "...Son tres los caracteres de la falsificación: alteración de la verdad, daño real o posible derivado del documento falsificado y dolo..."**

**(Delitos de Falsificación Documental y Estafa. T. III, 2ª Edición. Montevideo, 1928, pág. 7). En el caso de autos, para la prosperidad del cargo por la causal en estudio se requeriría que el documento en cuestión hubiera sido tachado de falso y declarado así por la autoridad a quien correspondía hacerlo, de lo cual no obra prueba.**

*Consejo de Estado - Sala Plena de lo ContenciosoAdministrativo.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., diciembre dicienueve (19) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Amado Gutiérrez Velásquez.*

Radicación número: REV.-076.

Actor: Luis Fernando Palacios Florido.

Se procede a decidir el recurso extraordinario de revisión interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 21 de noviembre de 1991, proferida por la Sección Tercera de esta Corporación, mediante la cual se desató el recurso de apelación interpuesto por Obdulio Palacios y otros contra la sentencia de 27 de junio de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá en proceso con acción de reparación directa contra la Nación-Ministerio de Defensa.

## ANTECEDENTES

1. *La demanda*

La esposa, hijos, padres y hermanos del señor Luis Eduardo Palacios Martínez presentaron demanda contra la Nación-Ministerio de Defensa- para que se la condene a pagar indemnización por los daños materiales y morales inferidos como consecuencia de la muerte violenta de aquel a manos del cabo segundo de la policía Jesús Elkin Santamaría.

2. *Los hechos*

Los narra la demanda así: El 10 de mayo de 1985, en la cárcel municipal de La Victoria (Boyacá), el Suboficial de la Policía Nacional Jesús Elkin Santamaría dio muerte en forma violenta e injusta al señor Luis Eduardo Palacios, quien había sido retenido horas antes. Contaba la víctima al tiempo de los hechos 37 años de edad y era el único apoyo de su esposa e hijos menores, a quienes se causó graves perjuicios materiales y morales, los cuales se extendieron también a sus padres y hermanos.

3. *El fallo de primera instancia*

Para el Tribunal Administrativo de Boyacá, al encontrar suficientemente probado que la muerte del señor Palacios Martínez fue consecuencia de disparos de arma de dotación oficial accionada por el Suboficial de la Policía en mención en las propias instalaciones del cuartel, según se consignó en la sentencia condenatoria proferida por el Consejo Verbal de Guerra que se adelantó contra Jesús Elkin Santamaría, y que fue transcrita casi en su totalidad en el proveído, se configuraron plenamente los elementos de la responsabilidad de la administración, así: una falla en la prestación del servicio; un daño inferido en alguno de los bienes tutelados por el Estado y el nexo causal entre una y otro.

Definida la responsabilidad de la Nación se procedió a establecer las indemnizaciones correspondientes.

4. *La sentencia cuya revisión se impetra*

La mandataria judicial de los demandantes apeló del prealudido fallo, porque si bien fue casi totalmente favorable a sus representados se les negó el reconocimiento de perjuicios materiales a pesar de existir pruebas sobre la juventud, preparación y capacidad laboral del victimado.

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corporación, mediante el fallo objeto de este recurso, confirmó la decisión en aquel contenida excepción hecha de lo siguiente:

1. Revocó la indemnización decretada en favor de Luis Femando Palacios Florido, por cuanto según el registro civil aportado con la demanda la fecha de su nacimiento fue el 25 de abril de 1961, anterior a la del matrimonio de Luis Eduardo Palacios Martínez con la señora Ana Genith Florido, y no se aportó prueba de su reconocimiento como hijo extramatrimonial.

2. Revocó la decisión de denegar indemnización por los perjuicios materiales causados a la esposa e hijos, pues pese a que el victimado no se encontraba trabajando al momento de su muerte sí había desempeñado cargos en el municipio como profesor, secretario del juzgado y alcalde. Aplicando las tablas correspondientes, estableció en abstracto la indemnización a liquidar por perjuicios materiales a la esposa e hijos.

3. Modificó la condena que por perjuicios morales se hizo a favor de cada uno de los padres, elevándola a mil gramos (1.000) de oro fino.

4. Se revocó la condena que por perjuicios morales se hizo a cada uno de los hermanos de la víctima, por no tener las declaraciones recepcionadas al respecto la fuerza de convicción necesaria para probar el efecto que entre ellos se profesaban.

## II. LA DEMANDA DE REVISION

Luis Femando Palacios Florido, mediante apoderado, solicita la revisión de la sentencia de 21 de noviembre de 1991, proferida por la Sección Tercera, en cuanto le negó el reconocimiento de los perjuicios morales causados por la muerte de su padre, Luis Eduardo Palacios.

Invoca, como causal de revisión, la prevista en el numeral primero del artículo 188 del C.C.A., por cuanto se dictó la sentencia con base en documento falso o adulterado en relación a la fecha de su nacimiento. Afirma que el certificado de registro de nacimiento que se acompañó a la demanda era falso porque, por un *"lapsus calami"*, se cambió el verdadero año de nacimiento, que fue 1971 por 1961.

Presentó como prueba el registro civil de nacimiento del citado Luis Femando, así como la certificación del Registrador Municipal del Estado Civil de La Victoria, Boyacá, que relacionan, como fecha de nacimiento de aquel, el 25 de abril de 1971. Pretende, entonces, que se revise el fallo y se condene a la Nación –Policía Nacional– al pago en favor del recurrente de mil gramos (1.000) oro por perjuicios morales.

## III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso extraordinario de revisión, que por su naturaleza especial rompe el marco jurídico de lo que se entiende por cosa juzgada, exige para su prosperidad que se dé alguna de las causales taxativamente señaladas en el artículo 188 del Código Contencioso Administrativo.

En el presente caso el recurrente invoca la causal contemplada en el numeral primero del citado artículo, subrogado por el art. 41 del Decreto-ley 2304 de 1989, por haberse "... dictado la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados".

Funda su cuestionamiento argumentando que la sentencia recurrida se profirió tomando en cuenta el certificado de registro civil de nacimiento de Luis Femando Palacios Florido acompañado a la demanda, en la que por un *"lapsus calami"* se hizo constar como fecha de su nacimiento el 25 de abril de 1961, siendo así, como lo demuestra con certificados de nacimiento y certificación expedida por el Registrador del Estado Civil de La Victoria (Boyacá), que lo fue el 25 de abril de 1971, por lo que ese primer certificado es falso, adulterado en cuanto a la fecha de nacimiento del citado demandante, lo que dio lugar al desconocimiento de la indemnización de perjuicios morales en su favor.

Pero la prosperidad del recurso extraordinario de que se trata impone traer al proceso un aspecto fundamental que llegue a modificar la situación juzgada y que,

necesariamente, no pudo ser conocida o demostrada en el curso de aquel, con lo que se evita que la revisión se convierta en otra instancia en la que se enjuicia el contenido de la sentencia. En el presente caso, si bien se encuentra plenamente demostrada la fecha real del nacimiento del señor Luis Fernando Palacios Florido, no se dan los elementos tipificadores de la falsedad o adulteración documental, pues si esta puede ser material o ideológica, consistente la primera en la mutación física del documento, y la segunda en la alteración intelectual de su contenido, siempre se requiere, como elemento esencial, que ello obedezca a dolo, a intencionalidad, de quien muta el documento o lo expide apartándose de lo que en él debe constar. No existe falsedad documental culposa. Al respecto ha escrito José Irureta Goyena: "...Son tres los caracteres de la falsificación: alteración de la verdad, daño real o posible derivado del documento falsificado y dolo..." (Delitos de Falsificación Documental y Estafa, T. III., 2ª Edición. Montevideo 1928, pág. 7). En el caso de autos, para la prosperidad del cargo por la causal en estudio se requeriría que el documento en cuestión hubiera sido tachado de falso y declarado así por la autoridad a quien correspondía hacerlo, de lo cual no obra prueba.

De ese modo, como está planteado el recurso se infiere que la sentencia impugnada desestimó las pretensiones del actor por efecto de la apreciación y valoración de un documento de contenido parcialmente erróneo, aspecto que no puede ser corregido por medio del recurso extraordinario en examen, por no corresponder esa situación a la que prevé la causal de revisión invocada.

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

**FALLA:**

**NO PROSPERA** el recurso extraordinario de revisión propuesto por el señor Luis Fernando Palacios Florido contra la sentencia de 21 de noviembre de 1991, proferida por la Sección Tercera de esta Corporación.

Cópiese, notifíquese y, ejecutoriado este proveído, vuelva el expediente a la Sección de origen.

Este proveído fue estudiado y aprobado por la Sala Plena en sesión del doce (12) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

*Diego Younes Moreno,* (Presidente); *Mario Alario Méndez, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Julio Enrique Correa Restrepo, Guillermo Chahín Lizcano, Mirén de la Lombana de Magyaroff; Clara Forero de Castro, Delio Gómez Leyva,* (ausente); *Manuel S. Urueta Ayola, Amado Gutiérrez*

*Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Libardo Rodríguez Rodríguez, Dolly Pedraza de Arenas* (ausente); *Consuelo Sarria Olcos, Rodrigo Ramírez González.*

*Mercedes Tovar de Herrán,* Secretaria General.

# SECCION PRIMERA

**INSCRIPCION DE INMUEBLE / OFICINA DE REGISTRO / ERROR / CANCELACION - Inexistencia**

**Del texto de la norma transcrita infiere la Sala que el error puede consistir en la omisión de nombres (palabras) y de cifras (porcentajes), y para subsanarlo lo procedente es insertar tales nombres y cifras. Al haberse calificado jurídicamente el contenido de la cláusula segunda de la escritura pública como estipulación para otro, ello implicaba deducir, sin lugar a hesitación alguna, que el acto de registro inicial no exhibía el verdadero estado jurídico del bien, como lo manda el artículo 82 del Decreto-ley 1250 de 1970, porque se había omitido el nombre de otras personas señaladas también como titulares del derecho de dominio sobre el inmueble y, por ende, la cifra o porcentaje, en este caso el 50%, que les correspondía a dichos titulares en común y proindiviso sobre el mismo, motivo por el cual efectivamente se estaba en presencia de un error, cuyo mecanismo para subsanarlo es el que consagra el referido artículo 35. Una cosa es que el derecho de propiedad resulte afectado en virtud de una corrección y otra muy distinta que dicho derecho desaparezca del mundo jurídico, como acontecería con la cancelación, lo cual no se dio en el caso *sub examine*.**

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., seis (6) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Radicación número 1540.

Referencia: Recurso de apelación contra la sentencia de 16 de marzo de 1995, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Actores: Marlén María Rivera de Suárez y otro.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado de los actores contra la sentencia de 16 de marzo de 1995, proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que denegó las súplicas de la demanda.

## I. ANTECEDENTES

I. 1. *Marlén Rivera de Suárez y Bernardo de Jesús Suárez Ramírez*, por medio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., presentaron demanda ante esta Corporación, la cual posteriormente fue remitida por competencia al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, tendiente a que mediante sentencia se hicieran las siguientes declaraciones:

1ª. Es nula la Resolución No. 00746 de 7 de noviembre de 1989 **"por la cual se efectúan unas correcciones"**, expedida por el Registrador de Instrumentos Públicos del Círculo de Bogotá, D. E., Zona Centro.

2ª. Es nula la Resolución No. 1279 de 21 de marzo de 1990 **"por la cual se decide un recurso de apelación"**, expedida por el Superintendente de Notariado y Registro.

3ª. Son nulas las correcciones realizadas en el folio de Matrícula Inmobiliaria No. 0500238625, individualizadas en las Anotaciones Nos. 07 y 08 del 14 de diciembre de 1989 y la anotación de 30 de marzo de 1990.

4ª. Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se ordene la supresión de las anotaciones realizadas con fundamento en los actos administrativos declarados nulos y las inscripciones que tengan relación directa con las mismas, de tal manera que finalmente aparezcan los actores como únicos propietarios del inmueble, sin gravámenes.

I.2 En apoyo de sus pretensiones los actores adujeron los siguientes cargos de violación:

*Primer cargo.* Los actos acusados violan los artículos 16 y 30 de la Constitución Política de 1886 y 2° del Decreto-ley 01 de 1984 porque la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá ordenó la corrección de un folio de matrícula inmobiliaria alterando la titularidad del derecho de dominio sobre un bien al inscribir a tres nuevos propietarios, sin fundamento jurídico que justifique tal determinación.

Efectuada la tradición de un derecho de dominio en legal forma los adquirientes reciben en su patrimonio un derecho que configura una situación jurídica concreta que para efectos del respeto exigido a las autoridades administrativas es un derecho adquirido y consolidado en cabeza del nuevo propietario y cuya eficacia y validez sólo puede controvertirse ante un Juez.

Mal puede la Administración alterar los antecedentes de tradición de un bien de buenas a primeras y hacer dueños a unos terceros de cuotas partes sobre bienes que ya han sido negociadas y enajenados conforme a derecho.

Al hacer las supuestas correcciones los actos acusados dejaron sin valor una tradición de dominio y como ésta no es un acto administrativo su cuestionamiento depende exclusivamente de la voluntad de las partes o de las decisiones de los Jueces.

*Segundo cargo*. Se violó el artículo 756 del Código Civil porque en este caso la tradición se hizo conforme lo ordena dicho precepto. En efecto, la propiedad del 100% en cabeza de *María Elisa Gutiérrez de Rojas*, inscrita en el folio cuya corrección se ordenó, quien adquirió a su vez del señor *Italo Santamaría*, fue vendida a los actores, quienes también fueron inscritos en el respectivo folio y gracias a esa tradición se hicieron propietarios del 100% , es decir, del mismo derecho de dominio sobre el inmueble.

Los derechos nacidos de estos actos jurídicos no pueden ser afectados por actuaciones administrativas, so pretexto de ser meras correcciones, toda vez que mientras no se le presente al Registrador la orden judicial en tal sentido no puede cancelar las inscripciones realizadas porque le es ajeno a su competencia, de conformidad con el artículo 39 del Decreto-ley 1250 de 1970.

*Tercer cargo*. Se interpretaron indebidamente el artículo 1.506 del Código Civil y los contratos de compraventa contenidos en las Escrituras Públicas Nos . 0931 y 8371.

El artículo 1.506 del Código Civil consagra la figura de la estipulación para otro, de la cual equivocadamente se valió la Superintendencia de Notariado y Registro para realizar la corrección en el folio de matrícula inmobiliaria.

El Superintendente ordena la supuesta corrección de la inscripción fundamentado en una declaración realizada por el vendedor *Italo Santamaría*, cuando en la cláusula segunda de la Escritura Pública No. 0931, éste dice:

> "...Que *María Elisa Gutiérrez de Rojas*, compra para sus hijos menores *María Elena, Orlando* y *Juan Carlos Rojas Gutiérrez* la mitad del inmueble

a que hace referencia la cláusula primera de la presente escritura el que queda en común y proindiviso con la misma, pero que tanto la compradora, como sus menores hijos, son dueños de la nuda propiedad por cuanto el usufructo sobre el mismo inmueble descrito, estos lo ceden a favor del señor *Segundo Gregorio Rojas Rodríguez*, esposo y padre de los menores, el cual durará mientras viva éste y al morir el usufructuario y la compradora *María Luisa* (sic) *Gutiérrez de Rojas*, el usufructo se consolidará con la propiedad, en cabeza de *María Elena, Orlando* y *Juan Carlos Rojas Gutiérrez*, pero que mientras éstos vivan, o sea *María Elisa Gutiérrez* y *Segundo G. Rojas Rodríguez*, padres de los menores antes mencionados, los citados menores no podrán hacer uso de dicho usufructo y menos de vender la nuda propiedad del inmueble aquí comprado".

Esta declaración no sólo es ineficaz, por violar normas de orden público, sino que resulta jurídicamente irrelevante por las siguientes razones:

a) El vendedor no tiene nada que ver con el destino que le dé el comprador al bien que adquiere, precisamente porque uno de los atributos de la propiedad es el de disponer de los bienes como a bien tenga, dentro de los límites sociales y jurídicos preestablecidos;

b) El fragmento transcrito fue entendido como una compra para otro, que no lo es, entre otras razones, porque quien debe hacer la manifestación de que compra para otro es obviamente el comprador pues el vendedor no tiene nada que ver en ese sentido;

c) Suponiendo que la compradora hubiera querido dejar a sus hijos en la titularidad del 50% del derecho de dominio sobre el bien. Entonces, en el mejor de los casos estaríamos enfrentados a la figura de la representación y las condiciones para el ejercicio del derecho adquirido (entregar el usufructo y limitar la enajenabilidad del inmueble) únicamente podrían ser establecidos por el representante de uno de los compradores ausentes.

La declaración transcrita indica que definitivamente no se trata de una estipulación para otro por cuanto quien estipula para otro definitivamente no pueden administrar ni mucho menos disponer del derecho que estipula en favor del tercero.

Sin embargo, a pesar de que podría pensarse que se trata de una figura de representación legal de la madre en favor de sus hijos, tampoco lo es porque no se acreditó de ninguna manera el parentesco, que es fundamento de la representación legal en cabeza de los padres.

La Escritura Pública de Compraventa No. 0931 de la Notaría 22 es meridianamente clara en cuanto se trata de una compraventa entre *Italo Hernán*

*Santamaría*, quien actúa como vendedor, y *María Elisa Gutiérrez de Rojas*, quien actúa como compradora.

No hay representación y no hay compra para los hijos por su representante, por lo siguiente:

a) La representación extrajudicial se ejerce por ambos padres;

b) No se acreditó la calidad de madre ni de hijos;

c) No se acreditó la calidad de menores de edad.

No hay estipulación para otro ni compra para los hijos, por lo siguiente:

a) No hay contrato de estipulación para otro entre el promitente y el estipulante. De haberlo, en la escritura debió dejarse constancia;

b) María Elisa debió haber manifestado que pagaba el 50% del precio de su dinero y el otro 50% por sus hijos;

c) Para haber podido hacer *Italo Santamaría* la manifestación que hizo en nombre de *María Elisa* debió haber obtenido poder de ésta;

d) La venta para los hijos debía haberse hecho bajo la sola condición de ser aceptada por éstos, porque no puede entenderse que una persona mayor de edad y plenamente capaz compre y se obligue a no vender su propiedad siendo que el derecho a disponer es una de las características esenciales del derecho real;

e) Que no haya habido revocación. En este caso sí la hubo en forma expresa y unilateral al haber vendido la compradora a los demás demandantes.

En el evento remoto que se quisiera dar valor a lo dicho por *Italo Santamaría* en cuanto a la confusa compra para los hijos de *María Elisa Gutiérrez*, no hay la menor duda de que antes que éstos reclamasen ante el Registro (lo cual no hicieron, pues quien reclamó fue el padre siendo ya mayores de edad), ya *María Elisa* había vendido su derecho.

*Cuarto cargo.* Los actos acusados violaron, por las razones antes anotadas, el contrato contenido en la Escritura Pública número 8371 de 1988, de la Notaría Segunda de Bogotá, porque en dicho contrato se vende el 100% del derecho de dominio que *María Elisa Gutiérrez* tiene sobre el inmueble de la carrera 39 número 97-77 de Bogotá y la Superintendencia lo entiende como venta de únicamente el 50%.

*Quinto cargo.* Los actos acusados violaron los artículos 24 a 26 del Decreto-ley 1250 de 1970 porque la Oficina de Registro al calificar la escritura de venta de

las demandantes se encontró frente a la realidad de que había contrato de compraventa, no había contrato de constitución de usufructo, no había representación de la compradora frente a sus hijos, no había estipulación para otro y no había condiciones en la compraventa, por lo cual procedió a hacer la inscripción en una forma pura y simple.

Al haber recibido *María Elisa Gutiérrez* la escritura registrada la aceptó por considerarla ajustada a la realidad, lo cual se confirmó al vender en su totalidad el bien inmueble a los demandantes.

*Sexto cargo*. Se violaron los artículos 35 y 39 a 42 del Decreto-ley 1250 de 1970 porque sólo puede cancelarse la tradición mediante pronunciamiento judicial.

La Superintendencia de Notariado y Registro pretende hacer ver su actuación como una mera corrección cuando en realidad lo que hizo fue invalidar una tradición antecedente, para lo cual no tiene competencia.

Además, no existe legitimidad en quien promovió la actuación administrativa ya que a *Segundo Gregorio Rojas* no le asiste interés jurídico en la corrección y no actuó como representante de sus hijos porque estos son mayores de edad y por tanto no están representados legalmente por su padre.

## II. LA SENTENCIA RECURRIDA

Para adoptar la decisión apelada el *a quo* razonó, principalmente, de la siguiente manera:

1°. Debe analizarse en primer término si el Registrador de Instrumentos Públicos tenía o no competencia para tomar la decisión que adoptó, que es a lo que se refiere el sexto cargo, pues en definitiva de éste dependen los demás cargos.

Del texto de los artículos 35 y 39 del Decreto-ley 1250 de 1970 se desprende que entre la corrección y la cancelación del registro o inscripción existen notorias diferencias.

En primer lugar, la corrección procede cuando se verifica que se ha incurrido en un error al realizar la inscripción por parte de la respectiva Oficina de Registro, mientras que la cancelación no implica la ocurrencia de un error por parte de dicha oficina, sino simplemente el acatamiento de la misma a lo dispuesto en un acto, contrato o providencia que ordena o respalda esa medida.

En segundo lugar, la corrección de la inscripción no implica que ésta desaparezca sino que simplemente sufre una modificación para adecuarla a la verdadera situación jurídica del inmueble, mientras que la cancelación sí tiene los efectos de dejar sin valor la inscripción inicial, es decir, que ésta desaparece.

En el caso en estudio se advierte claramente que la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá mediante los actos acusados ordenó una corrección de inscripciones, más no efectuó una cancelación de las mismas.

En efecto, dispuso la corrección de la anotación 07 para con base en la Escritura No. 0931 de 13 de junio de 1979, de la Notaría 22 de Bogotá, incluir como compradores, además de Gutiérrez de Rojas María Elisa, en un 50% a Rojas Gutiérrez María Elena, Rojas Gutiérrez Orlando y Rojas Gutiérrez Juan Carlos. Y, como consecuencia de dicha corrección, dispuso la corrección de la anotacion 08 correspondiente a la Escritura No. 8371 de 20 de diciembre de 1988, de la Notaría Segunda, pues inicialmente figuraba la compraventa de la totalidad del inmueble y con la corrección aparece la venta de derechos en común y proindiviso del 50% del inmueble.

Es decir, que las inscripciones iniciales no desaparecieron sino que se modificaron en forma tal que revelaran la real situación jurídica del inmueble, conforme lo ordena el artículo 82 del Decreto-ley 1250 de 1970.

En esta forma, no se ha producido la violación de las normas infringidas por los demandantes en el cargo en estudio.

No se puede aducir que producida la inscripción de un título en el respectivo folio de matrícula inmobiliaria en forma errónea, inexorablemente se produce la transmisión de la propiedad del inmueble en la forma indicada en esa inscripción por cuanto, en definitiva, no se pueden adquirir mas derechos de los que verdaderamente indica el título o acto que se inscribe- Y mediante la inscripción en la matrícula inmobiliaria correspondiente el Registrador de Instrumentos Públicos sólo se limita a anotar los efectos que el respectivo título o acto produce en la propiedad o en la constitución de derechos reales de un determinado inmueble.

También se aduce en la demanda que quien promovió la actuación administrativa no tenía legitimidad.

Al respecto se observa que el señor Segundo Gregorio Rojas si se encontraba legitimado para promover dicha actuación pues en la Escritura Pública No. 0931 de 1979 se estipula a su favor la cesión del usufructo del inmueble por sus menores hijos María Elena, Orlando y Juan Carlos Rojas Gutiérrez, por lo cual el cargo no prospera.

2°. En lo relacionado con el primer cargo de violación de los artículos 16 y 30 de la Constitución Nacional de 1886 y 2° del Decreto-ley 01 de 1984, para la Sala no puede prosperar por cuanto lo que deja en claro la decisión de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, Zona Centro al corregir la anotación 08, es que los demandantes si bien es cierto habían adquirido el 100% del inmueble

la realidad es que, conforme a los antecedentes de la tradición del inmueble, sólo podían adquirir el 50% del mismo en razón de que la vendedora sólo era propietaria en esa proporción, lo cual descarta la violación del artículo 30 de la anterior Constitución Política, pues precisamente los demandantes no acreditaron el justo título a que alude la norma para adquirir el derecho de propiedad sobre el 100% del inmueble.

Consecuencialmente, se llega a la conclusión de que no se produjo la violación del artículo 16 *ibidem*, ni del artículo 2º del Decreto-ley 01 de 1984.

Las correcciones se hicieron con la finalidad de que las inscripciones estuvieran acordes con el contenido de los títulos que las originaron, es decir, con la verdadera situación jurídica del inmueble y, por consiguiente, ello no significó que se hubiese tomado una decisión que en el fondo implicaba dejar sin efecto dichos títulos. De manera que no se está frente a unas correcciones con los alcances anotados de cambiar o modificar los efectos de los títulos que dieron lugar a las inscripciones como para concluir que el Registrador anuló, revocó o dejó sin efecto una tradición de dominio que sólo se hubiese podido producir en virtud de una sentencia del juez correspondiente.

3º. En lo atinente al segundo cargo de violación del artículo 756 del Código Civil se debe tener en cuenta que aún efectuada la inscripción de un título o acto en la matrícula inmobiliaria no se descarta la posibilidad de que el Registrador de Instrumentos Públicos, previa verificación de un error en esa inscripción, proceda de conformidad con el artículo 35 del Decreto-ley 1250 de 1970 a efectuar la correspondiente corrección para adecuar la inscripción a la verdadera situación jurídica del inmueble, que fue lo que precisamente ocurrió en este caso. En consecuencia, no prospera el cargo.

4º. En cuanto a la violación por indebida interpretación del artículo 1.506 del Código Civil y de los contratos de compraventa contenidos en las Escrituras Públicas Nos. 0931 y 8371, para la Sala no se presenta la violación de la citada norma legal por cuanto de la interpretación de las cláusulas del contrato de compraventa se observa que María Elisa Gutiérrez de Rojas efectivamente compró para María Elena, Orlando y Juan Carlos Rojas Gutiérrez el 50% del inmueble. Y como, según el citado artículo 1.506, cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derechos para representarla, con base en esa figura María Elisa Gutiérrez pudo comprar a favor de los mencionados hijos, sin que resultase necesario acreditar su condición de madre de éstos para demostrar la representación legal.

5º. En cuanto al cargo de violación de los artículos 24 a 26 del Decreto número 1250 de 1970, tampoco prospera, pues es cierto que la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá inicialmente calificó la Escritura número 8371

de 1988 como de compraventa del 100% del inmueble correspondiente al Folio de Matrícula Inmobiliaria No. 050-0238625, pero ocurre que esa calificación fue equivocada por cuanto los antecedentes revelaban que la situación jurídica del inmueble era bien distinta como quiera que según la Escritura No. 0931 de 1979 María Elisa Gutiérrez de Rojas solamente había adquirido el 50% del inmueble para ellas y, por consiguiente, sólo podía enajenar el inmueble en esa proporción.

De manera que una calificación jurídica de un documento efectuada por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos con base en los artículos 24 a 26 del Decreto-ley 1250 de 1970 puede dar lugar a una inscripción equivocada que luego puede ser corregida por dicha Oficina en el momento en que se detecte, de oficio o a petición de parte.

## III. **FUNDAMENTOS DEL RECURSO**

Los recurrentes, además de reiterar lo expuesto en los cargos de la demanda, adujeron como motivos de discrepancia con el fallo apelado, en esencia, los siguientes:

1°. La Oficina de Registro no tiene facultad para desconocer el derecho de dominio que pertenece de manera exclusiva a los demandantes ni para revocar la tradición que del derecho de dominio se hizo en su favor. Las resoluciones demandadas no hacen una simple corrección sino una modificación de fondo en cuanto a los titulares del derecho de dominio.

La tradición es un acto jurídico y el control del mismo corresponde a la Justicia Ordinaria y de manera alguna a las Oficinas de Registro. Bien diferente es que se hubiese incurrido en un error en el nombre: por ejemplo Marlén por Marlene, caso en el cual si es posible hacer la corrección. También había podido corregirse antes de haberse dado publicidad a la anotación. Pero una vez hecha pública la tradición no puede hacerse modificación alguna por la Oficina de Registro y menos si no hay causa para hacerla o tomándose la facultad de hacer interpretaciones de fondo sobre el contenido de un acto jurídico para considerarlo válido o no y llegar a la conclusión de que por haberse equivocado debe hacerse la corrección en perjuicio de los demandantes, quienes no fueron parte en la comisión del error.

Lo que se ordenó fue una verdadera cancelación porque se está cancelando la inscripción que le reconoce a María Elisa Gutiérrez el 100% del derecho de dominio sobre el inmueble para que aparezca solamente el 50%.

Los demandantes compraron de buena fe y se les hizo una verdadera tradición fundada en un justo título y su condición de propietarios no puede ser modificada por un simple acto administrativo. Se requiere de una sentencia judicial que decida sobre el aspecto de fondo.

2°. Los hijos de Segundo Gregorio Rojas Rodríguez no están representados por ninguno de sus padres, pero además han debido comparecer personalmente al proceso administrativo porque eran mayores de edad.

3°. La estipulación para otro requiere que el otro haga presencia en la reclamación del derecho que se estipula en su favor. Los hijos de María Elisa Gutiérrez nunca hicieron presencia para reclamar sus presuntos derechos.

En la Escritura número 0931 de 13 de junio de 1979 María Elisa Gutiérrez estaba comprando en nombre de sus hijos y esa calidad, que debía demostrar, no la demostró nunca. Además, la representación extrajudicial debe hacerse por ambos padres, como lo enseña el artículo 307 del Código Civil.

## IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El origen de la controversia radica en la cláusula segunda de la Escritura Pública No. 0931 de 13 de junio de 1979, de la Notaría 22 del Círculo de Bogotá, contentiva del contrato de compraventa, celebrada entre *Italo Hernán Santamaría Gómez* y *María Elisa Gutiérrez de Rojas* (folio 6 vuelto cuaderno principal), cuyo texto es el siguiente:

> "...Que *María Elisa Gutiérrez de Rojas*, compra para sus hijos menores *María Elena, Orlando* y *Juan Carlos Rojas Gutiérrez* la mitad del inmueble a que hace referencia la cláusula primera de la presente escritura el que queda en común y proindiviso con la misma, pero que tanto la compradora, como sus menores hijos, son dueños de la nuda propiedad por cuanto el usufructo sobre el mismo inmueble descrito, estos lo ceden a favor del señor *Segundo Gregorio Rojas Rodríguez*, esposo y padre de los menores, el cual durará mientras viva éste y al morir el usufructuario y la compradora *María Luisa* (sic) *Gutiérrez de Rojas*, el usufructo se consolidará con la propiedad, en cabeza de *María Elena, Orlando* y *Juan Carlos Rojas Gutiérrez*, pero que mientras éstos vivan, o sea *María Elisa Gutiérrez* y *Segundo G. Rojas Rodríguez*, padres de los menores antes mencionados, los citados menores no podrán hacer uso de dicho usufructo y menos de vender la nuda propiedad del inmueble aquí comprado".

Sea lo primero advertir que no corresponde a esta Jurisdicción determinar si la calificación jurídica que le dio la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, Zona Centro, a dicha cláusula: la de estipulación para otro, era la correcta o no, pues ello equivaldría tanto como entrar a juzgar la legalidad o ilegalidad de la misma, para así enervar o no sus efectos, y, por ende, dirimir un conflicto entre particulares, que, como es bien sabido, es del resorte exclusivo de la Jurisdicción Civil Ordinaria.

En efecto, no puede la Sala, so pretexto de dilucidar la violación del artículo 1506 del Código Civil, entrar a analizar si lo que efectivamente consagra la cláusula en mención es la figura jurídica de la estipulación para otro o la de la representación y si en uno u otro caso se cumplieron los requisitos de validez y eficacia necesarios para que produzcan efectos jurídicos, pues con ello indudablemente se estaría atribuyendo o restando dicha validez y eficacia a las declaraciones contenidas en aquella, lo cual conduciría, en definitiva, a desconocerle o reconocerle a los demandantes un porcentaje en el derecho de dominio sobre el inmueble cuyo folio de matrícula inmobiliaria resultó afectado por los actos acusados.

Por tal razón, para dirimir la controversia considera la Sala que es menester precisar dos aspectos, a saber: si en razón de la interpretación que hizo la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, Zona Centro, de la cláusula segunda, había lugar o no a establecer que se estaba en presencia de un error susceptible de ser corregido, a la luz de lo dispuesto en el artículo 35 del Decreto-ley 1250 de 1970, y si las correcciones ordenadas en los actos acusados deben considerarse como tales o como actos de cancelación.

Dispone el artículo 35 del Decreto-ley 1250 de 1970:

> "Los errores en que se haya incurrido al realizar una inscripción, se corregirán subrayando y encerrando entre paréntesis las palabras, frases o cifras que deban suprimirse o insertando en el sitio pertinente y entre líneas las que deben agregarse y salvando al final lo corregido, reproduciéndose entre comillas e indicando si vale o no vale lo suprimido o agregado. Podrá hacerse la corrección enmendando lo escrito o borrándolo y sustituyéndolo y así se indicará en la salvédad que se haga. Las salvedades serán firmadas por el registrador o su delegado. Sin dichos requisitos no valdrán las correcciones y se tendrán por verdaderas las expresiones originales".

Del texto de la norma transcrita infiere la Sala que el error puede consistir en la omisión de nombres (palabras) y de cifras (porcentajes), y para subsanarlo lo procedente es insertar tales nombres y cifras.

Al haberse calificado jurídicamente el contenido de la cláusula segunda de la escritura pública No. 0931 tantas veces mencionada como estipulación para ello, ello implicaba deducir, sin lugar a hesitación alguna, que el acto de registro inicial no exhibía el verdadero estado jurídico del bien, como lo manda el artículo 82 del Decreto-ley 1250 de 1970, porque se había omitido el nombre de otras personas señaladas también como titulares del derecho de dominio sobre el inmueble, y, por ende, la cifra o porcentaje, en este caso el 50% , que les correspondía a dichos

titulares en común y proindiviso sobre el mismo, motivo por el cual efectivamente se estaba en presencia de un error, cuyo mecanismo para subsanarlo es el que consagra el referido artículo 35.

No tiene asidero el argumento de los actores en el sentido de que las correcciones no son tales sino que constituyen una cancelación de la inscripción en el registro de la compraventa que a su favor hizo la señora María Elisa Gutiérrez de Rojas, pues, según obra en el certificado de tradición visible a folio 3 del cuaderno principal, correspondiente al inmueble de Matrícula Inmobiliaria 050-0238625, los demandantes aparecen como titulares en un 50% del derecho de dominio que le correspondía a la citada señora María Elisa Gutiérrez de Rojas, que fue la modificación que se produjo como consecuencia de la interpretación de la cláusula segunda de la Escritura de Venta No. 0931 de 13 de junio de 1979.

Una cosa es que el derecho de propiedad resulte afectado en virtud de una corrección y otra muy distinta que dicho derecho desaparezca del mundo jurídico, como acontecería con la cancelación, lo cual no se dio en el caso *sub examine.*

Finalmente, cabe tener en cuenta que la sola circunstancia de que el señor *Segundo Gregorio Rojas Rodríguez* aparezca en la cláusula segunda de la Escritura Pública número 0931 de 13 de junio de 1979 como usufructuario del mismo inmueble objeto del contrato de compraventa entre María Elisa Gutiérrez de Rojas y los actores, es razón más que valedera para descartar su falta de legitimación para intervenir en la actuación administrativa que culminó con los actos acusados.

Las consideraciones precedentes conducen a la conclusión de que actuó conforme a derecho al *a quo* al estimar que no estaban llamadas a prosperar las súplicas de la demanda, razón por la cual habrá de confirmarse la sentencia apelada.

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

**FALLA:**

CONFÍRMASE la sentencia apelada.

CONDÉNASE en costas a los recurrentes. Tásense por Secretaría.

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 5 de octubre de 1995.

*Libardo Rodríguez Rodríguez*, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Nubia González Cerón, Yesid Rojas Serrano*.

**DIAGNOSTICO AMBIENTAL / LICENCIA AMBIENTAL - Requisitos / EXPLOTACION DE PETROLEO / REGLAMENTACION - Aplicación**

**El numeral 1° del artículo 17 del Decreto 1753 de 1994, exige diagnóstico Ambiental de Alternativas para los proyectos, obras actividades que requieren licencia obligatoria otorgada por el Ministerio del Medio Ambiente, de conformidad con el artículo 52 de la Ley 99 de 1993. El Gobierno a través del Reglamento determinará las obras, proyectos o actividades que requieran obligatoriamente de Licencia Ambiental, en razón de que pueden producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al Medio Ambiente, o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje, así como también los casos que requiera del Estudio de Impacto Ambiental y del Diagnóstico Ambiental de Alternativas. Se requerirá solicitud de Diagnóstico Ambiental de Alternativas en los casos en que se exija Licencia Ambiental, y teniendo en cuenta que el artículo 17 incluyó tales casos (con las excepciones contenidas en el numeral 1°, que serán objeto de declaratoria de nulidad), además de otros en los cuales consideró que se podrá exigir dicho diagnóstico, y para lo cual se encontraba facultado en virtud de los artículos 49 y 53 de la Ley 99 de 1993, la Sala concluye que la enumeración taxativa que hace la norma demandada no rebasó los límites establecidos por la ley y, por el contrario, se ajustó las prescripciones legales. De tal manera que una forma de hacer explícito lo que está implícito en la ley, labor que corresponde al reglamento, es precisar los casos en los cuales también potestativamente se puede prescindir de la exigencia de tal Diagnóstico. De lo anteriormente señalado se deduce que es viable declarar la nulidad en lo que respecta a las excepciones contenidas en el numeral 1° del artículo 17 acusado, más no en relación con los demás numerales. Del contenido de la norma acusada se extrae que ella contempla tres situaciones; la referente a los proyectos, obras o actividades que con anterioridad a la expedición de decreto obtuvieron**

**permisos, concesiones, licencias o autorizaciones; la atinente a dichos proyectos u obras que aún no han obtenido tales permisos, concesiones, licencias o autorizaciones, esto es, que están en trámite; y la de los proyectos, obras o actividades que con anterioridad a la expedición de la ley iniciaron actividades. Frente a la primera situación es lógico, como lo advierte el reglamento en el inciso 1° de artículo 38, que si con anterioridad a la expedición del decreto ya se habían expedido permisos, concesiones, licencias o autorizaciones, éstos puedan continuar. Ello se adecua a las prescripciones del artículo 117 de la Ley 99 de 1993 que prevé que "Los permisos y licencias concedidos continuarán vigentes por el tiempo de su expedición". Igual cabe predicar de la tercera situación, pues, se infiere, que si se iniciaron actividades con anterioridad a la vigencia de la Ley 99 de 1993, necesariamente hubo un permiso, concesión licencia o autorización que permitieron la iniciación de las misma. Ahora bien, en lo que respecta a la segunda situación la Sala observa el quebranto a que hace alusión el actor, por cuanto el citado artículo 117 supedita la aplicación de las normas de la ley a los reglamentos que se expidan. Esta circunstancia evidencia aún más la necesidad de reglamentación de la ley, que es lo que constituye el objeto del reglamento, y que en el, presente caso no se cumple con el acto acusado, ya que al consagrarse en el inciso 2° del artículo 38 que la autoridad ambiental, pueda exigir mediante providencia motivada la presentación de planes de manejo, recuperación o restauración ambiental está sujetándose al Reglamento a las previsiones contenidas en la ley, que predican la vigencia inmediata de las disposiciones relativas a esta materia.**

**Finalmente, en cuanto al parágrafo del artículo 38 se refiere, si bien es cierto que el artículo 117 de la Ley 99 de 1993 dispuso que las normas sobre competencia establecidas en dicha ley son de vigencia inmediata, no lo es menos que defirió al Reglamento su regulación para efectos de la aplicación de las mismas.**

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., seis (6) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Radicación número 3094.

Número de registro: 00028504.

Acción Nulidad.

Actor: Carlos Alberto Mantilla Gutiérrez.

El ciudadano y abogado *Carlos Alberto Mantilla Gutiérrez,* obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda ante esta Corporación con el fin de que mediante sentencia se declare la nulidad de los artículos 17 y 38, en sus incisos 2°, 3° y parágrafo, del Decreto N° 1753 de 3 de agosto de 1994 "por el cual se reglamentan parcialmente los Títulos VIII y XII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales", expedido por el Gobierno Nacional.

## I. CAUSA PETENDI

En apoyo de sus pretensiones de nulidad, el actor invocó los siguientes cargos de violación, sustentándolos así:

1. El Presidente de la República excedió la potestad constitucional del numeral 11 del artículo 189 por cuanto mientras la Ley 99 de 1993 determinó un marco general de aplicación, el decreto lo restringió a casos puntuales.

Así, en tanto que la mencionada ley determina en su artículo 56 que todos los proyectos que requieran Licencia Ambiental indefectiblemente precisan de solicitud y pronunciamiento previo de la autoridad ambiental sobre la necesidad o nó de un Diagnóstico Ambiental de Alternativas, en abierta rebeldía y contra la voluntad del legislador el artículo 17 del decreto acusado decidió que el Diagnóstico Ambiental de Alternativas sólo se podrá exigir para evaluar alternativas de determinados proyectos, obras o actividades de competencia del Ministerio del Medio Ambiente y que no se exigirá para la importación de sustancias o productos de que tratan los numerales 8° y 12 del artículo 52 de la misma ley ni para la actividad exploratoria de la minería y de los hidrocarburos.

Mientras el artículo 56 de la citada ley determinó que siempre y en todos los proyectos que requieren Licencia Ambiental en la etapa de factibilidad se debe solicitar el pronunciamiento previo de la autoridad ambiental sobre la necesidad de presentar o no el Diagnóstico Ambiental de Alternativas, en contravía con ello el parágrafo del artículo 17 prevé que se pueda prescindir del previo Diagnóstico en la citada etapa para ampliación, modificación, reposición, adecuación o rehabilitación de proyectos, obras o actividades.

2. Los incisos 2° y 3° y el parágrafo del artículo 38 del Decreto N° 1753 de 1994 violan los artículos 1°, 4°, 8°, 29, 49, 79, 80, 84, 89, 95, 113, 114, 150 y 189 de la Constitución Política; 1°, 49, 51, 52, 56, 107, 117 y 118 de la Ley 99 de 1993, por las siguientes razones:

a) Es función del Congreso hacer e interpretar las leyes. La determinación sobre la vigencia de los procedimientos no es competencia del Presidente de la República por vía reglamentaria y menos aún es de su resorte la interpretación de las leyes con autoridad.

En tanto que la Ley 99 de 1993 estableció que las actuaciones administrativas iniciadas antes de su vigencia continuaría su trámite ante las nuevas autoridades con nueva competencia, en el estado en que se encuentren, el Reglamento decidió en el inciso 2° del artículo 38 que el trámite debe continuar de acuerdo con las normas anteriores;

b) En tanto que la Ley 99 de 1993 estableció en su artículo 49 que la Licencia Ambiental es obligatoria para la ejecución, establecimiento o desarrollo de cualquier actividad que pueda causar deterioro a los recursos naturales o al medio ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias en el paisaje, el inciso 3° del artículo 38 acusado decidió que los proyectos, obras o actividades anteriores a su expedición no requieren licencia;

c) En tanto que la Ley 99 de 1993 en su artículo 117 dispuso que las normas sobre competencia establecidas en esa ley son de vigencia inmediata, el parágrafo del artículo 38 prevé que para la competencia en el otorgamiento de licencias se estará a lo dispuesto en el Decreto N° 632 de 1994, norma esta también de carácter reglamentario.

Se observa, pues, que el Presidente de la República invadió órbitas de competencia exclusiva del Congreso violando así los artículos 113, 150 y 189 de la Constitución Política, y consecuencialmente también los artículos 1° y 29 **ibídem**.

## II. TRAMITE DE LA ACCION

A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión, fijación en lista y alegaciones.

### II.1 LA CONTESTACION DE LA DEMANDA

La Nación – Ministerio del Medio Ambiente–, a través de apoderado, contestó la demanda y para oponerse a las pretensiones del actor, adujo, en esencia, lo siguiente:

1. El Decreto N° 1753 de 1994 en su artículo 17 reglamenta el artículo 53 de la Ley 99 de 1993, señalando expresamente los casos en que se requiere o no Diagnóstico Ambiental de Alternativas. Con dicho Diagnóstico se pretende buscar las ventajas y desventajas comparativas de las alternativas, en función de la localización de la actividad.

En el caso de la actividad petrolera y minera la escasa magnitud de la actividad exploratoria aunada al hecho de que la localización del recurso natural no renovable no depende de la voluntad del ser humano sino que obedece a la distribución que la naturaleza hace del mismo, hace que sea improcedente exigir al peticionario un Diagnóstico Ambiental de Alternativas, lo cual redunda en una mayor eficiencia de la Administración ya que evita demoras innecesarias dentro del trámite o procedimiento de la licencia.

El hecho de que no se requiera el Diagnóstico Ambiental de Alternativas para las actividades minera y de petróleos no exonera a la persona natural o jurídica interesada en obtener una Licencia Ambiental de presentar ante la autoridad ambiental competente un Estudio de Impacto Ambiental, el cual constituye un instrumento para la toma de decisiones y para la planificación ambiental exigido por la autoridad ambiental con el fin de definir las correspondientes medidas de prevención, corrección, compensación y mitigación de los impactos y efectos negativos de la actividad.

Mientras la presentación del Diagnóstico Ambiental es potestativa de la autoridad, el Estudio de Impacto Ambiental es obligatorio en todos los casos que requieran Licencia Ambiental (parágrafos 1°, 2° y 3° del artículo 23 del Decreto N° 1753 de 1994).

Los argumentos expuestos son igualmente válidos para los casos de importación de plaguicidas o sustancias peligrosas y para los de parentales de especies foráneas de fauna y flora silvestre, pues por tratarse de casos especiales no requieren del Diagnóstico Especial de Alternativas, ya que son mecanismos empleados por el importador para traerlos al país. El Diagnóstico Ambiental de Alternativas no se puede predicar de un acto jurídico con el cual se legaliza la entrada al país del producto o parental; sin embargo, el peticionario tiene la obligación de presentar el Estudio de Impacto Ambiental que permitirá a la autoridad decidir su viabilidad y otorgar o negar la licencia ambiental.

La Licencia Ambiental es una autorización que otorga la autoridad ambiental competente para ejecutar la respectiva actividad. En consecuencia, si se ejecuta la actividad sin la autorización se incurre en las sanciones y medidas de policía a que hace referencia el Título XII de la Ley 99 de 1993, sin perjuicio de las acciones civiles y penales a que haya lugar por la violación de las normas sobre protección ambiental.

A través del reglamento se completa la ley. El decreto acusado determina los casos en los cuales es procedente el Diagnóstico Ambiental de Alternativas, cuándo no lo es y cuando dicha exigencia se deja a discreción de la autoridad ambiental competente.

2. El inciso 2° del artículo 38 del Decreto N° 1753 de 1994 es simplemente la aplicación del principio de la irretroactividad de la ley, pero esto no impide a la autoridad ambiental que en desarrollo de las atribuciones constitucionales y legales pueda indicar nuevas condiciones de ejercicio, tanto más cuando la protección ambiental es actualmente una obligación y necesidad de salvaguardar el futuro de las nuevas generaciones, aspectos no comprendidos en la anterior legislación.

La autoridad ambiental, previa evaluación jurídico-técnica de la actividad, puede adoptar las medidas necesarias para garantizar la conservación, recuperación y protección de los recursos naturales renovables y el Medio Ambiente.

3. Para el inciso 3° del artículo 38 del Decreto N° 1753 de 1994 son aplicables los argumentos expuestos en el numeral anterior, agregándose que de acuerdo con la Ley 99 de 1993 la Licencia Ambiental es una autorización previa para llevar a cabo una obra, proyecto o actividad que pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al Medio Ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje.

Tanto la Ley 99 de 1993 como su Decreto Reglamentario N° 1753 de 1994 rigen o cobijan situaciones futuras. En el caso en comento, el funcionario no está autorizado para solicitar Licencia Ambiental en los proyectos, obras o actividades que se iniciaron antes de la vigencia de la Ley 99 de 1993, toda vez que la Licencia es un requisito previo para adelantarlas.

Cuando el decreto demandado señala que no se requerirá Licencia Ambiental para las actividades iniciadas antes de la expedición de la citada Ley 99, debe entenderse que son aquellas actividades de competencia del Ministerio del Medio Ambiente, pues del inciso 3° se colige que éste establece dos situaciones: una, de competencia del Ministerio del Medio Ambiente; y la otra, que se refiere a los casos de competencia de las Corporaciones Autónomas Regionales, lo cual indica que este inciso no es más que la afirmación de la irretroactividad de la ley.

No se puede exigir Licencia Ambiental cuando los artículos 27 y 28 del Decreto-ley N° 2811 de 1974 nunca fueron reglamentados ni establecieron competencias, ni definieron las actividades que requerían un Estudio Ecológico y Ambiental. Además, dichos artículos no establecen una Licencia Ambiental de la misma naturaleza, condiciones y términos como lo hace la Ley 99 de 1993. Estas normas dejaban al criterio del ejecutante de la obra determinar si requería el Estudio Ecológico Ambiental, (EEA), siendo la Licencia Ambiental un elemento adicional al mismo. Es más, dichos artículos se referían a una Licencia sin ningún tipo de calificativo, como sí lo hace la Ley 99 de 1993, que expresamente establece la "Licencia Ambiental", que no puede otorgarse sin la evaluación previa de un Estudio de Impacto Ambiental.

4. El parágrafo del artículo 38 del Decreto Nº 1753 de 1994 establece que para la transitoriedad de la competencia para el otorgamiento de Licencias Ambientales, se estará a lo dispuesto en el Decreto Nº 632 de 1994.

En cumplimiento del literal k) de la Ley 99 de 1993, el Presidente de la República expidió el Decreto Nº 632 de 1994 "Por le cual se profieren disposiciones necesarias para la transición institucional originada por la nueva estructura legal bajo la cual funcionará el Sistema Nacional Ambiental (SINA)".

Dicha ley creó 18 Corporaciones Autónomas Regionales y transformó 14 de las existentes, y dispuso además que las ciudades con más de un millón de habitantes cumplirían las mismas funciones de las Corporaciones.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Decreto Nº 632 de 1994 dispuso que las entidades del SINA asumirán las nuevas funciones asignadas en la Ley 99 de 1993 y que en la medida en que se determinen las dependencias que deban asumir esas funciones dicho proceso se hará en forma gradual y coherente de manera que no se causen traumatismos institucionales que afecten a los recursos naturales o al Medio Ambiente.

Igualmente dispuso que las entidades que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 99 de 1993 tenían a su cargo el ejercicio de competencias que se asignan a otras entidades integrantes del SINA, continuarán ejerciéndolas hasta cuando estas últimas lo asuman, con excepción de las que le compete ejercer al Ministerio del Medio Ambiente.

Debe entenderse entonces que era necesario un régimen transitorio en la medida que hasta tanto las CAR no asumieran las competencias debían continuar conociendo las autoridades competentes antes de la entrada en vigencia de la Ley 99 de 1993, para efectos de no paralizar la actuación administrativa.

## II.2 LA IMPUGNACION

El ciudadano *Camilo Ospina Bernal*, en el texto de su impugnación, expuso, en síntesis, lo siguiente:

La Ley 99 de 1993 erigió al Ministerio del Medio Ambiente como organismo rector encargado del Medio Ambiente, correspondiéndole en primera instancia formular, junto con el Presidente de la República, la política nacional ambiental con el fin de desarrollar los principios consagrados en la ley; coordinar el Sistema Nacional Ambiental; y cumplir una serie de tareas que implican dictar disposiciones en materia ambiental, asegurar que las diversas autoridades actúen en un mismo sentido y concertar con el sector privado para que el mismo se ajuste a las metas ambientales.

El artículo 56 de la Ley 99 de 1993, que el actor considera violado, no estableció que en todo caso la autoridad ambiental debía solicitar el Diagnóstico de

Alternativas, ni precisó cuál debería ser el criterio a utilizar por el funcionario para solicitar o no dicho Diagnóstico.

Es claro entonces que el Decreto Reglamentario podía fijar criterios para determinar cuándo debe solicitarse el Diagnóstico de Alternativas, teniendo en cuenta que el reglamento debe fijar los aspectos que no haya determinado la ley y que sean necesarios para su aplicación.

Si el Gobierno no fija criterios para determinar cuándo debe exigirse el mencionado Diagnóstico dicha decisión queda al arbitrio de cada funcionario ambiental, lo cual a la postre no sólo desconoce la unidad que debe existir en el Sistema Nacional Ambiental, sino que puede conducir a que los particulares en igual situación reciban un tratamiento distinto, lo cual violaría el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política.

Frente al artículo 38 acusado debe decirse que uno de los problemas fundamentales que se plantea en materia de aplicación de la ley en el tiempo, se refiere a las situaciones que se encuentran en curso cuando entra a regir la nueva ley.

La solución que han consagrado la ley, la jurisprudencia y la doctrina se puede sintetizar en que si bien la ley nueva puede afectar las situaciones en curso a partir del momento en que ella comienza a regir, esto es, sin perjuicio de los hechos que se hayan cumplido bajo la ley anterior los cuales conservan el valor que la misma les atribuyó.

Se tiene entonces que las situaciones válidamente constituidas bajo una ley no pueden ser desconocidas por una ley nueva; cuando se trata de situaciones en curso, la ley nueva no puede desconocer los efectos de los elementos de la situación producidos bajo la vigencia de la ley anterior; al aplicar las disposiciones sobre tránsito de legislación, debe preservarse la confianza de los particulares que actuaron conforme a la ley anterior y el principio según el cual cuando se actúa conforme a la reglamentación de una actividad no pueden exigirse posteriormente requisitos o permisos adicionales, así como el de que para el ejercicio de una actividad debe tenerse en cuenta la ley vigente.

Desde el punto de vista de la buena fe lo fundamental es el momento en que el particular actuó confiado en las reglas previstas en el ordenamiento, sin que sea pertinente analizar si al momento de entrar a regir la nueva ley ya se produjo o no un acto administrativo, pues el momento en que éste último habrá de proferirse no depende del particular sino de la eventual diligencia del funcionario competente.

Esta regla no sacrifica el interés público, pues el decreto acusado prevé que la autoridad ambiental podrá exigir, mediante providencia motivada, la presentación

de planes de manejo, recuperación o restauración ambiental. De esta manera se concilia el respeto a las situaciones consolidadas con el interés público.

El inciso 3° del artículo 38 del Decreto N° 1753 de °1994 se refiere a los proyectos, obras o actividades que no requerían Licencia Ambiental. En tal caso, si el proyecto, obra o actividad fue iniciado bajo la ley anterior se produjo una situación jurídica que no puede ser desconocida por la nueva ley.

Cuando la Ley 99 de 1993 exige Licencia Ambiental, lo hace como un paso previo al desarrollo de la respectiva actividad, pues la Licencia constituye una autorización para la ejecución de una obra o actividad (artículo 50).

El supuesto de hecho que se regula cuando se determina la necesidad de un permiso, concesión o Licencia en materia ambiental es el establecimiento de una industria o el comienzo de una actividad. Para determinar si el establecimiento de una industria o actividad requiere o no de Licencia o permiso, deberá examinarse la ley vigente cuando aquella se inicia. Si la ley vigente en dicho momento no requería dicha concesión, Licencia o permiso, es claro que no puede concluirse que éstos deben exigirse de acuerdo con la ley nueva, pues tal conclusión implicaría aplicar ésta a un supuesto de hecho que se produjo bajo la ley anterior y darle un efecto retroactivo que no contempló la nueva ley, pues obviamente ésta se refiere a la iniciación de obras o actividades que se produzcan durante su vigencia.

Lo anterior no quiere decir que en estos eventos no deban cumplirse las normas ambientales, sino que no puede exigirse a una industria o actividad que comenzó bajo la ley anterior, un requisito que exige la nueva ley para comenzar dicha actividad.

La ley sienta como principio general que si bien sus normas tienen efecto general inmediato, dicho efecto sólo se produce a partir del momento en que se expida la reglamentación necesaria, lo cual sólo ocurrió con la expedición del decreto acusado. Por consiguiente, los proyectos iniciados con anterioridad y respecto de los cuales correspondía otorgar las Licencias a las Corporaciones, pudieron iniciarse sin dicho requisito.

El artículo 38 acusado desarrolló los principios que en materia de tránsito de legislación se desprenden de la Constitución y de la ley, tomando en cuenta para ello los principios de irretroactividad de la ley, el postulado de la buena fe y la observancia de las reglamentaciones expedidas cuando se inició la respectiva actuación.

## III. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Segunda Delegada en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado es partidaria de que se acceda a las súplicas de la demanda,

pues considera que al confrontar el artículo 17 inciso 1° del Decreto N° 1753 de 1994 con los artículos 52 numerales 8° y 12 y 56 de la Ley 99 de 1993, se observa que aquel excluyó de la presentación del Diagnóstico Ambiental de Alternativas a la producción e importación de pesticidas y de aquellas sustancias, materiales o productos sujetos a controles por virtud de tratados, convenios y protocolos internacionales, así como a la introducción al país de parentales para la reproducción de especies foráneas de fauna y flora silvestre que puedan afectar la estabilidad de los ecosistemas o de la vida salvaje y a la actividad exploratoria de la minería y de los hidrocarburos, lo cual comporta un quebramiento de las previsiones contenidas en los citados artículos de la Ley 99 de 1993.

Frente a los numerales 2° y siguientes del artículo 17 en estudio, se tiene que restringen la existencia del Diagnóstico Ambiental de Alternativas a sólo los proyectos, obras o actividades allí descritas, puede afirmarse que quebrantan los artículos 49, 52 y 56 de la Ley 99 de 1993, pues para emprender toda actividad que pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al Medio Ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias del paisaje se requiere de Licencia Ambiental y en los casos en que la autoridad competente lo estime necesario del Diagnóstico Ambiental de Alternativas a cargo del interesado.

El hecho de que el artículo 52 de la Ley 99 de 1993 determine una competencia privativa para el Ministerio del Medio Ambiente, no quiere decir que las actividades no contempladas en su texto estén excluidas de la Licencia Ambiental, la cual estaría a cargo de otras autoridades con competencia para exigir, según el caso, el Diagnóstico Ambiental de Alternativas.

No es cierto que una exigencia general determinada por la ley pueda limitarse a ciertas actividades por medio del decreto que la reglamenta. Al establecer las restricciones anotadas, el Gobierno se extralimitó en el ejercicio de la facultad reglamentaria.

Finalmente, confrontando el artículo 117 de la Ley 99 con el artículo 38 demandado se concluye que se da una evidente contradicción entre el régimen de transición previsto en la norma superior y en el Decreto Reglamentario N° 632 de 1994, con el acto administrativo en estudio.

El Decreto N° 632 de 2 de marzo de 1994, expedido dentro del término fijado en la Ley 99, ya había reglamentado dicha ley, adoptando disposiciones necesarias para la transición institucional generada por la nueva estructura del Sistema Nacional Ambiental –SINA–. Esta transición debía ocurrir dentro de los plazos previstos en la Ley 99 de 1993. En los casos no previstos en ella, la transición debió hacerse dentro de los 18 meses siguientes a la entrada en vigencia del Decreto N° 632 de 1994.

## IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para el análisis del primer cargo de violación es preciso tener en cuenta lo siguiente:

Preceptúa el artículo 56 de la Ley 99 de 1993:

*"**Del Diagnóstico Ambiental de Alternativas.** En los proyectos que requieran Licencia Ambiental, el interesado deberá solicitar en la etapa de factibilidad a la autoridad ambiental competente, que ésta se pronuncie sobre la necesidad de presentar o no un Diagnóstico Ambiental de Alternativas. Con base en la información suministrada, la autoridad ambiental decidirá sobre la necesidad o no del mismo y definirá sus término de referencia en un plazo no mayor de 30 días hábiles.*

*El Diagnóstico Ambiental de Alternativas incluirá información sobre la localización y características del entorno geográfico, ambiental y social de las alternativas del proyecto, además de un análisis comparativo de los efectos y riesgos inherentes a la obra o actividad, y de las posibles soluciones y medidas de control y mitigación para cada una de las alternativas.*

*Con base en el Diagnóstico Ambiental de Alternativas presentado, la autoridad elegirá, en un plazo no mayor de 60 días, la alternativa o las alternativas sobre las cuales deberá elaborarse el correspondiente Estudio de Impacto Ambiental antes de otorgarse la respectiva licencia".*

Estatuye el artículo 17 acusado:

*"**Procedencia.** El Diagnóstico Ambiental de Alternativas sólo se podrá exigir para evaluar las alternativas de diseño de los siguientes proyectos, obras o actividades:*

*1. Aquellas que son competencia del Ministerio del Medio Ambiente, excepto la importación de las sustancias, los materiales o los productos de que trata el numeral 8° y lo que trata el numeral 12 del artículo 52 de la Ley 99 de 1993, además de la actividad exploratoria de la minería y de los hidrocarburos.*

*2. Construcción de presas, represas, o embalses con capacidad entre quinientos mil (500.000) y doscientos millones (200.000) de metros cúbicos, y construcción de centrales generadoras de energía eléctrica entre cincuenta mil (50.000) y cien mil (100.000) Kw de capacidad instalada y el tendido de líneas de transmisión o conducción en el área de jurisdicción de la respectiva Corporación Autónoma Regional, no*

*pertenecientes al sistema nacional de interconexión eléctrica, excepto las redes eléctricas urbanas de baja y mediana tensión.*

*3. La construcción de vías que no pertenezcan al sistema nacional de vías.*

*4. Construcción de distritos de riego y drenaje para áreas superiores a 1.518 hectáreas e inferiores a 20.000 hectáreas.*

*Parágrafo. En Ministerio del Medio Ambiente o las Corporaciones Autónomas Regionales podrán prescindir de la exigencia del Diagnóstico Ambiental de Alternativas, cuando se trate de ampliación, modificación, reposición, adecuación o rehabilitación de un proyecto, obra o actividad".*

*Del contenido del artículo 56 de la Ley 99 de 1993 colige la Sala lo siguiente:*

a) el Diagnóstico Ambiental de Alternativas debe solicitarse en la etapa de factibilidad para los proyectos que requieren Licencia Ambiental;

b) Es potestativo de la autoridad ambiental competente decidir si hay necesidad o nó de presentar tal Diagnóstico;

c) Están excluidos del Diagnóstico Ambiental de Alternativas los proyectos, obras o actividades que no requieren de Licencia Ambiental.

Confrontando el numeral 1° del artículo 17 del Decreto Reglamentario N° 1753 de 1994 con el alcance del artículo 56 de la citada Ley 99 observa la Sala que aquél excluye del Diagnóstico Ambiental de Alternativas a la actividad exploratoria de la minería y de los hidrocarburos, a la producción e importación de pesticidas y sustancias, materiales o productos sujetos a controles por virtud de tratados, convenios y protocolos internacionales y a la importación de parentales para la reproducción de especies foráneas de fauna y flora silvestre, actividades estas que los numerales 1°, 2°, 8° y 12 del artículo 52 de la misma Ley 99 de 1993 regulan expresamente como susceptibles de Licencia Ambiental.

Como quiera que de acuerdo con el texto del artículo 56 ibídem el Diagnóstico Ambiental de Alternativas es procedente frente a los proyectos, obras o actividades que requieran de Licencia Ambiental, estando excluidos, por lo mismo, aquellas obras, actividades o proyectos que no lo requieren, la Sala advierte el exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria que aduce el actor por parte del numeral 1° del artículo 17 acusado, en cuanto excluyó de tal Diagnóstico a actividades que en virtud de la citada ley requieren de Licencia Ambiental y que, por lo mismo, deben ser objeto de la solicitud de Diagnóstico Ambiental de Alternativas en la etapa de factibilidad.

Respecto de la enumeración taxativa que hace el artículo 17 de las obras, proyectos o actividades sobre los cuales puede exigirse el Diagnóstico Ambiental de Alternativas, es menester, entre otros aspectos, determinar si únicamente tales casos son objeto del otorgamiento de Licencia Ambiental y qué incidencia tiene la regulación contenida en el artículo 49 de la ley reglamentada.

En otro giro, sólo en la medida en que se precise que además de las obras, proyectos o actividades a que se refiere la norma cuestionada existen otras susceptibles de Licencia Ambiental, podrá establecerse si el Gobierno Nacional quebrantó o no el artículo 56 de la Ley 99 de 1993, y, por ende, si se excedió en el límite del ejercicio de la potestad reglamentaria, razón por la cual procede la Sala a efectuar el respectivo análisis.

Para ello, es menester tener en cuenta lo siguiente:

El artículo 49 de la Ley 99 de 1993 prescribe:

*"**De la obligatoriedad de la Licencia Ambiental.** La ejecución de obras, el establecimiento de industrias o el desarrollo de cualquier actividad, que de acuerdo con la ley y **los reglamentos**, pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al Medio Ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje requerirán de una Licencia Ambiental". (negrillas fuera del texto).*

Se tiene entonces que el precepto anterior facultó al Gobierno para que por medio de reglamentos señalara los casos en que se hace obligatoria la Licencia Ambiental.

A su turno, el artículo 52 ibídem, precisa los casos en los cuales el Ministerio del Medio Ambiente otorgará de manera privativa la Licencia Ambiental, así:

*"1. Ejecución de obras y actividades de exploración, explotación, transporte, conducción y depósito de hidrocarburos y construcción de refinerías.*

*2. Ejecución de proyectos de gran minería.*

*3. Construcción de presas, represas, o embalses con capacidad superior a doscientos millones de metros cúbicos, y construcción de centrales generadoras de energía eléctrica que excedan de 100.000 Kw de capacidad instalada así como el tendido de las líneas de transmisión del sistema nacional de interconexión eléctrica y proyectos de exploración y uso de fuentes de energía alternativa virtualmente contaminantes.*

*4. Construcción o ampliación de puertos marítimos de gran calado.*

*5. Construcción de aeropuertos internacionales.*

*6. Ejecución de obras públicas de las redes vial, fluvial y ferroviaria nacionales.*

*7. Construcción de distritos de riego para más de 20.000 hectáreas.*

*8. Producción e importación de pesticidas, y de aquellas sustancias, materiales o productos sujetos a control por virtud de tratados, convenios y protocolos internacionales.*

*9. Proyectos que afecten el Sistema de Parques Nacionales Naturales.*

*10. Proyectos que adelanten las Corporaciones Autónomas Regionales a que hace referencia el numeral 19 del artículo 31 de la presente ley.*

*11. Transvase de una cuenca a otra de corrientes de agua que excedan de 2mt3/segundo durante los períodos de mínimo caudal.*

*12. Introducción al país de parentales para la reproducción de especies foráneas de fauna y flora silvestre que puedan afectar la estabilidad de los ecosistemas o de la vida salvaje.*

*13. Generación de energía nuclear".*

Es claro, por lo tanto, que, de conformidad con la norma anteriormente transcrita, para las obras, actividades o proyectos que ella contempla es obligatoria la Licencia Ambiental, la cual otorga en forma privativa el Ministerio del Medio Ambiente. En consecuencia, para los mismos es también obligatoria la solicitud de Diagnóstico Ambiental de Altenativas.

El artículo 53 ibídem, por su parte, faculta al Gobierno Nacional para que por medio del reglamento establezca los casos en que las Corporaciones Autónomas Regionales otorgarán Licencias Ambientales y aquellos en que se requiera Estudio de Impacto Ambiental y Diagnóstico Ambiental de Alternativas.

Concluye entonces la Sala que la enumeración que trae el artículo 17 del Decreto 1753 de 1994 no excedió la potestad reglamentaria, excepto, conforme se anotó antes, cuando en su numeral 1° excluyó del Diagnóstico Ambiental de Alternativas a la importación de las sustancias, los productos o materiales de que tratan los numerales 8° y 12 del artículo 52 de la Ley 99 de 1993, así como a la actividad exploratoria de la minería y de los hidrocarburos de que tratan los numerales 1° y 2° ibídem, por cuanto se trata de actividades que requieren de Licencia Ambiental.

Lo anterior, por cuanto el numeral 1° del artículo 17 exige el Diagnóstico Ambiental de Alternativas para las demás obras o actividades a que se contrae el

artículo 52 de la Ley 99 de 1993 (excluïdas las ya vistas), esto es, para aquellas cuya Licencia Ambiental obligatoria debe ser otorgada por el Ministerio del Medio Ambiente.

Debe entenderse entonces que los numerales 2° y siguientes del artículo 17 *sub examine* señalan los casos en que se requiere el Diagnóstico Ambiental de Alternativas cuando la Licencia Ambiental corresponde otorgarla a las demás autoridades ambientales competentes, no excediendo por tanto, la potestad reglamentaria, el Gobierno en dichos numerales, pues los artículos 49 y 53 de la Ley 99 de 1993 lo facultaron expresamente para ello.

En síntesis, del artículo 17 *sub examine* se desprende lo siguiente:

*a) El numeral 1° del artículo 17 del Decreto 1753 de 1994 exige Diagnóstico Ambiental de Alternativas para los proyectos, obras o actividades que requieren Licencia obligatoria otorgada por el Ministerio del Medio Ambiente, de conformidad con el artículo 52 de la Ley 99 de 1993;*

*b) Los numerales 2° a 4°, por su parte, reglamentan lo dispuesto en el artículo 49 de la tantas veces mencionada Ley 99, en concordancia con el artículo 53 ibídem, pues de acuerdo con ellos el Gobierno a través del Reglamento determinará las obras, proyectos o actividades que requieran obligatoriamente de Licencia Ambiental, en razón de que pueden producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al Medio Ambiente, o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje, así como también los casos en que se requiera del Estudio de Impacto Ambiental y del Diagnóstico Ambiental de Alternativas.*

*En consecuencia, como el artículo 56 prescribe que se requerirá solicitud de Diagnóstico Ambiental de Alternativas en los casos en que se exija Licencia Ambiental, y teniendo en cuenta que el artículo 17 incluyó tales casos (con las excepciones contenidas en el numeral 1°, que serán objeto de declaratoria de nulidad), además de otros en los cuales consideró que se podrá exigir dicho Diagnóstico, y para lo cual se encontraba facultado en virtud de los artículos 49 y 53 de la Ley 99 de 1993, la Sala concluye que la enumeración taxativa que hace la norma demandada no rebasó los límites establecidos por la ley y, por el contrario, se ajustó a las prescripciones legales.*

*De otra parte, tampoco observa la Sala la infracción que se le endilga al parágrafo del artículo 17 ya que, según se anotó precedentemente, del texto del artículo 56 de la Ley 99 se colige que es potestativo de la*

*autoridad ambiental determinar la necesidad del Diagnóstico Ambiental de Alternativas. De tal manera que una forma de hacer explícito lo que está implícito en la ley, labor que corresponde al Reglamento, es precisar los casos en los cuales también potestativamente se puede prescindir de la exigencia de tal Diagnóstico.*

*De lo anteriormente reseñado se concluye que es viable declarar la nulidad en lo que respecta a las excepciones contenidas en el numeral 1° del artículo 17 acusado, más no en relación con los demás numerales.*

*En lo concerniente al segundo cargo, cabe tener en cuenta lo siguiente:*

*El artículo 38 acusado es del siguiente tenor:*

*"**Régimen de Transición.** Los proyectos, obras o actividades, que conforme a las normas vigentes antes de la expedición del presente decreto, obtuvieron los permisos, concesiones, licencias y autorizaciones de carácter ambientales que se requerían, podrán continuar, pero la autoridad ambiental competente podrá exigirles, mediante providencia motivada, la presentación (sic) planes de manejo, recuperación o restauración ambiental.*

*Los proyectos, obras o actividades que con anterioridad a la expedición de este decreto, iniciaron todos los trámites tendientes a obtener los permisos, licencias, concesiones y autorizaciones de carácter ambiental exigidos por las leyes en ese momento vigentes, continuarán su trámite de acuerdo con las mismas y en caso de obtenerlos podrán adelantar el proyecto, obra o actividad, pero la autoridad ambiental podrá exigirles, mediante providencia motivada la presentación (sic) planes de manejo, recuperación o restauración ambiental.*

*Los proyectos, obras o actividades que con anterioridad a la expedición de la Ley 99 de 1993 iniciaron actividades, no requerirán Licencia Ambiental. Tampoco requerirán Licencia Ambiental aquellos proyectos de competencia de las Corporaciones Autónomas Regionales que iniciaron actividades antes de la expedición del presente decreto. Lo anterior no obsta para que dichos proyectos, obras o actividades cumplan con la normatividad ambiental vigente, excluido el requisito de obtener Licencia Ambiental.*

*Parágrafo. Para la transitoriedad de la competencia para el otorgamiento de licencias ambientales, se estará a lo dispuesto en el Decreto 632 de 1994".*

*Estatuye el artículo 117 de la Ley 99 de 1993:*

***"Transición de procedimientos.** Los permisos y licencias concedidos continuarán vigentes por el tiempo de su expedición. Las actuaciones administrativas iniciadas continuarán su trámite ante las autoridades que asuman su competencia en el estado en que se encuentren. Las normas y competencias establecidas en la presente ley, son de vigencia inmediata y se aplicarán una vez se expidan los correspondientes reglamentos, cuando sean necesarios".*

Del contenido de la norma acusada se extrae que ella contempla tres situaciones: la referente a los proyectos, obras o actividades que con anterioridad a la expedición del decreto obtuvieron permisos, concesiones, licencias o autorizaciones; la atinente a dichos proyectos u obras que aún no han obtenido tales permisos, concesiones, licencias o autorizaciones, esto es, que están en trámite; y la de los proyectos, obras o actividades que con anterioridad a la expedición de la ley iniciaron actividades.

Frente a la primera situación es lógico, como lo advierte el Reglamento en el inciso 1° del artículo 38, que si con anterioridad a la expedición del decreto ya se habían expedido permisos, concesiones, licencias o autorizaciones, éstos puedan continuar. Ello se adecua a las prescripciones del artículo 117 de la Ley 99 de 1993 que prevé que "los permisos y licencias concedidos continuarán vigentes por el tiempo de su expedición". Igual cabe predicar de la tercera situación, pues, se infiere, que si se iniciaron actividades con anterioridad a la vigencia de la Ley 99 de 1993, necesariamente hubo un permiso, concesión, licencia o autorización que permitieron la iniciación de las mismas.

Ahora bien, en lo que respecta a la segunda situación la Sala no observa el quebranto a que hace alusión el actor, por cuanto el citado artículo 117 supedita la aplicación de las normas de la ley a los reglamentos que se expidan. Esta circunstancia evidencia aún más la necesidad de reglamentación de la ley, que es lo que constituye el objeto del Reglamento; y que en el presente caso se cumple con el acto acusado, ya que al consagrarse en el inciso 2° del artículo 38 que la autoridad ambiental, pueda exigir mediante providencia motivada la presentación de planes de manejo, recuperación o restauración ambiental está sujetándose el Reglamento a las previsiones contenidas en la ley, que predican la vigencia inmediata de las disposiciones relativas a esta materia.

Finalmente, en cuanto al parágrafo del artículo 38 se refiere, si bien es cierto que el artículo 117 de la Ley 99 de 1993 dispuso que las normas sobre competencia establecidas en dicha ley son de vigencia inmediata, no lo es menos que defirió al Reglamento su regulación para efectos de la aplicación de las mismas.

Como quiera que el parágrafo en cuestión prescribe que "para la transitoriedad de la competencia para el otorgamiento de licencias ambientales se estará a lo dispuesto en el Decreto 632 de 1994", la Sala estima que al haberse referido el parágrafo acusado al Decreto 632, reglamentario de la Ley 99 de 1993, lo que debería determinarse es si el mismo quebranta el citado artículo 117 de la Ley 99 de 1993, pero como quiera que el citado Decreto N° 632 no es objeto de la acción de nulidad que ocupa la atención de la Sala, no es posible entrar a estudiar su posible ilegalidad.

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**

1. **DECRETASE** la nulidad del aparte "excepto la importación de las sustancias, los materiales o los productos de que trata el numeral 8° y lo que trata el numeral 12 del artículo 52 de la Ley 99 de 1993, además de la actividad exploratoria de la minería y de los hidrocarburos", contenido en el numeral 1° del artículo 17 del Decreto Reglamentario N° 1753 de 3 de agosto de 1994, expedido por el Gobierno Nacional.

2. **DENIEGANSE** las demás pretensiones de la demanda.

**COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y CUMPLASE.**

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 8 de octubre de 1995.

*Libardo Rodríguez Rodríguez* Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Nubia González Cerón, Yesid Rojas Serrano.*

**REGISTRO DE MARCA /IRREGISTRABILIDAD - Prórroga / LARIAT**

**El hecho de que la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio no se hubiese pronunciado sobre la solicitud de prórroga del término concedido a la actora para que se pronunciara sobre la causal de irregistrabilidad observada, en ningún momento vicia de ilegalidad los actos acusados, toda vez que el artículo 589 del C. de Co. consagra un término perentorio de 30 días para que el peticionario exponga las razones que sustentan su solicitud, e impone que al vencimiento del mismo debe adoptarse la decisión que corresponda, de acuerdo con los hechos que aparezcan en el expediente. De igual manera debe tenerse en cuenta que sólo luego de transcurridos más de 3 meses del vencimiento del indicado término, la actora se pronunció en memorial de agosto 11 de 1986 sobre la causal de irregistrabilidad advertida, en el sentido de limitar la solicitud de registro de la marca "Lariat" para distinguir "herbicidas", cuando ya se había procedido al rechazo de su solicitud. Mediante auto de 10 de noviembre de 1995, se concedió el Recurso Extraordinario de Súplica.**

**REGISTRO DE MARCA**

**Al no haberse solicitado el registro de la marca "Lariat" para distinguir exclusivamente "herbicidas", la invocación del artículo 56 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, como norma transgredida por los actos acusados, resulta fuera de contexto dentro del debate jurídico y, por tanto, no es posible predicar su quebrantamiento y, menos aun analizar si la aludida marca, para distinguir "herbicidas", cumple o no con los requisitos que se señalan en dicha norma para que fuese susceptible de registro. Porque si el artículo 58 literal f) de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena prohibía el registro de marcas confundibles con otras ya**

**registradas, y en el trámite de la solicitud formulada por la actora se advirtió que "bajo el certificado número 100285 se halla registrada a favor de Hoffman La Roche Productos (sic) Limited, domiciliada en Hamilton Bermuda la marca "Lariam" para distinguir productos comprendidos en la Clase 5 del Decreto 755 de 1972", tal circunstancia, de acuerdo con dicha norma comunitaria, impedía de manera absoluta el registro de marca "Lariat", pues con ella se pretendía distinguir produtos comprendidos en misma clase, al existir "... similitud en el aspecto gráfico, ortográfico y fonético..." con la marca "Lariam", "... que conllevaría a confusión a los consumidores si coexistieran en el mercado. Mediante auto de 10 de noviembre de 1995, se concedió el Recurso Extraordinario de Súplica.**

**ACTUACION ADMINISTRATIVA / PRINCIPIO DE ECONOMIA / PRINCIPIO DE EFICACIA / REGISTRO DE MARCA**

**Si bien es cierto que en el trámite en la actuación administrativa, más exactamente el 10 de enero de 1992, se estableció que el certificado de registro de la marca "Lariam", que sirvió de base para rechazar la solicitud de registro de la marca "Lariat", estuvo vigente hasta el 12 de julio de 1987, sin que el titular hubiera solicitado su renovación, no lo es menos, y con mayor razón, que cuando se advirtió sobre la causal de irregistrabilidad de la marca "Lariat", y se profirió el primero de los actos acusados el 11 de julio de 1986, a esa fecha se encontraba en plena vigencia el mencionado certificado de registro de la marca "Lariam" y, dada tal circunstancia, "... la Superintendencia de Industria y Comercio no podía menos que negar el registro solicitado", como lo señala en su concepto la señora Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación. Mediante auto de 10 de noviembre de 1995, se concedió el Recurso Extraordinario de Súplica.**

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

Santa Fe de Bogotá, D.C., seis (6) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Doctor *Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Radicación número 2675.

Actora: Sociedad Monsanto Company.

Procede la Sección Primera a dictar sentencia de única instancia para resolver la demanda que ha dado lugar al proceso de la referencia, instaurada

por la Sociedad Monsanto Company en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., con la finalidad de obtener la declaratoria de nulidad de las Resoluciones números 005545 de 11 de julio de 1986, 08243 de 17 de octubre de 1991 y 718 de 31 de mayo de 1993, proferidas las dos primeras por la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio y, la última, por el Superintendente de Industria y Comercio, todas ellas relacionadas con el rechazo de la solicitud de registro de la marca "Lariat" para cubrir productos de la clase 5ª del artículo 2º del Decreto 755 de 1972. Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se solicita ordenar a la mencionada División de Propiedad Industrial (hoy División de Signos Distintivos) la publicación de la solicitud de registro de la marca "Lariat" en la Gaceta de Propiedad Industrial y, subsidiariamente, se ordene a dicha dependencia proseguir con los trámites correspondientes a la indicada solicitud.

## I. ANTECEDENTES

### a) Los hechos de la demanda

Ellos son, en síntesis, los siguientes (folios 24 a 27):

1. El 25 de enero de 1983 la sociedad actora, por intermedio de apoderado, solicitó ante la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio el registro de la marca "Lariat" para cubrir productos de la clase 5ª del artículo 2º del Decreto 755 de 1972, y por auto de 10 de febrero de 1986, proferido por el Jefe de Marcas de dicha División, se advirtió a la peticionaria acerca de la irregistrabilidad de la marca por estar inmersa en la causal establecida en el artículo 58 literal f) de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, al encontrarse registrada y vigente la marca "Lariam" para cubrir productos de la misma clase, "... marca muy similar a la solicitada Lariat. Para responder a la objeción se señaló un plazo de 30 días.

A pesar de que el 31 de marzo de 1986 se solicitó una prórroga de 60 días para dar respuesta a la objeción formulada, mediante el primero de los actos acusados se rechazó la solicitud de registro de la marca "Lariat", argumentando que no se había cumplido con lo dispuesto en el auto de 10 de febrero de 1986.

2. El 11 de agosto de 1986 la actora presentó escrito limitando la solicitud de registro de la marca "Lariat" para amparar únicamente "herbicidas" y argumentó que con tal limitación existía la posibilidad de coexistencia entre las marcas en conflicto, "Lariat" y "Lariam", por cuanto la segunda de ellas sólo ampara "preparaciones y sustancias farmacéuticas, veterinarias y sanitarias".

3. El 8 de septiembre de 1986 la sociedad actora interpuso recurso de reposición y subsidiario de apelación contra la Resolución número 005545 de 11

de julio del mismo año, argumentando que mediante escritos de 31 de marzo y 11 de agosto de 1986 sí se había dado cumplimiento al auto de 10 de febrero de dicho año.

4°. Mediante Resolución número 08243 de 17 de octubre de 1991, se decidió el recurso de reposición interpuesto contra el primero de los actos acusados, en el sentido de revocar este último (art. 1°) y en su artículo 2° se dispuso negar el registro de la marca solicitada. Dicha providencia se fundamentó en que "... además de que el recurrente contestó extemporáneamente la irregistrabilidad advertida, sus argumentos son poco convincentes y en nada han desvirtuado la misma", y en que "la similitud fonética y visual de las marcas Larita y Lariam para amparar productos de la misma clase no se puede ocultar... (...) ... las marcas son confundibles y se hace incompatible el registro de ambas, por las razones ya anotadas, por lo tanto cabe negar el registro de la aquí solicitada en razón de la prioridad que ostenta el antecedente marcario".

5. Con fecha 20 de diciembre de 1991, el apoderado de la actora argumentó que al haber caducado el 12 de julio de 1987 el registro de la marca "Lariam", sin ser renovada, ya no existía causal de irregistrabilidad de la marca "Lariat".

6. Mediante Resolución No. 718 de mayo 31 de 1993 se resolvió desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto contra el primero de los actos acusados, argumentando que el registro No. 100.285 correspondiente a la marca "Lariam" para distinguir productos de la clase 5ª se encontraba vigente al formular la advertencia de irregistrabilidad, así como a la fecha de la resolución recurrida;

b) **Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación**

La actora considera que con la expedición de los actos acusados se violaron las siguientes normas, por las razones que se sintetizan a continuación (fls. 28 a 40 y 145 a 150):

*Primer cargo.* Violación del artículo 61 de la Carta Política por cuanto la Superintendencia de Industria y Comercio no procedió con arreglo a la ley y, en cambio, negó sin justa causa la solicitud de registro de la marca "Lariat" para cubrir "herbicidas", productos de la clase 5ª del artículo 2° del Decreto 755 de 1972, desconociendo así la obligación constitucional del Estado, de proteger la propiedad intelectual, una de cuyas modalidades es la propiedad industrial.

*Segundo cargo.* Violación de los artículos 64 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y 589 del Código de Comercio, aplicables al presente caso en aspectos procedimentales de conformidad con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 (siendo que las actuaciones y diligencias encaminadas a la obtención del

registro marcario se iniciaron bajo la vigencia de dicha Decisión), por cuanto mediante los actos acusados se negó la solicitud de registro de la marca "Lariat", argumentando que la peticionaria no había dado cumplimiento al auto de 10 de febrero de 1986, cuando lo cierto es que en parte alguna de las citadas normas se establecía que el incumplimiento del término de 30 días para sustentar la solicitud conllevaba necesariamente su rechazo. En efecto, el mencionado artículo 64 de la Decisión 85 establece que "podrá" y no "deberá" decidir el rechazo de la solicitud, e igualmente que dicho rechazo será procedente en el caso de incumplimiento de los requisitos señalados en los artículos 56, 58 y 59 *ibidem,* los cuales señalan los requisitos intrínsecos y extrínsecos para obtener el registro de la marca. Si en tales requisitos no se establece que se deba dar contestación a la advertencia de irregistrabilidad, mal haría la Superintendencia en rechazar cualquier solicitud cuando no se proceda a ello, "... ya que así no está establecido en la ley".

De otra parte, al término de 30 días concedido en el auto de 10 de febrero de 1986 para que el peticionario sustentara la solicitud del registro de la marca se le dio cumplimiento con el memorial de fecha 31 de marzo de 1986 en el que se solicitó la prórroga de dicho término y sobre el cual no hubo ningún pronunciamiento por parte de la Superintendencia, y con el escrito de 11 de agosto del mismo año, en el cual se limitó dicha solicitud a "herbicidas".

*Tercer cargo.* Violación de los artículos 56 y 58 literal f) de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, por cuanto la solicitud de registro de la marca "Lariat" para distinguir "herbicidas" cumple con los requisitos de distintividad, visibilidad y novedad que exige la primera de dichas normas para que proceda su registro.

En cuanto a la distintividad, esta se cumple por cuanto la expresión "Lariat" es fantástica o arbitraria y por consiguiente no se confunde con aquello que va a identificar.

En relación con la visibilidad ella también se cumple, ya que el signo por registrarse está compuesto por una palabra, cuyos elementos externos son perceptibles visualmente.

En cuanto al requisito de la novedad, "... entendida como la aptitud del signo para ser registrado por no existir otro idéntico o similar anteriormente solicitado o registrado a favor de un tercero para los mismos productos, conocida por la doctrina como novedad extrínseca, es decir, inconfundibilidad con marcas registradas o solicitadas con anterioridad, debemos afirmar que ella se cumple a cabalidad". Este principio tiene su desarrollo en el artículo 58 literal f) de la decisión 85, mencionada.

En consecuencia, mal puede decirse que por proteger las marcas en conflicto productos clasificados en una misma clase pueda presentarse la confundibilidad

que conforme a la indicada norma prohibe su registro, ya que dicho artículo exige, además de confundibilidad entre signos, la confundibilidad entre productos.

Los actos acusados también desconocen y violan los principios de economía y eficacia, orientadores, entre otros, de las actuaciones administrativas (art. 3° del C.C.A.), pues al haberse demostrado en el trámite administrativo que el registro de la marca "Lariam" estuvo vigente hasta el 12 de julio de 1987, fecha en la cual venció por no haberse solicitado la correspondiente renovación, "... no puede existir un principio de economía administrativa cuando del resultado de este trámite administrativo para la obtención del registro de la marca "Lariat", mi representado se vea en la obligación de solicitar nuevamente dicho registro ya que el mismo ha sido rechazado por la existencia de una marca que ya no tiene vigencia. Tampoco se respeta el principio de eficacia por cuanto la administración, conociendo que el fundamento de la irregistrabilidad ha desaparecido, insista en el mismo teniendo como resultado que el procedimiento no logre su finalidad".

*Cuarto cargo.* La Resolución No. 718 de 31 de mayo de 1993 viola los artículos 73 literal a) de la Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, 3° del Código Contencioso Administrativo y 17 de la Ley 153 de 1887, pues si dicho artículo 17 establece que "las meras expectativas no constituyen derecho contra la ley nueva que las anule o cercene", de ello se deriva que a situaciones jurídicas en curso originadas conforme a una ley anterior y que operan dentro de la nueva, se les debe aplicar esta última cuando sobre dichas situaciones existan meras expectativas y no situaciones jurídicas consolidadas.

Lo anterior para advertir "que la solicitud de registro de una marca genera meras expectativas y no una situación jurídica consolidada, y por consiguiente, siguiendo los parámetros de aplicación de la ley en el tiempo se le debe aplicar la Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y no la Decisión 85 de la misma Corporación, como erróneamente se hizo en la resolución demandada".

Teniendo en cuenta que el registro de la marca "Lariam" protegía únicamente "preparaciones y sustancias farmacéuticas, veterinarias y sanitarias" y que la marca por registrarse "Lariat" ampara únicamente "herbicidas" no se está incurso dentro de la causal contemplada en el literal a) del artículo 73 de la decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, ya que los productos protegidos por las marcas en conflicto no son los mismos, ni tampoco inducen al público consumidor a error o confusión ya que no guardan ninguna relación entre sí.

Finalmente, y como ya se advirtió, el certificado de registro para la marca "Lariam" número 100.285, se encuentra vencido ya que su titular no lo renovó oportunamente como lo demuestran los informes de la Secretaría de la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Por todo lo anteriormente expuesto, pretender, como lo hace la resolución demandada, que el citado registro continúe siendo un obstáculo para la obtención de la marca "Lariat" es una clara violación a los principios de economía y eficacia establecidos en el artículo 3º del Código Contencioso Administrativo.

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 resumen a continuación (fls. 57 a 58 y 138 a 140):

Con relación a la Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, esta solamente entró a regir a partir del 14 de febrero de 1992, es decir, varios años después de la expedición de las resoluciones acusadas.

Respecto de la irregistrabilidad de la marca "Lariat", "si bien a la fecha de los informes de registro ya no se encontraba vigente la marca 'Lariam' pues estuvo vigente hasta el 12 de julio de 1987, es cierto también que cuando se advirtió sobre la irregistrabilidad de la solicitud de la marca 'Lariat' de Monsanto Company, a través del proveído del 10 de febrero de 1986 de la Oficina Nacional Competente, a esta última fecha todavía se encontraba en plena vigencia el certificado de registro No. 100.286 de la marca 'Lariam' a favor de Hoffmann - La Roche Products Limited".

Los actos administrativos fueron expedidos por la División de Propiedad Industrial y por el Superintendente de Industria y Comercio con plena competencia para rechazar y negar las solicitudes de registro de marcas y decidir el recurso de reposición y el subsidiario de apelación, revestidos para el efecto de precisas atribuciones legales conferidas por el Código Contencioso Administrativo, la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (art. 58 literal f) y demás normas legales vigentes. Dichos recursos se decidieron a la luz de lo previsto en la Decisión 85 de dicha Comisión, razón por la cual no se incurrió en violación de la Decisión 313 de la misma Corporación.

Es de anotar que las decisiones administrativas se adoptan previo cumplimiento de los trámites administrativos establecidos para el efecto, además, se cumplió con el principio del debido proceso y se otorgaron a la Sociedad Monsanto Company plenas garantías para el ejercicio de su derecho de defensa, como consta en los documentos obrantes en el proceso No. 218977 de la entonces División de Propiedad Industrial.

Por último, las causales de irregistrabilidad, como aquella en la que se hallaba incursa la marca "Lariat", son normas de orden público y de obligatorio cumplimiento a cuyo acatamiento no puede sustraerse la Oficina Nacional Competente; además

de ello es claro e inequívoco que la demandante no dio respuesta a la advertencia de irregistrabilidad dentro del término legal en que era oportuno hacerlo.

e) **La actuación surtida**

A la demanda se le dio el trámite establecido en el Código Contencioso Administrativo para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto de 3 de noviembre de 1993 se admitió la demanda y se dispuso darle el trámite correspondiente (fls. 45 a 47).

Mediante proveído de 15 de febrero de 1994 se abrió el proceso a pruebas y se decretaron como tales las solicitadas por las partes (fls. 127 a 129).

Dentro del término concedido para alegar de conclusión (fl. 136) las partes y el Ministerio Público hicieron uso de este derecho (fls. 137 a 140, 144 a 150 y 141 a 143).

Por auto visible a folios 152 a 154 se ordenó la suspensión del proceso y someter el caso planteado a la Interpretación Prejudicial del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, el cual mediante providencia de 23 de febrero de 1995 se pronunció sobre la precisión del contenido y alcances de los artículos 56, 58 literal f) y 64 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y del artículo 73 literal a) de la Decisión 313 de la misma Comisión (fls. 172 a 174).

## II. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En su concepto la señora Agente del Ministerio Público ante esta Corporación considera que resulta evidente que "las marcas enfrentadas cubren la misma línea de productos, guardan estrecha similitud, no sólo visual sino fonética, pues sólo se diferencian por su última letra, lo cual puede inducir al público consumidor a confusión o error".

Considera igualmente que el término que se le concedió de treinta días, consagrado en el art. 589 del Código de Comercio para subsanar el defecto, precluyó sin que el interesado hubiera hecho manifestación sobre la objeción formulada. Sólo tres meses más tarde, el día 11 de agosto del mismo año, contestó los requerimientos cuando ya se había rechazado la solicitud mediante la Resolución 5545 del 11 de julio de 1986.

Por otra parte, la Superintendencia de Industria y Comercio cumplió con el procedimiento ordenado en el art. 589 del Código de Comercio, "en ausencia de disposición especial en la Decisión de la Comisión del Acuerdo de Cartagena" y dio aplicación al párrafo que dice "vencido el término, la Oficina decidirá de

conformidad con los hechos que aparezcan en el expediente", en razón de que dada la irregistrabilidad de la marca solicitada por su semejanza con otra anteriormente registrada para distinguir productos de la misma clase, la Superintendencia no podía hacer otra cosa que negar el registro solicitado.

Finalmente es de anotar que las normas procesales son de orden público y por lo tanto de obligatorio cumplimiento, salvo autorización expresa de la ley, salvedad que no existe en el caso de autos.

## III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer lugar la Sala analizará las acusaciones de violación de las normas legales que se atribuyen a los actos acusados en los cargos segundo a cuarto de la demanda, pues sólo en la medida en que prospere alguno de ellos podría concluirse sobre el desconocimiento del artículo 61 de la Carta Política.

En relación con el segundo cargo. En él se plantea la violación de los artículos 64 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y 589 del Código de Comercio, debido a que en esas normas no se establece que la consecuencia de no responder dentro del término de 30 días a la advertencia de irregistrabilidad de una marca sea el rechazo de la solicitud y, además, por cuanto a dicho término sí se le dio cumplimiento con el memorial de 31 de marzo de 1986 en el que se solicitó la prórroga del término concedido, y con el escrito de 11 de agosto del mismo año en el cual se limitó la solicitud de registro de la marca "Lariat" para amparar únicamente "herbicidas".

Disponen los artículos 62 y 64 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, y el artículo 589 del Código de Comercio, en su orden, lo siguiente:

> "Artículo 62. Presentada la solicitud (de registro de una marca) la oficina nacional competente procederá a examinar si ella cumple con los requisitos legales y reglamentarios y en especial si se ajusta a las disposiciones de los artículos 56, 58, 59, 60 y 61 del presente capítulo" (paréntesis fuera de texto).
>
> "Artículo 64. En los casos de incumplimiento de los requisitos señalados en los artículos 56, 58 y 59 la oficina nacional competente, previa audiencia del solicitante, podrá decidir el rechazo de la solicitud".
>
> "Artículo 589. Si la Oficina de Propiedad Industrial considera que la marca solicitada no puede registrarse, lo hará saber al solicitante quien, en el término de treinta días, deberá exponer las razones que sustentan su solicitud.
>
> "Vencido el término, la oficina decidirá de conformidad con los hechos que aparezcan en el expediente.

"El funcionario que tramite la solicitud podrá allegar de oficio toda clase de información". (Subrayas de la Sala).

Ahora bien, del análisis armónico de las disposiciones transcritas y de su aplicación al asunto *sub judice,* la Sala considera que los actos acusados no incurren en las violaciones normativas que se les atribuye en este cargo, toda vez que si del examen de la solicitud de registro de la marca "Lariat" para distinguir productos de la clase 5ª del Decreto 755 de 1972, la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio observó que ella no era susceptible de ser registrada debido a que se estaba en presencia de la causal de irregistrabilidad consagrada en el artículo 58 literal f) de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, "... por encontrarse registrada y vigente en favor de un tercero la marca Lariam, clase 5", y dentro del término de 30 días que se le concedió a la sociedad actora para que se pronunciara sobre dicha observación, esta se limitó a solicitar la prórroga de ese término, sin exponer las razones que sustentaban la solicitud de registro formulada, la necesaria consecuencia de ello era la de adoptar la determinación de rechazo de dicha solicitud, de acuerdo con las previsiones del artículo 64 en la mencionada Decisión 85, en concordancia con el artículo 589 del Código de Comercio.

Además de lo anterior, la Sala considera que el hecho de que la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio no se hubiese pronunciado sobre la solicitud de prórroga del término concedido a la actora para que se pronunciara sobre la causal de irregistrabilidad observada, en ningún momento vicia de ilegalidad los actos acusados, toda vez que el artículo 589 del C. de Co. consagra un término perentorio de 30 días para que el peticionario exponga las razones que sustentan su solicitud, e impone que al vencimiento del mismo debe adoptarse la decisión que corresponda, de acuerdo con los hechos que aparezcan en el expediente. De igual manera debe tenerse en cuenta que sólo luego de transcurridos más de 3 meses del vencimiento del indicado término, la actora se pronunció en memorial de agosto 11 de 1986 sobre la causal de irregistrabilidad advertida, en el sentido de limitar la solicitud de registro de la marca "Lariat" para distinguir "herbicidas", cuando ya se había procedido al rechazo de su solicitud mediante la Resolución No. 005545 de 11 de julio del mismo año.

Por consiguiente, el cargo no prospera.

En relación con el tercer cargo, en el cual se plantea el quebrantamiento de los artículos 56 y 58 literal f) de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, debido a que la solicitud de registro de la marca "Lariat" para distinguir "herbicidas" cumple con los requisitos de distintividad, visibilidad y novedad que exige la primera de dichas normas para que proceda su registro y por cuanto mal

puede decirse que por proteger las marcas "Lariat" y "Lariam" productos incluidos en una misma clase pueda presentarse la confundibilidad que prohíbe su registro según el citado artículo 58 literal f), "... ya que dicho artículo exige además de confundibilidad entre signos, la confundibilidad entre productos", la Sala considera que no está llamado a prosperar, por las razones que se expresan luego de transcribir el texto de las indicadas normas:

> "Artículo 56. Podrán registrarse como marcas de fábrica o de servicios los signos que sean novedosos, visibles y suficientemente distintivos".
>
> "Artículo 58. No podrán ser objeto de registro como marcas:
>
> "...
>
> "...
>
> "f) Las que sean confundibles con otras ya registradas o solicitadas con anterioridad por un tercero o solicitadas posteriormente con reivindicación válida de una prioridad para productos o servicios comprendidos en una misma clase".

1°. Porque si la solicitud de registro de la marca "Lariat" lo fue para amparar productos de la clase 5ª del Decreto 755 de 1972, sin distingos de ninguna naturaleza, y en desarrollo del trámite la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio advirtió la causal de irregistrabilidad que pesaba sobre ella, sin que dentro del término concedido la actora expusiera las razones que sustentaban su solicitud, a lo cual obedeció la decisión adoptada en el primero de los actos acusados, mal puede afirmarse, como se afirma en la demanda, que dicha solicitud lo fue para distinguir únicamente "herbicidas", pues tal manifestación limitativa se hizo, como ya se vio, en forma extemporánea.

2°. Porque en concordancia con lo anterior, la Sala considera que al no haberse solicitado el registro de la marca "Lariat" para distinguir exclusivamente "herbicidas", la invocación del artículo 56 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, como norma transgredida por los actos acusados, resulta fuera de contexto dentro del debate jurídico y, por tanto, no es posible predicar su quebrantamiento y, menos aun analizar si la aludida marca, para distinguir "herbicidas", cumple o no con los requisitos que se señalan en dicha norma para que fuese susceptible de registro.

3°. Porque si el artículo 58 literal f) de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena prohibía el registro de marcas confundibles con otras ya registradas, y en el trámite de la solicitud formulada por la actora se advirtió que "bajo el certificado número 100.285 se halla registrada a favor de Hoffman La

Roche Productos (sic) Limited, domiciliada en Hamilton Bermuda la marca 'Lariam' para distinguir productos comprendidos en la Clase 5 del Decreto 755 de 1972" (fl. 75), tal circunstancia, de acuerdo con dicha norma comunitaria, impedía de manera absoluta el registro de la marca "Lariat", pues con ella se pretendía distinguir productos comprendidos en la misma clase, al existir "... similitud en el aspecto gráfico, ortográfico y fonético..." con la marca "Lariam", "... que conllevarían a confusión a los consumidores si coexistieran en el mercado. En consecuencia, este despacho considera que la expresión "Lariat" a la fecha de la resolución recurrida, se encontraba comprendida en la causal de irregistrabilidad antes enunciada", como se consigna en la parte motiva de la Resolución No. 718 de 1993.

4°. Porque en la Interpretación Prejudicial de los artículos 56, 58 literal f) y 64 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y del artículo 73 literal a) de la Decisión 313 de la misma comisión, que le fuera solicitada en este proceso al Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, la cual se adopta en esta sentencia, dicha Corporación se pronunció en los siguientes términos, que coinciden con lo expresado por la Sala en los ordinales precedentes:

**"Semántica de la ley:**

"El espíritu del legislador andino, ha sido uniformemente expresado a través de las diversas Decisiones que han regulado el régimen comunitario de propiedad industrial, en el cual ha quedado nítidamente establecido el carácter genérico de la protección a la marca, dentro de la economía de mercado, tanto para el propietario como para el consumidor.

"El propio Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena ha establecido en su sentencia del caso (1-IP-87), que 'la razón de ser del derecho exclusivo de una marca se explica por la necesidad que tiene todo empresario de diferenciar o individualizar los productos o servicios que elabora o presta y que deben ser comercializados en un mercado de libre competencia'. Si esto es así, la función del artículo 56 de la Decisión 85, disponía que sólo podían ser registrados como marcas: 'los signos que sean novedosos, visibles, y suficientemente distintivos'. Igualmente, en la sentencia (2-IP-94) se dijo que '... El tema del orden público económico encuentra expresión concreta precisamente en el derecho marcario, particularmente en el artículo 82, literales g) y h) de la Decisión 344, cuando señala dos casos en que no procede el registro de una marca. Una medida como esta se orienta ante la protección tanto del consumidor como del productor en interés general de la comunidad. Del primero, para defender su autonomía a fin de que en el proceso de selección de los bienes y servicios que consume, no se vea sujeto a confusión o engaño y tenga acceso a la mejor calidad de los productos que se expenden

en el mercado. La confusión a que se refiere el artículo 83, literal e) de la misma Decisión es el efecto más frecuente que la legislación marcaria pretende evitar para proteger el libre criterio y la ausencia de distorsiones en la selección de opciones del mercado por los consumidores. El engaño contemplado en el literal h) del artículo 82 citado es otra de las prácticas que por lanzar al mercado indicaciones incorrectas o falsas sobre los productos, inducen a error al consumidor sobre la naturaleza del bien o servicio, su modo de fabricación o sus características".

"'A su vez el régimen de propiedad industrial está dirigido a proteger al productor al procurar la erradicación de prácticas de competencia desleal en el mercado que van directamente en contra de los intereses de los competidores, a fin de que se mantenga inalterada y sin menoscabo la posición que los productores y distribuidores hayan alcanzado mediante su esfuerzo legítimo en la conquista de mercados para sus productos'.

"'En la propiedad industrial el amparo a los consumidores y empresarios se extiende también a la protección del comercio en general como un objetivo final. Sobre estos aspectos se ha pronunciado uniformemente la jurisprudencia del Tribunal en interpretaciones prejudiciales (casos 1-IP-87, 4-IP-88, 2-IP-89, 6-IP-89, 3-IP-90, 4-IP-90, 3-IP-91 y 4-IP-91. Gacetas Oficiales del A. de C. Nos. 28, 39, 49, 50, 70, 71, 93 y 97, respectivamente)...'. La tendencia era y sigue siendo en la Decisión 344 actualmente en vigencia, protectora de los consumidores, para que no sean llevados a engaño e igualmente de los fabricantes cuyo derecho de propiedad se trata de salvaguardar.

"Por esa razón en el inciso f) del artículo 58 de la Decisión 85, se disponía que 'No podrán ser objeto de registro como marcas': **f) las que sean confundibles con otras ya registradas** o solicitadas con anterioridad por un tercero o solicitadas posteriormente con **reivindicación** válida de una prioridad para productos o servicios **comprendidos en una misma clase**' (negrillas del texto original).

"En el mundo del derecho, la tipificación es sumamente importante, así por ejemplo, el 'Amparo' es el género y el '*Habeas Corpus*' uno de sus aspectos específicos. Igualmente, en el mundo de las decisiones, dentro de nuestro derecho de la integración, la tendencia en general ha sido la de establecer reglas claras y genéricas.

"Por todo lo expuesto no pudiendo ingresar en el análisis de los aspectos procesales de derecho interno, ni de las presuntas violaciones de normas Constitucionales y Administrativas que pudieran haberse producido en el

trámite de esta solicitud, ni interpretar el contenido y alcances del Derecho Nacional, ni calificar los hechos materia del proceso por mandato expreso del Art. 30 del Tratado de creación del Tribunal;

**"El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena concluye:**

"1°. Las regulaciones contenidas en las normas del Ordenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena tanto en las decisiones derogadas como en la actualmente vigente tienen carácter general, y tratan de proteger mediante el registro de marcas el principio de la novedad y la distinción, para evitar la confusión entre los usuarios.

"2°. Los principios y normas vigentes del derecho interno de los Estados deben ser aplicados mientras no colisionen con el Derecho de la Integración, siempre prevalente sobre la norma nacional".

En cuanto a la censura de que los actos acusados desconocen los principios de economía y eficacia, con arreglo a los cuales, entre otros, deben desarrollarse las actuaciones administrativas y, por tanto, incurren en violación del artículo 3° del C.C.A., la Sala considera que no asiste razón a la demandante, pues si bien es cierto que en el trámite en la actuación administrativa, más exactamente el 10 de enero de 1992, se estableció que el certificado de registro de la marca "Lariam", que sirvió de base para rechazar la solicitud de registro de la marca "Lariat", estuvo vigente hasta el 12 de julio de 1987, sin que el titular hubiera solicitado su renovación (fl. 115), no lo es menos, y con mayor razón, que cuando se advirtió sobre la causal de irregistrabilidad de la marca "Lariat", y se profirió el primero de los actos acusados el 11 de julio de 1986, a esa fecha se encontraba en plena vigencia el mencionado certificado de registro de la marca "Lariam" y, dada tal circunstancia, "... la Superintendencia de Industria y Comercio no podía menos que negar el registro solicitado", como lo señala en su concepto la señora Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación.

En consecuencia, el cargo no prospera.

En relación con el cuarto cargo, en el cual se plantea que la Resolución No. 718 de 31 de mayo de 1993 quebranta los artículos 73 literal a) de la Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, 17 de la Ley 153 de 1887 y 3° del C.C.A., la Sala considera que adolece en absoluto de vocación de prosperidad, toda vez que el concepto de violación de dichas normas está constituido sobre la base errónea de que la solicitud de registro de la marca "Lariat" lo fue para amparar únicamente "herbicidas" , como se analizó y concluyó en el estudio del cargo anterior.

Por consiguiente, el cargo no prospera.

En relación con el primer cargo. Como quiera que la presunta violación del artículo 61 de la Carta Política se hace derivar del desconocimiento de las normas legales invocadas en los cargos ya analizados, y dado que todos ellos han resultado imprósperos, este también está llamado a fracasar.

En las anotadas circunstancias, al no prosperar las acusaciones formuladas en la demanda, ha de procederse a denegar sus pretensiones.

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 súplicas de la demanda.

Segundo. Condénase en costas a la parte actora, conforme a lo dispuesto en el artículo 171 del C.C.A., en concordancia con el artículo 392 del C. de P. C.

Tercero. Devuélvase la suma depositada para gastos ordinarios del proceso o su remanente.

Cuarto. 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 sus sesión de fecha cinco de octubre de mil novecientos noventa y cinco.

*Libardo Rodríguez Rodríguez,* Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Nubia González Cerón, Yesid Rojas Serrano.*

**SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO - Funciones / VIGILANCIA Y CONTROL DE PRECIOS AL CONSUMIDOR / PRECIO DE LA LECHE / MULTA - Imposición / COMPETENCIA / SUPERINTENDENTE PRIMER DELEGADO / SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCION DEL CONSUMIDOR**

**Del texto del artículo 17 del Decreto 2876 de 1984, se evidencia sin duda alguna que la competencia para imponer sanciones hasta trescientas veces el salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de imposición de la multa a la sociedad actora, radicaba en el Superintendente de Industria y Comercio y no así en el Superintendente Primer Delegado. Si bien es cierto que el Decreto 2153 de 30 de diciembre de 1992 radicó de nuevo en el Superintendente Primer Delegado (hoy Superintendente Delegado para la Protección del Consumidor) la competencia para imponer sanciones de multa por violación de las normas legales en materia de precios, como se hace de notar en la contestación de la demanda, no lo es menos que a la fecha en que se impuso la multa a la sociedad actora el funcionario competente para adoptar tal decisión lo era el Superintendente de Industria y Comercio.**

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., seis (6) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Radicación número 3309.

Actora: Procesadora de Leches S.A., Proleche S.A.

La Sección Primera procede a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la

sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, de fecha 2 de febrero de 1995.

## I. ANTECEDENTES

### a) El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda

La Sociedad Procesadora de Leches S.A., Proleche S.A., a través de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A. demandó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad de las Resoluciones Nos. 163 y 2288, de 2 de septiembre y 28 de diciembre de 1992, respectivamente, expedidas por el Superintendente Primer Delegado de la Superintendencia de Industria y Comercio, y 882 de 17 de junio de 1993, proferida por el Superintendente de la misma institución, y solicitó que como consecuencia de la declaratoria y a título de restablecimiento del derecho, se ordene la devolución de la suma pagada como multa incluidos los intereses moratorios causados desde la fecha en que se efectuó el pago hasta el día en que le sea efectivamente devuelto el importe total.

### b) Los actos acusados

Son los siguientes:

1. La Resolución No. 163 de 2 de septiembre de 1992, mediante la cual se impone una sanción a la demandante por la suma de diecinueve millones quinientos cuarenta y nueve mil doscientos pesos ($19.549.200), por violación del artículo 1° de la Resolución N° 0427 de 10 de julio de 1989, en concordancia con el numeral 4 del artículo 16 del Decreto 2876 de 1984.

2. La Resolución N° 2288 de 28 de diciembre de 1992, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la resolución primeramente citada, confirmándola.

3. La Resolución N° 882 de 17 de junio de 1993, a través de la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución N° 163, confirmándola.

### c) Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación

La actora considera que con la expedición del acto acusado se violaron las siguientes normas, por las razones que, en forma resumida, se expresan a continuación (fls. 4 a 7):

1. De orden constitucional: artículos 11 y 29.

2. De orden legal: artículos 16 numeral 4° del Decreto 2876 de 1984; 2°., 27 y 35 del Decreto 2437 de 1993; 16 y 17 del Decreto 863 de 1988, que modificó el numeral 1° del artículo 17 y el artículo 18 del Decreto 2876 de 1984.

3. De orden reglamentario: artículo 1° de la Resolución N° 0427 de 10 de julio de 1989; y Resoluciones Nos. 0402 de 31 de mayo de 1991 y 0469 de 28 de junio del mismo año.

Dentro del acápite "*Concepto de la violación*", la accionante aduce como cargos de violación los siguientes:

*Primer cargo.* Se violó el artículo 1° de la Resolución N° 0427 de 10 de julio de 1989 por cuanto se aplicó cuando ya no existía. En efecto, la Resolución N° 089 de 17 de febrero de 1989 que oficializó el Acuerdo Nacional Lechero y que sirvió de fundamento legal a la Resolución N° 0427, fue derogada en su integridad por la Resolución N° 0402 de 31 de mayo de 1991 que empezó a regir el 15 de julio siguiente. Asimismo derogó la Resolución 0416 de 4 de junio de 1990, que delegó en los Comités Regionales del sector privado la determinación de los precios de la leche líquida pasteurizada. Igualmente fue derogado tácitamente dicho acuerdo, pues en primer lugar perdió su basamento legal y, en segundo lugar la Resolución N° 0402 de 1991 liberó los precios de la leche de todo mecanismo establecido para su determinación, sin hacer distinción de ninguna clase.

La Resolución N° 0427 de 1989 era un mecanismo que se apoyaba en un trípode: en las Resoluciones Nos. 089 de 1989, 0416 de 1990 y en el Acuerdo Nacional Lechero. Las dos primeras derogadas expresamente y el último derogado tácitamente por sustracción de materia.

*Segundo cargo.* Fue transgredido el numeral 4° del artículo 16 del Decreto N° 2876 de 1984, por cuanto dicho decreto sanciona la especulación indebida en el artículo 14; lo mismo hace con el acaparamiento en el artículo 15; y el artículo 16 señala otras contravenciones en sus tres primeros numerales, pero en el cuarto legisla contra todas las contravenciones posibles sobre normas de control y vigilancia de precios. Dada su generalidad se pierde la tipificación de cada una de ellas. El supuesto hecho violatorio no está definido como contravención.

La Resolución N° 882 de 17 de junio de 1993 acusada, sostiene que el numeral 4° del artículo 16 del Decreto 2876 de 1984 es lo que se conoce como norma en blanco y que como tal puede ser aplicada en consonancia con otras disposiciones.

La norma en blanco no define las infracciones y la norma consonante que se quiso aplicar tampoco. En consecuencia, se trata de dos normas que no tipifican ni definen infracciones. Además, para poderse aplicar la norma en blanco debe estar en consonancia con disposiciones de la misma categoría y aquí se trató de armonizar la disposición de un decreto con la de una resolución. Por ello, la norma quebranta la institución del debido proceso que se debe aplicar a todas las actuaciones administrativas (artículo 29 de la Carta Política).

*Tercer cargo.* Se violaron las Resoluciones Nos. 402 y 469 de 1991 proferidas por el Ministerio de Agricultura, pues al inobservarlas se quiere dar aplicación a disposiciones derogadas.

En efecto, la primera de las citadas derogó los fundamentos legales en que se apoyaba el Acuerdo Nacional Lechero, a saber, la Resolución N° 089 de 1989 y la Resolución N° 0416 de 1990, así como también derogó tácitamente dicho acuerdo. La segunda amplió el plazo para la iniciación de su vigencia que había sido establecido a partir del 1° de julio de 1991 y lo pasó al 15 de julio siguiente.

*Cuarto cargo.* Violación de los artículos 2°., 27 y 35 del Decreto N° 2437 de 1983 del Ministerio de Salud, toda vez que el primero define a la leche como el producto de la secreción normal de la glándula mamaria y prohíbe terminantemente adulterar o alterar la calidad de la leche que en su estado natural se conoce como leche cruda, entera o recién ordeñada. Al agregarle cualquier cantidad de agua por mínima que sea o al extraerle las grasas, deja de ser la leche entera que fue el producto al cual se refirió exclusivamente el Acuerdo Nacional Lechero.

Si el productor advertido de que se trataba de leche adulterada voluntariamente accedía a venderla previo un castigo del precio, obviamente por definición no se trataba del producto natural al que se refería el Acuerdo Nacional Lechero.

Por su parte, el artículo 27 fija las características y condiciones de la leche cruda entera.

El artículo 35 establece la fórmula para el cálculo del extracto seco desengrasado, conocida como fórmula de Richmond. Se trata de un procedimiento legal para determinar el contenido de sólidos de la leche. Con base en dicha fórmula, la demandante diseñó un procedimiento técnico para premiar el contenido de sólidos totales por encima del 12% y castigar los de contenido menor. Los ajustes pueden serlo hacia arriba o hacia abajo. No se conoce fórmula oficial alguna que se haya dictado para determinar el incentivo.

Se están infringiendo las anteriores normas al quererlas aplicar a un producto no contemplado para ellas.

*Quinto cargo.* Fueron desconocidos los artículos 16 y 17 del Decreto 863 de 1988 del Ministerio de Desarrollo Económico, ya que el primero modificó el numeral 1° del artículo 17 del Decreto 2876 de 1984 estableciendo el monto de la multa en un máximo de trescientas (300) veces el salario mínimo legal mensual vigente al momento de su imposición. El segundo modificó el artículo 18 del mismo decreto, señalando que las multas se aplicarán por los funcionarios competentes. De igual manera modificó las competencias, pues conforme al numeral 1° de la norma modificada la multa la imponía el Superintendente de Industria y Comercio

Primer Delegado, y según el numeral 1° de la norma modificadora la competencia se radicó en el Superintendente de Industria y Comercio. Se presentaron cambios en las cuantías y en los funcionarios competentes para imponer las sanciones. La sanción la impuso en el caso de autos quien no era competente para hacerlo, a saber el Superintendente Delegado.

*Sexto cargo.* Violación de los artículos 11 y 29 de la Constitución Política, toda vez que el primero consagra el derecho a la vida, cuyo presupuesto más importante es el disfrute de la plena salud. La compañía nunca aplicó castigos a la leche cruda entera, que por definición legal estuvo amparada en el Acuerdo Nacional Lechero cuando éste rigió. El querer aplicarle la sanción a la compañía cuando el producto adquirido no llenaba los requisitos legales es violatorio del canon constitucional en mención.

El artículo 29 también se violó pues habla de la aplicación del debido proceso en todas las actuaciones judiciales y administrativas y en el presente caso se quieren revivir normas que ya fueron derogadas.

d) **Las razones de la defensa**

El apoderado de la Superintendencia de Industria y Comercio en la contestación de la demanda expresa, en síntesis, lo siguiente (fl. 97 del Cdno. Ppal.):

La demanda siempre ha tenido como función el control y la vigilancia de precios en defensa del consumidor, pudiendo imponer sanciones a las empresas que violen las normas legales vigentes sobre la materia, radicando dicha atribución en cabeza del Superintendente de Industria y Comercio, y en razón de la naturaleza del asunto, en el Superintendente Primer Delegado, hoy llamado Superintendente Delegado para la Protección del Consumidor por el Decreto 2153 de 1992, que lo ratifica en el ejercicio de dicha función.

El numeral 4° del artículo 16 del Decreto 2876 de 1984 es una disposición sancionatoria que por ser norma de las que la doctrina ha denominado "en blanco" debe ser aplicada en consonancia con otras (verbigracia la Resolución 0427 de 1989).

Por consiguiente, el hecho de que una norma requiera de otras disposiciones para poder aplicarse no significa que aquella sea ilegal pues no viola principio constitucional alguno. Como tal, la sanción existe y la autoridad encargada de establecer la conducta simplemente se remite a ella para darle cabal aplicación.

En cuanto a la afirmación de que la Resolución N° 0402 de 1991 derogó en todas sus partes las Resoluciones Nos. 089 de 1989 y 0416 de 1990, cabe decir que es falsa, toda vez que estas resoluciones basadas en el Acuerdo Lechero se

complementan entre sí. No obstante, esa afirmación debe ser probada por el demandante.

e. **La actuación surtida**

De conformidad con las normas correspondientes 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 14 de abril de 1994 se admitió la demanda (fl. 91 del Cdno. Ppal.).

Mediante proveído de 5 de agosto de 1994 se abrió a pruebas el proceso y se decretaron las pedidas por las partes que cumplían con los requisitos legales (fl. 104 del Cdno. Ppal.).

Por auto de 2 de septiembre de 1994 (fl. 107 del Cdno. Ppal.), se corrió traslado a las partes y al señor Agente del Ministerio Público para alegar de conclusión, derecho del cual hizo uso la parte demandada (fl. 108 del Cdno. Ppal.).

## II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante la sentencia recurrida el Tribunal de origen declaró la nulidad de las resoluciones acusadas y ordenó a la Nación-Superintendencia de Industria y Comercio, a título de restablecimiento del derecho, devolver a la demandante la suma de diecinueve millones quinientos cuarenta y nueve mil doscientos pesos ($19.549.200) por concepto de la multa que pagó, así como los intereses moratorios liquidados sobre dicha suma, a partir del vencimiento de los seis meses siguientes a la fecha en que quede ejecutoriada la sentencia, con fundamento en las consideraciones que se resumen a continuación (fls. 133 a 149 del Cdno. Ppal.):

Frente a la violación de los artículos 16 y 17 del Decreto 863 de 5 de mayo de 1988 por incompetencia del Superintendente Primer Delegado de la Superintendencia de Industria y Comercio para imponer la sanción, debe decirse que no es cierta la afirmación de la demandada en el sentido de que dicho funcionario sí es competente para la imposición de la multa en cuestión en virtud del Decreto 2153 de 30 de diciembre de 1992, pues los hechos objeto de sanción acaecieron con anterioridad a dicha fecha, luego las normas a aplicar eran los Decretos 2876 de 1984 y 863 de 1988.

En efecto, de conformidad con los artículos 16 y 17 del Decreto 863 de 1988 que se consideran violados, para la imposición de las multas equivalentes hasta trescientas (300) veces el valor del salario mínimo, el funcionario competente es el Superintendente de Industria y Comercio, en razón de que el artículo 33 del Decreto 2876 de 1984 dispone que cuando el funcionario competente para imponer

las multas a que se refiere el artículo 17 del mismo decreto considere que la infracción debe ser sancionada con multas superiores a las que pueden imponer de acuerdo con su competencia, remitirá a la mayor brevedad las diligencias y documentos relacionados con la investigación a quien tenga competencia inmediatamente superior, pudiendo proceder con el mismo criterio el funcionario que reciba las diligencias.

Se tiene entonces que el artículo 33 en cuestión se remite al artículo 17 que fue modificado en cuantías y competencias por el Decreto 863 de 1988, sin que esto incidiera en la aplicación de aquel precepto en materia de remisión al competente, dada su vigencia cuando los actos demandados se expidieron, toda vez que el Decreto 863 derogó el ordinal 1° del artículo 17 y el artículo 18 del Decreto 2876 de 1984 y demás disposiciones que le sean contrarias, sin hacer mención al citado artículo 33.

Para septiembre de 1992, fecha de expedición de la Resolución N° 163 demandada, el salario mínimo legal mensual ascendía a $ 65.190 según Decreto 2867 de 1991. Es claro entonces que la competencia para la imposición de la multa por valor de $ 19.549.200 con la que se sancionó a la actora no correspondía al Superintendente Primer Delegado sino al Superintendente de Industria y Comercio, pues dicho monto está dentro del tope de los trescientos salarios mínimos, competencia que no había sido delegada ya que conforme al mandato del artículo 33, debieron remitirse las diligencias administrativas.

En conclusión, le asiste razón a la demandante en lo que hace relación con la incompetencia de la autoridad que impuso la sanción, razón por la cual el cargo está llamado a prosperar.

No obstante lo anterior, el Tribunal en aras de hacer claridad procedió al estudio de los demás cargos, así:

Frente al cargo de violación del artículo 1° de la Resolución N° 0427 de 1989 y de las Resoluciones Nos. 402 y 0469 de 1991 expedidas por el Ministerio de Agricultura, por considerar la parte actora que se encontraban derogadas, debe anotarse que la Resolución N° 0427 de 1989, sustento de la sanción, no puede entenderse derogada por cuanto las resoluciones que la demandante considera derogatorias de ésta se refieren a la leche en cuanto al precio para el consumidor final, y la Resolución N° 0427 lo hace pero con respecto al precio de la leche cruda puesta en planta industrial. Además, la sanción se basó en la inobservancia del monto del precio que se debe pagar al productor por parte del industrial, determinándose dicho precio porcentualmente con base en el precio de la leche para el consumidor final, sin que sea de recibo el argumento de la parte actora, pues las normas relacionadas con la liberación de precios de la leche al consumidor final

no permiten deducir que constituyan a su vez la derogatoria o liberación de precios con respecto a otro individuo como lo es el productor.

En síntesis, nó existió derogación ni expresa ni tácita de la Resolución N° 0427 de 1989, ya que la referencia que ésta hace respecto del precio de la leche que debe pagar el industrial al productor de la leche, no pugna ni contradice lo relacionado con el precio de la leche al consumidor final.

Por lo anterior, el cargo no prospera.

En cuanto al cargo de violación del numeral 4° del artículo 16 del Decreto 2876 de 1984 debe decirse que tampoco prospera, ya que el derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio son disciplinas autónomas, cada una con sus propias normas y principios rectores, razón por la cual se estudiará el Decreto 2876 de 1984 que establece que también se consideran conductas contravencionales aquellas que infrinjan las medidas de precios que las autoridades competentes hayan tomado, como es el caso de la Resolución N° 0427 de 1989 que en su artículo 1° estableció que los industriales pagarán a los productores un precio mínimo por la leche cruda puesta en planta equivalente a un 70% del precio de venta de la leche pasteurizada al consumidor final, calculado con base en el precio de la bolsa de mil centímetros cúbicos de leche entera, y en su artículo 4° consagró que la Superintendencia de Industria y Comercio y las autoridades municipales ejercerán el control y vigilancia de lo dispuesto en dicha resolución y aplicarán las sanciones de conformidad con las normas legales vigentes.

Por su parte, los artículos 16 y 17 del Decreto 2876 de 1984 establecieron otras contravenciones y las sanciones a aplicar, razón por la cual de la interpretación armónica de todas las normas anteriormente precitadas se concluye que la inobservancia del precio mínimo que deben pagar los industriales al productor puede dar lugar, como en efecto se dio en el caso en estudio, a las sanciones pecuniarias fijadas en el artículo 17 del decreto en cuestión, pues dicha conducta encaja en la previsión del numeral 4° del artículo 16 *ibidem*.

Respecto de la violación de los artículos 2°, 27 y 35 del Decreto 2437 de 1983, que contienen las definiciones de leche cruda entera, adulterada y alterada, y las condiciones y características de la leche cruda entera, las condiciones especiales y la fórmula para el cálculo de los sólidos no grasos, así como de la violación del numeral 4° del artículo 16 del Decreto 2876 de 1984, el Tribunal considera que el argumento de la parte actora consistente en que el precio pagado en un monto inferior al establecido en la Resolución N° 0427 de 1989 no se aplicó sobre leche entera cruda sino sobre leches adulteradas o alteradas previa advertencia al productor de la disminución del precio "...no puede justificar la medida tomada por la actora

para tales efectos con respecto a los productores, pues las normas son de carácter general, impersonal, abstracto y de obligatorio cumplimiento, y no es el consentimiento unilateral o de las partes el que posibilita o permite la inobservancia de una norma".

Del acervo probatorio se obtiene que la actora sí disminuyó el porcentaje mínimo que debía pagar a los productores, sin que su argumento de la no vigencia de la Resolución N° 0427 de 1989 ni la circunstancia de que la leche no era cruda entera, lo que además no fue comprobado, desvirtúen su responsabilidad en la infracción cometida.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Finalmente, frente a la violación de los artículos 11 y 29 de la Constitución Política, el *a quo* considera que la compañía demandante no es la llamada a argumentar el incumplimiento del primero de los citados, basada en que no eran leches crudas enteras, porque de ser así fue ella quien violó dicha norma al adquirir leches que no son de óptima calidad, lo que sí atentaría contra la buena salud de los ciudadanos.

Tampoco encuentra el fallador de primera instancia violación al debido proceso, ya que durante la actuación en la vía gubernativa la actora tuvo oportunidad de ejercer su derecho de defensa y en cuanto a la inspección judicial no decretada se debió a su no conducencia dentro del proceso.

Con respecto a la petición de restablecimiento del derecho, el Tribunal aclara que de conformidad con el artículo 177 del C.C.A., las condenas de pago o devolución de una entidad territorial o descentralizada en virtud de sentencia judicial sólo recibirán intereses comerciales remuneratorios dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de la providencia, y a partir del vencimiento de este término intereses moratorios, razón por la cual no se accede a la petición de la actora de condenar al pago de intereses moratorios desde la fecha en que efectuó dicho pago, sino a partir de los seis meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

## III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En la sustentación del recurso de apelación, la recurrente fundamenta su desacuerdo con la sentencia de primera instancia en las razones que se sintetizan a continuación (fls. 8 y 9 del Cdno. N° 2):

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca no tuvo en cuenta en su estudio de fondo lo dispuesto en el Decreto N° 863 de 1988, mediante el cual se ajustaron las cuantías de las multas señaladas por el Decreto 2876 de 1984 hasta trescientas (300) veces el salario mínimo legal mensual vigente en Bogotá, en cuanto no modificó la competencia establecida en el mismo decreto. En efecto, la competencia para

investigar y sancionar las contravenciones a las normas sobre control y vigilancia de precios le correspondía, a la fecha de la sanción impuesta, solamente y en forma exclusiva al entonces Superintendente Primer Delegado de Industria y Comercio.

## IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación no rindió concepto.

## V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sostiene la recurrente que el *a quo* no tuvo en cuenta que el Decreto 863 de 1988 no modificó la regla de competencia establecida en el Decreto N° 2876 de 1984, en el sentido de que la competencia para investigar y sancionar las contravenciones a las normas sobre control y vigilancia de precios, para la fecha de la sanción impuesta, correspondía en forma exclusiva al entonces Superintendente Primer Delegado.

Como marco de referencia para el análisis del referido cargo, a continuación se transcriben las disposiciones con base en las cuales la apelante considera que el funcionario competente para imponer la sanción de multa a la sociedad actora lo era el Superintendente Primer Delegado, y a renglón seguido aquellas que las modificaron y cuya transgresión evidenció el tribunal *a quo*.

- Decreto 2876 de 1984:

"Artículo 17. Sanciones. El incumplimiento de las sanciones previstas en este decreto, acarreará para el infractor una de las siguientes sanciones, sin perjuicio de las previstas en el Título 7° del Código Penal:

"1. Multa hasta dos millones de pesos ($ 2.000.000) de acuerdo con la capacidad económica del infractor y la gravedad del hecho.

"2. ...".

"Artículo 18. Cuantía de las multas. Las multas a que se refiere el numeral 1° del artículo anterior se aplicarán por los funcionarios competentes en las siguientes cuantías:

1. Superintendencia de Industria y Comercio Primer Delegado hasta por $2.000.000.

2. ...".

- Decreto 863 de 1988:

"Artículo 16. El ordinal 1° del artículo 17 del Decreto 2876 de 1984, quedará así:

"1. Multa hasta por trescientas (300) veces el valor de un salario mínimo legal mensual vigente en Bogotá D. E., al momento de su imposición".

"Artículo 17. El artículo 18 del Decreto 2876 de 1984, quedará así:

"Artículo 18. Cuantías de las multas. Las multas a que se refiere el numeral 1° del artículo anterior se aplicarán por los funcionarios competentes en las siguientes cuantías:

"1. El Superintendente de Industria y Comercio, hasta trescientas (300) veces el valor de un salario mínimo legal mensual vigente en Bogotá D. E., al momento de su imposición.

"2. ...".

Ahora bien, de la confrontación de las normas anteriores, para la Sala es incuestionable que no asiste razón a la apelante cuando afirma que la competencia no se modificó, pues del texto del artículo 17 del Decreto 863 de 1988, modificatorio del artículo 18 del Decreto 2876 de 1984, se evidencia sin duda alguna que la competencia para imponer sanciones hasta trescientas veces el salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de imposición de la multa a la sociedad actora, radicaba en el Superintendente de Industria y Comercio y no así en el Superintendente Primer Delegado.

De otra parte, la Sala considera que si bien es cierto que el Decreto 2153 de 30 de diciembre de 1992 radicó de nuevo en el Superintendente Primer Delegado (hoy Superintendente Delegado para la Protección del Consumidor) la competencia para imponer sanciones de multa por violación de las normas legales en materia de precios, como se hace notar en la contestación de la demanda, no lo es menos que a la fecha en que se impuso la multa a la sociedad actora (2 de septiembre de 1992), el funcionario competente para adoptar tal decisión lo era el Superintendente de Industria y Comercio.

En consecuencia, la decisión adoptada por el tribunal *a quo* será confirmada, pues, se reitera, en virtud de la modificación del artículo 18 del Decreto 2876 de 1984 por parte del artículo 17 del Decreto 863 de 1988, el Superintendente Primer Delegado carecía de competencia para aplicar la sanción a que se contraen los actos demandados, como acertadamente se concluye en la sentencia recurrida.

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

## FALLA:

*Primero.* CONFÍRMASE la sentencia recurrida en apelación, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, el 2 de febrero de 1995.

*Segundo.* Sin condena en costas de esta instancia, de conformidad con el artículo 171 del C.C.A., por cuanto la apelante es una entidad de derecho público.

*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 cinco de octubre de mil novecientos noventa y cinco.

*Libardo Rodríguez Rodríguez,* Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz; Nubia González Cerón; Yesid Rojas Serrano.*

**MONOPOLIOS RENTISTICOS - Régimen propio / LEY DE INICIATIVA GUBERNAMENTAL / EXPLOTACION / ALCALDE - Incompetencia / JUEGOS DE SUERTE Y AZAR**

**De las regulaciones contenidas en las normas acusadas se deduce que ellas se refieren al lugar donde deben funcionar los juegos de suerte y azar, aspecto este que guarda relación con la explotación del mismo. Luego, sin mayor esfuerzo, observa la Sala el quebranto del precepto constitucional citado, pues éste es muy claro en cuanto a que todo lo concerniente a la organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos debe estar sometido a un régimen propio fijado por ley de iniciativa gubernamental. De tal manera que la materia a la que se contraen aquellas, por estar reservada al legislador, impide que puedan ser reguladas por una autoridad diferente, como serían, en este caso, el Alcalde del Municipio de Santiago de Cali y la Asamblea del Departamento del Valle del Cauca. Cabe tener en cuenta que si bien es cierto que el artículo 62 numeral 18 del Decreto-ley 1222 de 1983, había atribuido a las Asambleas Departamentales la competencia para reglamentar los juegos permitidos, no lo es menos que ante el imperioso y categórico mandato constitucional de que todo lo relacionado con los monopolios rentísticos, dentro de los cuales se encuentran los juegos de suerte y azar, corresponde al legislador, tal disposición no puede tener aplicación a partir del 7 de julio de 1991, fecha en que entró en vigencia la nueva Carta Política, conforme al artículo 4° de la misma.**

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

Santa Fe de Bogotá, D.C., trece (13) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Radicaciones números 2881-2882.

Referencia: Expedientes acumulados 2881 y 2882.

Recursos de apelación contra las sentencias de 21 y 28 de octubre de 1994, proferidas por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

Actor: Juan Bernardo Paredes.

Se procede a dictar sentencia de segunda instancia en los procesos acumulados números 2881 y 2882, en los cuales figura como actor Juan Bernardo Paredes.

Dicha acumulación fue decretada en el proceso número 2882 mediante auto de 21 de julio de 1995.

## I. PROCESO NUMERO 2881

**Juan Bernardo Paredes,** en su condición de ciudadano y abogado y en ejercicio de la acción pública de nulidad que consagra el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca para que mediante sentencia se decrete la nulidad del inciso 4° del numeral 9° del artículo 5° y de la expresión "con o" contenida en el artículo 17 del Decreto número 1730 de 3 de diciembre de 1993 **"por el cual se reglamentan los juegos en el municipio de Cali",** expedido por el Alcalde de Santiago de Cali.

### I. 1 FUNDAMENTOS DE DERECHO

En apoyo de sus pretensiones el actor adujo, en esencia, los siguientes cargos de violación:

1. El inciso 4° del numeral 9° del artículo 5° viola los artículos 336, incisos 1°, 3° y 4° de la Constitución Política y 42 de la Ley 10 de 1990 porque la regulación contenida en él no es competencia de los Alcaldes sino una materia exclusiva del legislador por iniciativa gubernamental.

2. Se viola el artículo 333, incisos 1° y 5° de la Constitución Política por parte de la citada disposición porque configura una restricción a la libertad económica y a la iniciativa privada, sin contar con ley alguna que lo autorice para imponer tal restricción.

3. Al preverse en la norma en mención que la actividad de juegos de suerte y azar se realice únicamente en establecimientos dedicados a este objeto, está violando en forma directa el artículo 84 de la Carta Política por cuando está exigiendo un requisito adicional, que limita el lícito ejercicio de una actividad económica consagrada como monopolio estatal.

4. La disposición del artículo 17 acusado vulnera los artículos 58 de la Carta Política y 73, inciso 1° del C.C.A., porque las licencias de funcionamiento son actos administrativos que reconocen un derecho de carácter particular y concreto y para eliminarlas del mundo jurídico, como pretende hacerlo la norma en mención, debe obtenerse el consentimiento expreso y escrito del mencionado titular, que se desconoce en aquélla.

5. En los actos acusados el Alcalde de Cali está haciendo uso de un poder normativo en materia de policía que constitucionalmente no posee y pretende reglamentar una actividad lícita sin contar con las facultades legales para ello violando el artículo 300 numeral 8° de la Constitución Política que asigna a las Asambleas Departamentales esa potestad en las materias que no sean objeto de disposición legal.

6. Al ordenar el inciso 4° del numeral 9° del artículo 5° acusado que los juegos sólo pueden explotarse en locales exclusivamente destinados a tal fin, desconoce lo dispuesto en el artículo 515 del Código de Comercio, que permite desarrollar actividades comerciales o de servicio distintas en un mismo local, y vulnera la libertad económica consagrada en el artículo 333 de la Carta Política.

## I. 2 LA SENTENCIA RECURRIDA

La Sección Segunda del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca profirió sentencia el 28 de octubre de 1994, denegatoria de las pretensiones de la demanda, en la cual consideró, en esencia, lo siguiente:

1. Las normas demandadas no violan las disposiciones de carácter constitucional y legal señaladas en la demanda. En efecto, la restricción impuesta por el Alcalde Municipal de Santiago de Cali a través del Decreto número 1730 de 3 de diciembre de 1993 no es otra cosa que el ejercicio del poder de policía que le otorga el numeral 2° del artículo 315 de la Constitución Política, el inciso 2° del artículo 130 del Decreto-ley 1333 de 1986 y los artículos 7° y 9° del Decreto-ley 1355 de 1970.

2. En el expediente no obra prueba alguna que acredite que el demandante se dedicaba a la actividad regulada en las normas acusadas para, en gracia de discusión, llegar a considerar la existencia de un posible derecho adquirido en su favor y su vulneración por parte de la demandada.

3. En cuanto hace a la violación del artículo 73 del C.C.A. tal transgresión sólo es posible frente a un acto de carácter particular, individual y concreto y a través de la acción que prevé el artículo 85 *ibidem*, eventos que no se dan en el presente caso.

## I. 3 FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El actor interpuso oportunamente el recurso de apelación contra la sentencia antes mencionada y adujo como motivos de inconformidad, en síntesis, los siguientes:

1. Los Alcaldes son la primera autoridad de policía del municipio y por tal razón es atribución constitucional suya conservar el orden público en el municipio, pero constitucionalmente no tienen facultades para dictar normas de policía.

La honorable Corte Constitucional en Sentencia C-024 de 27 de enero de 1994 reitera la distinción hecha por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado sobre los conceptos de poder y función de policía.

En dicha sentencia se expresó, entre otros aspectos, que el poder de policía lo ejercen únicamente quienes tienen origen representativo: el Congreso, el Presidente de la República, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales; y que la función de policía, que es la gestión administrativa concreta del poder de policía, la desempeñan las autoridades administrativas de policía, como los Alcaldes.

El Consejo de Estado en sentencia de 6 de noviembre de 1992 precisó que el poder de policía, entendido como competencia jurídica asignada y no como potestad política discrecional es la facultad de hacer la ley policiva, de dictar reglamentos de policía, de expedir normas generales, impersonales y preexistentes, reguladoras del comportamiento ciudadano, que tienen que ver con el orden público y con la libertad; mientras que la función de policía, es la gestión administrativa concreta del poder de policía, y la desempeñan las autoridades administrativas de policía.

En el Decreto número 1730 de 1993 haciendo uso el Alcalde de un poder normativo en materia de policía, que constitucionalmente no posee, pretende reglamentar una actividad lícita sin contar con las facultades legales para ello, violando así el artículo 300 numeral 8° de la Constitución Política, que asigna a las Asambleas Departamentales esa potestad en las materias que no sean objeto de disposición legal.

2. No es acertado afirmar que el Decreto número 1730 es una manifestación del poder reglamentario de policía que tienen los Alcaldes.

La Corte Constitucional en la precitada sentencia estableció que, a la luz de la Constitución Política, por regla general en tiempos de normalidad constitucional sólo el Congreso puede establecer límites y regulaciones a las libertades y derechos. El poder de policía sólo lo puede ejercer el Congreso, pues únicamente este órgano estatal puede, dentro del marco de los principios y valores señalados en la Carta, regular y limitar los derechos y libertades.

3. El inciso 4° del numeral 9° del artículo 5° acusado viola el artículo 300 numeral 8° de la Constitución Política ya que en materia de juegos de suerte y azar

y de restricción a la libertad económica, la competencia exclusivamente corresponde al legislador, según los artículos 333 y 336 *ibidem*.

4. Es discutible que la citada norma sea una manifestación de poder de policía, porque éste, según el tratadista Javier Henao Hidrón, se ha definido como el poder o facultad que tiene la Administración para aplicar limitaciones a la actividad de los gobernados, con el fin de mantener el orden público. En este caso no se entiende cómo puede perturbarse el orden público al funcionar las máquinas electrónicas en un establecimiento de comercio que, conforme lo define el artículo 515 del C. de Co., se destina al desarrollo de diversas actividades.

Establecer que las máquinas sólo pueden operar en establecimientos dedicados a dicha actividad más que prevenir o restablecer un orden público turbado constituye una restricción a la libertad económica y una regulación al ejercicio de un monopolio estatal, que sólo el Congreso puede establecer.

5. En virtud del artículo 42 de la Ley 10 de 1990 se declaró como arbitrio rentístico de la Nación la explotación monopolística en beneficio del sector salud de todas las modalidades de juegos de suerte y azar diferentes de las loterías y apuestas permanentes.

La constitución de este monopolio se encuentra respaldada y afianzada por el artículo 336 de la Constitución Política. De estas disposiciones se deduce que los juegos de suerte y azar están permitidos en todo el territorio de la Nación y que pueden ser explotados libremente siempre y cuando se ajusten a las normas del monopolio.

El Consejo de Estado en sentencia de 13 de marzo de 1995 de la Sección Primera estableció que la Ley 10 de 1990 es compatible con el inciso 3° del artículo 336 de la Carta Política. Y que esta ley y sus normas reglamentarias configuran el régimen propio que la Constitución prevé para la organización, control, administración y explotación del monopolio de juegos de suerte y azar.

Ecosalud expidió la Resolución número 148 de 23 de julio de 1992 en cuyo artículo 2° permitió que las máquinas electrónicas tragamonedas funcionen en un espacio o espacios situados en un casino, salón de bingo electrónico, salón de juego o en cualquier local comercial, con exclusión de los supermercados de cadena. Entonces, el inciso 4° del numeral 9° del artículo 5° contiene una restricción que vulnera el régimen propio del monopolio de juegos de suerte y azar.

6. El inciso 4° del numeral 9° del artículo 5° acusado viola el artículo 333, incisos 1° y 5° de la Constitución Política porque en materia de libertad económica en relación con los juegos no existe restricción fijada por el legislador, por tanto un Alcalde sin autorización legal no puede imponer restricción alguna.

7. Concordante con lo anterior, la citada norma vulnera el artículo 84 *ibidem* en la medida en que exige requisitos no contemplados en la ley para el ejercicio lícito de una actividad cuya reglamentación es competencia exclusiva del legislador.

8. La norma en mención desconoce el artículo 515 del C. de Co. que permite la posibilidad de ejercer múltiples actividades en un solo establecimiento de comercio.

9. No se requería acreditar a qué actividad se dedicaba el actor para considerar la existencia de un posible derecho adquirido y su vulneración porque la acción instaurada es la de nulidad y no la del artículo 85 del C.C.A.

10. Si no se anula la expresión "con o" contenida en el artículo 17 acusado se permite que aún los locales que cuenten con licencia de funcionamiento estén obligados a retirar los juegos so pena de ser sancionados. Es decir, por una parte, las autoridades dan permiso para la explotación de los juegos al expedir las licencias; y, por otra, con el Decreto 1730 le quitan todo efecto jurídico a las mismas.

## II. PROCESO NUMERO 2882

**Juan Bernardo Paredes,** en su condición de ciudadano y abogado y en ejercicio de la acción pública de nulidad que consagra el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca para que mediante sentencia se decrete la nulidad del artículo 208 de la Ordenanza número 001 de 12 de julio de 1990 **"por la cnal se adopta el Código de Policía para el Departamento del Valle del Cauca",** expedida por la Asamblea de dicho departamento.

### II. 1 FUNDAMENTOS DE DERECHO

En apoyo de sus pretensiones el actor adujo, en esencia, los siguientes cargos de violación:

1. El artículo acusado viola el artículo 333 de la Constitución Política al disponer que las máquinas electrónicas de suerte y habilidad y destreza o habilidad solamente pueden funcionar en locales destinados a la explotación de juegos permitidos, porque ello constituye una restricción a la libertad económica y a la iniciativa privada, sin contar con ley alguna que autorice tal restricción.

2. Se violan los artículos 336, incisos 1°, 3° y 4°, *ibidem* y 42 de la Ley 10 de 1990 porque los juegos de suerte y azar son un monopolio del Estado, constituyen un arbitrio rentístico de la Nación y requieren por tanto de reglamentación de una ley de iniciativa del Gobierno. Por consiguiente, no es competencia de las Asambleas Departamentales reglamentar una materia que es de competencia exclusiva del legislador por iniciativa gubernamental.

A la par se viola el artículo 42 de la Ley 10 de 1990.

3. Se viola el artículo 300 numeral 8° de la Carta Política porque en materia policiva la competencia de las Asambleas Departamentales es meramente residual.

Siendo los juegos una materia específicamente señalada como competencia del legislador, es clara la violación directa de la norma superior.

4. El artículo acusado viola el artículo 84 de la Constitución Política porque solamente por medio de una ley se puede restringir la libertad económica o reglamentar los juegos de suerte y azar.

5. La norma acusada viola el artículo 515 del C. de Co. porque conforme a esta disposición es perfectamente posible desarrollar actividades comerciales o de servicio distintas en un mismo local y/o establecimiento de comercio.

II. 2 **LA SENTENCIA RECURRIDA**

La Sección Segunda del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca profirió sentencia el 21 de octubre de 1994, denegatoria de las pretensiones de la demanda, en la cual consideró, en esencia, lo siguiente:

La norma acusada no puede ser declarada nula por cuanto no se evidencia la violación que se pregona en la demanda ya que la restricción impuesta en ella no es otra cosa que el ejercicio del poder de policía que le otorga el numeral 8° del artículo 300 de la Carta, el numeral 9° del artículo 60 del Decreto-ley 1222 de 1986 y los artículos 7° y 8° del Código Nacional de Policía.

La medida adoptada no es más que la manifestación del poder reglamentario que a las Asambleas Departamentales les otorga la Constitución Nacional.

Cuando dicho poder se ejerce para restringir algunas libertades, dentro de los límites y por funcionario competente, como en este caso, no puede decirse, como lo afirma el actor, que se vulneran los derechos constitucionales reclamados en la demanda.

II. 3 **FUNDAMENTOS DEL RECURSO**

El actor interpuso oportunamente recurso de apelación contra la sentencia antes referida y adujo como motivos de inconformidad, en síntesis, los siguientes:

1. El ejercicio del poder de policía que otorga el artículo 300 numeral 8° de la Constitución Política a las Asambleas Departamentales se refiere a todo aquello que no sea materia de disposición legal.

Los aspectos que la norma acusada busca proteger son objeto en la actualidad de la vigilancia y control de Ecosalud y de la Superintendencia Nacional de Salud.

2. En virtud del artículo 42 de la Ley 10 de 1990 se declaró como arbitrio rentístico de la Nación la explotación monopolística en beneficio del sector salud de todas las modalidades de juegos de suerte y azar diferentes de las loterías y apuestas permanentes.

La constitución de este monopolio se encuentra respaldada y afianzada por el artículo 336 de la Constitución Política. De estas disposiciones se deduce que los juegos de suerte y azar están permitidos en todo el territorio de la Nación y que pueden ser explotados libremente siempre y cuando se ajusten a las normas del monopolio.

3. La norma demandada viola el artículo 333, incisos 1° y 5°, *ibidem* porque en materia de libertad económica no existe restricción alguna para los juegos fijada por el legislador.

4. Concordante con lo anterior se viola el artículo 84 *ibidem* en la medida en que la norma acusada exige requisitos no contemplados en la ley para el ejercicio lícito de una actividad cuya reglamentación es competencia exclusiva del legislador.

5. La norma acusada desconoce el artículo 515 del C. de Co. que permite la posibilidad de ejercer múltiples actividades en un solo establecimiento de comercio.

## II. 4 CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Novena Delegada en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado en su vista de fondo se muestra partidaria de que se revoque la sentencia de primera instancia por cuanto, a su juicio, considera que la Asamblea Departamental del Valle del Cauca carecía de competencia para expedir la norma acusada ya que la explotación de los juegos electrónicos es una actividad comercial lícita que no puede ser restringida sino por la ley y no por las autoridades locales.

## III. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El inciso 4° del numeral 9° del artículo del Decreto número 1730 de 3 de diciembre de 1993, expedido por el Alcalde de Santiago de Cali, es del siguiente tenor:

**"Servicio de diversión de juegos de suerte y azar.**

... Los juegos arriba enumerados funcionarán únicamente en locales debidamente acondicionados, no permitiéndose la actividad en el exterior de los mismos, ni en establecimientos con Licencia de Funcionamiento para una actividad diferente (tiendas, cafeterías, panaderías, droguerías y similares); y sólo podrán estar ubicadas a tres (3) cuadras de distancia de iglesias, centros

educativos y culturales, parques y plazas, hospitales, clínicas, ancianatos y similares".

El artículo 17 *ibidem* reza:

"Todo establecimiento comercial que posea licencia de funcionamiento expedida para cualquier tipo de actividad diferente a juegos y que adicionalmente los explote, con o sin licencia en el mismo local, tiene un plazo de treinta (30) días hábiles para retirarlos, el no cumplimiento será sancionado de conformidad a lo estipulado en el presente Decreto". (Las subrayas corresponden a la expresión objeto de demanda).

El artículo 208 de la Ordenanza número 001 de 12 de julio de 1990, por su parte, prescribe:

"**Restricciones.** Sólo podrán instalarse máquinas electrónicas de suerte y habilidad y destreza o habilidad en locales destinados a la explotación de juegos permitidos".

Debe dilucidar la Sala, en primer término, si el Alcalde del Municipio de Santiago de Cali y la Asamblea Departamental del Valle del Cauca podían hacer las regulaciones a que se contraen los artículos 5°, en su numeral 9° inciso 4°, del Decreto número 1730 de 3 de diciembre de 1993 y 208 de la Ordenanza número 001 de 1990, ya que, a juicio del actor, ello es del resorte exclusivo del legislador.

Preceptúa el artículo 336 de la Carta Política que se invoca como violado:

"Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley.

... La organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley de iniciativa gubernamental.

Las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud...".

De las regulaciones contenidas en las normas acusadas se deduce que ellas se refieren al lugar donde deben funcionar los juegos de suerte y azar, aspecto éste que guarda relación con la explotación del mismo. Luego, sin mayor esfuerzo, observa la Sala el quebranto del precepto constitucional citado, pues éste es muy claro en cuanto a que todo lo concerniente a la organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos debe estar sometido a un régimen propio fijado por ley de iniciativa gubernamental.

De tal manera que la materia a que se contraen aquéllas, por estar reservada al legislador, impide que puedan ser reguladas por una autoridad diferente, como

serían, en este caso, el Alcalde del municipio de Santiago de Cali y la Asamblea del Departamento del Valle del Cauca.

Cabe tener en cuenta que si bien es cierto que el artículo 62 numeral 18 del Decreto-ley 1222 de 1983 había atribuido a las Asambleas Departamentales la competencia para reglamentar los juegos permitidos, no lo es menos que ante el imperioso y categórico mandato constitucional de que todo lo relacionado con los monopolios rentísticos, dentro de los cuales se encuentran los juegos de suerte y azar, corresponde al legislador, tal disposición no puede tener aplicación a partir del 7 de julio de 1991, fecha en que entró en vigencia la nueva Carta Política, conforme al artículo 4° de la misma.

En lo tocante a la expresión "con o" contenida en el artículo 17 del citado Decreto, que según el actor en el proceso radicado bajo el número 2881 vulnera los artículos 58 de la Carta Política y 73 inciso 1° del C.C.A., estima la Sala que debe denegarse tal pretensión ya que, como lo advirtió el *a quo*, dichas trasgresiones sólo son posibles de confrontar frente a un acto administrativo de contenido particular, individual y concreto, y no como el que es objeto de análisis en el caso *suo examine,* que es de carácter general, impersonal y abstracto.

Las consideraciones precedentes conducen a la Sala a revocar parcialmente la sentencia de 28 de octubre de 1994, proferida dentro del proceso número 2881 en cuanto denegó la nulidad del inciso 4° del numeral 9° de artículo 5° del Decreto número 1730 de 3 de diciembre de 1993, para disponer en su lugar la declaratoria de nulidad de dicha norma.

Procederá también a revocar la sentencia de 21 de octubre de 1994, proferida dentro del proceso número 2882, que denegó la declaratoria de nulidad del artículo 208 de la Ordenanza número 001 de 12 de julio de 1990, para disponer en su lugar la declaratoria de nulidad de dicho artículo ordenanzal.

**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:**

1. REVÓCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 28 de octubre de 1994, dentro del proceso número 2881, en cuanto denegó la nulidad del inciso 4° del numeral 9° del artículo 5° del Decreto número 1730 de 3 de diciembre de 1993, expedido por el Alcalde del municipio de Santiago de Cali. En su lugar, se dispone: DECRÉTASE la nulidad de la mencionada disposición.

2. CONFÍRMASE la referida sentencia en cuanto denegó la nulidad de la expresión "con o" contenida en el artículo 17 del citado decreto.

3. REVÓCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 21 de octubre de 1994, dentro del proceso número 2882. En su lugar, se dispone: DECRÉTASE la nulidad del artículo 208 de la Ordenanza número 001 de 12 de julio de 1990, expedida por la Asamblea de dicho departamento.

Ejecutoriada esta providencia devuélvanse los expedientes acumulados 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 12 de octubre de 1995.

*Libardo Rodríguez Rodríguez,* Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Nubia González Cerón, Yesid Rojas Serrano.*

NOTA DE RELATORIA: Se declara la nulidad del inciso 4 num. 9 del art. 5° del Dto. 1730 de 3 de diciembre de 1993, expedido por el Alcalde de Cali, y la nulidad del art. 208 de la ordenanza 001 de julio 12/90 expedida por la Asamblea del Valle del Cauca.

**FISCAL GENERAL DE LA NACION / FUNCIONARIO JUDICIAL - Retiro forzoso / COSA JUZGADA -Efectos**

**Esta Corporación mediante sentencia de 5 de mayo de 1995, Expediente número 3025, actor: Juvenal Cantillo Navarro, Consejero Ponente, doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz, declaró la nulidad del mismo acto que aquí se demanda, esto es, la decisión tomada por la Sala Plena de la honorable Corte Suprema de Justicia en su sesión ordinaria de 30 de junio de 1994, mediante la cual se 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. Dicha declaratoria de nulidad, al tenor de lo preceptuado en el artículo 175 del C.C.A., tiene fuerza de cosa juzgada *erga omnes,* la cual impide hacer un pronunciamiento de mérito en este proceso, por sustracción de materia.**

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., trece (13) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Radicación número 2995.

Referencia: Acción: Nulidad.

Actor: José Gabriel Agudelo Morales.

El ciudadano y abogado José Gabriel Agudelo Morales, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda tendiente a obtener la nulidad del acto administrativo complejo conformado por las siguientes actuaciones administrativas:

a) El Acta de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de 30 de junio de 1994, en la cual se concluyó que al Fiscal General de la Nación le son aplicables los preceptos de la Rama Judicial sobre edad de retiro forzoso;

b) La comunicación PCSJ-Oficio número 0835 de 30 de junio de 1994, por medio de la cual el Presidente de la Corte Suprema de Justicia informa al Presidente de la República la conclusión de la Sala Plena sobre el retiro del doctor Gustavo de Greiff Restrepo del cargo de Fiscal General de la Nación;

c) La comunicación PCSJ-Oficio número 0836 de 30 de junio de 1994, por medio de la cual el Presidente de la Corte Suprema de Justicia remite fotocopia del anterior oficio al Fiscal General de la Nación;

d) El oficio de 6 de julio de 1994, por medio del cual el Presidente de la República envía la terna para que la Corte Suprema de Justicia escoja al nuevo Fiscal General de la Nación en reemplazo del doctor Gustavo de Greiff Restrepo.

Por auto de 28 de abril del presente año se admitió la demanda únicamente en relación con la decisión que expidió la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en su sesión de 30 de junio de 1994 "en cuanto 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", por constituir un acto administrativo expedido por la Corte Suprema de Justicia en cumplimiento de una función administrativa capaz de producir efectos jurídicos, ya que ella dio origen a que se produjera el retiro del servicio del doctor Gustavo De Greiff Restrepo en el cargo de Fiscal General de la Nación.

Se inadmitió respecto de los actos relacionados en las pretensiones b) y c) por considerarse actos de ejecución, en cuanto se limitaron a comunicar la decisión adoptada por la Corte Suprema de Justicia al Presidente de la República y al doctor Gustavo de Greiff Restrepo, Fiscal General de la Nación; y respecto del acto al que se contrae la pretensión d) por tratarse de un acto de trámite con el cual se inició la actuación administrativa que culminó con la elección del doctor Alfonso Valdivieso Sarmiento en el cargo de Fiscal General de la Nación.

En apoyo de su pretensión el actor adujo como infringidos por el acto acusado los artículos 249 y 253 de la Carta Política, 100, 136, 140 y 193 del Decreto-ley 2699 de 1991.

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.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala en el caso *sub examine* no puede haber pronunciamiento de fondo por encontrarse probada la excepción de cosa juzgada.

En efecto, esta Corporación mediante sentencia de 5 de mayo del presente año (expediente número 3025, Actor: Juvenal Cantillo Navarro, Consejero Ponente, doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz), declaró la nulidad del mismo acto que aquí se demanda, esto es, la decisión tomada por la Sala Plena de la honorable Corte Suprema de Justicia en su sesión ordinaria de 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.

Dicha declaratoria de nulidad, al tenor de lo preceptuado en el artículo 175 del C.C.A., tiene fuerza de cosa juzgada *erga omnes,* lo cual impide hacer un pronunciamiento de mérito en este proceso, por sustracción de materia.

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 probada la excepción de cosa juzgada. En consecuencia INHÍBESE de hacer un pronunciamiento de fondo, por sustracción de materia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 12 de octubre de 1995.

*Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Nubia González Cerón, Pedro Alejo Gómez Vila,* Conjuez; *Augusto Hernández Becerra,* Conjuez.

**SENA / COMITES TECNICOS - Reglamento / COMISION ASESORA - Funciones / REESTRUCTURACION DE LA PLANTA DE PERSONAL - Inexistencia**

**Al haber limitado en el tiempo la norma transcrita las labores de la Comisión Asesora, concretamente "hasta la incorporación en la planta de personal", infiere la Sala que tal asesoría está circunscrita a aspectos relacionados con la reestructuración de la entidad frente a la conformación de dicha planta de personal. Tan cierto es ello que el artículo 38 *ibidem* faculta al Consejo Directivo Nacional del Sena para seleccionar una entidad especializada y contratar con ella el estudio y análisis de la planta de personal que deberá tener la entidad para desarrollar su misión y la valoración de las capacidades y conocimientos del personal que presta sus servicios en la niisma, para lo cual "tendrá en cuenta los conceptos de la Comisión Asesora de que trata el artículo 40 transitorio de esta ley". Ninguna de las disposiciones del Acuerdo acusado guardan relación con la conformación de la planta de personal en el proceso de reestructuración, así como tampoco con procesos de "recalificación, reubicación y reconversión del personal vinculado", que conforme al artículo 42 transitorio de la referida ley requieren de los conceptos de la mencionada Comisión.**

**COMITES TECNICOS - Integración / DIRECTOR REGIONAL / JEFE SECCIONAL / CONSEJO DIRECTIVO NACIONAL - Funciones / DOMICILIO / SENA / CONSEJO REGIONAL - Funciones**

**Como lo advirtió la Sala al pronunciarse sobre la solicitud de suspensión provisional, y ahora lo reitera, le asiste razón al demandante en la censura que le plantea a la norma en estudio y por ello habrá de accederse al decreto de su nulidad ya que el artículo 22 de la citada ley hace una enumeración taxativa de los sectores que deben conformar cada Comité Técnico que asesore**

a los Centros del Sena y en dicha enumeración no se encuentra el Director Regional o el jefe Seccional. Y si bien es cierto que la ley autorizó al Consejo Directivo Nacional para reglamentar la conformación de tales comités, ello se circunscribe a determinar la convocatoria y los mecanismos para la postulación y designación de los miembros de las distintas organizaciones o entidades a que alude la norma, pero no para incluir otros miembros diferentes de los allí señalados. En relación con esta norma resultan válidas las consideraciones efectuadas por la Sala al acceder a la medida precautoria de los efectos de la misma y por ello decretará su nulidad. En efecto, habiendo señalado la Ley 119 de 1994 la composición de los Comités Técnicos de Centro en su artículo 22 y dejada abierta la posibilidad de que los miembros de dichos Comités puedan estar domiciliados en sitios diferentes a los de los centros, no podía el citado parágrafo, sin violar esta norma, atribuir al Consejo Regional la facultad de que en un momento dado pueda variar tal composición atendiendo razones de ubicación geográfica, amén de que tanto el artículo 100, numeral 6° como el citado artículo 22 de la referida ley asignan la función de reglamentar la conformación y el funcionamiento de los Comités Técnicos al Consejo Directivo Nacional y no al Regional.

COMITE TECNICO / JEFE DE CENTRO - Voz sin voto

No observa la Sala que la norma transcrita viole los artículos 22 y 10 numeral 6° de la Ley 119 de 1994 toda vez que al prever que el Jefe de Centro no tenga voto en las decisiones que adopten los Comités Técnicos de Centro impide afirmar válidamente que se esté variando o modificando la enumeración taxativa de los miembros de dichos comités, pues la calidad de miembro supone la participación activa del mismo a través de la vocería y del voto. De tal manera que la sola asistencia con voz del Jefe de Centro no convierte a éste en miembro del respectivo Comité Técnico de Centro.

SENA / COMITE TECNICO DE CENTRO - Funciones / CONSEJO DIRECTIVO NACIONAL - Funciones

El mencionado artículo 22 solamente prevé la conformación de los Comités Técnicos de Centro que deben prestar asesoría a

**cada Centro del Sena dejando al Consejo Directivo Nacional la facultad de reglamentar su funcionamiento. El artículo 24 *ibidem* en sus primeros ocho numerales señaló unas funciones para dichos comités y en su numeral 9º autorizó al Consejo Directivo Nacional para la asignación de otras. Del contenido de las funciones atribuidas en la citada norma legal se deduce que la voluntad del legislador no fue la de asignarle a los comités técnicos de centro únicamente las de asesoría, pues verbigracia las previstas en los numerales 1º, 5º y 8º, son ajenas a ella. Ignal acontece con la señalada en el artículo 23 de la referida ley que se contrae a la elaboración de ternas para la designación de los Jefes de Centro. Al no restringir el legislador la materia sobre la cual el Consejo Directivo Nacional podía asignarle otras funciones a los Comités Técnicos de Centro, bien podía dicho organismo adscribirles otras diferentes a las de asesoría, razón por la cual el cargo debe desestimarse.**

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., trece (13) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Radicación número 3144.

Acción: Nulidad.

Actor: José Antonio Galán Gómez.

El ciudadano y abogado José Antonio Galán Gómez, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., ha presentado demanda ante esta Corporación tendiente a obtener la declaratoria de nulidad del Acuerdo número 09 de 18 de marzo de 1994 **"por medio del cual se adopta el reglamento de los Comités Técnicos de Centro del Servicio Nacional de Aprendizaje, Sena",** expedido por el Consejo Directivo Nacional de esa entidad.

## I. FUNDAMENTOS DE DERECHO

En apoyo de sus pretensiones el actor adujo, en esencia, los siguientes cargos de violación:

1. El Acuerdo acusado viola por omisión el artículo 40 de la Ley 119 de 1994, ya que por contener aquél disposiciones de carácter laboral ha debido tener en cuenta los conceptos de la Comisión Asesora que ordena esa norma.

2. El numeral 5° del artículo 2° del Acuerdo acusado modifica, aumenta o amplía la composición o integración de los Comités Técnicos de Centro del Sena, excediendo el Consejo Directivo de esa entidad sus atribuciones, toda vez que los artículos 10, numeral 6° y 22 de la misma Ley 119 de 1994 tan solo facultan a dicho Consejo Directivo para reglamentar la conformación y el funcionamiento de los Comités.

3. El parágrafo 1° del artículo 2° modifica, aumenta o amplía la composición e integración de los Comités Técnicos de Centro excediendo así el Consejo Directivo Nacional sus atribuciones al incorporar como nuevos miembros del Comité Técnico de Centro, al Director Regional o su delegado y al Jefe de Centro, siendo que la composición del referido Comité ya está establecida mediante el artículo 22 de la Ley 119 citada y éste y el numeral 6° del artículo 10 *ibidem* sólo facultan al citado Consejo para reglamentar la conformación y el funcionamiento de tales Comités.

4. El parágrafo 4° del artículo 2° del Acuerdo acusado es manifiestamente violatorio del numeral 6° y del parágrafo del artículo 10 de la Ley 119 de 1994, en razón de que esta norma si bien autoriza al Consejo Directivo Nacional para reglamentar los Comités Técnicos de Centro y para delegar las funciones que estime convenientes, aquél tergiversa el sentido de la norma infringida, pues, como ya se explicó, no es posible modificar la composición de los miembros de los Comités Técnicos de Centro.

Además, las atribuciones de reglamentación que contiene el artículo 22 de la Ley 119 de 1994 son indelegables por no autorizar el citado artículo 22 la delegación, en tanto que cuando el artículo 10 de la Ley 119 autoriza a delegar, se refiere a las funciones enlistadas en dicho artículo.

5. El artículo 3° del Acuerdo acusado en la práctica deja a la discrecionalidad del Consejo Directivo Nacional y de los Consejos Directivos Regionales del Servicio Nacional de Aprendizaje, Sena para "designar a los candidatos postulados" de los Comités Técnicos de Centro, pues no señala cómo es que los gremios particulares con derecho a miembros en los Comités Técnicos de Centro efectuarán las postulaciones, sabiéndose que existen varias asociaciones de empresarios, asociaciones de trabajadores, de universidades, etc., con derecho todos ellos a formar parte. Al no establecer el acto acusado un mecanismo de elección entre los distintos gremios para escoger a sus postulados de manera democrática, está creando un caos y ello determina la violación del artículo 1° de la Carta Política.

6. Contrariando lo dispuesto por el artículo 22 de la Ley 119 de 1994, el Consejo Directivo al expedir el artículo 7° del Acuerdo acusado asigna funciones a los Comités Técnicos de Centro que no corresponden a las de ser órgano asesor,

consistentes en adoptar decisiones o tomar parte en las mismas, lo cual no es propio de un asesor.

Podría pensarse que el numeral 9° del artículo 24 de la Ley 119 de 1994 cuando dice "las demás funciones que le sean asignadas por el Consejo Directivo Nacional", está facultando a dicho Consejo para asignarle funciones distintas de las de asesoría, pero es una equivocación porque el numeral 9° del artículo 24 de la Ley 119 citada debe interpretarse en consonancia con el artículo 22 de la misma ley.

En consecuencia, el Consejo Directivo Nacional del Servicio Nacional de Aprendizaje, Sena se excede en el ejercicio de sus funciones cuando asigna a los Comités Técnicos de Centro atribuciones distintas de las propias de una Corporación asesora, violando manifiestamente los artículos 22 y 24 numeral 9° de la Ley 119 de 1994.

## II. **TRAMITE DE LA ACCION**

A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión, fijación en lista, probatoria y alegaciones.

### II. 1 **CONTESTACION DE LA DEMANDA**

El Servicio Nacional de Aprendizaje, Sena, a través de apoderada, contestó la demanda, y para oponerse a la prosperidad de las pretensiones de la misma, adujo, principalmente, lo siguiente:

1. El Acuerdo acusado fue expedido por el Consejo Directivo Nacional conforme a las facultades otorgadas por el artículo 10 numeral 6 de la Ley 119 de 9 de febrero de 1994.

Como la conformación y reglamentación del funcionamiento de los Comités Técnicos de Centro no tiene incidencia laboral alguna el Consejo Directivo Nacional del Sena no tenía por qué consultar a la Comisión Asesora.

2. No debe accederse a la nulidad del parágrafo 1° del artículo 2° del Acuerdo número 09 de 1994 porque éste solamente prevé la presencia en las sesiones del Comité de Centro del Jefe del Centro respectivo con voz pero sin voto, lo cual descarta que se esté incorporando un nuevo miembro al Comité.

3. El parágrafo 4° del artículo 2° debe interpretarse en su cabal sentido, cual es el de impulsar la participación de las instituciones y personas comprometidas con la región.

4. No resulta viable pretender afirmar que un acto administrativo viole el artículo 1° de la Carta Política ya que de acuerdo con lo señalado reiteradamente

por la jurisprudencia, no se puede acusar una violación directa de la Constitución sino sólo a través de su desarrollo legal. El demandante no indica cuál desarrollo legal está violando la norma que acusa y no puede hacerlo porque precisamente la Ley 119 de 1994 defiere en el Consejo Directivo Nacional del Sena la decisión sobre la conformación y funcionamiento de los Comités Técnicos de Centro, que es lo que hace la disposición demandada.

El artículo 7° acusado contiene la gestión que como órganos asesores deben desarrollar los Comités de Centro, conforme a los artículos 22 y 23 de la Ley 119 de 1994.

## EXCEPCION DE INEPTA DEMANDA

La apoderada de la entidad demandada considera que en la demanda el actor relaciona un cúmulo de normas constitucionales y legales presuntamente violadas por el Acuerdo número 09 de 1994, pero jamás precisa cuál es el concepto de violación de las mismas, pues simplemente se reduce a exponer consideraciones de tipo personal, lo cual configura la excepción de inepta demanda.

## III. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Segunda Delegada en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado en su vista de fondo se muestra partidaria de que se acceda al decreto de la nulidad del numeral 5° del artículo 2° acusado, que fue objeto de la medida precautoria de suspensión provisional, por ser violatorio del artículo 22 de la Ley 119 de 1994, ya que en la enumeración que en esta norma se hace no se encuentra el Director Regional o su delegado, como se indica en aquella disposición.

En cuando a las demás normas enjuiciadas estima que deben denegarse las pretensiones de la demanda ya que se ajustan a las normas legales.

## IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala la excepción de inepta demanda planteada por la apoderada de la entidad demandada no está llamada a prosperar ya que del contenido de los cargos del libelo demandatorio se infiere que el actor sí expresó el concepto de la violación de las normas constitucionales y legales que invocó como vulneradas, y el hecho de que el mismo supuestamente envuelva consideraciones de tipo personal, además de no configurar la excepción propuesta, a lo sumo daría lugar a la denegatoria de las súplicas de la demanda pero no a un fallo inhibitorio.

Debe, la Sala, por lo mismo, resolver el fondo del asunto.

El Acuerdo acusado está compuesto de seis capítulos cuyos contenidos son los siguientes:

Capítulo I *"de la integración de los comités"*.

Capítulo II *"de las funciones del comité"*.

Capítulo III *"del Presidente, el Vicepresidente y la Secretaria"*.

Capítulo IV *"de las obligaciones"*.

Capítulo V *"de los procedimientos"*.

Capítulo VI *"otras disposiciones"*.

El primer cargo de violación que recae frente a la totalidad de dicho Acuerdo se fundamenta en la violación del artículo 40 de la Ley 119 de 1994, que es del siguiente tenor:

**"Comisión Asesora - Transitorio**

Durante el proceso de reestructuración de la entidad y hasta la incorporación en la planta de personal, el Consejo Directivo Nacional tendrá en cuenta los conceptos de una comisión asesora representativa de los trabajadores de la Entidad, que se crea por el presente artículo, y que estará conformada así: dos (2) representantes de Sindesena, uno (1) de Sintrasena y dos (2) elegidos por los funcionarios del Sena no sindicalizados. El Consejo Directivo Nacional reglamentará esta elección".

Al haber limitado en el tiempo la norma transcrita las labores de la Comisión Asesora, concretamente "hasta la incorporación en la planta de personal", infiere la Sala que tal asesoría está circunscrita a aspectos relacionados con la reestructuración de la entidad frente a la conformación de dicha planta de personal.

Tan cierto es ello que el artículo 38 *ibidem* faculta al Consejo Directivo Nacional del Sena para seleccionar una entidad especializada y contratar con ella el estudio y análisis de la planta de personal que deberá tener la entidad para desarrollar su misión y la valoración de las capacidades y conocimientos del personal que presta sus servicios en la misma, para lo cual "tendrá en cuenta los conceptos de la Comisión Asesora de que trata el artículo 40 transitorio de esta ley".

Ninguna de las disposiciones del Acuerdo acusado guardan relación con la conformación de la planta de personal en el proceso de reestructuración, así como tampoco con procesos de "recalificación, reubicación y reconversión de personal vinculado", que conforme al artículo 42 transitorio de la referida ley requieren de los conceptos de la mencionada Comisión.

Lo anterior descarta la violación del citado artículo 40, motivo por el cual no está llamado a prosperar el primer cargo.

Prescribe el numeral 5° del artículo 2° acusado.

"Integración de los Comités Técnicos de Centro: **Conforme a lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 119 del 9 de febrero de 1994 cada Centro del Sena contará con un Comité Técnico de Centro, del cual formarán parte:**

... 5. El director regional o su delegado quien preferiblemente será el Subdirector del área a que corresponda el centro, o el jefe seccional".

En relación con esta disposición el actor invocó la transgresión de los artículos 22 y 10 numeral 6 de la Ley 119 de 1994.

Como lo advirtió la Sala al pronunciarse sobre la solicitud de suspensión provisional, y ahora lo reitera, le asiste razón al demandante en la censura que le plantea a la norma en estudio y por ello habrá de accederse al decreto de su nulidad ya que el artículo 22 de la citada ley hace una enumeración taxativa de los sectores que deben conformar cada Comité Técnico que asesore a los Centros del Sena y en dicha enumeración no se encuentra el Director Regional o el Jefe Seccional. Y si bien es cierto que la ley autorizó al Consejo Directivo Nacional para reglamentar la conformación de tales Comités, ello se circunscribe a determinar la convocatoria y los mecanismos para la postulación y designación de los miembros de las distintas organizaciones o entidades a que alude la norma, pero no para incluir otros miembros diferentes de los allí señalados.

Prevé el parágrafo 1° del artículo 2° acusado:

"El Jefe de Centro asistirá a los Comités con voz pero sin voto".

No observa la Sala que la norma transcrita viole los artículos 22 y 10 numeral 6° de la Ley 119 de 1994 toda vez que al prever que el Jefe de Centro no tenga voto en las decisiones que adopten los Comités Técnicos de Centro impide afirmar válidamente que se esté variando o modificando la enumeración taxativa de los miembros de dichos Comités, pues la calidad de miembro supone la participación activa del mismo a través de la vocería y del voto.

De tal manera que la sola asistencia con voz del Jefe de Centro no convierte a éste en miembro del respectivo Comité Técnico de Centro. Su presencia no puede tener otro sentido que el de facilitar el cabal cumplimiento de las funciones, tanto del Centro como del Comité Técnico que lo asesora.

El parágrafo 4° del artículo 2° acusado establece:

"Cuando por razones de su ubicación geográfica o su naturaleza, no sea posible integrar el Comité Técnico con los representantes a que se refiere el

presente artículo el Consejo Regional con Jurisdicción en el lugar, reglamentará la forma y los miembros que lo conformen, siempre observando lo dispuesto en la ley".

En relación con esta norma resultan válidas las consideraciones efectuadas por la Sala al acceder a la medida precautoria de los efectos de la misma y por ello decretará su nulidad. En efecto, habiendo señalado la Ley 119 de 1994 la composición de los Comités Técnicos de Centro en su artículo 22 y dejada abierta la posibilidad de que los miembros de dichos Comités puedan estar domiciliados en sitios diferentes a los de los Centros, no podía el citado parágrafo, sin violar esta norma, atribuir al Consejo Regional la facultad de que en un momento dado pueda variar tal composición atendiendo razones de ubicación geográfica, amén de que tanto el artículo 10 numeral 6° como el citado artículo 22 de la referida ley asignan la función de reglamentar la conformación y el funcionamiento de los Comités Técnicos al Consejo Directivo Nacional y no al Regional.

El artículo 3° acusado es del siguiente tenor:

**"Convocatoria y designación de los miembros.** El Consejo Directivo Nacional y los Consejos Regionales, según la naturaleza y cobertura del centro, designarán de los candidatos postulados, los miembros principales y suplentes que conformarán los Comités Técnicos de Centro.

Cuando se trate de centros de cobertura nacional, el Consejo Directivo Nacional efectuará una convocatoria para postular y seleccionar los candidatos del sector económico a que corresponda del centro; así mismo, esta función será ejercida por los Consejos Regionales para la convocatoria de los candidatos a conformar los Comités Técnicos de Centro de cobertura regional".

No advierte la Sala la transgresión del artículo 1° de la Carta Política por parte de la norma transcrita ya que si bien es cierto que ésta no señala la manera como los gremios particulares con derecho a miembros de los Comités Técnicos de Centro efectuarán las postulaciones, también lo es que nada impide que dentro de la convocatoria para postular y seleccionar los candidatos se establezca la manera como tales miembros pueden efectuar las postulaciones, razón por la cual no está llamado a prosperar el cargo.

A juicio del actor el artículo 7° del Acuerdo acusado, que señala las funciones del Comité Técnico de Centro, viola el artículo 22 de la Ley 119 de 1994, porque dichas funciones no son propias de un órgano asesor.

Al respecto cabe tener en cuenta que el mencionado artículo 22 solamente prevé la conformación de los Comités Técnicos de Centro que deben prestar asesoría

a cada Centro del Sena dejando al Consejo Directivo Nacional la facultad de reglamentar su funcionamiento.

El artículo 24 *ibidem* en sus primeros ocho numerales señaló unas funciones para dichos Comités y en su numeral 9° autorizó al Consejo Directivo Nacional para la asignación de otras.

Del contenido de las funciones atribuidas en la citada norma legal se deduce que la voluntad del legislador no fue la de asignarle a los Comités Técnicos de Centro únicamente las de asesoría, pues verbigracia las previstas en los numerales 1°, 5° y 8°, son ajenas a ella. Igual acontece con la señalada en el artículo 23 de la referida ley que se contrae a la elaboración de ternas para la designación de los Jefes de Centro.

Al no restringir el legislador la materia sobre la cual el Consejo Directivo Nacional podía asignarle otras funciones a los Comités Técnicos de Centro, bien podía dicho organismos adscribirles otras diferentes a las de asesoría, razón por la cual el cargo debe desestimarse.

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:**

1. DECRÉTASE la nulidad del numeral 5° y del parágrafo 4° del artículo 2° del Acuerdo número 09 de 18 de marzo de 1994, expedido por el Servicio Nacional de Aprendizaje, Sena.

2. DENIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, publíquese en los anales del Consejo de Estado, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 12 de octubre de 1995.

*Libardo Rodríguez Rodríguez,* Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Nubia González Cerón, Yesid Rojas Serrano.*

NOTA DE RELATORIA: Se declara la nulidad del artículo 2°, num. 5 y parágrafo 4 del acuerdo num. 09 de marzo 18 de 1994 expedido por el Consejo Directivo Nacional del Sena.

**SERVICIO PUBLICO DE ENERGIA / CONTADOR DE ENERGIA -Adulteración / RESPONSABILIDAD OBJETIVA / SERVICIO DE ENERGIA - Usuarios**

**La responsabilidad de los usuarios o suscriptores de los servicios de fluido eléctrico se ha considerado como de carácter objetivo. Si está acreditado el hecho de la adulteración de los sellos, que son los que protegen el contador, forzoso es concluir que sí los consumos de energía mostraron una variación ostensible, luego de detectada la anomalía en los sellos (37.4 de incremento), según se afirma en los considerandos de la resolución. Ello necesariamente guarda relación con tal adulteración. Es decir, que la adulteración de los sellos tuvo por finalidad la adulteración del contador.**

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

Santa Fe de Bogotá, D.C., trece (13) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Radicación número 3472.

Referencia: Recurso de apelación contra la sentencia de 8 de septiembre de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Actora: Sociedad Litoplásticos Limitada.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por la apoderada de la sociedad actora contra la sentencia de 8 de septiembre de 1994, proferida por la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en cuanto denegó las súplicas de la demanda.

## I. ANTECEDENTES

I.1. La sociedad **Litoplásticos Limitada,** por medio de apoderada y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca tendiente a que mediante sentencia se hicieran las siguientes declaraciones:

1ª. Son nulas las Resoluciones números 4772 del 15 de julio de 1991, **"por medio de la cual se impone sanción pecuniaria por fraude"**, 6960 de 15 de noviembre de 1991, **"por la cual se decide un recurso de reposición",** expedidas por el jefe de la División de Grandes Consumidores de la Empresa de Energía de Bogotá, y 01614 de 9 de marzo de 1992, **"por la cual se resuelve un recurso de apelación",** expedida por el Subgerente Comercial de la mencionada empresa.

2ª. Se condene a la Empresa de Energía de Bogotá a reintegrar a la actora la suma de $4.422.958.00, ajustando su valor en la forma indicada en el artículo 178 del C.C.A., teniendo en cuenta la devaluación constante del peso colombiano y tomando como base el índice de precios al consumidor o al por mayor.

3ª. Se condene a la referida Empresa a pagar a la actora la cantidad equivalente a un mil (1.000) gramos de oro fino por concepto de perjuicios morales, de acuerdo con el valor que tenga el gramo oro para la fecha de ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso, certificado por el Banco de la República.

4ª. Se condene a la demandada a pagar a la demandante intereses comerciales o bancarios corrientes sobre todas las sumas de dinero a que sea condenada la citada Empresa, durante los seis meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso, y moratorios después de este término.

I. 2. En apoyo de sus pretensiones la parte actora adujo los siguientes cargos de violación:

*Primer cargo.* Se violó el artículo 6° de la Carta Política porque la actora tiene el derecho de que se le informe el resultado de la presunta investigación que efectuó la demandada, lo cual no ocurrió sino que simplemente se le sancionó sin previo juicio y sin darle la más mínima oportunidad de defenderse.

*Segundo cargo.* El haber sancionado la demandada a la actora, sin previo juicio, sin darle la oportunidad de defenderse, sin poner en su conocimiento la prueba técnica presuntamente efectuada por la energía, y al haber afirmado que el suscriptor falsificó unos sellos de seguridad del contador de energía se lesiona no sólo el patrimonio económico de la demandante sino el moral, protegido por los artículos 2° y 21 de la Carta.

*Tercer cargo.* La irregular actuación de la Empresa de Energía de Bogotá viola el artículo 29 *ibidem,* pues no dio cabal cumplimiento al debido proceso al no dar la oportunidad a la demandada de conocer el presunto dictamen pericial efectuado por el laboratorio de aquélla, imposibilitándola para impugnarlo o solicitar su aclaración o corrección.

*Cuarto cargo.* El derecho adquirido de la demandante de defenderse e impugnar las decisiones de la Administración fue desconocido, por lo cual se violaron los artículos 58, 83 y 125 inciso 2° de la Constitución Política.

*Quinto cargo.* Se violó el artículo 209 *ibidem* porque la actuación de la Empresa de Energía de Bogotá en ningún momento se desarrolló con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia e imparcialidad, ya que cercenó el derecho de defensa que asiste al suscriptor responsable del inmueble afectado.

*Sexto cargo.* Se violó el artículo 237 numerales 4° y 6° del C. de P. C. porque el presunto dictamente pericial no fue puesto en conocimiento de la actora.

*Séptimo cargo.* La demandada igualmente violó lo preceptuado en el artículo 16 del Decreto número 1303 de 1989, pues con su actuación irregular aplicó las sanciones previstas en dicha norma, por una conducta que la demandante no cometió.

I. 3. A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, el cual culminó con la sentencia de 8 de septiembre de 1994, que fue oportunamente apelada por la apoderada de la parte actora.

## II. LA SENTENCIA RECURRIDA

Para adoptar la decisión apelada el *a quo* razonó, principalmente, de la siguiente manera:

1. La Sala advierte que a folio 183 reposa el acta de visita de 21 de agosto de 1990, en la cual se deja constancia del cambio de sellos que se califican como imitación y se anota que se autoriza el cambio de sello.

A folio 184 se encuentra el acta de visita de 24 de mayo de 1991, en la cual se deja constancia que se retiraron los equipos de medida por haberse encontrado como anomalía que tres sellos de la caja verificadora y dos sellos de la caja de conexiones son imitación y que dichos sellos serán analizados al ingresar el contador al laboratorio.

Dicha acta está suscrita por el ingeniero visitador y por el Gerente de la sociedad actora, quien autorizó el retiro de los equipos de medida y aceptó lo expuesto en ella.

A folio 186 obra memorando del laboratorio dirigido a la Sección de Programación de Terrenos donde se ratifican dichas anomalías.

De la actuación así surtida la Sala observa que la sociedad actora intervino en el proceso desde su iniciación, a través de su gerente y de uno de sus socios, sin que hubiesen hecho observaciones a lo anotado por la Empresa en las diligencias.

2. Revisada la Resolución número 045 de 1989 de la Empresa de Energía de Bogotá, mediante la cual se reglamenta, entre otros, el procedimiento para imponer sanciones y el agotamiento de la vía gubernativa, se observa que en tal estatuto no se establece un procedimiento previo como el que pretende la libelista.

3. No se advierte la vulneración de los artículos 2º y 6º de la Constitución ni las pretendidas violaciones que indica la demandante, ya que la actuación se adelantó según lo dispuesto en el Decreto número 1303 de 13 de junio de 1989 y en la Resolución número 045 de 9 de agosto de 1989 de la Empresa de Energía de Bogotá.

4. De la revisión de los actos acusados no se observa la violación del artículo 21 de la Carta Política, pues en ninguna de sus consideraciones se afirma que el suscriptor falsificó los sellos de seguridad del contador de energía. De otro lado, la responsabilidad que se deduce a la actora se fundamenta en las Resoluciones números 2360 de 1979, del Ministerio de Minas y Energía, y 045 de 1989, de la Empresa de Energía de Bogotá, así como en el hecho de que el usuario es el custodio legal y responsable de los equipos de medida, por lo cual tampoco se han transgredido los artículos 83 y 123 *ibidem.*

5. En relación con la violación del artículo 29 *ibidem,* advierte la Sala que el proceso se adelantó conforme a lo dispuesto en la Resolución número 045 antes citada, que regula el procedimiento para imponer sanciones y el agotamiento de la vía gubernativa, además que la actora hizo uso del recurso que se le otorgó y ejerció así su derecho de defensa.

Para la Sala no es clara la violación del artículo 58 *ibidem,* máxime si, como ya se dijo, no se violó el artículo 29 *ibidem.*

6. Tampoco explica la libelista la posible violación de los principios constitucionales que informan la actuación administrativa.

7. No asiste razón a la demandante en lo atinente a lo que ella denominó prueba pericial ya que se trata de un examen de los sellos realizado por una dependencia de la misma Empresa de Energía, en desarrollo de las labores propias de su función, que no es propiamente un dictamen que deba sujetarse a lo dispuesto en el artículo 237 del C. de P. C.

Las anomalías detectadas en los sellos, según lo previsto en el artículo 20 del Decreto número 1303 de 1989, son conductas sancionables y en dicha norma se

indica al suscriptor como responsable del pago de las obligaciones que frente a la entidad se generen.

Ante esta jurisdicción se solicitó por la actora una prueba pericial, previa revisión de los sellos, en la cual los peritos concluyeron que los sellos son imitación.

Para la Sala se encuentra probada la adulteración de los sellos instalados en los equipos de medición y ello es suficiente para respaldar la imposición de la sanción que se discute.

De otro lado, la responsabilidad que la ley impone al usuario del servicio como guardador de tales equipos implica que debe desvirtuar su obligación frente a las anomalías detectadas, lo cual no ha hecho pues ni de sus afirmaciones ni de la prueba pericial se puede deducir que se ha liberado de tal responsabilidad.

De los testimonios rendidos en el proceso, y en especial del correspondiente a José Carrero Novoa, Auxiliar de Ingeniería de la Empresa de Energía (folio 224), resulta claro para la Sala que el usuario previamente fue informado del procedimiento de análisis de los sellos, lo cual permite reiterar que la actora contó con los elementos necesarios para ejercitar su derecho de defensa.

## III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Los motivos de inconformidad con la sentencia apelada pueden resumirse así:

La sentencia acepta la presunción legal de que la demandante adulteró el contador y cometió el fraude a la Empresa de Energía de Bogotá respecto del consumo no registrado y no cobrado por la demandada, ya que la Empresa nunca revisó el contador para determinar si efectivamente fue adulterado.

Se presumió que si los sellos protectores presentaron alguna anomalía fue porque el contador había sido adulterado.

No se permitió a la demandante intervenir en la prueba pericial efectuada en la vía gubernativa, prueba que sí es de recibo en procedimientos gubernativos, de acuerdo con el artículo 34 del C.C.A. Por consiguiente, ha debido ponerse en conocimiento de aquélla su resultado para poder ejercer los derechos consagrados en los incisos 7° y 8° del artículo 3° del C.C.A., es decir, respetar el derecho de defensa y del debido proceso.

La Empresa de Energía al dar de baja el contador lo desapareció impidiéndole a la demandante desvirtuar la presunción de haberlo adulterado.

## IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Séptima Delegada en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado, en su vista de fondo, se muestra partidaria de que se

confirme la sentencia apelada ya que considera que en la actuación efectuada por la Empresa de Energía de Bogotá no sólo intervino la sociedad demandante a través de su representante legal sino que tuvo amplia oportunidad mediante los recursos interpuestos y ante la jurisdicción de demostrar con pruebas que no era responsable de las irregularidades detectadas que se le atribuían.

No sólo a partir del contador de energía podía la sociedad actora fincar su defensa, pues la fe pública de que goza la Empresa es susceptible de prueba en contra siempre y cuando se demuestre su error y no puede pretenderse que sea en manos del usuario del servicio que esté la veracidad de las cuentas por consumos y control del equipo que determina la tarifa.

## V. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Para la Sala el fallo apelado debe ser confirmado, por las siguientes razones:

Conforme obra a folio 129 del cuaderno número 1 el 24 de mayo de 1991 se llevó a cabo una visita de funcionarios de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá en las instalaciones de la sociedad demandante, ubicadas en la calle 19 Sur No. 28-93 de Santa Fe de Bogotá D. C., que fue atendida por el representante legal de la misma, señor Luis Francisco Ramos, en cuya acta se dejó constancia de las anomalías presentadas en tres sellos: dos de la caja de conexiones y uno de la caja verificadora y que se retiraban dos sellos para ser analizados en el laboratorio.

Esta circunstancia impide afirmar que la demandante no tuvo oportunidad de defenderse, que es el principal argumento sobre el cual descansan todos los cargos de la demanda.

Cabe resaltar que la Resolución número 045 de 9 de agosto de 1989, emanada de la Junta Directiva de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, que contiene el procedimiento especial que se aplica en la vía gubernativa para la imposición de sanciones en los eventos de intervención en los equipos de medida (folios 187 a 203), aplicable por lo mismo al caso que ocupa la atención de la Sala, no prevé que al usuario o suscriptor se le corra traslado del resultado del informe técnico practicado sobre los elementos retirados sino únicamente del acto administrativo de liquidación que se efectúa, frente al cual tiene el interesado el derecho de interponer los recursos de reposición y de apelación (artículos 8° y 9°), oportunidad esta en la cual se puede ejercer el derecho de defensa, como aconteció en el caso *sub examine*.

En efecto, según obra a folios 108 a 111 la demandante, a través de su representante legal, en escrito presentado el 2 de agosto de 1991 interpuso los recursos de reposición y de apelación esgrimiendo, entre otros argumentos, que los ocupantes del inmueble ni sus dependientes jamás han tocado las acometidas eléctricas y que no existe prueba de que el contador haya sido adulterado.

Esta Corporación en sentencias de 11 de octubre de 1994 (expediente número 2761, Actora: Incubadora de Pollos Emperador, Consejero Ponente, doctor Yesid Rojas Serrano) y de 28 de octubre del mismo año (Expediente número 2790, Actora: Sociedad Hidroplastic Ltda., Consejero Ponente: doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz), precisó, y ahora lo reitera, que la responsabilidad de los usuarios o suscriptores de los servicios de fluido eléctrico se ha considerado como de carácter objetivo.

Al efecto, dijo la Sala en las sentencias antes indicadas:

"...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 1°).

"El aspecto revolucionario de las 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 injusto 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. T. 2, pág. 215, N° 416). (Person et De Ville Traité. T. 1, pág. 13, N° 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 aplicar la responsabilidad por el hecho de las cosas, ya que aquellos también son 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 artículo 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. Ultimamente ha responsabilizado al guardián material, es decir, al tenedor. Y ha admitido que el propietario se presume guardián mientras no 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 artículo 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 último, advierte la Sala, que si está acreditado el hecho de la adulteración de los sellos, que son los que protegen el contador, forzoso es concluir que si los consumos de energía mostraron una variación ostensible, luego de detectada la anomalía en los sellos (37.4% de incremento), según se afirma en los considerandos de la Resolución número 6960 de 15 de noviembre de 1991 (folio 22), ello necesariamente guarda relación con tal adulteración. Es decir, que la adulteración de los sellos tuvo por finalidad la adulteración del contador.

En conclusión, la actora no desvirtuó la presunción de legalidad que ampara a los actos administrativos acusados, razón por la cual estuvieron bien denegadas por el *a quo* las súplicas de la demanda.

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

## FALLA:

CONFÍRMASE la sentencia apelada.

CONDÉNASE en costas de la segunda instancia a la parte actora. Tásense por Secretaría.

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 sección del día 13 de octubre de 1995.

*Libardo Rodríguez Rodríguez,* Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Nubia González Cerón, Yesid Rojas Serrano.*

NOTA DE RELATORIA: Reiteración jurisprudencial de las sentencias de fecha 11 de octubre de 1994.

**SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia / CONCEJO MUNICIPAL - Acuerdo / ALCALDE MUNICIPAL - Funciones / PRESUPUESTO MUNICIPAL - Modificación / EJERCICIO FISCAL / VIGENCIA FISCAL**

**La Sala al igual que el *a quo*, no observa la violación ostensible y manifiesta del artículo 315 de la Constitución Nacional; es más, resalta que la mencionada norma constitucional se refiere al alcalde y sus atribuciones mientras el acto acusado fue proferido por el Concejo Municipal de Sabanalarga y esa sola circunstancia hace necesario un análisis de fondo para definir si se da o no la violación alegada, análisis que no es procedente para decidir si se decreta o no la suspensión provisional. La Ley 38 de 1989, en su artículo 10 y el Código Fiscal Departamental en su artículo 173 permiten que el presupuesto se modifique durante el ejercicio fiscal, pero no prohiben que se haga antes de su ejercicio fiscal y por lo mismo la violación no resulta ostensible; es más, el análisis de este punto implica desarrollar conceptos acerca de lo que debe entenderse por ejercicio fiscal y vigencia fiscal, lo cual no es procedente en el estudio de una medida precautelativa como lo es la suspensión provisional. El artículo 67 de la Ley 38 de 1989 prohíbe al Congreso y al Gobierno abrir créditos adicionales al presupuesto, sin que en la ley o decreto respectivo se establezca de manera clara y precisa el recurso que ha de servir de base para su apertura con el cual se incrementa el presupuesto de rentas y recursos de capital, a menos que se trate de créditos abiertos mediante contracréditos a la ley de apropiaciones.**

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., trece (13) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctora. *Nubia González Ramos.*

Radicación número 3484.

Referencia: Apelación auto del Tribunal Administrativo del Atlántico.

Actora: Martha Lucía Botero Ramos.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la demandante, doctor Martha Lucía Botero Ramos, contra el auto del 23 de marzo de 1995, proferido por el Tribunal Administrativo del Atlántico, en virtud del cual admitió la demanda y no decretó la suspensión provisional del Acuerdo número 045 de diciembre 20 de 1994, expedido por el Concejo Municipal de Sabanalarga –Atlántico–, "por medio del cual se autoriza al Alcalde municipal para celebrar contratos de trabajo con los trabajadores oficiales y de prestación de servicios profesionales, técnicos y auxiliares, imputables al presupuesto de rentas y gastos de la vigencia de 1994, así como la de 1995".

## I. ANTECEDENTES

La ciudadana y abogada, Martha Lucía Botero Ramos presentó ante el Tribunal Administrativo del Atlántico, demanda de nulidad del Acuerdo número 045 del 20 de diciembre de 1994, expedido por el Concejo Municipal de Sabanalarga. Solicitó la suspensión provisional de los efectos del acto acusado.

Mediante auto de fecha 23 de marzo, corregido por auto de 5 de abril de1995, el *a quo* admitió la demanda y denegó la suspensión provisional solicitada.

En escrito presentado el 21 de abril de 1995, la actora interpuso recurso de apelación contra el auto mencionado.

El recurso fue concedido por el *a quo,* por auto de fecha siete de septiembre de 1995 y remitido a esta Corporación, para decidir lo pertinente.

## II. ARGUMENTOS DE LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

El *a quo*, consideró en síntesis lo siguiente:

**"Para que proceda la suspensión provisional de un acto administrativo, el artículo 152 del C.C.A. (modificado por el art. 31 del Decreto 2304 de 1989) exige: 1. Que la medida se solicite de modo expreso en la demanda o por escrito separado, en este último caso debe ser presentada antes de dictarse auto admisorio de aquélla.**

**2. Si la acción es la de nulidad, que exista manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud".**

En lo que respecta a la primera exigencia, la demandante sí la satisfizo, ya que solicitó la medida precautoria en escrito separado y la sustentó específicamente.

Para demostrar si se colma o no el segundo de los requisitos anotados, es necesario considerar lo siguiente: la jurisprudencia del honorable Consejo de Estado ha reiterado la necesidad de que la violación de normas superiores por parte de un acto administrativo, sea manifiesta de modo que al cotejar el acto con la norma superior, no surja duda de la infracción, es decir, que sea evidente, y no el resultado de un complejo estudio.

La peticionaria considera que de la confrontación de las normas con el acto administrativo se demuestra palmariamente la flagrante violación de las disposiciones aducidas o invocadas en la solicitud, por lo cual, la Sala procede a efectuar el estudio respectivo, teniendo en cuenta los parámetros anteriores.

Las normas que se consideran violadas establecen:

El numeral 7 del artículo 315 de la Carta Política: "Son atribuciones del Alcalde".

1. ...

7. Crear, suprimir o fusionar los empleos de sus dependencias, señalarles funciones especiales y fijar su emolumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes. No podrá crear obligaciones que excedan el monto global fijado para gastos de personal en el presupuesto inicialmente aprobado".

El artículo 10 de la Ley 38 de 1989:

"*Anualidad.* El año fiscal comienza el 1° de enero y termina el 31 de diciembre de cada año. Después del 31 de diciembre no podrán asumirse compromisos con cargo a las apropiaciones del año fiscal que se cierre en esa fecha y los saldos de apropiación no afectados por compromisos, caducarán, sin excepción".

El artículo 173 del Código Fiscal:

"*De la noción y fines.* Durante el ejercicio fiscal, el presupuesto puede ser modificado siempre que se hiciere indispensable aumentar la cuantía de las apropiaciones, o establecer otras nuevas a través de traslados y adiciones presupuestales o créditos adicionales.

Parágrafo. El fin de las modificaciones presupuestales es: 1. Completar partidas insuficientes. 2. Ampliar servicios existentes. 3. Establecer nuevos servicios aprobados legalmente; y 4. Hacer un gasto imprescindible".

El artículo 64 de la Ley 38 de 1989:

"Ni el Congreso ni el Gobierno podrán abrir créditos adicionales al presupuesto, sin que en la ley o decreto respectivo se establezca de manera clara y precisa el recurso que ha de servir de base para su apertura y con el cual se incrementa el presupuesto de rentas y recursos de capital, a menos que se trate de créditos abiertos mediante contracréditos a la ley de apropiaciones".

El artículo 86 de la Ley 38 de 1989:

"Ninguna autoridad podrá contraer obligaciones imputables al Presupuesto de Gastos sobre apropiaciones inexistentes o en exceso de saldo disponible, con anticipación de la apertura del crédito adicional correspondiente, y quienes lo hicieron responderán personalmente a las obligaciones que contraigan".

El inciso 3° del artículo 187 del Código Fiscal:

"Las traslaciones sólo pueden hacerse por el Gobierno para complementar partidas insuficientes en el presupuesto".

Del análisis de los documentos acompañados con la demanda y con las normas que se dicen violadas, el Tribunal no encuentra, en principio, que el acto acusado viole de manera "manifiesta" las normas que se aducen como vulneradas, ya que se requiere el análisis y estudio de otros elementos para poder establecer si hubo o no infracción de las normas mencionadas, análisis pormenorizado que sólo debe hacerse al momento del fallo.

## III. **RAZONES DEL RECURRENTE**

La apelante se refiere a cada una de las consideraciones de la providencia apelada, en los siguientes términos:

1. En cuanto al numeral 1° de las consideraciones que hace el honorable Tribunal Administrativo al afirmar que "la limitante es para el ejecutivo y no para el concejo", observa la apelante que en el **hecho primero** de la demanda precisó que esta iniciativa fue presentada por el ejecutivo en sesiones extraordinarias y de la fecha en que se aprobó el acuerdo 045 de 1994 (diciembre 20 de 1994), podemos observar que el Concejo se encontraba en sesiones extraordinarias, en las cuales se debaten las iniciativas de los proyectos presentados por el ejecutivo, luego el acuerdo 45 fue iniciativa del señor Alcalde del momento; además el Concejo no tiene facultades para crear ni aumentar rubros del presupuesto tal como lo dispone el art.

351 de la C.N. y al alcalde entonces le está prohibido crear obligaciones que superen el presupuesto inicialmente aprobado (art. 315 numeral 7 C.N.) y el presupuesto de rentas y gastos de Sabanalarga para la vigencia fiscal de 1995 había sido aprobado mediante acuerdo 027 de 1994 y se ordenó una modificación mediante acuerdo 045 de 1994, a fin de aumentar los servicios personales a través de la creación de un rubro denominado 3.2, cuya disponibilidad presupuestal fue trasladada del programa III gastos de destinación especial, para compra de equipos, construcción de puestos de salud y suministros con destino al Centro Materno Infantil Ceminsa.

En cuanto a que el presupuesto puede modificarse, es cierto, pero la violación se sustentó, no con base en la modificación, sino en el tiempo en que se hizo, es decir, que se modificó sin entrar en vigencia toda vez que el ejercicio fiscal comienza el 1° de enero de cada año, apareciendo una interpretación acomodaticia, al traer a colación el art. 173 del Código Fiscal para justificar un acto ilegal del Concejo.

Observa la apelante, que el Magistrado Ponente tiene una confusión respecto de la jerarquía de las normas ya que si se trata de poner en contexto y en contraste dos normas por su aparente contradicción, los arts. 10, 67 y 86 de la Ley 38 de 1989, hoy modificada por la Ley 179 de 1994, y el art. 173 del Código Fiscal Departamental, es claro que la ley orgánica reglamentaria de la Constitución es norma de superior jerarquía y prevalecerá si hubiere algún tipo de contradicción".

En lo referente al numeral 3°, esto es, que el rubro 3.2 existía, no se ajusta a la realidad fáctica. Visto el presupuesto aprobado inicialmente y analizado el artículo 4° del acuerdo que modifica al presupuesto antes de su vigencia, el acto demandado, señala: "la suma de dinero que se requiere para el pago de los servicios profesionales, técnicos y auxiliares se tomarán en el año de 1995, de presupuesto de rentas y gastos de la vigencia fiscal código 3.1 para compra de equipos, construcción de puestos de salud y suministro con destino al Centro Materno Infantil de Sabanalarga Ceminsa la suma que se señala de $30.000.000 y se traslada a un nuevo rubro de ese programa III que tendrá el número 3.2.

El honorable Concejo facultó al alcalde para crear un nuevo rubro de servicios personales a través de un traslado de dineros, que tenían destinación especial.

## IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Observa la Sala que la solicitud de suspensión provisional, se fundamenta en la violación de los artículos 315 numeral 7 de la Constitución Nacional, artículos 10, 67 y 86 de la Ley 38 de 1989, 173 y 187 inciso 3° del Código Fiscal Departamental.

El artículo 315 de la Carta Política señala las atribuciones del alcalde:

"...7. Crear, suprimir o fusionar los empleos de sus dependencias, señalarles funciones especiales y fijar sus emolumentos con arreglo a los acuerdos

correspondientes. No podrá crear obligaciones que excedan el monto global fijado para gastos de personal en el presupuesto inicialmente aprobado...".

El acto acusado autoriza al alcalde de Sabanalarga para celebrar contratos de trabajo con los trabajadores oficiales y de prestación de servicios profesionales, técnicos y auxiliares.

Considera la demandante que el acto acusado viola la norma constitucional por cuanto compromete sumas superiores al monto global fijado para el período de 1995.

La Sala, al igual que el *a quo,* no observa la violación ostensible y manifiesta del artículo 315 de la Constitución Nacional; es más, resalta que la mencionada norma constitucional se refiere al alcalde y sus atribuciones mientras el acto acusado fue proferido por el Concejo Municipal de Sabanalarga y esa sola circunstancia hace necesario un análisis de fondo para definir si se da o no la violación alegada, análisis que no es procedente para decidir si se decreta o no la suspensión provisional.

Los artículos 10 de la Ley 38 de 1989, y 173 del Código Fiscal Departamental prevén, que el año fiscal comienza el 1° de enero y termina el 31 de diciembre, y que el presupuesto puede sufrir modificaciones durante el ejercicio fiscal.

La recurrente reitera, que el acto acusado violó dichas normas porque el presupuesto se modificó sin entrar en vigencia.

Planteada la violación en los anteriores términos, la Sala observa, que evidentemente la Ley 38 de 1989, en su artículo 10 y el Código Fiscal Departamental en su artículo 173 permiten que el presupuesto se modifique durante el ejercicio fiscal, pero no prohíben que se haga antes de su ejercicio fiscal y por lo mismo la violación no resulta ostensible; es más, el análisis de este punto implica desarrollar conceptos acerca de lo que debe entenderse por ejercicio fiscal y vigencia fiscal, lo cual no es procedente en el estudio de una medida precautelativa como lo es la suspensión provisional.

El artículo 67 de la Ley 38 de 1989 prohíbe al Congreso y al Gobierno abrir créditos adicionales al presupuesto, sin que en la ley o decreto respectivo se establezca de manera clara y precisa el recurso que ha de servir de base para su apertura y con el cual se incrementa el presupuesto de rentas y recursos de capital, a menos que se trate de créditos abiertos mediante contracréditos a la ley de apropiaciones.

El artículo 86 de la mencionada ley, prohíbe contraer obligaciones imputables al presupuesto de gastos sobre apropiaciones inexistentes.

El acuerdo 045 viola las anteriores normas, dice la apelante, porque "no se deben contraer obligaciones imputables al presupuesto de gastos sobre apropiaciones inexistentes".

Al respecto, observa la Sala que en primer lugar, se hace necesario comprobar si se contrajeron obligaciones imputables al presupuesto de gastos sobre apropiaciones inexistentes, lo cual como lo afirma el *a quo* sólo podrá ser analizado al momento de ejecutar el presupuesto.

Como la contradicción del acto acusado con las normas que se dicen violadas, no resulta ostensible, la Sala habrá de confirmar la decisión del *a quo*.

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

**RESUELVE:**

CONFÍRMASE la providencia apelada.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

**Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 12 de octubre de 1995.**

*Libardo Rodríguez Rodríguez,* Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Nubia González Cerón, Yesid Rojas Serrano.*

**PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL / DEMANDA - Interpretación**

**La demanda del citado oficio sólo debió ser parcial y no total. Dicha situación podría hacer predicable una ineptitud sustantiva de la demanda, pero la Sala en aplicación de la facultad que tiene el juez para interpretar la demanda, facultad que ha sido reconocida ampliamente por la jurisprudencia, y fundamentalmente, en aplicación del principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial sobre el derecho procesal, interpreta que la demanda contra el oficio no es total sino parcial y específicamente en aquellas decisiones que no fueron objeto de revocatoria por parte de la resolución. La demandante no tiene interés jurídico para impetrar la nulidad del artículo 1° de la Resolución 0704 de 1994, pues si en éste se revocan unas órdenes que afectaban a la sociedad demandante y tal pretensión fue satisfecha en la actuación administrativa, dicha satisfacción se produjo por petición de la accionante y en su favor, por lo cual, al no ser lesionada con el mencionado acto, no es predicable para ella la legitimación para demandar.**

**SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD - Funciones / TELECTRONICA / DESVIACION DE PODER - Definición / DESVIACION DE PODER - Inexistencia**

**La protección del derecho al trabajo y a la libre asociación no implica que si una sociedad está incursa en causal de disolución, so pretexto de la protección de tales derechos se hagan nugatorias las funciones de inspección, vigilancia y control que compete ejercer a la Superintendencia Nacional de Salud sobre los sujetos que exploten, administren o gestionen, bajo cualquier modalidad, el monopolio de loterías y demás modalidades de juegos suerte y azar, máxime cuando el hecho que provoca la intervención del**

**ente estatal sólo le es imputable al sujeto vigilado. La desviación de poder se presenta cuando el agente administrativo realiza un acto que cabe dentro de sus atribuciones, observa todas las formalidades prescritas por la ley, el acto se ajusta en sus términos a las normas superiores, pero al expedirlo, el agente administrativo tuvo con miras finalidades distintas de aquellas para las cuales se le confirió poder. Precisando el anterior concepto, es necesario probar que los motivos que tuvo la Superintendencia Nacional de Salud para proferir los actos acusados no son aquellos que le están expresamente permitidos en el Decreto 1259 de 1994, sino otros, de tal manera que el resultado de la decisión es distinto del que ha debido producirse si el acto se hubiera producido de acuerdo con el mencionado decreto, y dicha prueba le corresponde aportarla a quien alega la desviación de poder.**

**SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD - Inspección y vigilancia / SOCIEDAD VIGILADA - Disolución y liquidación**

**Que el acto acusado cuando imparte la instrucción a los administradores de la Sociedad Inversiones Keno S. A. de "convocar de manera inmediata a la Asamblea General para informarla completa y documentalmente de esta situación" – que se encuentra en causal de disolución– no está exigiendo la disolución de la sociedad. Todo lo contrario, la orden impartida a los administradores de la sociedad para convocar a la Asamblea General busca entre otros fines que dicha asamblea adopte las decisiones pertinentes tendientes a establecer y decidir sobre la causal de disolución o la liquidación de la sociedad, previa verificación de las pérdidas a que se refiere la norma indicada.**

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

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

Consejera Ponente: Doctora *Nubia González Cerón.*

Radicación número 3173.

Actora: Sociedad Inversiones Keno S. A.

Procede la Sala a dictar sentencia de única instancia para resolver la demanda que ha dado lugar al presente proceso, instaurada por la sociedad Inversiones Keno S. A. en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., con el fin de

obtener la nulidad del oficio número 0844 del 15 de julio de 1994, dirigido por la Superintendencia Nacional de Salud a la sociedad Inversiones Keno S. A. y la Resolución número 0704 del 20 de septiembre de 1994, proferida por la misma Superintendencia. Como restablecimiento del derecho solicita se ordene a la Superintendencia Nacional de Salud, "deje operar a la sociedad Inversiones Keno S. A. el juego de apuestas o azar electrónica por televisión denominado Telectrónica, por cuanto no se encuentra en causal de disolución".

## I. ANTECEDENTES

Los actos acusados son los siguientes:

1. El oficio número 0844 de 15 de julio de 1994, expedido por el Superintendente Nacional de Salud, dirigido a la sociedad Inversiones Keno S. A., mediante el cual ordenó "la suspensión de los sorteos de la apuesta denominada Telectrónica a realizarse con posterioridad al 16 de julio de 1994 y la iniciación de nuevas operaciones a partir de la fecha, así como convocar de manera inmediata, a la Asamblea General, para informarla completa y documentadamente de esta situación.

"Lo anterior, sin perjuicio de la obligación de la Junta Directiva, de impartir las instrucciones para garantizar el ingreso de los recursos a la sociedad, de suerte que se cumpla con las obligaciones adquiridas con el sector de la salud, al tenor de lo dispuesto en el artículo 375 del C. de Co.; de las acciones que le corresponda ejecutar a la Empresa Colombiana de Recursos Públicos para la Salud, en desarrollo del contrato 018 de 1993 y, de las demás actuaciones que adelante este despacho como consecuencia de la investigación que cursa actualmente sobre la sociedad.

"Por último, se requiere el envío de los estados financieros de la Sociedad, certificado, con corte a junio 30 de 1994, acompañados del dictamen del Revisor Fiscal sobre los mismos y de sus notas explicativas a más tardar el próximo 22 de julio".

2. La Resolución 0704 de 20 de septiembre de 1994, expedida por el Superintendente Nacional de Salud, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición presentado por Inversiones Keno S. A. y, en la cual se dispuso:

**"Artículo primero.** Revocar las órdenes de 'suspensión de los sorteos de la apuesta denominada Telectrónica a realizarse con posterioridad al 16 de julio de 1994' y de iniciar "nuevas operaciones a partir de la fecha" consignadas en el oficio 0844 del 15 de julio de 1994 dirigido a la sociedad Inversiones Keno S. A.

**"Artículo segundo.** No revocar y por tanto confirmar la instrucción dada a los administradores de la sociedad Inversiones Keno S. A. en el sentido de 'convocar, de manera inmediata, a la Asamblea General, para informarla completa y

documentadamente de esta situación', consignada en el oficio 0844 del 15 de julio de 1994.

**"Artículo tercero.** No revocar y por tanto confirmar las demás instrucciones dadas en el oficio 0844 del 15 de julio de 1994 a los administradores de la Sociedad Inversiones Keno S. A.".

## II. HECHOS DE LA DEMANDA

Los hechos que cita la demandante como fundamento de sus pretensiones son, en síntesis, los siguientes:

1. El 5 de noviembre de 1992, mediante escritura pública 5112 de la Notaría Veinte del Círculo de Bogotá, se constituyó la sociedad de responsabilidad limitada denominada Inversiones Keno Ltda.

2. Dicha sociedad fue transformada en sociedad anónima, mediante escritura pública 3108 de 15 de julio de 1993 de la Notaría Séptima del Círculo de Bogotá.

Tal transformación social obedeció a la exigencia hecha por Ecosalud S. A., para poder celebrar un contrato de explotación de un juego de suerte y azar denominado apuesta Electrónica por Televisión "Telectrónica".

3. Mediante oficio 0844 del 15 de julio de 1994, expedido por la Superintendencia Nacional de Salud y dirigido a la sociedad Inversiones Keno S. A., se ordenó la suspensión de los sorteos de la apuesta denominada Telectrónica a realizarse con posterioridad al 16 de julio de 1994 y la iniciación de nuevas operaciones a partir de la fecha, a la par que solicita la disolución de la sociedad, porque a su juicio se dan las causales exigidas para tal efecto en el C. de Co., por cuanto han ocurrido pérdidas que redujeron su patrimonio neto por debajo del 50% del capital suscrito y pagado, haciendo al respecto análisis contables desatinados.

4. La anterior decisión fue recurrida en reposición por la Sociedad Inversiones Keno S. A., argumentando que la Superintendencia Nacional de Salud interpretó de manera equivocada las normas del C. de Co., y las normas contables en general.

5. El recurso de reposición fue resuelto mediante la Resolución número 0704 del 20 de septiembre de 1994.

6. La anterior resolución fue notificada personalmente al representante legal de la sociedad Inversiones Keno S. A., el 22 de septiembre de 1994, razón por la cual la demanda se presentó dentro del plazo concedido por el artículo 136 del C.C.A.

## III. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

La demandante considera que con la expedición de los actos acusados se violaron las siguientes normas, por las razones que en resumen se exponen a continuación.

1. Se violaron los artículos 2°, 6°, 13, 25, 29, 38, 53, 83 y 123 de la C.N.

2. Los artículos 218, 457 y 458 del C. de Co.

3. Los artículos 3°, numeral 4, 4° numeral 8, 5° numeral 7 y 7°, numerales 6 y 8 del Decreto 1259 de 1994.

4. Artículos 27 y 28 de la Ley 80 de 1993.

5. Artículo 84 del C.C.A.

Resulta obvio, que si bien es función de la Superintendencia Nacional de Salud la inspección, vigilancia y control de los entes privados que tienen a su cargo el monopolio de las loterías y por ende afectan de alguna manera el sector salud, no lo es menos que tales facultades no llegan hasta el extremo de ordenar la liquidación y disolución de las mismas, con argumentos de orden jurídico y fáctico que no tienen ningún respaldo legal. En efecto, no es lo mismo perder más del cincuenta por ciento del capital suscrito, por reducción del patrimonio neto, que tener en caja y para cobro, unos créditos en que aparecen como obligados los asociados y a favor de la sociedad. No es lo mismo perder más del cincuenta por ciento del capital suscrito, que perder más del cincuenta por ciento del capital suscrito y pagado, pues en las sociedades donde el capital es tripartito, como es el caso de las sociedades anónimas, el concepto de capital autorizado es autónomo, independiente y diferente del concepto de capital suscrito y a su vez el concepto de capital suscrito es autónomo, independiente y diferente del capital pagado. El ente demandado al hablar de capital suscrito y pagado está confundiendo la naturaleza de cada uno de los tres conceptos de capital que la ley consagra para las sociedades anónimas.

La Superintendencia Nacional de Salud con fundamento en sus funciones, no puede modificar las normas contenidas en el C. de Co., numeral 2 del artículo 457 que señala como causal de disolución de una sociedad anónima el que "ocurran pérdidas que reduzcan el patrimonio neto por debajo del cincuenta por ciento del capital suscrito", sinembargo, la mencionada norma es modificada por la Superintendencia Nacional de Salud, porque exige la disolución de la sociedad Inversiones Keno S. A., por haber perdido más del cincuenta por ciento del capital suscrito y pagado.

La facultad especial consagrada en el decreto 1259 de 1994, no puede ser ejercida en forma discriminada, porque en tales circunstancias, nos encontramos frente a una típica desviación de poder.

Cuando el artículo 2° de la C.N. habla de que el Estado debe garantizar los derechos de los asociados dentro de ellos están incluidos entre otros, el debido proceso, el derecho al trabajo, la libertad de trabajo y la libre asociación, derechos que no fueron tenidos en cuenta por los actos acusados.

Cuando el artículo 6° de la C.N. consagra el principio de la juridicidad, señala en forma expresa que los funcionarios públicos son responsables además de la violación de la ley, por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, extralimitación que se dio en el presente caso.

En efecto, cuando los actos administrativos acusados, ordenan la citación de la Asamblea de Accionistas porque entró en causal de disolución, la Superintendencia Nacional de Salud está ejerciendo el poder otorgado por el Decreto 1259 de 1994 de manera excesiva, contrariando el principio de igualdad a que se refiere el artículo 13 de la C. N.

Siendo el trabajo un derecho y una libertad que goza de la especial protección del Estado, en el presente caso se imponía la necesidad de examinar cuidadosamente las circunstancias concretas en que se estaba colocando a la sociedad Inversiones Keno S. A. para entrar en liquidación, precisamente para no vulnerar el derecho al trabajo y, en particular, la protección de la estabilidad laboral de cada uno de los empleados a su servicio.

En lo referente al debido proceso, expresa la demandante, que cuando la Superintendencia Nacional de Salud llega a la absurda conclusión que la sociedad Inversiones Keno S. A., se encuentra incursa en causal de disolución, expide un oficio ordenándole que suspenda sus sorteos y que cite a la Asamblea de Accionistas para explicar la causal de disolución en que ha entrado, olvidando los conceptos jurídicos contables que al respecto existen. El acto acusado, la Resolución 0704 de 1994, lo único que hace es asimilar la presentación técnica del patrimonio en el Plan Unico de Cuentas PUC, con el artículo 458 del C. de Co., lo cual resulta absurdo, porque el PUC lo que señala es la forma técnica de clasificar las cuentas, forma que no tiene incidencia legal de ninguna clase.

Violación de los artículos 218, 457 y 458 del C. de Co. El numeral 2 del artículo 457 habla de pérdidas que reduzcan el patrimonio neto por debajo del 50% del capital suscrito, pero en ninguna forma dice que la pérdida por debajo del 50% es del capital suscrito y pagado, como lo señala la Superintendencia Nacional de Salud en los actos acusados.

Cuando el artículo 458 del C. de Co. habla de **verificación,** tal término hace relación a que las cifras que lleguen a determinar la pérdida deben estar registradas en los libros oficiales de contabilidad de la empresa, registro que desde luego

corresponde al contador y al revisor fiscal de la sociedad y no a una entidad estatal. Las órdenes contenidas en el ordinal 2 del artículo 458 del C. de Co., son simultáneas y no alternativas. En efecto, conforme a la redacción de la norma "... los administradores se abstendrán de iniciar nuevas operaciones y convocarán inmediatamente a la asamblea general, para informarla completa y documentadamente de dicha situación...", disposición que en ningún momento puede ser interpretada en forma seccionada.

No obstante la claridad de la norma, la Superintendencia Nacional de Salud, no solamente se lleva de calle lo que significa el verbo verificar en casos como el presente, sino que la orden no alternativa sino simultánea contenida en el artículo 458 del C. de Co., lada en forma seccionada, lo cual trae como resultado una desviación de poder.

Para llegar a la conclusión que la sociedad anónima Inversiones Keno se encuentra en causal de disolución, la Superintendencia Nacional de Salud hizo un análisis de orden contable-jurídico que la demandante controvierte en la siguiente forma:

**Refinanciación de transferencias mínimas.** La Superintendencia Nacional de Salud señala que la suma de $423.226.560.00 corresponde a obligaciones contraidas por Inversiones Keno S. A. y no a un costo en que incurrió la sociedad para obtener la prórroga del contrato 018 de 1993, celebrado con Ecosalud a través del otrosí 03 de febrero 28 de 1994, razón por la cual el mencionado rubro debe llevarlo la sociedad como gasto en el estado de resultados.

La anterior afirmación es inexacta desde el punto de vista contable, toda vez que el otrosí 03 es bien claro cuando reforma el parágrafo primero de la cláusula quinta del contrato número 018 de 1993, expresando que es la transferencia mínima garantizada, razón por la cual la sociedad ingresó ese valor como cargo diferido.

Afirmar que la suma mencionada no es un cargo diferido porque al tenor de la definición contenida en el artículo 67 del Decreto 2649 de 1993, por tal transacción la sociedad no recibirá beneficios económicos, es inexacto, toda vez que la sociedad Inversiones Keno S. A. llevó a cabo la prórroga del contrato, precisamente porque espera conseguir un beneficio económico futuro.

Si la suma de $423.226.560.00 es un costo, el otrosí 003 de 1994 no se habría podido firmar entre Inversiones Keno S. A. y Ecosalud S. A., toda vez que la firma del mencionado contrato, de haberse interpretado en la forma en que lo hace la Superintendencia Nacional de Salud, habría inducido a la quiebra a Inversiones Keno S. A. desde su firma porque si ese rubro se coloca como costo y no como cargo diferido, estaría en causal de disolución conforme lo señala el Código

de Comercio. En tales condiciones, al firmar el otrosí, Ecosalud S.A. violó los arts. 27 y 28 de la Ley 80 de 1993 porque su obligación es mantener el equilibrio económico de los contratos, y al firmar el otrosí, colocando en quiebra al contratista, indudablemente estaba llevando a cabo una práctica desleal.

**Provisión para cuentas incobrables.** Considera la Superintendencia Nacional de Salud que la suma de $79.400.945.00 que dentro de la contabilidad de Inversiones Keno S. A. figura dentro del rubro cartera, es inaceptable, por cuanto a través de la Circular 020 de 1994, definió que es cartera deficiente aquella que tenga una mora superior a ocho días calendario, afirmación que contradice las más elementales normas de contabilidad. Olvida la Superintendencia Nacional de Salud que la responsable de la cartera es Inversiones Keno S. A. con su Revisor Fiscal y su Contador en su condición de operadora de Telectrónica y no Ecosalud; por tal razón, es a Inversiones Keno S. A. a quien corresponde decidir si castiga la cartera o no lo hace, son los abogados de cualquier sociedad, quienes determinan si debe hacerse contablemente la provisión para cuentas incobrables o no y en el presente caso hasta el momento de la presentación de la demanda, tal situación no se ha dado.

Es claro que la sociedad Inversiones Keno S. A. hasta la fecha no tiene la obligación legal y contable de hacer previsiones para cuentas incobrables, por cuanto los $79.400.945.00 no se encuentran aún clasificados como cartera de difícil cobro o cartera perdida. Desde el punto de vista contable no puede colocarse en el renglón de cuentas incobrables por capricho de un ente público, sino que entra en tal rubro el día en que verdaderamente así deba ser; es más, es posible que en este caso entre a tal rubro parte de la cifra mencionada y no toda.

**Ingresos por premios caducados sin cumplir. Condición de capitalización.** En los actos acusados la Superintendencia Nacional de Salud señala que la sociedad Inversiones Keno S. A. no puede hacer el ingreso de $461.080.300.00 en el Estado de Resultados por concepto de premios caducados, por cuanto de una parte debe tenerse en cuenta lo dispuesto en la Circular número 21 de 1994 y de otra lo que prevé el Decreto 2649 de 1993, en relación con el concepto "Gasto Realizado". Más adelante señala que si bien es cierto Ecosalud S. A. autorizó a la sociedad Inversiones Keno S. A. para contabilizar los premios no cobrados hasta el sorteo número 32 como ingreso, tal autorización contenía una limitación que era la de capitalizar por lo menos el doble de dichos premios y como no ha cumplido con esa obligación, la Superintendencia no acepta la suma de $461.080.300 como ingreso.

No es cierto que Ecosalud S. A. mediante el oficio 001744 de 12 de mayo de 1994 haya autorizado a Inversiones Keno S. A. a contabilizar los premios

caducados siempre y cuando capitalizara el doble de su valor. El mencionado oficio dice a la letra:

**"... El mismo Consejo Directivo decidió que el valor correspondiente a los premios caducados hasta la fecha del Consejo para que puedan ser capitalizados a favor de Inversiones Keno S. A., con el compromiso de que, en caso de cobro por parte de ganadores, ustedes respondan por el pago respectivo...".**

Lo anterior quiere decir, que la única condición puesta por Ecosalud S.A. fue la de responder por los premios en caso de ser cobrados. El Consejo Directivo de Ecosalud no podía decidir en tomo de la capitalización de una sociedad anónima de naturaleza privada, tal decisión es del resorte de la Asamblea General de Accionistas de la sociedad Inversiones Keno S. A., es a este órgano social a quien corresponde tomar tal decisión y no a un ente estatal.

Es más la recomendación dada por Ecosalud se encontraba cumplida, toda vez que la póliza de cumplimiento exigida por Ecosalud S. A. para esos casos, se encuentra vigente.

Por decisiones como la comentada es que se habla de desviación de poder, pues la Superintendencia Nacional de Salud al ordenar contablemente lo que no puede, está desviando la función, que le ha sido delegada por el Presidente de la República.

La Superintendencia Nacional de Salud con los actos acusados violó el principio de la buena fe, ya que su decisión afecta a la sociedad accionante, más allá del poder conferido por la Constitución Nacional y la ley al ente demandado. No ha considerado, en ninguna de sus decisiones, la buena fe que siempre ha tenido la sociedad Inversiones Keno S. A. con las obligaciones y cargas que tiene frente a los entes estatales, que por expreso mandato legal la vigilan.

La demandante presenta lo que en su criterio es el patrimonio neto de Inversiones Keno S.A. a 30 de junio de 1994, para concluir que a la fecha de la Resolución 0704 de 20 de septiembre de 1994; el patrimonio neto de la mencionada sociedad se encuentra muy por encima del 50% del capital suscrito, razón por la cual no se encuentra incursa en la causal de disolución, a que hace relación la Superintendencia Nacional de Salud en los actos acusados (folios 80 y 81).

Finalmente, alega la demandante que cuando la Superintendencia Nacional de Salud expidió el oficio 0844 de 15 de julio de 1994, solamente contempló el punto relacionado con los cargos diferidos y disolución por pérdidas y contra dichos puntos se interpuso el recurso de reposición. Sin embargo, cuando la Superintendencia Nacional de Salud resolvió el recurso de reposición, mediante la Resolución 0704 de 20 de septiembre de 1994, desarrolla puntos nuevos no incluidos en el acto

recurrido, razón por la cual estos puntos nuevos no han sido objeto de controversia en la vía gubernativa. Esos puntos nuevos hacen referencia a derechos de explotación, provisión para cuentas por cobrar, capitalización de ingresos y sanción por intereses.

## IV. **TRAMITE DE LA ACTUACION**

Mediante proveído de 18 de enero de 1995 se admitió la demanda.

La Superintendencia Nacional de Salud, a través de apoderado contestó la demanda y para oponerse a la prosperidad de sus pretensiones adujo, en síntesis, lo siguiente:

1. La sociedad Inversiones Keno S. A. fue transformada en sociedad anónima, pero no por una exigencia de Ecosalud, lo que sucede es que para operar un juego como la Telectrónica, se considera fundamental que sea una sociedad anónima.

2. El Decreto 1259 de 1994, es la norma marco que rige para la Superintendencia Nacional de Salud y es el superintendente el funcionario competente para dar órdenes instruir a las instituciones sujetas de inspección, vigilancia y control, al tenor de lo dispuesto en los artículos 3°, 5° y 7° numerales 6 y 8.

3. El PUC, es una norma técnica de clasificar las cuentas, expedida por el Gobierno Nacional, en ejercicio de facultades extraordinarias, de obligatorio cumplimiento, tanto para los comerciantes, como para las entidades de inspección, vigilancia y control de aquellos.

4. Los conceptos de capital suscrito, suscrito y pagado y autorizado, los define claramente el Código de Comercio y si bien el art. 458 numeral 2 no dice capital suscrito y pagado, no se puede dejar de lado y sin ninguna conexidad el Balance de Prueba que se allegó a la visita practicada por la Superintendencia el 22 de junio de 1994 en el cual se observa que cuando se dice en el registro contable **instalamentos por cobrar** aparece la suma de 665 millones de pesos, lo cual significa que los socios para la fecha de producción de los actos demandados, no habían cancelado esa parte del capital suscrito, por lo tanto, ese registro no era el correcto, de acuerdo con lo señalado en el inciso 2 del artículo 83 del Decreto 2649 de 1993.

5. Respecto de la verificación técnica de las pérdidas, señalada en el art. 458 del C. de Co., efectivamente se presentaban en el momento de la expedición de los actos administrativos demandados, así se probó en la inspección judicial realizada el 22 de junio de 1994 a los libros de accionistas. Posteriormente se allegaron por parte de Inversiones Keno S.A., los balances certificados a junio 30 de 1994 en los que no varió para nada la situación mencionada. Del análisis de ese balance, surgió el oficio 1895 de agosto 3 de 1994, dirigido a la sociedad y en el que se hace un

análisis integral sobre el capital, la refinanciación de transferencias mínimas, derechos de explotación, provisión por cuentas incobrables e ingresos por premios caducados sin cumplir la condición de capitalización. Frente a este oficio, la sociedad Inversiones Keno S. A., utilizó y ejerció el derecho de defensa y, se le respondió mediante oficio 000119 de agosto 9 de 1994. Con dichos oficios se prueba plenamente que no es cierto que la Resolución 704, señale puntos nuevos.

6. Por último el apoderado de la Superintendencia Nacional de Salud se refiere a los argumentos que tuvo en cuenta dicha entidad para expresar y desarrollar los conceptos de refinanciación de transferencias mínimas, provisión para cuentas incobrables, ingresos por premios caducados sin cumplir condición de capitalización.

En la etapa correspondiente para alegar de conclusión, la parte demandada reiteró sus planteamientos expuestos en la contestación de la demanda.

La parte demandante y la Procuraduría Delegada en lo Contencioso Administrativo ante esta Corporación, no hicieron uso del derecho de alegar de conclusión.

## V. LA DECISION

Lo primero que observa la Sala, es que mediante el oficio número 0844 demandado en su totalidad, la Superintendencia Nacional de Salud ordenó a la demandante la suspensión de sorteos de la apuesta Telectrónica, así como la iniciación de nuevas operaciones a partir de la fecha del oficio, de una parte y de otra, ordenó a la demandante convocar de manera inmediata la Asamblea General, para informarla cabalmente de la situación financiera de la sociedad, sin perjuicio de la obligación de la Junta Directiva para que impartiera instrucciones a efectos de garantizar el ingreso de recursos a la sociedad. Dicho acto fue objeto del recurso de reposición, recurso que buscó la revocatoria del mencionado oficio en su totalidad. El recurso de reposición fue resuelto mediante la Resolución número 0704 que en su artículo 1° revocó la orden de suspensión de los sorteos y la de iniciación de nuevas operaciones y decidió no revocar la instrucción para que los administradores de la sociedad convocaran la Asamblea General e igualmente decidió no revocar las demás instrucciones contenidas en el oficio número 844.

En la primera petición del libelo, se observa que conforme al numeral primero, se impetra la nulidad total del oficio número 844 del 15 de julio de 1994, cuando, como ya se vio, dicho acto, por haber sido revocado parcialmente, no existe jurídicamente en su integridad, es decir, que no tiene existencia jurídica la voluntad de la administración respecto de la orden de suspensión de los sorteos, ni la orden de suspensión de nuevas operaciones.

Se concluye de lo anterior, que la demanda del citado oficio sólo debió ser parcial y no total. Dicha situación podría hacer predicable una ineptitud sustantiva de la demanda, pero la Sala en aplicación de la facultad que tiene el juez para interpretar la demanda, facultad que ha sido reconocida ampliamente por la jurisprudencia, y fundamentalmente, en aplicación del principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial sobre el derecho procesal, interpreta que la demanda contra el oficio número 0844 no es total sino parcial y específicamente en aquellas decisiones que no fueron objeto de revocatoria por parte de la Resolución 0704 de 1994.

Bajo el mismo razonamiento jurídico, la Sala también entiende –pese a que la demanda pretende la nulidad total de la Resolución número 0704 de 1994–, que esta no está dirigida contra el artículo 1° de ella y por ende, sólo estudiará la legalidad o ilegalidad de los artículos 2° y 3° de dicha resolución, confirmatorios de las instrucciones que se habían impartido en el oficio número 0844 de 1994.

A la anterior conclusión llega la Sala por cuanto que la demandante no tiene interés jurídico para impetrar la nulidad del artículo 1° de la Resolución número 0704 de 1994, pues si en éste se revocan unas órdenes que afectaban a la sociedad demandante y tal pretensión fue satisfecha en la actuación administrativa, dicha satisfacción se produjo por petición de la accionante y en su favor, por lo cual, al no ser lesionada con el mencionado acto, no es predicable para ella la legitimación para demandar.

Hecha la anterior precisión, procede la Sala a analizar los cargos expuestos por la demandante.

*Primer cargo.* Violación de lo artículos 2°, 6°, 13, 25, 29, 38, 53, 83 y 123 de la Constitución Nacional.

Para el análisis del cargo, precisa la Sala que éste se circunscribirá únicamente a las normas frente a las cuales la demandante expone su concepto de violación así éste sea breve.

Con relación al artículo 2° de la Constitución Nacional, considera la demandante que cuando dicho mandato constitucional dispone que el Estado debe garantizar los derechos de los asociados, dentro de ellos están incluidos el debido proceso, el derecho al trabajo y la libre asociación, derechos que según la actora no fueron tenido en cuenta por la Superintendencia Nacional de Salud al expedir los actos acusados. La Sala coincide con la actora cuando afirma que en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2° de la Constitución Nacional el Estado debe garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes de los asociados y que en ellos se incluyen todos los consagrados en la Constitución. La actora argumenta que el

acto enjuiciado no tuvo en cuenta el derecho al trabajo, el debido proceso y la libre asociación, apreciación que la Sala no comparte por cuanto no es posible aceptar que si la Superintendencia Nacional de Salud en ejercicio de las facultades que le confiere el Decreto 1259 de 1994, especialmente las previstas en el artículo 7° numerales 6 y 8 y previa la comprobación de los hechos decide instruir a una entidad sometida a su vigilancia sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones que regulen su actividad con ello viole los derechos al trabajo, a la libre asociación y al debido proceso, máxime cuando en el caso concreto no se alega ni se demuestra una violación al debido proceso; todo lo contrario, está probado que se observaron las ritualidades propias de este tipo de actuación administrativa.

Por lo mismo, la protección del derecho al trabajo y a la libre asociación no implica que si una sociedad está incursa en causal de disolución, so pretexto de la protección de tales derechos se hagan nugatorias las funciones de inspección, vigilancia y control que compete ejercer a la Superintendencia Nacional de Salud sobre los sujetos que exploten, administren o gestionen, bajo cualquier modalidad, el monopolio de loterías y demás modalidades de juegos de suerte y azar, máxime cuando el hecho que provoca la intervención del ente estatal sólo le es imputable al sujeto vigilado.

De los mandatos contenidos en los artículos 6° y 123 de la Constitución Nacional deduce la demandante una desviación del poder por cuanto "lo único que existe en contra de Inversiones Keno S.A. es una equivocada apreciación de las normas contables y legales por parte de la Superintendencia Nacional de Salud cayendo en esta forma en un típico desvío de poder".

A este respecto la Sala considera oportuno precisar que la desviación de poder se presenta cuando el agente administrativo realiza un acto que cabe dentro de sus atribuciones, observa todas las formalidades prescritas por la ley, el acto se ajusta en sus términos a las normas superiores, pero al expedirlo, el agente administrativo tuvo como miras finalidades distintas de aquellas para las cuales se le confirió el poder.

Ahora bien, precisando el anterior concepto, es necesario probar que los motivos que tuvo la Superintendencia Nacional de Salud para proferir los actos acusados no son aquellos que le están expresamente permitidos en el Decreto 1259 de 1994, sino otros, de tal manera que el resultado de la decisión es distinto del que ha debido producirse si el acto se hubiera producido de acuerdo con el mencionado decreto, y dicha prueba le corresponde aportarla a quien alega la desviación del poder, es decir, en el caso de autos, a la demandante, lo cual no ocurrió, razón por la cual el cargo no puede prosperar.

Con relación al artículo 53 de la Constitución Nacional la accionante no expone ningún concepto de violación, razón suficiente para que la Sala se abstenga de analizarlo.

Por lo anteriormente expuesto, el cargo no prospera.

*Segundo cargo.* Violación de los artículos 457 y 458 del Código de Comercio.

Argumenta la demandante que la Superintendencia Nacional de Salud modificó las norma contenidas en el Código de Comercio. En efecto, el numeral 2° del artículo 457 del mencionado código, señala como causal de disolución de una sociedad anónima: "cuando ocurran pérdidas que reduzcan el patrimonio neto por debajo del cincuenta por ciento del capital suscrito", y, la Superintendencia Nacional de Salud la modificó al exigir la disolución de la Sociedad Inversiones Keno S. A., por haber perdido más del 50% del capital suscrito y pagado, expresión ésta última que no existe en la norma mencionada.

Y el artículo 458, *ibidem,* por su parte, dispone:

"... Cuando se verifiquen las pérdidas indicadas en el ordinal 2° del artículo anterior, los administradores se abstendrán de iniciar nuevas operaciones y convocarán inmediatamente a la Asamblea General, para informarla completa y documentalmente de dicha situación...".

El término, verificación, dice la demandante, hace relación a que las cifras que lleguen a determinar la pérdida deben estar registradas en los libros de contabilidad de la empresa, registro que corresponde hacer al Contador y al Revisor Fiscal de la sociedad y no a una entidad estatal.

En primer lugar, observa la Sala, que el acto acusado cuando imparte la instrucción a los administradores de la Sociedad Inversiones Keno S. A. de "convocar de manera inmediata a la Asamblea General para informarla completa y documentadamente de esta situación", –que se encuentra en causal de disolución– no está exigiendo la disolución de la sociedad. Todo lo contrario, la orden impartida a los administradores de la sociedad para convocar a la Asamblea General busca entre otros fines que dicha asamblea adopte las decisiones pertinentes tendientes a establecer y decidir sobre la causal de disolución o la liquidación de la sociedad, previa verificación de las pérdidas a que se refiere la norma indicada.

Por consiguiente, es lógico deducir que la discusión de si se configuraba o no la causal de disolución de la sociedad, esto es, pérdidas que reduzcan el patrimonio neto por debajo del 50% del capital suscrito debió darse en el seno de la Asamblea General para así adoptar las decisiones pertinentes, o probar contable y técnicamente que dicha causal no había ocurrido.

Concluye la Sala que la instrucción impartida en el acto acusado no conducía obligatoriamente a la liquidación de la sociedad y por consiguiente el cuestionamiento contable que hace la demandante no tiene fuerza vinculante con la legalidad de la instrucción impartida por la Superintendencia Nacional de Salud.

Por lo anteriormente expuesto, no prospera el cargo.

*Tercer cargo.* Violación del Decreto 1259 de 1994.

Alega la demandante que la facultad asignada a la Superintendencia Nacional de Salud a través del Decreto 1259 de 1994 no es discrecional y que por lo mismo no podía ordenar la liquidación de la sociedad Inversiones Keno S. A.

El cargo no está llamado a prosperar porque está planteado bajo un presupuesto falso y es que la Superintendencia Nacional de Salud, nunca, como ya se anotó, ordenó la liquidación de la sociedad actora.

*Cuarto cargo.* Violación de los artículos 27 y 28 de la Ley 80 de 1993.

La demandante plantea la violación de los artículos 27 y 28 de la Ley 80 de 1993 con relación a la firma del otrosí 003 de febrero de 1994, suscrito con Ecosalud y le imputa la violación a la mencionada entidad contratante, pero como ni el contrato es objeto de la presente litis, ni Ecosalud es parte en el proceso, la Sala se abstiene de analizar el cargo.

*Quinto cargo.* Violación del artículo 84 del C. C. A. No es éste en estricto sentido un cargo de violación.

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:**

1. DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

2. De conformidad con lo previsto en los artículos 171 del C.C.A. y 392-1 del Código de Procedimiento Civil, condénase a la parte actora en costas.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 12 de octubre de 1995.

*Libardo Rodríguez Rodríguez,* Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Nubia González Cerón, Yesid Rojas Serrano.*

**MUNICIPIO - Límites / DELIMITACION MUNICIPAL - Criterios / ASAMBLEA DEPARTAMENTAL - Funciones / ORDENANZA**

**Las condiciones que se deben tener en cuenta para la delimitación de los municipios, por parte de las Asambleas son a saber: la opinión de los ciudadanos vecinos de la región o regiones en disputa, la cual debe expresar por medio de peticiones razonadas y suscrita por no menos de doscientos de ellos. Si en la mencionada región o regiones, alguno de los municipios interesados, hubiere fomentado el desarrollo de núcleo importante de población, este municipio conservará la jurisdicción del territorio en que se encuentre el caserío o población nueva.**

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

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

Consejera Ponente: Doctora *Nubia González Cerón.*

Radicación número 3378.

Referencia: Apelación contra la sentencia de fecha 17 de mayo de 1995, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre.

Actor: Municipio de Morroa.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el actor contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, el 17 de mayo de 1995, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda.

## I. ANTECEDENTES

I. 1 El Alcalde del Municipio de Morroa, por conducto de apoderado, y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demandó ante el Tribunal Administrativo de Sucre, la nulidad de la Ordenanza número 003 de

noviembre 15 de 1989, por medio de la cual la Asamblea Departamental de Sucre "señala y determina los límites entre los municipios de Morroa y Los Palmitos".

## I. 2 HECHOS DE LA DEMANDA

El actor expone los siguientes hechos:

Con ocasión de la delimitación objeto de la ordenanza demandada, el corregimiento de Birmania, que siempre ha estado dentro del territorio de Morroa, pasó a ser parte del municipio de Los Palmitos.

En la localidad de Birmania, el municipio de Morroa ha ejercido siempre, desde hace muchos años, actos de soberanía, pues entre las varias obras ejecutadas, construyó una escuela pública que viene funcionando en la actualidad y además fomentó el desarrollo de núcleos importantes de población.

Los habitantes de Birmania siempre han manifestado su deseo de pertenecer al municipio de Morroa y no al municipio de Los Palmitos.

La citada ordenanza fue expedida, sin consideración al querer u opinión de los habitantes de Birmania, y sin tener en cuenta que en ese lugar, el municipio de Morroa, fomentó el desarrollo núcleos importantes de población.

## II. NORMA PRESUNTAMENTE VIOLADA Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

El demandante considera que al expedirse la Ordenanza 003 del 15 de noviembre de 1989, la Asamblea Departamental de Sucre violó el artículo 24 del Decreto 1333 de 1986, cuyo texto es del siguiente tenor: **"Cuando dos o más municipios de un mismo departamento mantengan disputa territorial, por no existir entre ellos límites definidos, de acuerdo con disposiciones legales que regulan la materia, las Asambleas Departamentales, al hacer la delimitación, tendrán en cuenta la opinión de los ciudadanos vecinos de la región o regiones en disputa, la cual se expresará por medio de peticiones razonadas y suscritas por no menos de doscientos de ellos. Si en la mencionada región o regiones algunos de los municipios interesados hubiere fomentado el desarrollo de núcleo importante de población, éste municipio conservará la jurisdicción del territorio en que se encuentre el caserío o población nueva. Son nulas las ordenanzas que se dicten en contravención a éste artículo".**

## III. LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

Consideró el *a quo,* en esencia, lo siguiente:

El único cargo que el actor le hace al acto demandado, es el haber violado el artículo 24 del Decreto 1333 de 1986, contentivo del régimen municipal vigente

para la época a que se contraen los hechos de la demanda, por cuanto al expedir la ordenanza acusada, se omitieron los requisitos allí contenidos.

Observa el *a quo* que, mediante memorial que obra a folios 94 a 109 del expediente, más de doscientos ciudadanos residentes en el corregimiento de Birmania, territorio en disputa, se dirigieron a la Asamblea de Sucre, manifestando su interés de pertenecer al municipio de Los Palmitos. No obstante, carecer dicho memorial de la última hoja, donde consta la presentación personal ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Los Palmitos, al Tribunal le merece credibilidad, si se tiene en cuenta que la copia del mismo fue expedida del original que reposa en los archivos de la Asamblea Departamental de Sucre, de donde se deduce que fue presentado en forma completa ante dicha Corporación por los interesados. Advierte el Tribunal que seguramente más adelante sustrajeron la última hoja, donde aparece la firma del señor Juez Promiscuo Municipal de Los Palmitos, ante quien se surtió la presentación personal de los firmantes del memorial. Se desprende tal aseveración del hecho de que la Asamblea Departamental lo haya tenido como soporte para la expedición del acto impugnado.

Sostiene el *a quo* que se cumplió igualmente con la otra exigencia de la norma presuntamente violada, por cuanto en la inspección judicial practicada por el Tribunal al corregimiento de Birmania, se constató que en él se han realizado, por parte del municipio de Los Palmitos, en forma permanente, obras de desarrollo, como cunetas y muros de cemento, rampla de cemento en concreto, parque recreativo, arreglo de calles, todo lo cual aparece certificado, así como la constancia de que el servicio de energía eléctrica es prestado por el municipio de Los Palmitos e igualmente que la construcción del acueducto es obra de aquel.

Agrega que lo único que ha construido el municipio de Morroa en el territorio disputado, es una escuela y una aula escolar, cuyo mantenimiento ha sido prestado por el municipio de Los Palmitos, como quedó demostrado en la diligencia referida anteriormente.

En síntesis, consideró el Tribunal que con la expedición del acto acusado, no se vulneró el artículo 24 del Decreto 1333 de 1986, invocado por el demandante y, en consecuencia, denegó las súplicas de la demanda.

## IV. RECURSO DE APELACION

El recurrente centra su inconformidad con la decisión del *a quo,* en el hecho de haberse dejado constancia, en la diligencia de inspección judicial realizada el 8 de julio de 1994, en la Secretaría de la Asamblea Departamental de Sucre, que revisado en su totalidad el libro de actas correspondientes, no aparece copia del informe de comisión. (Fl. 126). Más adelante y dentro de la misma diligencia, la

Jefe de Archivo de la Asamblea Departamental de Sucre, para responder la pregunta del Magistrado Sustanciador, acerca de la posibilidad de obtener el informe de comisión, expresó que en los archivos de la Asamblea Departamental no existe tal informe. Se refiere el apelante al informe de comisión donde constan las razones por las cuales la Asamblea expidió la ordenanza cuestionada.

Igualmente constituye punto de controversia, el hecho de no reposar en los archivos de la Asamblea Departamental de Sucre, el memorial presentado por los residentes del corregimiento de Birmania, donde manifiestan su deseo de pertenecer al municipio de Los Palmitos.

Le resta el apelante valor probatorio a los testimonios arribados al proceso por la contraparte, toda vez que lo que se ataca es la nulidad de la Ordenanza número 002 del 24 de noviembre de 1989. En cuanto a la certificación expedida por la Electrificadora de Sucre S. A., en el que se hace constar que los residentes de los barrios Ibagué y Birmania se benefician y cancelan el servicio de energía eléctrica en el municipio de Los Palmitos, dice el apelante que se trata de una prueba ineficaz, pues se trata de una empresa nacional, "Electrificadora de Sucre S. A.", y no de una empresa municipal; de manera que es totalmente indiferente que los servicios se paguen en Los Palmitos o en cualquier parte del país.

Con relación a la construcción de cunetas, muros de cemento, realizados por el municipio de Los Palmitos, según lo afirma el *a quo,* el apelante expresa que la demanda está encaminada a obtener la nulidad de la Ordenanza número 003 de 1989, por cuanto se violó el artículo 24 del Decreto 1333 de 1986, no por hechos ocurridos con posterioridad a la expedición del acto impugnado.

Por último, afirma el apelante que no está probado que se hubiese tenido en cuenta la opinión de los ciudadanos vecinos de la región en disputa. Y que la planta de docentes para la escuela de Birmania la cancela el municipio de Morroa.

## V. TRAMITE DEL RECURSO

El recurso de apelación fue admitido mediante auto del 14 de julio de 1995 y, por auto de agosto 4 del mismo año, se corrió traslado para que las partes y el Ministerio Público formularan sus alegatos de conclusión. Ninguna de las partes hizo uso de este derecho.

## VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El acto acusado, esto es, la Ordenanza número 003 de 1989 de la Asamblea Departamental de Sucre, fue expedido en vigencia del Decreto-ley 1333 de 1986, que en su artículo 24, norma que se dice violada por la mencionada ordenanza, prevé las condiciones que se deben tener en cuenta para la delimitación de municipios, por parte de las Asambleas, son a saber:

1. La opinión de los ciudadanos vecinos de la región o regiones en disputa, la cual se debe expresar por medio de peticiones razonadas y suscrita por no menos de doscientos de ellos.

2. Si en la mencionada región o regiones, alguno de los municipios interesados, hubiere fomentado el desarrollo de núcleo importante de población, este municipio conservará la jurisdicción del territorio en que se encuentre el caserío o población nueva.

Ahora bien, como el apelante fundamenta su recurso única y exclusivamente en una crítica a las pruebas que tuvo en cuenta el *a quo,* para negar las pretensiones de la demanda, la Sala se limitará a dicho análisis y apreciará las pruebas obrantes dentro del expediente, para constatar el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 24 del Decreto 1333 de 1986.

A solicitud del actor se llevó a cabo una inspección judicial, en Birmania, con el objeto de constatar las obras allí realizadas por el municipio de Morroa, para fomentar el desarrollo de un núcleo importante de población.

Ordenada la diligencia, se llevó a cabo el día siete (7) de julio de 1994 y se constataron las siguientes obras realizadas por el municipio de Morroa: a) Escuela Nueva de Birmania, construida; y b) Aula escolar Mi Despertar cofinanciada con aportes del municipio, PNR y comunidad.

En cuanto a las obras construidas por el municipio de Los Palmitos: a) Cunetas y muros de cemento; b) Rampla de cemento en concreto; y c) Parque recreativo, además arreglo de calles.

En la misma diligencia, se recibió declaración del ciudadano Ismael de Jesús Palacio Acosta, quien manifestó que la escuela fue construida por el municipio de Morroa, hace aproximadamente 14 años, agregando que el mantenimiento ha sido asumido por Los Palmitos, al igual que el aula escolar que antes se anotó. Manifestó igualmente que las relaciones de Birmania con el municipio de Morroa no han sido las mejores y que, en nombre de la comunidad, hace confesión de ser ciudadanos del municipio de Los Palmitos. El declarante es concejal del municipio de Los Palmitos en representación del corregimiento de Birmania (fls. 121 a 124).

El apoderado del departamento de Sucre, en el escrito de contestación de demanda, acompaña pruebas documentales, con el propósito de demostrar que el municipio de Los Palmitos ha gestionado el desarrollo de núcleos importantes de población en Birmania y, por ende, tiene todo el derecho sobre el mencionado territorio, en los términos de la Ordenanza demandada. Tales pruebas son: a) Constancia expedida por el delegado del PNR Sucre, sobre la ejecución de obras por el sistema de financiación en el corregimiento de Birmania; b) Certificación

expedida por el Alcalde municipal de Los Palmitos sobre la construcción de varias obras en Birmania; c) Constancia expedida por el administrador de la Agencia de la Electrificadora de Sucre en Los Plamitos, manifestando que los pobladores de Birmania se benefician y cancelan el servicio de energía eléctrica en Los Palmitos; d) Certificación expedida por el Gerente de las Empresas Públicas Municipales de Los Palmitos, donde manifiesta que ésta presta sus servicios a la población de Birmania. Adicionalmente, solicita una inspección judicial a los archivos de la Asamblea Departamental de Sucre, con el propósito de demostrar que sí se presentó el informe de comisión, por parte de los Diputados, como requisito para el trámite de la Ordenanza.

Igualmente acompaña un documento suscrito por ciudadanos habitantes del corregimiento de Birmania, en el que reafirman su posición de pertenecer al municipio de Los Palmitos. Por tener fecha de abril 21 de 1994, el escrito carece de todo valor probatorio, ya que es evidente su posterioridad a la fecha de la Ordenanza y, es obvio que este tipo de peticiones, deben ser previas a la expedición de la ordenanza.

Con relación a los certificados presentados como prueba documental por el demandado, la Sala observa que el de las Empresas Públicas Municipales de Los Palmitos, fue expedido el 3 de mayo de 1994, el de la Alcaldía Municipal de Los Palmitos tiene fecha 4 de mayo de 1994, el de la Electrificadora data del 4 de mayo de 1994, el del PNR, se expidió el 27 de abril de 1994, es decir, todos con posterioridad a la Ordenanza número 003; sin embargo, de las mencionadas certificaciones no se deduce desde cuándo se viene ejecutando la obra o prestando el servicio al cual se refieren y, cómo en su momento no fueron objetadas por la parte demandante, se tendrán por válidas para efectos de probar el desarrollo de núcleo importante de población adelantado por el municipio de los Palmitos, en el corregimiento de Birmania.

En cuanto al documento que contiene la comunicación dirigida a la Asamblea Departamental de Sucre, suscrito por un número superior de 200 ciudadanos, en el sentido de manifestar su deseo de pertenecer al municipio de Los Palmitos, realmente, como lo afirma el recurrente, no tiene fecha, además no aparece la hoja donde conste la presentación personal ante el Juez Promiscuo Municipal de Los Palmitos, ni su firma, en señal de autenticidad.

Sobre este particular se pronunció, por escrito, el Secretario General de la Asamblea Departamental de Sucre, en oficio de fecha 13 de marzo de 1995, dirigido al Secretario del Tribunal Administrativo de Sucre, en los siguientes términos: **"Me permito informarle que en los archivos de esta Corporación, no reposa el memorial presentado por los Residente del corregimiento de Birmania".**

Sin embargo, el apoderado del departamento de Sucre y la apoderada del municipio de Los Palmitos, al contestar la demanda, acompañaron, como prueba documental debidamente autenticada ante el Notario Tercero del Círculo de Sincelejo, el documento en el cual los habitantes del Corregimiento de Birmania reafirman su posición de pertenecer al municipio de Los Palmitos (fls. 53 a 65 y 81 a 93).

Igualmente, la apoderada del municipio de Los Palmitos, acompañó, como prueba documental, copia de la solicitud formulada a los diputados de la Asamblea Departamental de Sucre, por los habitantes del corregimiento de Birmania (fls. 94 a 109). La mencionada copia tiene sello de la Asamblea Departamental de Sucre con nota que dice: "fiel copia de su original".

Dicho documento no fue tachado de falsedad por el demandante sino sólo con motivo del recurso de apelación respecto del hecho que éste no repose en los archivos de la Asamblea Departamental de Sucre, lo cual desde luego no le resta mérito probatorio al mencionado documento.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala observa que al expedir la ordenanza demandada, la Asamblea Departamental de Sucre, atendió los requisitos de orden legal para definir los límites entre los municipios de Morroa y Los Palmitos.

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, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, el 17 de mayo de 1995.

En firme el presente proveído, vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión de 12 de octubre de 1995.

*Libardo Rodríguez Rodríguez,* Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Nubia González Cerón, Yesid Rojas Serrano.*

**DROGUERIAS / DISTRIBUCION RAZONADA - Criterios Mínimos / PROXIMIDAD ENTRE UN ESTABLECIMIENTO Y OTRO - Inexistencia**

**Como lo advirtió la Sala en el auto de 24 de marzo del presente año, que decretó la medida precautoria de la resolución demandada, del texto de la norma legal antes transcrita infiere la Sala que la voluntad del legislador es la de evitar que haya aglutinación de droguerías en determinados sectores, en detrimento de otros que requieren del servicio por su número de habitantes y condiciones socioeconómicas. Por ello, le señala al Ministerio de Salud unos criterios que debe observar a fin de que haya una distribución razonada y planificada de dichos establecimientos, como son: el número de habitantes del barrio o sector, sus condiciones socioeconómicas y la proximidad de un establecimiento a otro. Al disponer el acto acusado que ya no se requiere distancia mínima entre la droguería solicitante y la más cercana, está contrariando la voluntad del legislador ya que el aspecto de la proximidad fue considerado como esencial en la medida en que incide en la distribución racional y planificada de tales establecimientos, en procura de que se cumpla la función social que por mandato legal se les ha encomendado. La ley ha señalado unos criterios mínimos que debe tener en cuenta dicho Ministerio, entre los cuales se encuentra el de la proximidad o distancia que debe existir entre un establecimiento y otro y es precisamente este criterio el que la norma acusada dejó de observar al disponer que "para la aprobación de apertura y traslado de droguerías en todo el territorio nacional, *no se exigirá distancia mínima entre la droguería solicitante y la droguería más cercana*" (resalta la Sala fuera de texto), lo cual contraría la voluntad del legislador porque aun cuando este no precise o defina una distancia mínima, que bien puede establecer el reglamento, ello no equivale a afirmar que la ley ha prescindido de tal exigencia.**

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., veinte (20) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Radicación número 3259.

Referencia: Acción: Nulidad.

Actora: Asociación Colombiana de Droguistas Detallistas "Asocoldro".

La Asociación Colombiana de Droguistas Detallistas "Asocoldro" a través de apoderado y en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda ante esta Corporación con el fin de que mediante sentencia se declare la nulidad de la Resolución número 000100 de 26 de enero de 1995, "por la cual se modifica el artículo 5° de la Resolución número 010911 del 25 de noviembre de 1992 'por la cual se determinan los requisitos para apertura y traslado de las droguerías o farmacias droguerías'", expedida por el Ministerio de Salud.

## I. FUNDAMENTOS DE DERECHO

En apoyo de sus pretensiones de nulidad, el actor esgrime los siguientes cargos de violación, sustentándolos así:

1°. Al disponer el artículo 1° del acto demandado que para la aprobación de traslado de droguerías no se exigirá distancia mínima entre la droguería solicitante y la más cercana se violó el parágrafo 2° del artículo 1° de la Ley 8ª de 1971, por cuanto este le impone al Ministerio de Salud la obligación de fijar los barrios, zonas, sectores y lugares donde pueden instalarse droguerías y farmacias-droguerías, teniendo en cuenta la distancia más corta entre el establecimiento que se pretende instalar o trasladar y el ya existente, no tratándose de una facultad opcional sino de un mandato categórico.

2°. Al disponer el Ministro de Salud en el acto acusado que no se requiere cumplir el requisito de que habla el parágrafo 2° del artículo 1° de la Ley 8ª de 1971, está dejando de ejecutar la ley y por lo tanto desconoce el inciso 1° del artículo 208 de la Constitución Política que le impone a los ministros, entre otras obligaciones, la de ejecutar la ley.

3°. Al sustraerse mediante el acto impugnado la entidad demandada, sin facultad expresa para ello y sin motivo aparente, de la obligación esencial que como autoridad le imponen la Constitución y la ley, transgrede el artículo 2° de la Carta Política y de contera el artículo 235 de la Ley 4ª de 1913.

4°. Si las Leyes 47 de 1967 y 8ª de 1971 le confieren al Ministro de Salud la función de establecer la distancia más cercana para que se puedan otorgar permisos para la apertura y traslados de droguerías y tal funcionario omite el cumplimiento de dicha función, que dicho sea de paso, consulta el interés público o social, no queda duda que la Resolución cuya nulidad se impetra viola el literal a) del artículo 12 del Decreto-ley 1050 de 1968, que impone a los ministros la obligación de ejercer bajo su propia responsabilidad, las funciones que la ley les confiere, así como también desconoce el artículo 2° del C.C.A.

5°. El acto acusado fue expedido con manifiesta desviación de poder, porque si bien el Ministro de Salud es competente para ejercer la función adscrita por la Ley 8ª de 1971 y si bien el acto se ajusta en lo externo a las ritualidades de forma, al expedirlo actuó dicho funcionario en contravía de lo ordenado por la ley persiguiendo fines distintos a los señalados en las normas quebrantadas.

## II. TRAMITE DE LA ACCION

A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión, fijación en lista y alegaciones.

### II.1 CONTESTACION DE LA DEMANDA

La Nación, Ministerio de Salud, a través de apoderado, contestó la demanda y para oponerse a las pretensiones del actor, adujo, en esencia, lo siguiente:

1°. Un análisis detallado de la disposición contenida en el parágrafo 2° del artículo 1° de la Ley 8ª de 1971 permite concluir que la norma en realidad consagra a título enunciativo, no taxativo ni obligatorio, algunos criterios o factores que deberá tener en cuenta el Ministerio de Salud con el propósito de fijar los barrios, zonas, sectores y lugares que preferencialmente requieran del servicio de farmacias y droguerías.

Y si bien esa determinación de los barrios, zonas, sectores y lugares que preferencialmente requieren de tal servicio debe efectuarse en función del número de habitantes, de las condiciones socioeconómicas y de la proximidad de un establecimiento a otro, también es cierto que ese listado puramente enunciativo de criterios no constituye una limitante para que el Ministerio de Salud deje de considerar otros criterios no menos importantes, como serían los relacionados con la debida o indebida satisfacción de la demanda de esa clase de servicios en el barrio, zona o sector correspondiente, o el que se relaciona con la adecuada prestación de tales servicios, el surtido y la calidad de productos que ofrecen cada una de las farmacias o droguerías, los precios, facilidades de atención, servicio a domicilio, etc.

La ley no entra a determinar, porque ese no era su propósito, cuántas droguerías pueden o deben existir por número de habitantes; tampoco se ocupa de

indicar cuántas farmacias pueden o deben funcionar por cada uno de los estratos socioeconómicos en que se encuentre dividido un municipio, distrito o corregimiento, y por ello tampoco precisa, cuantifica, define ni adopta parámetros acerca del número de farmacias o droguerías que pueden o deben autorizarse por barrio, zona, sector, lugar, cuadra, manzana, metros o kilómetros, bien sean lineales o cuadrados.

La fijación que corresponde efectuar al Ministerio no implica entonces necesariamente que en esos barrios, zonas y lugares deban existir farmacias o droguerías, o que deban existir en el número igual, mayor o menor al que hubiese determinado aquél, puesto que dicha fijación apenas si será indicativa de las preferencias del mismo.

De conformidad con el artículo 228 de la Carta Política, el derecho sustancial debe prevalecer sobre el procedimental, razón por la cual el examen de legalidad del acto acusado debe efectuarse a la luz de la esencia de la norma legal y no a la luz de los aspectos adjetivos que pueda contener la misma.

2°. Después de enunciar los criterios que el Ministerio de Salud debe considerar para fijar los barrios, zonas y lugares que preferencialmente requieren el servicio, la ley agrega que ello se establece con el objeto de expedir en el futuro los permisos de apertura o traslado de establecimientos, de acuerdo con una distribución más racional y planificada en procura de que se cumpla la función social a que están determinados por mandato de la ley.

En consecuencia, lo que verdaderamente importa es que las farmacias y droguerías cumplan la función social a que están determinadas por mandato legal.

Así las cosas, no existe duda que lo que interesa es la verdadera intención y finalidad de la ley y no que el Ministerio de Salud se ocupe de cuidar o proteger el mercado cautivo que cada una de tales farmacias o droguerías establece en su barrio, zona o sector, a manera de monopolio, impidiendo que en una determinada extensión puedan ubicarse nuevos establecimientos que de seguro significan competencia y que los obligaría a prestar mejores servicios, a mejores precios, calidades y condiciones de atención.

Los criterios son cambiantes pues se encuentran en constante evolución las características socioeconómicas que imperan en determinados barrios, zonas o lugares, las cuales no son iguales a lo largo del tiempo, aunque se trate de un mismo barrio o lugar. Por ello se ha venido modificando el criterio relacionado con la proximidad de un establecimiento a otro.

Así, mediante Resolución número 5302 de 1° de julio de 1992 se determinó una distancia mínima de 250 metros lineales a la redonda entre farmacias y/o

droguerías; por Resolución número 10911 de 25 de noviembre de 1992 se estableció una distancia mínima de 150 metros lineales a la redonda; y por Resolución número 100 de 26 de enero de 1995 se dispuso no exigir distancia mínima.

Dentro de la nueva y moderna concepción de las funciones constitucionales del Estado es claro que también se impone un replanteamiento de los criterios en cuya función ha de asegurarse que las farmacias y droguerías cumplan la función social a que están determinadas por mandato legal.

3°. La resolución demandada lejos de contrariar el artículo 2° del C.C.A. encuentra sustento en el mismo, pues lo que pretende el Ministerio de Salud es asegurar la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados reconocidos por la ley, que es precisamente lo que ordena la norma en cita, debiéndose acotar que en este caso el propósito del Ministerio de Salud tiene relación con el interés general de la comunidad y no se circunscribe, como lo pretende la demandante, a velar por los intereses de un grupo reducido como lo es "Asocoldro".

4°. No es cierto que con la Resolución demandada se haya desconocido el inciso 1° del artículo 208 de la Constitución Política, así como tampoco el literal a) del artículo 12 del Decreto-ley número 1050 de 1968, puesto que la misma no ha hecho otra cosa que pretender la correcta y debida ejecución de la ley en la medida en que se ha entendido que el propósito fundamental del parágrafo 2° del artículo 1° de la Ley 8ª de 1971 no es otro que el de asegurar que las droguerías cumplan con la función social que por ley les corresponde, sin que deba existir distancia mínima entre una y otra, pues con ella se establecen garantías de no competitividad en la zona, sector o barrio.

5°. El inciso 2° del artículo 2° de la Carta Política dispone que las autoridades de la República están instituidas para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, cuestión que precisamente ha sido el propósito perseguido por el Ministerio de Salud al expedir la Resolución demandada, razón por la cual no puede entenderse violado dicho precepto.

6°. Es preciso tener en cuenta el artículo 209 ibídem en cuya virtud la función administrativa no sólo debe estar al servicio de los intereses generales sino que debe adelantarse con arreglo a los principios de igualdad y moralidad.

La eliminación del requisito adjetivo e insustancial de la distancia mínima tiene su respaldo en el principio de moralidad, toda vez que constituye a la vez la eliminación de un foco de corrupción, en cuanto sólo unos pocos funcionarios pueden verificar dicha distancia, la cual dependerá de la "extensión del metro con que midan".

Si todos los individuos se encuentran en libertad y posibilidad de ubicar sus droguerías o farmacias en cualquier lugar de la ciudad, se estará promoviendo la

igualdad real y efectiva contenida expresamente en el artículo 13 de la Carta Fundamental.

Por el contrario, la exigencia de la distancia mínima atenta contra dicho principio de igualdad, pues favorece a quienes ya ubicaron sus droguerías. En consecuencia, sería tan flagrante la incompatibilidad entre el artículo 13 en cuestión y la Resolución que estableciese la distancia mínima, que de seguro el funcionario correspondiente tendría que verse obligado a no dar aplicación a la norma de inferior jerarquía, en virtud del mandato contenido en el artículo 4° de la Constitución Política, según el cual esta es norma de normas y en consecuencia siempre se aplicará en caso de existir incompatibilidad entre la misma y la ley o cualquier otra norma jurídica.

7°. La desviación de poder alegada no encuentra sustento, toda vez que en el presente caso el Ministro de Salud no buscó un objetivo diferente al de la norma (como sí hubiese ocurrido al fijar una distancia mínima ocultando el propósito de proteger el "mercado cautivo"), sino que lo hizo con la finalidad de mejorar el desarrollo farmacéutico y satisfacer las necesidades de la comunidad, en cuanto a medicamentos seguros, eficaces y de calidad, así como para eliminar focos de corrupción en la actividad de los funcionarios del sector salud, es decir que lo que buscó fue que las droguerías y farmacias cumplan con la función esencial que les corresponde de acuerdo con la Constitución Política y la ley.

La configuración de la desviación de poder requiere de un análisis probatorio complejo para cotejar los fines ocultos perseguidos y los fines que contienen o inspiran las normas respectivas de apoyo. La demandante no menciona, explica o prueba cuáles serían esos supuestos fines ocultos, lo cual lleva a concluir que el acto demandado no está afectado por dicho fenómeno jurídico.

## III. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado es partidario de que se acceda a las súplicas de la demanda, pues considera que de la lectura del parágrafo 2° del artículo 2° de la Ley 8ª de 1971 se desprende que los factores allí consignados, esto es, número de habitantes, condiciones socio económicas y proximidad de un establecimiento a otro, son factores básicos que no excluyen la posibilidad de estar acompañados de otros que dependiendo de las necesidades del servicio puedan ser acogidos por el funcionario en la oportunidad correspondiente.

El hecho de que la norma no haya dictado una distancia mínima y exacta se entiende en razón del carácter amplio y general de la ley, no pudiendo interpretarse como factor irrelevante hasta el punto de dictar una resolución eliminando la distancia mínima.

La forma enunciativa de los factores mencionados no evidencia, como lo pretende el demandado, que sean de potestativa admisión al fijar la ubicación de los establecimientos y menos que la norma consagre dichos factores únicamente a título indicativo y no taxativo y obligatorio.

Teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de la resolución impugnada, su ubicación dentro de la estructura jerárquica y la modificación que ella implica a la ley intrínsecamente superior, entraña una clara contraposición con el principio de legalidad, lo cual se traduce a más de la violación de la norma de derecho de fondo, en una manifiesta desviación de poder, máxime si se tiene en cuenta que dentro del ordenamiento jurídico la potestad reglamentaria de la ley está expresamente atribuida al Presidente y al Ministro de la cartera (artículo 189 de la Constitución Política).

## IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La resolución acusada en su artículo 1° modificó el artículo 5° de la Resolución número 010911 de 25 de noviembre de 1992, disponiendo que quedará así:

> "Para la aprobación de apertura o traslado de droguerías en todo el territorio nacional, no se exigirá distancia mínima entre la droguería solicitante y la droguería más cercana".

Según la actora el acto acusado desconoce, entre otras normas, el parágrafo 2° del artículo 1° de la Ley 8ª de 1971, que modificó el parágrafo 3° del artículo 1° de la Ley 47 de 1967, cuyo tenor es el siguiente:

> "Para que las farmacias y droguerías no se aglutinen en los denominados sectores comerciales, el Ministerio de Salud procederá a estudiar y fijar los barrios, zonas, sectores y lugares que preferencialmente requieren tal servicio en función del número de habitantes, condiciones socioeconómicas, proximidad de un establecimiento a otro, con el objeto de expedir en el futuro los permisos de apertura o de traslado de tales establecimientos, de acuerdo a (sic) una distribución más racional y planificada en procura de que se cumpla la función social a que están determinadas por mandato de la ley".

Como lo advirtió la Sala en el Auto 24 de marzo del presente año, que decretó la medida precautoria de la resolución demandada, del texto de la norma legal antes transcrita infiere la Sala que la voluntad del legislador es la de evitar que haya aglutinación de droguerías en determinados sectores, en detrimento de otros que requieren del servicio por su número de habitantes y condiciones socioeconómicas. Por ello, le señala al Ministerio de Salud unos criterios que debe observar a fin de que haya una distribución razonada y planificada de dichos establecimientos, como son: el número de habitantes del barrio o sector, sus condiciones socioeconómicas y la proximidad de un establecimiento a otro.

Al disponer el acto acusado que ya no se requiere distancia mínima entre la droguería solicitante y la más cercana, está contrariando la voluntad del legislador ya que el aspecto de la proximidad fue considerado como esencial en la medida en que incide en la distribución racional y planificada de tales establecimientos, en procura de que se cumpla la función social que por mandato legal se les ha encomendado.

Es cierto que la ley no señala, cuantifica ni define el número de droguerías o farmacias que debe funcionar por barrio, sector o lugar, como tampoco menciona distancia alguna para el efecto.

Tampoco se aparta la Sala del hecho de que además de los criterios previstos en la norma transcrita pueda el Ministerio de Salud acoger otros para velar por el cumplimiento del objeto para el cual están destinadas las farmacias o droguerías, como los que señala el recurrente en cuanto a calidad de los productos que se expendan, la atención al público y los precios de los mismos.

Pero lo que sí resulta evidente es que la ley ha señalado unos criterios mínimos que debe tener en cuenta dicho Ministerio, entre los cuales se encuentra el de la proximidad o distancia que debe existir entre un establecimiento y otro y es precisamente este criterio el que la norma acusada dejó de observar al disponer que "para la aprobación de apertura y traslado de droguerías en todo el territorio nacional, NO SE EXIGIRA DISTANCIA MINIMA ENTRE LA DROGUERIA SOLICITANTE Y LA DROGUERIA MAS CERCANA" (resalta la Sala fuera de texto), lo cual contraría la voluntad del legislador porque aun cuando este no precise o defina una distancia mínima, que bien puede establecer el reglamento, ello no equivale a afirmar que la ley ha prescindido de tal exigencia.

En consecuencia, encontrándose probada la violación del parágrafo 2° del artículo 2° de la Ley 8ª de 1971 por parte del artículo 1° de la Resolución número 000100 de 26 de enero de 1995, la Sala se releva de hacer el estudio de los demás cargos.

Como el artículo 2° de la citada resolución hace referencia a la vigencia de la misma, habrá de decretarse la nulidad de todo el articulado de ella.

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:**

1°. *Decrétase* la nulidad de la Resolución número 000100 de 26 de enero de 1995, expedida por el Ministerio de Salud.

2°. Devúelvase a la actora la suma depositada para gastos ordinarios del proceso, por no haber sido utilizada.

Cópiese, notifíquese, publíquese en los **Anales del Consejo de Estado** y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 19 de octubre de 1995.

*Libardo Rodríguez Rodríguez,* Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Nubia González Cerón, Yesid Rojas Serrano.*

NOTA DE RELATORIA: Se declara la nulidad de la Resolución 000100 de enero 26/95 expedida por el Ministerio de Salud.

**ACTO ADMINISTRATIVO - Elementos / CONCEPTO / ACTO ADMINISTRATIVO - Inexistencia / CONTROL JURISDICCIONAL - Improcedencia / DERECHOS DE PETICION**

**Las respuestas de la Superintendencia de Sociedades a las consultas que le formulara el representante legal de Nylon S.A., consignadas en los oficios cuya declaratoria de nulidad se impetra, no constituyen actos administrativos, pues adolecen del elemento esencial que caracteriza a estos, cual es el carácter decisorio que los haga capaces de producir efectos jurídicos propios, de crear, modificar o extinguir situaciones de derecho, de tal manera que los coloque en condiciones de ser susceptibles de control jurisdiccional, en la medida en que dichos oficios se limitan a plasmar un concepto u opinión sobre la aplicación o interpretación de las normas legales y estatutarias que en ellos se indican respecto de la forma como debían contarse los términos de la oferta de colocación de acciones que previamente se había autorizado. Las consultas formuladas buscaban solamente conocer el criterio de la Superintendencia de Sociedades sobre determinados puntos de derecho, y las respuestas que a ellos se les dio son una simple opinión, un punto de vista de la autoridad consultada sobre el alcance de las normas atinentes al caso planteado, que no tenían carácter obligatorio para su destinatario y, por lo mismo, no eran susceptibles de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas. Por ello, dentro del derecho de petición, el artículo 25 del C.C.A. incluye el de formulación de consultas escritas o verbales a las autoridades en relación con las materias a su cargo y, en relación con las respuestas, establece que ellas no comprometen la responsabilidad de las entidades que las atiendan, ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución. En consecuencia, al no ser los actos acusados objeto de control jurisdiccional, bien hizo el tribunal *a quo* en declarar probada la excepción propuesta por la**

**defensa y declararse inhibido para pronunciarse sobre el fondo del asunto planteado en la demanda, en virtud de lo cual ha de procederse a confirmar la sentencia recurrida en apelación.**

Consejero Ponente: Doctor *Libardo Rodríguez Rodríguez.*

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., veinte (20) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Radicación número 2552.

Actora: Myriam Perlman de Mishkin.

Procede la Sección Primera 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, Sección Primera, el 6 de abril de 1995.

## I. ANTECEDENTES

a) **El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda**

La ciudadana Myriam Perlman de Mishkin, por intermedio de apoderado, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitó la declaratoria de nulidad de los oficios números 221-27665 y 221-28567 de fechas 6 y 16 de octubre de 1992, respectivamente, suscritos por el Superintendente de Sociedades, y dirigidos al señor Víctor Perlman, representante legal de la Sociedad Textiles Nylon S.A. "Nyltex" (en adelante Nyltex).

b) **Los actos acusados**

Mediante el oficio número 221-27665 de 6 de octubre de 1992, el Superintendente de Sociedades dio respuesta a un escrito presentado por el representante legal de la Sociedad Textiles Nylon S.A. el 5 de octubre del mismo año, "... mediante el cual indaga la opinión de este despacho respecto de la forma como ha de hacerse el conteo de los días que faltan para el término de la oferta de acuerdo con lo indicado en el oficio 221-27464 del 2 de octubre último, es decir, si el mismo debe iniciarse a partir del día siguiente de que se surta la notificación tanto a la sociedad como el doctor Carlos Urrutia Holguín, o si por el contrario cabe otra interpretación".

Mediante el oficio número 221-28567 de 16 de octubre de 1992, el mencionado funcionario dio respuesta a un nuevo escrito presentado por el representante legal de Textiles Nylon S.A. el 13 de octubre del mismo año, en el cual solicitó indicarle "'... qué día preciso vence la primera vuelta de la oferta de acciones actualmente en curso...' así como 'qué día preciso se inicia la segunda vuelta de acciones y qué día preciso vence'".

A los términos en que se dio respuesta a las consultas formuladas, se hará referencia en las consideraciones de la Sala.

c) **Los hechos de la demanda**

Ellos son, en síntesis, los siguientes (fls. 17 a 23 cdno. ppal.):

1. La actora es accionista de Textiles Nylon S.A., al igual que su hermana, y desde marzo de 1992 sostienen con su hermano Víctor Perlman Mishkin controversia jurídica respecto del manejo que él le ha dado a los negocios sociales.

2. La actuación del Revisor Fiscal de Nyltex está siendo investigada por la Junta Central de Contadores y la propia Superintendencia de Sociedades.

3. Mediante la Resolución SA-00682 de febrero 20 de 1992, la Superintendencia aprobó un Reglamento de Emisión y Colocación de Acciones presentado por Nyltex; en desarrollo de sus previsiones fueron ofrecidas 17.600.003 acciones en marzo de 1992.

4. Como accionistas de Nyltex la actora y su hermana aceptaron la oferta de suscripción de acciones que les formuló el gerente Víctor Perlman, quien se negó a recibir su pago, con el argumento de que el plazo para la suscripción había vencido, teniendo que computarse como hábiles los días sábados.

5. El señor Perlman suscribió 9.945.427 acciones y con posterioridad citó a una reunión extraordinaria de la Asamblea General de Accionistas de Nyltex para el 23 de abril de 1992, no siendo citadas la actora ni doña Tania, pues su publicación la hizo en el diario "El Siglo" de escasa circulación.

6. En la Asamblea General, según consta en el Acta número 8 se encontraban representadas 11.050.856 acciones, incluidas las 9.945.427 ineficazmente suscritas por el señor Perlman.

7. Las hermanas Perlman solicitaron mediante oficio radicado bajo el número 02817 a la Superintendencia de Sociedades declarar que las decisiones de abril 23 de 1992 eran ineficaces, pronunciamiento que se surtió mediante oficio 17.940 de julio 3 de 1992.

8. La Superintendencia de Sociedades, al resolver una petición de Nyltex, para que se le aprobara una nueva emisión de acciones, expresó en sus oficios números 17.941 y 17.942 de julio 3 de 1992 que para establecer la legalidad de la elección de la Junta Directiva verificada el 23 de abril, la sociedad debería allegar un acta adicional que "aclare el número de acciones representadas tomando como base las suscritas antes de la última colocación".

9. El procedimiento del acta adicional, previsto en el artículo 390 del Código de Comercio, no era jurídicamente aplicable para subsanar la ineficacia de las decisiones aprobadas con un quórum irreal o inexistente en la reunión de la Asamblea de abril 23 de 1992. Estas decisiones sólo podían convalidarse en una nueva reunión del órgano social debidamente conformado.

10. En su sesión del 14 de julio de 1992, la misma Junta Directiva elegida de manera ineficaz, aprobó un nuevo reglamento de emisión y colocación de 17.600.003 acciones, hecho que también fue puesto a consideración de la Superintendencia de Sociedades, entidad que sin embargo mediante la Resolución 221-03970 autorizó a Nyltex para colocarlas entre sus accionistas.

11. La referida resolución solamente fue notificada al representante legal de Nyltex quien renunció al término de su ejecutoria.

12. Mediante comunicación de septiembre 1° de 1992 el señor Perlman ofreció las acciones a los accionistas de Nyltex.

13. Las hermanas Perlman interpusieron recurso de reposición contra la Resolución 221-03970, por lo que la oferta de suscripción de acciones hecha a través del representante legal de Nyltex, resultó realizada antes de que quedara en firme el acto recurrido, es decir sin contar el señor Víctor Perlman con la autorización necesaria de la Superintendencia de Sociedades.

14. La Superintendencia, mediante oficio 221-25685 de septiembre 16 de 1992, dio el trámite al recurso de reposición interpuesto, resolviéndolo desfavorablemente a través de la Resolución 221-04517 de octubre 1° de 1992.

15. Según oficio 221-27665 de octubre 6 de 1992 demandado, la Superintendencia de Sociedades inexplicablemente señaló que bastaba la notificación del acto que resuelve el recurso de reposición a cualquiera de las partes respecto de las cuales debe surtirse tal diligencia para que la resolución confirmada quedara en firme.

16. El representante de Nyltex elevó consulta a la Superintendencia para establecer qué día preciso vence la primera vuelta de acciones en curso, es decir,

cuándo vencen los quince (15) días hábiles de que trata el reglamento. Además, solicitó se le indicara qué día se inicia y vence la segunda vuelta de acciones. Dicha consulta se absolvió mediante el segundo de los actos acusados, el oficio número 221-28567 de 16 de octubre de 1992.

d) **Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación**

La actora considera que los oficios cuya declaratoria de nulidad impetra incurren en violación de los artículos 29 de la Carta Política, 3°, 14, 30, 44 a 48, 50, 51, 55, 61, 62 y 64 del C. C. A., por las razones que se sintetizan a continuación (fls. 24 a 27 cdno. ppal.)

Es contrario a la ley afirmar, como se afirma en el oficio 221-27665 de 6 de octubre de 1992, que la resolución número 221-03970 de 28 de agosto del mismo año quedó en firme con la expedición de la Resolución número 221-04517 de 1° de octubre de 1992 y su notificación a cualquiera de las partes respecto de las cuales deba surtirse tal diligencia, pues de acuerdo con las normas legales arriba indicadas, la primera de dichas resoluciones sólo se ejecutorió luego de notificarse a todos los interesados, y no a uno o algunos de ellos.

A pesar de que la Resolución número 221-03970 de 28 de agosto de 1992 sólo quedó en firme una vez resuelto el recurso de reposición que contra ella se interpuso y luego de surtirse su notificación a los interesados, en el oficio número 221-2856 de 16 de octubre de 1992, la Superintendencia de Sociedades le reconoció validez a una oferta de acciones que se llevó a cabo sin que la mencionada resolución, que autorizó dicha oferta, estuviera en firme.

e) **Las razones de la defensa**

Ellas son, en síntesis, las siguientes (fls. 88 a 94 cdno. ppal.):

No es correcta la interpretación que hace la demandante respecto del oficio número 221-27665 de 6 de octubre de 1992, al asegurar que en él se afirma que la Resolución número 221-3970 quedó en firme el 28 de agosto de 1992, fecha de su expedición, pues sólo se le explica al representante legal de Nylon, cuándo queda ejecutoriado un acto administrativo, como puede apreciarse en su aparte pertinente, en el cual se expresa que "como quiera que la Resolución 221-04517 de las consultas que le formulara el Representante Legal de Textiles de 1° de octubre pasado resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 221-3970 de 28 de agosto del año en curso, que autorizó a esa sociedad para colocar 17.600.003 acciones que tiene en reserva, se entiende que con la expedición de aquella esta quedó en firme, pues según las voces del artículo 62 del Código Contencioso Administrativo, los actos administrativos quedan en firme, entre otras circunstancias, cuando los recursos interpuestos se han decidido".

Es decir, que aquello que se le estaba expresando a su destinatario era que, resuelto el recurso, quedaba en firme la Resolución de 28 de agosto, pero en ningún momento se le dijo una fecha, como para que la demandante hubiera podido incurrir en algún error de comprensión.

Tampoco es de recibo el argumento de la demandante en cuanto a la violación del debido proceso, al conceptuarse en el oficio 221-27665 "...que en el caso de la resolución primeramente citada (221-4517) basta con la notificación a cualquiera de las partes respecto de las cuales deba surtirse tal diligencia, para que el acto inicial (221-3970) quede en firme", pues si bien es cierto que la notificación tiene por finalidad enterar al administrado de la decisión que adopta la administración, para permitirle ejercer los recursos a que hubiere lugar, también lo es que por tratarse de un acto administrativo contra el que no procedía el recurso de apelación, con el acto que resolvió el recurso de reposición se agotó la vía gubernativa y quedó en firme la decisión recurrida.

Finalmente propone la excepción de improcedencia de la acción basada en que los oficios demandados no son actos administrativos, pues no contienen decisión alguna que hubiesen creado una situación jurídica en cabeza de la sociedad a la que iban dirigidos, sino que se limitan a expresar unos conceptos que no tienen carácter de obligatoriedad, según lo dispuesto por el artículo 25 del C.C.A.

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 de 25 de febrero de 1993, proferido en Sala Unitaria, esta Corporación se declaró no competente para conocer de la demanda instaurada y ordenó remitirla por competencia al Tribunal Administrativo de Cundinamarca (fls. 35 a 37 cdno. ppal.).

Mediante providencia de 15 de abril de 1994, esta sección resolvió el recurso de apelación interpuesto por la accionante contra el auto inadmisorio de la demanda, en el sentido de revocarlo (fls. 33 a 39 cdno. número 3).

Por auto de 26 de mayo de 1994, el tribunal *a quo* admitió la demanda y denegó la solicitud de suspender provisionalmente los actos acusados (fls. 75 a 79 cdno. ppal.).

Dentro del término de traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir su concepto, hicieron uso de sus derechos la actora y la entidad demandada (fls. 149 a 173).

## II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante la sentencia recurrida, el tribunal *a quo* declaró la prosperidad de la excepción propuesta por la parte demandada y, como consecuencia de ello, se declaró inhibido para pronunciarse de fondo sobre el asunto planteado en la demanda, con fundamento en las razones que se sintetizan a continuación (fls. 185 a 193):

Los oficios cuya nulidad se impetra no son actos administrativos por cuanto mediante ellos la Superintendencia de Sociedades no creó, modificó o extinguió situación jurídica alguna, sino que se limitó a emitir su concepto sobre los aspectos consultados por el representante legal de la Empresa Textiles Nylon S.A., los cuales no eran obligatorios ni constituían una orden, pues simplemente fueron el resultado del ejercicio del derecho de petición en la modalidad de formulación de consultas. Es decir, en los indicados oficios se plasman unas simples opiniones de la administración, que no obligaban a su destinatario a acatar.

Destaca el tribunal *a quo* que los oficios acusados "...no están sometidos al requisito de la notificación con todo el ritual prescrito en los artículos 44 y siguientes del C.C.A., ni son susceptibles de recursos ante la Superintendencia de Sociedades porque no son tales conceptos los que crean el efecto jurídico, este ya está creado por la ley; aquellos simplemente divulgan o recuerdan a los particulares la obligación de acatarla. Esa misma naturaleza implica que tampoco sean susceptibles de acción contencioso administrativa. Dentro de los criterios expuestos, los referidos oficios no alcanzan a tener la categoría de 'Circulares de Servicio'".

Se reitera en la sentencia que los oficios demandados no constituyen actos administrativos, debido a que en ellos no se adopta ninguna decisión sobre la legalidad o ilegalidad del proceso de suscripción de acciones, sino que simplemente absuelven consultas elevadas por el representante legal de la Sociedad Textiles Nylon S.A. en cuanto a la forma como deben computarse los términos para la firmeza de la Resolución número 221-03970 de 28 de agosto de 1992, confirmada por la número 221-04517 de 1° de octubre del mismo año, y sobre el cómputo de término de las dos vueltas de la oferta de acciones, autorizada mediante el primero de dichos actos.

## III. LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En la sustentación del recurso de apelación, la recurrente fundamenta su desacuerdo con la sentencia de primera instancia en las razones que se sintetizan a continuación (fls. 6 a 8 cdno. número 4):

a) Los oficios demandados constituyen actos administrativos, pues ellos, particularmente el distinguido con el número 221-28567 de 16 de octubre de 1992,

"...contienen una declaración de la administración, producen efectos jurídicos y son productos de la voluntad o la inteligencia. Respecto de los efectos jurídicos, no cabe duda que los oficios acusados tuvieron efectos muy graves en el caso que nos ocupa, pues permitieron que pronunciamientos absolutamente contrarios a la ley abrieran el paso para que la Sociedad Textiles Nylon S.A. llevara a cabo una emisión de acciones violando los derechos de las accionistas Tania y Myriam Perlman".

b) "Las decisiones contenidas en los oficios 221-27665 de octubre 6 de 1992 y 221-28567 de octubre 16 de 1992, de la Superintendencia de Sociedades, por constituir actos administrativos, son susceptibles de ser demandados ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho... (...) ... y debieron ser declaradas nulas por violar normas superiores de carácter constitucional y legal...", tales como las invocadas en la demanda.

## IV. LA IMPUGNACION DEL RECURSO

En el alegato de conclusión de esta instancia (fls. 15 a 19 cdno. número 4), la parte demandada reitera que los oficios cuya nulidad se impetra adolecen de las condiciones necesarias para que puedan ser considerados como actos administrativos, pues no contienen decisión alguna sobre los asuntos consultados, "...no se crearon efectos jurídicos; simplemente se orientó al interesado respecto a los puntos que le inquietaban. Tales oficios de ninguna manera tenían carácter obligatorio, vinculante para su destinatario".

Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta que con la subrogación del artículo 84 del C.C.A., por parte del artículo 14 del Decreto 2304 de 1989 ya no es posible el enjuiciamiento de los conceptos que emita la Administración, "... pues a través de estos sólo se exponen criterios o se dan opiniones, pero, tal y como se infiere del artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, no tienen carácter de obligatorio".

## V. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Delegada ante esta Corporación no emitió concepto.

## VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

De los antecedentes administrativos que dieron origen a los oficios acusados, se tiene que mediante resolución número 221-03970 de agosto 28 de 1992 la Superintendencia de Sociedades autorizó a la Sociedad Textiles Nylon S.A., para colocar entre sus accionistas y con sujeción al derecho de preferencia la cantidad de 17.600.003 acciones que se encontraban enreserva (fls. 112 a 113 cdno. ppal.). Dicho acto fue recurrido en reposición por el apoderado de la actora, y mediante

Resolución número 221-04517 de 1° de octubre de 1992 se confirmó en todas sus partes (fls. 104 a 109 *ibidem*).

De otra parte, la Sala observa que mediante el primero de los actos demandados, el oficio número 221-27665 de 6 de octubre de 1992, la Superintendencia de Sociedades dio respuesta a un escrito presentado por el Representante Legal de Textiles Nylon S.A., "... mediante el cual indaga la opinión de este despacho respecto de la forma como ha de hacerse el conteo de los días que faltan para el término de la oferta de acuerdo con lo indicado en el oficio 221-27464 del 2 de octubre último, es decir, si el mismo debe iniciarse a partir del día siguiente de que se surta la notificación tanto a la sociedad como al doctor Carlos Urrutia Holguín, o si por el contrario cabe otra interpretación". En dicho oficio, la Superintendencia manifiesta al peticionario que de acuerdo con las voces de los artículos 62 y 63 del C.C.A., con la expedición de la Resolución número 221-04517 de 1° de octubre de 1992 que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución número 221-3970 de 28 de agosto del mismo año y con su notificación a cualquiera de las partes respecto de los cuales debe surtirse tal diligencia basta para que el acto incial quede en firme.

También cabe precisar que mediante el segundo de los actos acusados, el oficio número 221-28567 de 16 de octubre de 1992, la Superintendencia de Sociedades, previa alusión al artículo 3° del reglamento de suscripción de acciones de la Sociedad Textiles Nylon S.A., y a los artículos 829 y 845 del Código de Comercio, respondió al Representante de dicha empresa sobre la solicitud de que se le indicara "'...qué día preciso vence la primera vuelta de la oferta de acciones actualmente en curso...' así como... 'qué día preciso se inicia la segunda vuelta de acciones y qué día preciso vence'", en los términos que se transcriben a continuación:

> "Siendo ello así, se tiene que la oferta empieza a correr a partir del primer día hábil siguiente a la fecha en que hubiere sido expedida y en el caso planteado lo sería a partir del 2 de septiembre del año en curso, como quiera que según se infiere de los documentos por usted allegados con radicación 42597, la oferta respectiva se envió a los destinatarios el día 1° de septiembre.
>
> "De otra parte, como según se le expresó anteriormente, la interposición del recurso contra la resolución que autorizó la colocación aludida produjo una suspensión en el trámite respectivo a partir del 4 de septiembre siguiente, habiéndose reiniciado este el día 5 de octubre en razón de la notificación de la resolución por la cual se resolvió el anotado recurso surtida el día inmediatamente anterior, se concluye que el término de la oferta en la primera vuelta vence el día 22 de octubre del año en curso a las 6:00 p.m.

"En cuanto a la segunda vuelta, se observa que en el artículo 3° del señalado reglamento se expresó que vencido el plazo de la 1ª vuelta '... los accionistas que hayan aceptado la oferta, tendrán derecho a adquirir acciones adicionales de las dejadas de suscribir en la primera vuelta, a prorrata de las que posean en la compañía dentro de los quince días hábiles siguientes al vencimiento de la primera oferta'".

De acuerdo con lo anterior, la apertura de dicha vuelta debe tener ocurrencia al día hábil siguiente, esto es, el 23 de octubre, culminando la misma el 13 de noviembre a las 6:00 p.m."

Ahora bien, de las anteriores precisiones, para la Sala es evidente que las respuestas de la Superintendencia de Sociedades a las consultas que le formulara el Representante Legal de Textiles Nylon S.A., consignadas en los oficios cuya declaratoria de nulidad se impetra, no constituyen actos administrativos, pues adolecen del elemento esencial que caracteriza a estos, cual es el carácter decisorio que los haga capaces de producir efectos jurídicos propios, de crear, modificar o extinguir situaciones de derecho, de tal manera que los coloque en condiciones de ser susceptibles de control jurisdiccional, en la medida en que dichos oficios se limitan a plasmar un concepto u opinión sobre la aplicación o interpretación de las normas legales y estatutarias que en ellos se indican respecto de la forma como debían contarse los términos de la oferta de colocación de acciones que previamente se había autorizado mediante la Resolución número 221-3970 de 28 de agosto de 1992, confirmada por la Resolución número 221-04571 de 1° de octubre del mismo año, estos sí verdaderos actos administrativos, con el último de los cuales culminó la actuación iniciada por la sociedad en cumplimiento de su deber legal de solicitar la autorización necesaria para llevar a cabo dicha colocación de acciones. En otros términos, las consultas formuladas por el Representante Legal de Textiles Nylon S.A. buscaban solamente conocer el criterio de la Superintendencia de Sociedades sobre determinados puntos de derecho, y las respuestas que a ellos se les dio son una simple opinión, un punto de vista de la autoridad consultada sobre el alcance de las normas atinentes al caso planteado, que no tenían carácter obligatorio para su destinatario y, por lo mismo, no eran susceptibles de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas. Por ello, dentro del derecho de petición, el artículo 25 del C.C.A., incluye el de formulación de consultas escritas o verbales a las autoridades en relación con las materias a su cargo y, en relación con las respuestas, establece que ellas no comprometen la responsabilidad de las entidades que las atiendan, ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.

En consecuencia, al no ser los actos acusados objeto de control jurisdiccional, bien hizo el tribunal *a quo* en declarar probada la excepción propuesta por la defensa

y declararse inhibido para pronunciarse sobre el fondo del asunto planteado en la demanda, en virtud de lo cual ha de procederse a confirmar la sentencia recurrida en apelación.

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

**FALLA:**

Primero. *Confírmase* la sentencia recurrida en apelación, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, el 6 de abril de 1995.

Segundo. De conformidad con lo previsto por los artículos 171 del C.C.A. y 392-3 del C. de P.C., condénase en costas de esta instancia a la parte actora. Tásense por Secretaría.

Tercero. En firme esta sentencia, previas las anotaciones de rigor, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

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

*Libardo Rodríguez Rodríguez,* Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Nubia González Cerón, Yesid Rojas Serrano.*

**GRUPOS GUERRILLEROS DESMOVILIZADOS / REINSERCION A LA VIDA CIVIL / BENEFICIO DE EXTINCION DE LA PENA - Improcedencia / CONEXIDAD - Inexistencia / DELITOS POLITICOS / REBELION / SECUESTRO EXTORSIVO / ACUERDOS DE PAZ / ACTUACION ADMINISTRATIVA**

**El solo hecho de aparecer incluido en las listas de miembros del EPL elaborada por el Ministro de Gobierno era insuficiente para afirmar que el proceder ilícito e imputado, probado y objeto de condena tuviera relación con el delito político de rebelión, ya que en el proceso penal no aparecía prueba alguna que demostrara la conexidad con este último. Es decir, que ante la ausencia de uno de los requisitos exigidos por el Decreto 213 de 1991 para la concesión del benefio de la extinción de la pena, la decisión a adoptar no podía ser otra que la denegatoria de la solicitud formulada, como al efecto se procedió mediante el primero de los actos acusados. La negativa del beneficio de la extinción de la pena solicitada obedeció a que el hecho punible por el cual se condenó al actor, es decir, el de secuestro extorsivo, no era conexo con los delitos a que se refiere el artículo 5° del Decreto 213 de 1991. Si bien el inciso primero del artículo 4° del Decreto 213 de 1991 permitía demostrar la conexidad cuando ella no había sido declarada en la respectiva sentencia, y que para dicho fin se allegaron algunos documentos probatorios, el Gobierno Nacional no podía conceder el beneficio solicitado sobre la base de su demostración en el curso de la actuación administrativa, como lo consideró la Corte Suprema de Justicia en la sentencia que declaró la inexequibilidad del inciso segundo.**

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., veinte (20) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Radicación número 3152.

Actor: Augusto Santander Negrete Calderín.

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 señor Augusto Santander Negrete Calderín, a través de apoderado, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C. C. A., con la finalidad de obtener la declaratoria de nulidad de las Resoluciones Ejecutivas números 129 de septiembre 17 de 1993 y 90 de julio 27 de 1994, expedidas por el Presidente de la República, con las firmas de los señores Ministros de Gobierno y de Justicia y el Derecho, mediante las cuales se denegó al actor la concesión del beneficio de extinción de la pena de ocho (8) años de prisión impuesta en consulta por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería y se confirmó dicha decisión, respectivamente. Adicionalmente a la declaratoria de nulidad de los actos acusados, y a título de restablecimiento del derecho, solicita conceder la extinción de la pena impuesta por el delito de secuestro extorsivo.

## I. ANTECEDENTES

a) **Los hechos de la demanda**

Ellos son, en resumen, los siguientes (fls. 32 a 33):

1°. En calidad de reo ausente, el actor fue condenado el 20 de febrero de 1986 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Montería a la pena de 6 años de prisión como responsable del delito de secuestro extorsivo en la persona del señor Josué Hernández Gil, pena que fue aumentada en consulta a 8 años de prisión por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería en providencia de 22 de agosto de 1986.

2°. El actor participó en dicho secuestro como miembro activo del Ejército Popular de Liberación (EPL), como se demostró en el curso de la actuación administrativa que culminó con la expedición de los actos acusados.

3°. En los Acuerdos de Paz suscritos entre el Gobierno Nacional y el EPL se acordó la desmovilización de este grupo armado, la reinserción de sus excombatientes a la vida civil y el otorgamiento de diferentes beneficios políticos, económicos, sociales y jurídicos. En desarrollo de dichos acuerdos se expidió el Decreto 213 de 1991, en el cual se consagró la concesión del beneficio de la extinción de la pena y de la acción penal para los delitos políticos de rebelión, sedición y asonada y conexos con los anteriores cometidos por integrantes de los grupos guerrilleros desmovilizados.

4°. A pesar de lo anterior y de que con el recurso de reposición interpuesto contra el primero de los actos acusados se aportó como medio de prueba para demostrar la conexidad del delito de secuestro con el de rebelión una certificación expedida por el vocero autorizado y reconocido por el Gobierno Nacional para los efectos de la reinserción, en la cual afirma que el secuestro del señor Josué Hernández Gil fue ordenado por la Dirección del Frente Francisco Garnica del EPL y que para su realización se comisionó al actor, mediante Resolución Ejecutiva número 90 de 1994 se confirmó el acto impugnado.

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 22, 29 y 83 de la Carta Política y los artículos 1°, 2°, 3°, "...4° ss. y concordantes" del Decreto 213 de 1991, por las razones que, expresadas en la demanda, se sintetizan a continuación bajo la forma de cargos (fls. 33 a 39):

Primer cargo. Los actos acusados violan los artículos 22 y 83 de la Carta Política, pues desconocen los principios constitucionales de la presunción de la buena fe en las actuaciones de los particulares ante las autoridades públicas y el que "la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento", ya que ellos incumplen con los Acuerdos de Paz suscritos entre el Gobierno Nacional y el Ejército Popular de Liberación.

Además, al no darse aplicación al principio de la buena fe que regenta los procesos de paz, "... reconocidos o establecidos por la honorable Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia al decidir en segunda instancia solicitudes de amnistía, cesaciones de procedimiento o la extinción de la acción penal de integrantes de diferentes organizaciones rebeldes desmovilizadas", el Gobierno Nacional "...viola las normas jurídicas que le dan a ese alto tribunal la facultad de interpretar la ley con alcance general, debiendo ser sus planteamientos acatados por las autoridades y jueces de la República".

Segundo cargo. La Resolución número 90 de 1994 viola el artículo 29 de la Carta Política, pues para denegar la extinción de la pena por el delito de secuestro se invoca "... lo establecido por la Ley 40 de 1993 que prohibió el indulto y la amnistía para este delito; o lo que es lo mismo, traer a colación el concepto de la Corte Constitucional sobre la constitucionalidad de la Ley 40 y la imposibilidad del indulto y la amnistía para los delitos de secuestro...", ya que de conformidad con los principios legales y constitucionales vigentes las normas penales no pueden ser retroactivas en lo desfavorable.

Tercer cargo. Los actos acusados violan los artículos 1°, 2°, 3° y 4° del Decreto 213 de 1991, por las siguientes razones:

1°. Al negarse la extinción de la pena solicitada se quebrantan los artículos 1° y 2° del citado decreto, pues además de nacional colombiano, ex integrante de la organización guerrillera desmovilizada en cumplimiento de los acuerdos de paz, incluido en las listas de ese movimiento reconocido como tal por el Gobierno Nacional mediante el Acta número 7 de 19 de abril de 1991 del Ministerio de Gobierno, impetró dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia del decreto la solicitud de extinción de la pena que le fue impuesta por un delito conexo con el de la rebelión, como se demostró con las pruebas allegadas en el trámite de la actuación administrativa. Además, el delito por el cual fue condenado el actor no se encuentra dentro de los excluidos por el artículo 2° de los beneficios que consagra el Decreto 213 de 1991.

2°. Al negarse la extinción de la pena solicitada se violó el artículo 3° del citado decreto, pues no sólo es incuestionable el cumplimiento de los acuerdos de paz por el grupo guerrillero reinsertado, sino que el propio actor se hallaba plenamente reincorporado a la vida civil hasta el momento de producirse su detención, ya que "... era 'socio del proyecto económico (APER/213), compraventa de ganado en Tierralta, Córdova, hasta el momento de ser retenido'...", según consta en las certificaciones expedidas por el Coordinador Nacional del Programa de Reinserción y por el Delegado del Plan Nacional de Rehabilitación y Reinserción en Córdoba que se anexan a la demanda, cumpliendo con las condiciones exigidas por dicha norma legal para que fuera procedente la solicitud formulada.

3°. Los actos acusados incurren en violación del artículo 4° inciso primero del Decreto 213 de 1991, en el cual se dispone que "si la conexidad del hecho a que se refiere un expediente no ha sido declarada en la sentencia o considerada en la actuación, el interesado deberá demostrarla teniendo en cuenta el acervo probatorio que obre en ella o en otros procesos que se adelanten contra la misma persona, con certificaciones expedidas para el efecto por las autoridades competentes, por medio de declaraciones extrajuicio y cualquier otro medio probatorio o información que estime pertinente", pues a pesar de que en el curso de la actuación administrativa se acompañaron certificaciones tendientes a demostrar la conexidad del hecho que dio origen a la sentencia con el de rebelión, en las que se indica que el secuestro del señor Josué Hemández Gil fue efectuado bajo la orientación del EPL con la participación del demandante, el Gobierno Nacional desestimó el valor probatorio de tales documentos argumentando que al no haberse establecido en la actuación judicial la conexidad del delito de secuestro con el de rebelión es "...forzoso concluir que se trata de un típico caso de delincuencia común" y que debido a la declaratoria de inexequibilidad del inciso segundo del artículo 4° del Decreto 213 de 1991 el Gobierno carece de facultades para declarar la conexidad.

En relación con el primero de dichos argumentos, el apoderado del autor manifiesta que si bien es cierto que la conexidad del delito de secuestro con el de rebelión no se estbleció en el proceso penal, ello es comprensible debido a que sus autores formaban parte de un grupo rebelde que por razones políticas y de seguridad no reivindicaba para sí muchos, principalmente los de carácter económico o de aquellos en los cuales eran detenidos sus integrantes, pues al dar a conocer esa relación se ponía en peligro no sólo la vida de los combatientes sino la integridad y existencia de la propia organización rebelde.

En cuanto al segundo de los mencionados argumentos, el demandante expresa que con "... la pretendida argucia de que el Gobierno Nacional carece de facultades para declarar la conexidad, según la inexequibilidad del inciso segundo del artículo 4° del Decreto 213 de 1991 declarada por la Corte Suprema de Justicia..." se pretendía "amarrar" las decisiones judiciales de los tribunales competentes para decidir la extinción de la acción penal, "...entrometiéndose indebidamente en las decisiones judiciales". Agrega que si el alcance de la inexequibilidad declarada por la Corte fuera la que pretende darle el Gobierno Nacional en los actos acusados, sólo se podría conceder el beneficio de la acción penal por los delitos tipificados como políticos en el Código Penal, con lo cual se harían nugatorios los beneficios de indulto pactados con las organizaciones rebeldes.

d) **Las razones de la defensa**

En los escritos de contestación de la demanda y en los alegatos de conclusión, los apoderados judiciales de la parte demandada solicitan denegar las pretensiones del actor, con fundamento en las razones que se sintentizan a continuación (fls. 78 a 81, 91 a 96, 117 a 119 y 121 a 124):

A pesar de que la demostración de la voluntad de reincorporarse a la vida civil -desmovilización y dejación de las armas de cada uno de los miembros de la organización a la cual manifiesta haber pertenecido el actor– se entiende cumplida con la inclusión de su nombre en el Acta número 7 de 25 de abril de 1991, elaborada por el Ministerio de Gobierno, tal hecho no implicaba la ineludible obligación del Gobierno Nacional de concederle el beneficio de la extinción de la pena, pues el ejercicio de esa facultad estaba supeditado al cumplimiento de los demás requisitos y condiciones que se señalan en dicha normatividad (Decreto 213 de 1991).

Si bien es cierto que en el trámite del recurso de reposición interpuesto contra el primero de los actos acusados se allegó una certificación expedida por el señor Darío Mejía Agudelo, Representante del EPL, con la cual se pretendía establecer la conexidad entre el delito de secuestro, por el que se condenó al actor, con alguno de los delitos políticos que se consagran en el Código Penal, tal certificación no

pudo ser tenida en cuenta como medio probatorio para el fin propuesto, pues dentro de la vigencia del Decreto 213 de 1991, y tras la declaratoria de inexequibilidad el inciso segundo del artículo 4° *ibidem*, el Ministerio de Justicia estaba imposibilitado para declarar la existencia de dicha conexidad, como se puntualizó en los considerandos de la Resolución Ejecutiva número 90 de 1994, con base en lo expresado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia que declaró inexequible la indicada norma. Es decir, los actos demandados se fundamentaron en el hecho de que dentro del proceso penal que se adelantó contra el actor no existía prueba de la conexidad entre el delito de secuestro extorsivo por el cual fue condenado y los delitos señalados en el artículo 2° del Decreto 213 de 1991, como quiera que tal conexidad no fue declarada en la sentencia respectiva.

De otra parte, debe tenerse en cuenta que en la parte motiva de la Resolución Ejecutiva número 90 de 1994 "...el Gobierno Nacional citó de manera general una jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el delito de secuestro que indica las características del mismo, donde este se califica como un delito atroz y crimen de lesa humanidad. En ningún momento se pretendió tomar esta cita como base o fundamento de la decisión adoptada y menos aún la Ley 40 de 1993, como pretende hacerlo ver el damandante" (negrillas del texto original).

Respecto de la violación del principio de la buena fe "...esgrimida como argumento de la demanda impetrada, también debe afirmarse que no existe violación al mismo, pues el Gobierno Nacional en parte alguna ha puesto en duda las certificaciones expedidas por los voceros del grupo desmovilizado. Sin embargo, por las razones expuestas tales certificaciones no tienen el valor probatorio que pretende darle el damandante, lo cual es diferente de violar el principio de la buena fe".

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 19 de diciembre de 1994 se dispuso la admisión de la demanda y se ordenó el trámite de rigor (fls. 43 a 45).

Mediante proveído de 19 de mayo de 1995 se decretaron y/o denegaron las pruebas solicitadas por la parte demandada (fls. 108, 109).

Dentro del término de traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir su concepto, la parte demandada y el mencionado funcionario presentaron los escritos que obran a folios 117 a 119, 121 a 124 y 167 a 171.

## II. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En el escrito que lo contiene la señora Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación manifiesta que como consecuencia de la declaratoria de inexequibilidad de los artículos 4° inciso 2, 6° inciso 4 y 11 del Decreto 213 de 1991, y al no haberse establecido en el proceso penal la conexidad del delito de secuestro por el cual fue condenado el actor, el Gobierno Nacional carecía de competencia para determinar la ocurrencia de delitos políticos y la conexidad de estos con otros para efectos de la aplicación de los beneficios consagrados en dicha normatividad. En tal virtud, "...la decisión administrativa se acomoda estrictamente a los límites normativos".

## III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como marco de referencia para el estudio de los cargos formulados en la demanda, la Sala precisa los siguientes aspectos:

1°. Mediante escrito de fecha 5 de junio de 1991 dirigido al Ministerio de Justicia, el actor, por intermedio de apoderado, manifestó haber sido miembro activo del desmovilizado Ejército Popular de Liberación (en adelante EPL) y solicitó la concesión del beneficio de extinción de la pena consagrado en el Decreto 213 de 1991. En sustento de dicha petición, el actor adujo que el EPL y él mismo habían hecho dejación de las armas en los términos de la política de paz y reconciliación del Gobierno Nacional, que había sido incluido en las listas presentadas al Gobierno Nacional y que su voluntad inequívoca era la de reincorporarse a la vida civil (fls. 2 a 7 anexo número 4 Antecedentes Administrativos).

2°. La parte motiva de los actos acusados es del siguiente tenor:

Resolución número 129 de 1993:

"EDUARDO MATYAS CAMARGO, abogado portador de la tarjeta profesional 37236, solicita al Gobierno Nacional, por intermedio del Ministerio de Justicia, la concesión del beneficio de extinción de la pena consagrado por el Decreto 213 de 1991, en favor de su mandante AUGUSTO SANTANDER NEGRETE CALDERIN, mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía número 2824367 expedida en Tierra Alta (Córdoba), natural de Montería, hijo de JUAN RAMON y CANDIDA, actualmente detenido en la Cárcel Nacional 'Las Mercedes' de Montería.

"El señor AUGUSTO SANTANDER NEGRETE CALDERIN, fue condenado en primera instancia, en calidad de reo ausente, por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Montería a la pena principal de seis (6) años de prisión como responsable del delito de secuestro extorsivo, mediante

sentencia fechada el 20 de febrero de 1986. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, por vía de consulta, en providencia de 22 de agosto de 1986 confirmó la sentencia con la modificación de que la pena que se impone es de ocho (8) años de prisión.

"El Juez Primero Penal del Circuito de Montería en sentencia de primera instancia, al referirse al resumen histórico del proceso, manifiesta:

"'El Juzgado 14 de Instrucción Criminal Radicado en esta ciudad inició el 11 de junio de 1984, la correspondiente investigación a efectos de establecer la forma y demás circunstancias en que sucedieron los hechos dentro de los cuales fué (sic) secuestrado el señor JOSUE HERNANDEZ GIL el 18 de mayo de 1984, a eso de las siete de la noche. Por estos (sic) mismos hechos se les recibió declaración de indagatoria a CARLOS PATRICIO NEGRETE CALDERIN, MARIA ISABEL POLO COGOLLO, OSCAR GUILLERMO RODRIGUEZ LEON, JOSUE LUIS BANDA RODRIGUEZ, GABRIEL ESTEBAN CORONADO MEZA, JOSUE DECIDERIO HERNANDEZ; también por este hecho fueron emplazados y declarados REOS AUSENTES GUILLERMO ACOSTA RODRIGUEZ, LUIS EDUARDO RODRIGUEZ y AUGUSTO NEGRETE CALDERIN, en contra de los indagatoriados se les decretó Detención Preventiva y posteriormente mediante providencia de fecha noviembre 26 de 1984, fué (sic) calificado el mérito del sumario, quedando la situación de los procesados de la siguiente manera: Citados a Audiencia por el Delito de SECUESTRO EXTORSIVO como autores materiales del hecho a GUILLERMO SEGUNDO ACOSTA RODRIGUEZ, LUIS EDUARDO RODRIGUEZ, AUGUSTO NEGRETE CALDERIN, CARLOS PATRICIO NEGRETE CALDERIN y OSCAR GUILLERMO RODRIGUEZ LEON...'" (Folio 68 cuaderno segundo original).

"La vinculación de AUGUSTO SANTANDER NEGRETE CALDERIN, al mencionado proceso se origina en la declaración rendida por su hermano CARLOS PATRICIO NEGRETE CALDERIN ante el grupo de Policía Judicial, del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, Seccional Córdoba.

'CONTESTO: Un día cualquiera de este año, no puedo expecificar (sic) cual, mi hermano AUGUSTO y yo, resolvimos ir de paseo por los alrededores del caramelo (sic) jurisdicción del municipio de Tierralta, fue así como llegamos hasta la casa de un compadre de mi hermano llamado GABRIEL CORONADO, después de largos diálogos (sic) el señor CORONADO le preguntó a mi hermano que si como estaban las cosas, refiriéndose pues

a todo en general y mi hermano le respondió que todo andaba mal especialmente la situación económica (sic), inmediatamente mi hermano le preguntó como hacer dinero, respondiéndole (sic) el aludido que la manera más fácil era hacer un secuestro y mi hermano le preguntó que si él se atrevia (sic) a mi modo de ver fué (sic) una pregunta de juego, y el preguntado respondió que si encontraba hombres con quien hacerlo lo haría, entonces (sic) mi hermano le dijo que si con quien se podría (sic) hacer eso y él respondió que el más indicado por allí era el señor OSCAR RODRIGUEZ, fué (sic) así como nos pico (sic) la araña del dinero facil (sic), e inmediatamente empezamos a elaborar un plan que tuviera resultado...'" (Folio 7 del primer cuaderno original).

"El artículo 5° del Decreto 213 de 1991 faculta al Gobierno Nacional para conceder en cada caso particular, la extinción de la pena a los nacionales colombianos condenados mediante sentencia ejecutoriada por los delitos de rebelión, sedición, asonada y los conexos con estos, bajo unas condiciones que el mismo estatuto dispone y que se refieren a la demostración inequívoca de la voluntad de reincorporarse a la vida civil, lo que implica para la organización rebelde y para sus miembros, la desmovilización y la dejación de las armas en los términos y condiciones de la política de paz y reconciliación del Gobierno Nacional. A ello debe agregarse, el requisito de la figuración en las listas elaboradas por el Ministerio de Gobierno.

"AUGUSTO SANTANDER NEGRETE CALDERIN aparece registrado como integrante de la agrupación desmovilizada Ejército Popular de Liberación, EPL, según el acto número siete (7), número de orden 229, del 25 de abril de 1991, suscrito por los señores Ministro y Viceministro de Gobierno y remitido al Ministerio de Justicia, en cumplimiento de lo dispuesto por el decreto 213 de 1991. Esta sola circunstancia es insuficiente para poder afirmar que el proceder ilícito imputado, aprobado y sentenciado, tenga directa relación con los delitos que en el Código Penal afectan el bien jurídico denominado Régimen Constitucional. Ya que dentro del proceso referido no aparece prueba alguna que demuestre la conexidad con los delitos establecidos en el artículo 2° del Decreto 213 de 1991, y que debieron ser declarados en la sentencia o probados en el proceso por parte del interesado tal como lo establece el artículo 4° del citado decreto. Además no puede afirmarse que el señor AUGUSTO SANTANDER NEGRETE CALDERIN haya actuado por orden expresa del grupo guerrillero del cual dice pertenecer, ya que las personas que participaron con él en la comisión del hecho punible no aparecen reconocidos como miembros del Ejército Popular de Liberación ni de otra agrupación guerrilleras; lo que afirma aún más que las circunstancias que los motivó a la realización del secuestro no fue política, ni con fines políticos que

permitan establecer la conexidad con delitos de esta naturaleza, sino la necesidad económica declarada por CARLOS NEGRETE CALDERIN.

"Por tal razón es pertinente valorar el razonamiento que hace el Juzgado Primero Penal del Circuito de Montería al proferir sentencia de primera instancia cuando señala:

'Corresponde además en el aspecto (sic) probatorio hacer mención a la indagatoria de CARLOS PATRICIO NEGRETE CALDERIN, éste en su injurada argumenta haber sido obligado bajo amenaza a cometer el delito primeramente al ser escogido por sujetos para él desconocidos para que diera el nombre de una persona rica y fácil de secuestrar y segundo comunicarle la situación a su hermano AUGUSTO NEGRETE CALDERIN, quien para ayudarle ambos intervinieron en el secuestro del señor JOSUE HERNANDEZ GIL. Sobre ésto debemos tener en cuenta que éstos (sic) planes delictivos se llevan bajo la mayor reserva y entre personas de mucha confianza o muy conocidas, esto para no correr riesgo de ser descubiertas posteriormente; no vamos a creer que los individuos quienes dice CARLOS PATRICIO NEGRETE lo obligaron bajo amenazas a cometer el delito, no hayan sido amigos anteriormente, tampoco vamos a creer que el destino haya escogido a CARLOS PATRICIO NEGRETE para dar el nombre de la víctima y para llevar a cabo el secuestro sin que los que lo buscaron supieran de sus capacidades, así como en la Mitología EDIPO fue (sic) escogido por el destino para descifrar el enigma que la efinge (sic) le proponía en la ciudad de Tebas. Más bien pensamos o es más fácil concluir que CARLOS PATRICIO NEGRETE fué (sic) consciente de toda su actuación sin presiones de ninguna clase, fijémonos (sic) que éste tenía relación directa con la Región donde fué (sic) llevada la víctima para su cautiverio así como con sus moradores, porqué razón antes de llevarse a cabo el secuestro se trasladó con su hermano a la finca de OSCAR RODRIGUEZ a hablar como dice él con los tipos. Ahora para evitar ser involucrado junto con su hermano en este ilícito porqué razón no tomó las medidas o precauciones del caso, esto es, dando aviso a las autoridades sobre lo que estaba ocurriendo y de las amenazas de que estaba siendo víctima. Si él actuó conscientemente y libre de coacciones entonces es igualmente de suponer que su hermano AUGUSTO NEGRETE CALDERIN actuó en la misma forma y de común acuerdo con el resto de participantes'" (folios 74 a 75 cuaderno segundo original).

"La actuación judicial constituye una de las bases para el pronunciamiento del Gobierno Nacional, y el Decreto 213 de 1991 le atribuye facultades para valorar los pronunciamientos expresadosen las distintas instancias procesales.

La atribución se refiere al establecimiento de vínculos de conexidad entre los hechos juzgados y los delitos políticos, pero las conclusiones mismas del fallador constituyen a su vez referencias de causalidad para que el Ejecutivo determine la viabilidad del beneficio.

"Por el hecho de que el movimiento rebelde desmovilizado incluya a una persona dentro de una lista de integrantes, no se está constituyendo una tarifa legal de prueba, menos aún una obligación ineludible para el Gobierno Nacional en lo que a concesión de la extinción de la pena o de la acción penal se refiere. Por ello, el artículo 2° del Decreto 213 de 1991 dispone el análisis particular, de cada caso, y el que involucra a AUGUSTO SANTANDER NEGRETE CALDERIN recibió por parte del Juzgado Primero Penal del Circuito y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería el calificativo de secuestro extorsivo, el cual, no guarda conexidad con ninguno de los delitos políticos, siendo forzoso concluir que se trata de una típico caso de delincuencia común".

– Resolución número 90 de 1994:

"EDUARDO MATYAS CAMARGO, abogado portador de la Tarjeta Profesional 37326, ha interpuesto dentro del término legal, recurso de reposición contra la Resolución 129 del 17 de septiembre de 1993, mediante la cual el Gobierno Nacional negó la concesión del beneficio de extinción de la pena al señor AUGUSTO SANTANDER NEGRETE CALDERIN, respecto de la condena impuesta por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería.

"En sustento del recurso, el apoderado de NEGRETE CALDERIN, aduce:

1. 'La solicitud de extinción de la pena fue realizada llenado (sic) la totalidad de los requisitos exigidos por el Decreto 213 de 1991, como son: La petición dentro de los términos estipulados por el decreto, la nacionalidad colombiana del peticionario, haber sido incluido en las listas oficiales de los desmovilizados del EPL y encontrarse reconocido en acta formalizada por el Mininisterio de Gobierno, haber sido condenado por un delito político o conexo con la rebelión no excluido taxativamente por el citado decreto para la concesión de los beneficios.

2. 'La negativa del Gobierno Nacional a conceder la extinción de la pena consagrada (sic) en el Decreto 213 para los excombatientes que dentro del proceso de paz se hubieran desmovilizado, se fundamenta en las consideraciones que hizo en su oportunidad el Juez que lo condenó sobre las pruebas que en ese momento obraban en el proceso, las cuales fueron apreciadas en forma irregular.

3. 'Con el regreso a la vida civil de los combatientes del EPL, surge la oportunidad de aportar nuevos elementos a los procesos penales en curso o con sentencia, en los cuales se impetre una solicitud de amnistía, indulto, extinción de la acción penal o de la pena. Tal es el caso del proceso que nos ocupa, donde el condenado evadió desde el mismo momento del secuestro la acción represiva de la justicia, gracias a su militancia rebelde en las filas del Ejército Popular de Liberación. Ahora, con ocasión de la solicitud de extinción de la pena, se pone de manifiesto que la participación de AUGUSTO SANTANDER NEGRETE CALDERIN, en el secuestro que ocasionó la condena, estuvo enmarcado en el desarrollo de una acción político-militar que buscaban la consecución de recursos para la financiación de las actividades rebeldes.

"Ahora, con el proceso de paz surgen nuevos (sic) pruebas que desvirtúan algunos hechos y consideraciones que tuvo el Juzgado, en su momento, para dictar sentencia. Por ello, las 'pruebas' ahora deben ser apreciadas en su conjunto, es decir, con los nuevos elementos que ahora se revelan en los trámites de extinción de la pena.

"4. Sobre la militancia de AUGUSTO SANTANDER NEGRETE CALDERIN en las filas del Ejército Popular de Liberación, obran como pruebas la inclusión de su nombre en las lista oficiales de desmovilización de dicho grupo entregadas al Gobierno Nacional por el Vocero Nacional y ex comandante guerrillero indultado CARLOS FRANCO, y ahora, la certificación debidamente autenticada del vocero reconocido para tales efectos por el Gobierno, DARIO MEJIA AGUDELO, quien además de ratificar con su testimonio la militancia rebelde del implicado, (sic) certifica plenamente la orientación dada a NEGRETE CALDERIN para realizar el secuestro de HERNANDEZ GIL, con el propósito de obtener recursos para financiar las actividades rebeldes.

"En apoyo de estas afirmaciones, aporta una certificación suscrita por DARIO MEJIA AGUDELO, representante del EPL, con el fin de coadyuvar el esclarecimiento de la militancia de AUGUSTO SANTANDER NEGRETE CALDERIN, en las filas del desmovilizado Ejército Popular de Liberación, así como también acreditando el origen y naturaleza de los hechos objeto de la condena de NEGRETE CALDERIN que a la letra dice:

'1°. Que AUGUSTO SANTANDER NEGRETE CALDERIN, quien fue condenado en primera instancia a 6 años de prisión por el Juzgado 1° de Orden Público de Montería, como reo ausente, y por el Tribunal Superior de Distrito Judicial a 8 años, por el delito de secuestro de JOSUE HERNANDEZ

GIL, en el momento de los hechos hacía parte activa del desmovilizado EJERCITO POPULAR DE LIBERACION (EPL), en labores de apoyo logístico y realización de operativos político-militares a nivel urbano y suburbano.

'2°. Que como consecuencia del proceso penal que se adelantó por el secuestro de JOSUE HERNANDEZ GIL, y la a (sic), condena dictada en contra de AUGUSTO SANTANDER NEGRETE CALDERIN, este militante tuvo que incorporarse en forma definitiva a las filas guerrilleras del Ejército Popular de Liberación, hasta nuestra desmovilización, reincorporándose a la vida civil y productiva con el apoyo del Programa Presidencial de Reinserción, haciendo hoy parte del Movimiento Esperanza Paz y Libertad, y de la Alianza Democrática M-19.

'3°. Que el secuestro del señor JOSUE HERNANDEZ GIL realizado el 18 de mayo de 1984, en la Finca Santiago corregimiento de Santafe de Ralito, del municipio de Córdoba, fue ordenado por la Dirección del Frente Francisco Garnica del EPL, bajo la dirección entonces del Comandante Guerrillero Marcos Jara (Rafael Kerquelen), con la orientación del Estado Mayor Central del Ejército Popular de Liberación, operativo con fines económicos para lo cual se comisionó al compañero AUGUSTO SANTANDER NEGRETE CALDERIN, su realización.

'4°. Que el carácter conspirador de nuestro movimiento obligada en ocasiones a ocultar ante la opinión pública y las autoridades de la República, la autoría de algunos operativos político-militares, especialmente en aquellos en los cuales se corriera el riesgo del fracaso o de capturas, o que el eventual conocimiento de las autoridades hicieran peligrar los objetivos de los operativos. El secuestro de HERNANDEZ GIL estuvo emmarcado dentro de estas orientaciones'" (cuaderno administrativo, folio 24).

"La negativa del beneficio de extinción de la pena, que hiciera el Gobierno mediante la Resolución 129 del 17 de septiembre de 1993 se basó en que el hecho punible, por el cual se condenó a NEGRETE CALDERIN, no era conexo con los delitos a que se refiere el artículo 5° del Decreto 213 de 1991, no obstante estar acreditada la pertenencia de NEGRETE CALDERIN, al EPL.

"Para resolver la impugnación, es importante traer a colación algunas consideraciones generales que sobre el delito de secuestro ha señalado la Corte Constitucional.

"El delito de secuestro puede considerarse como uno de los más graves que lesionan a la sociedad, así, en principio, sus víctimas directas sean uno o

varios individuos en particular. El estado de indefensión en que se coloca a la víctima y el efecto de inestabilidad social que genera, sumados a la amplia gama de derechos fundamentales que se ven violados por la comisión de este delito, ameritan que se lo califique, con razón, como un delito atroz y un crimen de lesa humanidad. En efecto, además de poner en peligro el más preciado de los derechos humanos, el derecho a la vida y de atentar contra el derecho a la libertad (arts. 12, 13 y 28 y a la dignidad del hombre, el secuestro vulnera otros muchos derechos fundamentales, como son el derecho a la seguridad (art. 21), el derecho a la familia (arts. 5° y 42), el derecho a la intimidad (arts. 15 y 42), el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16), el derecho a la libre circulación (art. 24), el derecho al trabajo (art. 25), el derecho a la participación (art. 40) y toda una gama de derechos conexos con los anteriores. Siendo pues un delito atroz nada justifica que se le pueda considerar como delito político, ni que sea excusado por motivación alguna, pues contra el hombre como sujeto de derecho universal no puede haber actos legitimizados'" (Corte Constitucional, Sentencia número C-069/94).

"Es necesario destacar igualmente algunos aspectos sobre el delito que originó el proceso y condena de NEGRETE CALDERIN (secuestro extorsivo), apreciados por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, al conocer en consulta la sentencia condenatoria:

"En efecto, del material probatorio recaudado en el proceso se deduce, en forma clara e incontrovertible, que la responsabilidad de los procesados se encuentra plenamente acreditada.

"Por las evidencias recogidas se sabe que Josué Hernández Gil fue rescatado en una finca denominada Ecuador, ubicada en el corregimiento de Santa Fe de Ralito, jurisdicción del municipio de Tierralta, en donde era custodiado o vigilado por MARIA ISABEL POLO COGOLLO; que dicho secuestro fue concebido, planeado y ejecutado en forma conjunta por CARLOS PATRICIO NEGRETE CALDERIN, OSCAR GUILLERMO RODRIGUEZ LEON, GUILLERMO ACOSTA RODRIGUEZ, LUIS EDUARDO RODRIGUEZ, AUGUSTO NEGRETE CALDERIN, MARIA ISABEL POLO COGOLLO Y JOSE DESIDERIO HERNANDEZ POLO'" (resaltados nuestros).

"Más adelante señala:

"Por lo demás, se encarga PATRICIO NEGRETE CALDERIN de relatar con lujo de detalles y de manera espontánea, todos los antecedentes del hecho delictivo, su ocurrencia y otras circunstancias sucedidas con

posterioridad al mismo, así como la participación que directamente tuvieron los procesados LUIS EDUARDO RODRIGUEZ y GUILLERMO ACOSTA RODRIGUEZ y su hermano AUGUSTO NEGRETE CALDERIN, quienes previamente a la ejecución del hecho punible se habían reunido en la finca de OSCAR GUILLERMO RODRIGUEZ, también participantes en el secuestro, para acordar todo lo relativo a su preparación y realización'" (cuaderno original 17, Tribunal Superior, folios 20 y 21).

"Como se ha expresado en varias oportunidades, incluso en la resolución que negó el beneficio de extinción de la pena a NEGRETE CALDERIN, las actuaciones judiciales constituyen la base para la decisión de cualquier beneficio jurídico por delitos políticos (en el presente estudio la extinción de la pena). No es competencia del Ejecutivo entrar a decidir en esta oportunidad si las pruebas que obran en el proceso fueron 'apreciadas en forma irregular'; a variar o al menos 'pensar' que a la calificación jurídica de los hechos debió dársele otra denominación; ni a controvertir las decisiones del juzgador de Primera y Segunda Instancia, entre otras razones, porque corresponde a las partes en este caso al sujeto activo de la acción, hacer uso en su oportunidad de los medios de impugnación que establece la ley, si considera que una decisión es contraria a Derecho o a sus intereses personales.

"Es procedente referimos a la viabilidad de establecer la conexidad, de conformidad con lo preceptuado en el Decreto 213 de 1991.

"Como se indicó, en su sustento del recurso de reposición se aportó como prueba documental la certificación del Vocero del EPL, donde se avala la acción delictiva y se confirma la pertenencia del peticionario a la organización desmovilizada referida. Se pretende con ésta, dar por cumplido el presupuesto de la conexidad.

"El inciso segundo del artículo 4° del Decreto 213 de 1991 dispone que 'el Ministerio de Justicia declarará la existencia de dicha conexidad exclusivamente para los efectos previstos en este decreto y siempre que se trate de delitos cometidos antes de su vigencia'.

"No obstante lo anterior, el Gobierno Nacional no puede considerar la conexidad o dar por establecida la misma en esta instancia, en razón a la inexequibilidad del Decreto 213 de 1991, en los artículos 4° inciso segundo; 6° inciso cuarto y 11 en la parte que se refiere 'si la conexidad no estuviere acreditada en el proceso, se requerirá al peticionario para los efectos previstos en el artículo 4°" (Corte Suprema de Justicia, sentencia número 43 de abril 9 de 1991).

"Conviene reiterar asímismo que la sola inclusión en listas de miembros de una organización desmovilizada (EPL), constituye un pre requisito que sirve para dar por cumplido el presupuesto de voluntad de reincorporarse a la vida civil, sin que ello signifique que constituya por sí solo el otorgamiento del beneficio de extinción de la pena.

"Del estudio del expediente del proceso adelantado en contra de AUGUSTO SANTANDER NEGRETE CALDERIN y otros, analizados los argumentos del recurrente y dadas las consideraciones de carácter legal para establecer la conexidad, se concluye que no existen elementos que demuestren la existencia de una relación medio a fin entre el delito de secuestro extorsivo por el cual se condenó a NEGRETE CALDERIN y los delitos políticos a que se refiere el artículo 5° del Decreto 213 de 1991, determinando en consecuencia que la impugnación sea desestimada y se mantenga la decisión inicialmente proferida".

3°. Los artículos 1° a 5° del Decreto 213 de 1991 prescriben lo siguiente:

"Artículo 1°. Conságranse la extinción de la acción penal y de la pena en favor de los nacionales colombianos autores o cómplices de hechos constitutivos de delitos políticos, cometidos antes de la vigencia del presente decreto, siempre que se cumplan las condiciones, exigencias y requisitos establecidos en el mismo".

"Artículo 2°. Entiéndese por delitos políticos los tipificados en el Código Penal como rebelión, sedición y asonada y los delitos conexos con los anteriores.

"Lo dispuesto en este decreto no se aplicará con relación a los genocidios, a los homicidios cometidos fuera de combate, con sevicia o colocando a la víctima en estado de indefensión, ni a los actos de ferocidad o barbarie".

"Artículo 3°. Para la concesión de la extinción de la acción penal y de la pena se requiere la demostración inequívoca de la voluntad de reincorporación a la vida civil, la cual implica por parte de la respectiva organización rebelde y por sus miembros la desmovilización y la dejación de las armas en los términos y condiciones de la política de paz y reconciliación del Gobierno Nacional. El Gobierno valorará dicha conducta para efecto de la concesión de las prerrogativas consagradas en este decreto.

"El Ministerio de Gobierno, evaluará en cada caso, la dejación de las armas y la pertenencia del beneficiario a la organización rebelde respectiva con arreglo a los términos y condiciones de la iniciativa de paz. Para dicho efecto el Ministerio podrá basarse en la información que suministre quien a su juicio

lleve la vocería o la dirección de la respectiva organización rebelde. Quien suministre dicha información será responsable por la veracidad de la misma.

"Como resultado de la valoración a que se refiere el presente artículo el Ministerio de Gobierno elaborará una lista con los nombres de las personas que forman parte de la respectiva organización rebelde de todo lo cual se dejará constancia en un acta. Cualquier modificación a la lista deberá efectuarse por solicitud de los voceros o directivas a que se refiere el inciso anterior y de ella se dejará constancia en un acta adicional.

"Las listas se remitirán por parte del Ministerio de Justicia a todos los Tribunales Superiores, al Tribunal de Orden Público y a las demás autoridades competentes que estime pertinente dicho Ministerio para los efectos previstos en este decreto.

"Las autoridades que por cualquier motivo estén conociendo de investigaciones y procesos adelantados contra las personas a que se refieren estas listas, enviarán inmediatamente el expediente al respectivo Tribunal, el cual le será devuelto por éste para que continúe su trámite si dentro de los seis meses siguientes al recibo de las listas por el Tribunal, no se hubiere hecho uso de los beneficios aquí consagrados".

"Artículo 4°. Si la conexidad del hecho a que se refiere un expediente no ha sido declarada en la sentencia o considerada en la actuación, el interesado deberá demostrarla teniendo en cuenta el acervo probatorio que obre en ella o en otros procesos que se adelanten contra la misma persona, con certificaciones expedida para el efecto por las autoridades competentes, por medio de declaraciones extrajuicio y cualquier otro medio probatorio o información que estime pertinente.

"El Ministerio de Justicia declarará la existencia de dicha conexidad exclusivamente para los efectos previstos en este decreto y siempre que se trate de delitos cometidos antes de su vigencia".

"Artículo 5°. El Gobierno Nacional podrá conceder la extinción de la sanción o de la pena en cada caso particular, a los nacionales colombianos que hubieren sido o sean condenados mediante sentencia ejecutoriada por los delitos de rebelión, sedición, asonada y los conexos con éstos, bajo las condiciones establecidas en el Título I.

"Las personas incluidas en las listas a que se refiere el artículo 3° podrán solicitar la extinción directamente o por intermedio de apoderado, mediante escrito dirigido al Ministerio de Justicia dentro de los seis (6) meses siguientes

a la promulgación de este decreto. La petición contendrá su expresa y clara manifestación de voluntad de reincorporarse a la vida civil.

"El interesado indicará en la solicitud las razones e informaciones necesarias para obtener el beneficio, allegará los documentos pertinentes para el mismo efecto, y señalará el despacho judicial o la autoridad donde se encuentre el expediente, si lo conociere".

4°. Mediante sentencia número 43 de fecha 9 de abril de 1991, la honorable Corte Suprema de Justicia declaró la inexequibilidad de los artículos 4° inciso segundo, 6° inciso cuarto y 11 en la parte que dice: "Si la conexidad no estuviere acreditada en el proceso se requerirá al peticionario para los efectos previstos en el artículo 4°" del Decreto 213 de 1991, con fundamento en las consideraciones que se transcriben a continuación:

"3. El caso de la declaración de la conexidad de los delitos

"No ocurre lo mismo con las disposiciones del Decreto 213 de 1991 que le entregan al Ministerio de Justicia la facultad de calificar los hechos para determinar la ocurrencia de delitos políticos y la conexidad de éstos con otros para los efectos de la aplicación de los beneficios allí consagrados. La calificación de los delitos y de la conexidad supone la definición de los elementos mismos de las conductas, la responsabilidad, la unidad de las circunstancias de tiempo y lugar, la interpretación y aplicación de la ley para mantener la unidad del proceso y señalar las consecuencias que la ley procesal y el mismo Decreto 213 establecen. Es una labor esencialmente jurisdiccional en la cual deben obrar todas las garantías procesales bajo la orientación del juez, funcionario que asegura la recta aplicación de la ley por su imparcialidad. No es esta una función de la Administración Pública cuyo contenido es una labor ejecutiva de la ley, ni a ella, por respeto del principio de la separación de poderes, se le puede asignar semejantes atribuciones jurisdiccionales, porque está en juego la garantía más auténtica y eficaz de la libertad de un sistema democrático como el colombiano.

"Sin embargo, el estudio, en cada caso, de las condiciones relativas a la pertenencia del interesado en los beneficios, al grupo rebelde desmovilizado, la ocurrencia de la dejación de las armas, su voluntad de reincorporarse a la vida civil y democrática y la elaboración de las listas son elementos que bien puede evaluarlos el respectivo ministerio y caen, así, en la responsabilidad propia de la administración sin romper el principio organizativo del Estado que consagra el artículo 55 de la Constitución.

"Estas razones conducen a la inexequibilidad de los artículos del Decreto 213 de 1991 que asignan al Ministerio de Justicia la calificación del delito

político y la conexidad cuando aún no ha sido decretada en el respectivo proceso para la aplicación de los beneficios de la extinción de la acción penal y de la pena".

Puntualizado lo anterior, se procede al estudio y definición de las acusaciones formuladas en contra de los actos cuya declaratoria de nulidad se impetra.

En relación con el primer cargo. La Sala considera que los actos acusados no desconocen en modo alguno el principio de la buena fe, según el cual en las actuaciones que realicen los particulares ante las autoridades públicas debe suponerse que actúan en ejercicio lícito de sus derechos e intereses, pues la denegatoria de la solicitud elevada por el demandante se fundamentó en que el solo hecho de aparecer incluido en las listas de miembros del EPL elaborada por el Ministro de Gobierno era insuficiente para afirmar que el proceder ilícito e imputado, probado y objeto de condena tuviera relación con el delito político de rebelión, ya que en el proceso penal no aparecía prueba alguna que demostrara la conexidad con este último. Es decir, que ante la ausencia de uno de los requisitos exigidos por el Decreto 213 de 1991 para la concesión del beneficio de la extinción de la pena, la decisión a adoptar no podía ser otra que la denegatoria de la solicitud formulada, como al efecto se procedió mediante el primero de los actos acusados.

De otra parte, la Sala se ve ante la imposibilidad de analizar el cargo referente a la "no aplicación del principio de la buena fe que regenta los procesos de paz", por cuanto en la demanda no se indican las disposiciones que, según el actor, atribuyen a la Corte Suprema de Justicia la facultad de reconocerlo por vía de interpretación de la ley "...al decidir en segunda instancia solicitudes de amnistía, cesaciones de procedimientos o la extinción de la acción penal de integrantes de diferentes organizaciones rebeldes desmovilizadas" y que, por lo mismo, habrían sido violadas.

En cuanto al cargo de violación del artículo 22 de la Carta Política que se atribuye a los actos acusados, la Sala no logra entender, y el actor no lo explica, en qué medida el hecho de habérsele negado el beneficio de la extinción de la pena atente contra la paz, como derecho y como deber, e implique el desconocimiento de los acuerdos de paz suscritos entre el Gobierno Nacional y el EPL cuando, por el contrario, los citados actos se expidieron con fundamento en la normatividad vigente aplicable al beneficio pretendido por el actor.

Por lo anterior, las acusaciones no prosperan.

En relación con el segundo cargo, en el cual se plantea que la Resolución número 90 de 1994 desconoce el artículo 29 de la Carta Política, la Sala considera que adolece de vocación de prosperidad, toda vez que la cita de algunos apartes de la Sentencia C-069/94 proferida pro la Corte Constitucional, en relación con el

delito de secuestro, al resolver sobre la constitucionalidad de la Ley 40 de 1993, simplemente tuvo como finalidad la de reiterar que la negativa del beneficio de la extinción de la pena solicitada obedeció a que el hecho punible por el cual se condenó al actor, es decir, el de secuestro extorsivo, no era conexo con los delitos a que se refiere el artículo 5° del Decreto 213 de 1991, como se evidencia de la lectura del contexto en el cual se hace la indicada cita, y en ningún momento la de aplicar en forma retroactiva las disposiciones de dicha ley, como equivocadamente se plantea en la demanda.

En consecuencia, el cargo no prospera.

En relación con el tercer cargo, en el cual se discute el quebrantamiento de los artículos 1°, 2°, 3° y 4° inciso primero del Decreto 213 de 1991, la Sala considera que adolece de vocación de prosperidad, pues, de una parte, en los actos acusados no se discute la calidad de nacional colombiano del actor, que no hubiese formado parte de la organización guerrillera desmovilizada en cumplimiento de los acuerdos de paz suscritos con el Gobierno Nacional, que su nombre no apareciese en las listas elaboradas por el Ministerio de Gobierno, que la solicitud se hubiese formulado extemporáneamente, que hubiera sido juzgado por los delitos a que se refiere el inciso segundo del artículo 2° del mencionado decreto o que no hubiera manifestado su voluntad irrevocable de reincorporarse a la vida civil, y, de la otra, por cuanto al no haberse declarado en el respectivo proceso penal la conexidad entre el hecho punible por el cual se condenó al actor con el delito político de rebelión, y como consecuencia de la declaratoria de inexequibilidad del inciso segundo del artículo 4° del referido decreto, el Gobierno Nacional no podía considerar o dar por establecida dicha conexidad en vía administrativa, requisito éste *sine qua non* para efecto de la aplicación del beneficio de la extinción de la pena solicitada. Es decir, que si bien el inciso primero del artículo 4° del Decreto 213 de 1991 permitía demostrar la conexidad cuando ella no había sido declarada en la respectiva sentencia, y que para dicho fin se allegaron algunos documentos probatorios, el Gobierno Nacional no podía conceder el beneficio solicitado sobre la base de su demostración en el curso de la actuación administrativa, como lo consideró la Corte Suprema de Justicia en la sentencia que declaró la inexequibilidad del inciso segundo de la indicada norma.

En concordancia, al no prosperar los cargos formulados por el actor, se impone la denegatoria de 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 súplicas de la demanda.

Segundo. Condénase en costas a la parte actora, conforme a lo dispuesto en el artículo 171 del C. C. A., en concordancia con el artículo 392 del C. de P. C.

Tercero. Devuélvase la suma depositada para gastos ordinarios del proceso o su remanente.

Cuarto. 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 diecinueve de octubre de mil novecientos noventa y cinco.

*Libardo Rodríguez Rodríguez,* Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Nubia González Cerón, Yesid Rojas Serrano.*

**DESVINCULACION DEL PROCESO / INTERES DIRECTO EN EL PROCESO - Inexistencia**

**Efectivamente, como se demuestra en la copia de la Resolución número 40467 de 29 de septiembre de 1994, expedida por la División de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio, la empresa Acerías Paz del Río S. A. no tiene interés directo en las resultas del proceso en razón de haber cedido o traspasado el registro de la marca CPR (etiqueta), de la que era titular, en favor de la sociedad Cementos Paz del Río S. A., y que, por el contrario, es a éeta última persona jurídica a la que le asiste dicho interés, por lo cual debe citársele a comparecer al proceso, el despacho considera que debe procederse a revocar la decisión recurrida, que no a "modificarla", como se solicita, y, en su lugar, disponer la adición del ordinal 4º de la parte resolutiva del auto admisorio de la demanda, de fecha 3 de marzo de 1995, en el sentido de ordenar que el mismo le sea notificado personalmente al representante legal de la empresa Cementos Paz del Río S. A., con entrega de copia de la demanda y sus anexos, como persona jurídica con interés directo en el resultado del proceso.**

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

Santa Fe de Bogotá, D.C., veinte (20) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Radicación número 3225.

Actor: Cales y Derivados.

Calcáreos Río Claro Limitada.

Procede el despacho a resolver el recurso de reposición interpuesto por el apoderado de la Sociedad Acerías Paz del Río S. A. contra el ordinal 2º de la parte resolutiva del auto de 28 de julio de 1995, mediante el cual se adicionó el ordinal 4º

de la parte dispositiva del auto admisorio de la demanda, en el sentido de ordenar la notificación de esta última providencia a dicha sociedad, como persona jurídica con interés directo en las resultas del proceso.

## LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La empresa Acerías Paz del Río S. A. solicita "modificar" la providencia recurrida, en el sentido de desvincularla del proceso por no tener interés directo o indirecto en las resultas del mismo, en razón a que la marca CPR (etiqueta) fue cedida por ella en favor de la Sociedad Cementos Paz del Río S. A., como lo demuestra con la copia de la Resolución número 40467 de 29 de septiembre de 1994, que acompaña con el recurso, expedida por la División de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio. Asímismo solicita ordenar la notificación del auto admisorio de la demanda a la sociedad Cementos Paz del Río S. A., actual titular de la marca CPR (etiqueta).

## CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Luego del estudio de los argumentos planteados por la recurrente, y teniendo en cuenta que, efectivamente, como se demuestra con la copia de la Resolución número 40467 de 29 de septiembre de 1994, expedida por la División de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio, la empresa Acerías Paz del Río S. A. no tiene interés directo en las resultas del proceso en razón de haber cedido o traspasado el registro de la marca CPR (etiqueta), de la que era titular, en favor de la sociedad Cementos Paz del Río S. A., y que, por el contrario, es a esta última persona jurídica a la que le asiste dicho interés, por lo cual debe citársele a comparecer al proceso, el Despacho considera que debe procederse a revocar la decisión recurrida, que no a "modificarla", como se solicita, y, en su lugar, disponer la adición del ordinal 4° de la parte resolutiva del auto admisorio de la demanda, de fecha 3 de marzo de 1995, en el sentido de ordenar que el mismo le sea notificado personalmente al representante legal de la empresa Cementos Paz del Río S. A., con entrega de copia de la demanda y sus anexos, como persona jurídica con interés directo en el resultado del proceso.

En mérito de lo expuesto, el Despacho

## RESUELVE:

1°. Revócase el ordinal 2° de la parte resolutiva del auto de 28 de julio de 1995 y, en su lugar, se dispone:

Adiciónase el ordinal 4° de la parte resolutiva del auto admisorio de la demanda, de fecha 3 de marzo de 1995, en el sentido de ordenar su notificación a la sociedad Cementos Paz del Río S.A., por intermedio de su

representante legal, con entrega de copia de la demanda y sus anexos, como persona jurídica con interés directo en el resultado del proceso.

2. Reconócese personería al doctor Eduardo Bettín Vallejo como apoderado judicial de la sociedad Acerías Paz del Río S. A.

Notifíquese y cúmplase.

*Libardo Rodríguez Rodríguez,* Consejero de Estado.

**ACCION ESPECIAL DE NULIDAD DE MARCAS / CADUCIDAD - Término / REGISTRO DE MARCAS / LEON**

**La excepción de caducidad no está llamada a prosperar, pues a pesar de que el actor la denomina de nulidad y restablecimiento del derecho, se trata de la acción especial de nulidad de marcas para la cual es aplicable lo dispuesto en el artículo 596 del C. de Co., según el cual la acción de nulidad deberá intentarse "dentro de los cinco años, contados a partir de la fecha de registro de la marca cuya cancelación se solicite" si, al expedirse el certificado de una marca, se infringieron las disposiciones de los artículos 585 y 586 del mismo código, normas que, precisamente, son señaladas como violadas en la demanda.**

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

Santa Fe de Bogotá, D.C., veinte (20)de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Yesid Rojas Serrano.*

Radicación número 1071.

Actor: Laboratorios León Limitada.

Procede la Sala a decidir la acción, que el actor denomina de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurada contra la Resolución número 07600 del 19 de octubre de 1984, expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, por la cual se reconoce un registro de marca-etiqueta.

## LA ACCION

La sociedad *Laboratorios León Limitada,* con domicilio en Bucaramanga, solicita de esta Corporación que se declare la ocurrencia del fenómeno del silencio administrativo negativo de la Superintendencia de Industria y Comercio, frente al recurso de apelación interpuesto contra los actos administrativos complejos, emanados de la División de Propiedad Industrial, que más adelante se señalarán y

que se declare la nulidad del "auto admisorio de la solicitud para *registro de la marca consistente en 'una etiqueta en la cual aparecen las palabras –Parche León–, e inmediatamente encima una raya sobre la cual aparece la figura de un león y en el fondo del dibujo tres semicírculos el primero en color rojo; el segundo en color naranja y el tercero en color amarillo';* la nulidad de la *Resolución número 7600 del 19 de octubre de 1984 y consiguiente nulidad y cancelación del certificado de registro número 107751 de 21 de febrero de 1985*, otorgado para dicha marca que distingue productos de la clase 5ª del artículo 2° del Decreto 755 de 1972, actos administrativos que forman el acto administrativo complejo de registro de la referida marca".

La demanda se fundamenta en los siguientes hechos:

1. El día 14 de marzo de 1978, el señor Luis M. León, domiciliado en Bucaramanga, por intermedio de apoderado, presentó ante la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio una solicitud para registro de la marca *León* (etiqueta) consistente en "una etiqueta en forma circular dentro del (sic) cual aparece la cabeza de un león; son esenciales en la marca la expresión '*León*' y la figura"; para distinguir productos comprendidos en la clase 5ª del artículo 2° del Decreto 755 de 1972. Dicha solicitud fue radicada bajo el expediente número 172.698.

Surtido el trámite legal, la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio ordenó inscribir el registro de la marca indicada, mediante Resolución número 2097 de agosto 10 de 1987 (sic). Notificada y ejecutoriada la Resolución, se expidió certificado de registro de marca número 97207 de abril 28 de 1982, publicado en la Gaceta de la Propiedad Industrial número 302, pág. 302 del 4 de octubre de 1982.

2. La misma Superintendencia, mediante Resolución número 2115 de 1985, ordenó inscribir en los libros respectivos el traspaso del certificado número 97207, a favor de la sociedad Laboratorios León Limitada, y previa notificación, en ese mismo documento se expidió el certificado de traspaso. Esta operación fue publicada en la Gaceta de la Propiedad Industrial número 325, de 13 de mayo de 1986, página 173.

3. Previos los trámites legales, mediante Resolución número 2956 de abril 21 de 1988, se ordenó inscribir en los libros de Propiedad Industrial la renovación del certificado número 97.207 a favor de la misma sociedad y, en ese mismo documento, se expidió el certificado de renovación.

4. El 10 de diciembre de 1979 el doctor Marcel Stanich, obrando en su calidad de apoderado de Beiersdof A.G., domiciliada en Hamburgo, Alemania,

solicitó a la Superintendencia de Industria y Comercio, que se registre "una etiqueta en la cual en su parte inferior aparecen las palabras *Parche León*, e inmediatamente encima una raya sobre la cual aparece la figura de un león y en el fondo del dibujo tres semicírculos el primero en color rojo; el segundo en color naranja y el tercero en color amarillo, etiqueta esta que se usa para distinguir productos farmacéuticos, veterinarios e higiénicos; productos dietéticos para niños y enfermos, emplastos, material para vendajes, parches curativos; materiales para empastar dientes y para improntas dentales; desinfectantes, preparaciones para destruir las malas hierbas y los animales dañinos, artículos comprendidos en la clase 5ª del Decreto 755 de 1972". Dicha solicitud fue radicada en la División de Propiedad Industrial bajo el número de expediente 187.431.

El 6 de febrero de 1980, la oficina de registro certifica, en sello de caucho, que "No está registrada esta marca clase 31 ni sus correspondientes al D/1707 de 1931".

5. En la misma fecha, 6 de febrero de 1980, la Oficina de Registro certifica que "por solicitud de marzo 14/78 en el expediente 172.698, se tramita la marca León para distinguir productos de la clase 5ª D/755/72" y mediante otrosí colocado a continuación complementa el informe diciendo "la etiqueta a que se refiere el informe anterior, corresponde a la *Cabeza de un león* dentro de un círculo concéntrico el cual aparece rodeado de las expresiones 'Laboratorios "*León*" Luis M. León. Bucaramanga". Las etiquetas presentan características diferentes, pero en las dos figura la expresión "León":

6. El inciso 1° del auto manuscrito de 29 de septiembre de 1980, reconoce personería al doctor Marcel Satanich R. (sic), como apoderado de Beiesdorf A.G. El inciso 2 del mismo auto manuscrito manifiesta al solicitante que "Teniendo en cuenta el informe secretarial de fecha 6 de febrero de 1980 y al tenor de los literales "C" y "F" del art. 58 del Decreto 1190 de 1978 la expresión "*Parche León*" (etiqueta), no es suceptible (sic) de Registro marcario". El inciso 3 señala que "el solicitante tendrá un plazo de treinta días hábiles para sustentar su solicitud". Y el 4, que "En el mismo término deberá acreditar el recibo de pago de derechos fiscales por valor de $100.00 y estampillas de timbre nacional por valor de quinientos pesos ($500.00)". El auto fue notificado por estado el 2 de octubre de 1980.

7. En memorial del 2 de febrero de 1981, el doctor Marcel Stanich se refiere al informe "de fecha 6 de sept./80". En el expediente número 187431 de la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio no aparece informe alguno de esa fecha. Expresa el doctor Stanich: "Ante ese despacho y de la manera más atenta y comedida, manifiesto que la sociedad que represento Beirsdorf A. G. (sic), domiciliada en Hamburgo es dueña de la marca que consiste en una etiqueta con la figura de un león, según registro 12.753 de 1940Ñ80, inscrito al

folio 19 del libro 5° de la letra "L". La renovación de dicha marca se tramita bajo el expediente número 187.432. Ruego se sirva solicitar nuevo informe". Y solicita "revocar la decisión tomada mediante auto de fecha 29 de septiembre de 1980 y en su lugar ordenar la respectiva publicación de la solicitud de registro de la nueva etiqueta que contiene también la figura de un león".

8. El 15 de enero de 1982, la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, por intermedio del Jefe de la Sección de Marcas, expide un auto que en su numeral 1 expresa: "Revócase el auto de septiembre 29 de 1980 en lo que concierne al reconocimiento de personería".

En el mismo auto, se ordena a la Oficina de Registro que informe "lo que conste en los libros de Propiedad Industrial respecto del certificado 12.753, marca que consiste en una etiqueta con la figura de un león". Y se concede al interesado un término de 60 días hábiles para dar cumplimiento a lo solicitado. En el auto que fue notificado por estado el 22 de enero de 1982, se le solicitaba al peticionario actualizar el poder "porque el que obra en el presente cuaderno, fue conferido en abril de 1973, es decir, hace más de ocho años".

En el expediente 187.431, que pasó a Despacho el 22 de septiembre de 1982, obra constancia secretarial en el sentido de que el término concedido venció sin que los interesados "le hayan dado cumplimiento". En el expediente no aparece constancia de que se hubiere presentado nuevo poder, o por lo menos una manifestación al respecto.

9. El 20 de septiembre de 1983, el Jefe de la Sección de marcas envía el expediente 187.431 a Secretaría, para que se dé cumplimiento al inciso 3 del auto de 15 de enero de 1982. El 23 del mismo mes se expide la certificación solicitada que dice:

"Oficina de Registro

"Bogotá, D.E., septiembre 23 de 1983.

"En cumplimiento del auto anterior se informa:

"Bajo el número 12.753, se encuentra registrada y vigente desde el 23 de enero de 1940 hasta el 23 de enero de 1980, a favor de Beiersdorf A. G., con domicilio en Hamburgo, Alemania, la marca "*León*" (*Etiqueta*), para distinguir productos comprendidos en la clase 5ª del Decreto 755 de 1972.

"En el expediente número 187.432 (sic), se tramita renovación".

10. El 6 de diciembre de 1983 la División de Propiedad Industrial expide el auto admisorio de la solicitud, que dice:

"Exp. 187.431

"Bogotá D. E.

"6 Dic. 1983

"Revócanse por no ajustarse a derecho, los numerales 1° y 2° del aito de fecha 15 de enero de 1983.

"Admítase la presente solicitud, por reunir los requisitos exigidos por la ley marcaria vigente.

"Publíquese el extracto en la Gaceta de Propiedad Industrial. Téngase en cuenta que la expresión "Parche", dentro del conjunto de la expresión solicitada irá como explicativa.

"Notifíquese y cúmplase".

En el expediente 187.431 no aparece actuación o providencia que lleve fecha 15 de enero de 1983. Tampoco aparece constancia de que el doctor Stanich haya manifestado que se hubiera expedido providencia con esa fecha. Dicho auto fue notificado por estado el 7 de diciembre de 1983.

11. En el expediente 187.431 no aparece constancia de que el solicitante haya manifestado oposición a que la expresión "*Parche*" se tenga como explicativa.

El extracto de la solicitud fue publicado en la Gaceta de la Propiedad Industrial número 312 del 15 de febrero de 1984 y no se presentaron oposiciones.

12. Por medio de Resolución número 07600 de octubre de 1984, la División de Propiedad Industrial concedió el registro de la marca consistente en:

"Etiqueta en la cual en su parte inferior aparecen las palabras *Parche León*, e inmediatamente encima una raya sobre la cual aparece la figura de un león y en el fondo del dibujo tres semicírculos el primero en color rojo; el segundo en color naranja y el tercero en color amarillo.

"A favor de la sociedad Beiersdorf A. G., con domicilio en Hamburgo, República Federal Alemana.

"Por el término de cinco (5) años contados a partir de la anotación en los libros de Registro de la Propiedad Industrial".

En la resolución no se hace mención alguna de modelo o reproducción de la marca, ni corrección del nombre del apoderado, ni mención de que la palabra *Parche* irá como explicativa.

13. Aparece entonces una diligencia de notificación del acto administrativo fechado el 28 de noviembre de 1984, en la que se manifiesta que se notificó

personalmente al doctor Marcel Stanich la mencionada resolución, informándole de los recursos que contra ella operan. En el expediente no aparece constancia de que se haya interpuesto recurso alguno.

14. En cumplimiento de la citada Resolución número 07600 de 1984, en el mismo documento se expidió el certificado de concesión y registro de marca comercial número 107.751 por cinco años contados a partir de la anotación en los libros de Propiedad Industrial, esto es, a partir del 21 de febrero de 1985 a favor de la sociedad Beiersdorf A.G., domiciliada en Hamburgo, Alemania. El registro de la marca inscrita bajo el número 107.751, se encuentra vigente hasta el 21 de febrero de 1990.

15. El certificado de registro número 12.753 corresponde a la marca consistente en *"la palabra león y la figura de este animal que tiene bajo sus garras delanteras un emplasto adhesivo"*, registrada para distinguir sustancias y productos usados en medicina, farmacia, veterinaria e higiene; drogas naturales o preparadas, tales como: preparados farmacéuticos y medicinales, emplastos vegigatorios, desinfectantes, jabones y aceites medicinales, medicamentos veterinarios, antisámicos, gasas, vendas, esparadrapos y algodones medicinales", productos comprendidos originalmente en la clase 2ª del Decreto 1707 de 1931 y reclasificado en la clase 5ª del artículo 2º del Decreto 755 de 1972, a favor de Beiersdorf A.G., domiciliada en Hamburgo, República Federal de Alemania. Dicho registro caducó el día 23 de enero de 1985 "por cuanto no se le presentó renovación para el siguiente período".

## DISPOSICIONES VIOLADAS

Manifiesta el actor que con la expedición del acto demandado se violaron los artículos 16, 30, 32 de la Constitución de 1886 y los artículos 56, 58, 62 y 64 del Acuerdo de Cartagena.

Explica la transgresión del artículo 16 de la Carta afirmando que la Resolución acusada no protege a los particulares en su vida, honra y bienes porque permite el registro de la marca *Parche León*, cuando previamente había una prelación y un derecho concedido al señor Luis M. León, titular inicial y a Laboratorios León Limitada, titular actual que había entrado a hacer parte de su patrimonio.

El artículo 30, *ibidem*, es violado, según la explicación, en cuanto la sociedad Beiersdorf A.G. solicitó el registro de la marca, casi un año y nueve meses después de haberlo hecho el señor Luis M. León quien por este hecho había configurado a su favor "un derecho adquirido". Sobre el artículo 32, considera que "la justicia social solo puede lograrse cuando se armoniza (sic) los derechos de los particulares con sus obligaciones sociales, esta armonisación (sic) no se da en este caso".

Sobre los artículos señalados como violados del Decreto 1190 de 1978, no aporta el accionante ninguna explicación. Dice sin embargo que resultan también desobedecidos con el acto acusado el artículo 12 del mismo Decreto y los artículos 585 y 586 del Código de Comercio, en cuanto no se cumple con la obligación de acompañar a la solicitud los poderes que fueron necesarios y se reconoce personería al doctor Satanich y no al doctor Stánich, "lo que implica que el procedimiento se inició sin reconocerle personería adjetiva al interesado".

Al resumir sus argumentos, manifiesta el solicitante:

"Resumiendo, sin existir apoderado del solicitante se expidió la resolución sujeta a contención por la Superintendencia de Industria y Comercio sin el lleno de elementales normas de procedimiento con violación de la ley y falsa motivación que permitió a Beiersdorf A.G., el registro de la marca *Parche León* en detrimento del derecho que le asistía a mi mandante y como consecuencia es obligatorio restablecer su derecho.

"Los artículos 585 y 586 del Código de Comercio fueron violados, claramente por los actos cuya nulidad se solicita porque, no solamente con ellos se inducía a error sino que además se violaban derechos de terceros y además se acababa con la distintividad intrínseca objetiva, es decir la novedad con la distintividad extrínseca objetiva que es la licitud y lógicamente con la especialidad de que gozan las marcas de acuerdo con el artículo 586 del Código de Comercio".

La demanda fue corregida y adicionada mediante memorial presentado el 4 de marzo de 1989 en el que "se modifica el punto primero de las declaraciones y condenas en el sentido de declarar nulo el acto administrativo presunto que se configuró cuando la Superintendencia de Industria y Comercio, dejó transcurrir dos meses sin pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución 7600 de octubre 19 de 1984 operándose el silencio administrativo negativo". Se pide además que "se excluya de las declaraciones y condenas el punto 3, no condenando a la sociedad Beiersdorf A. G., a reconocer perjuicios".

## CONTESTACION DE LA DEMANDA

Mediante apoderado judicial, la sociedad Beiersdorf A.G. contestó la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, en la cual es citada como tercero interviniente. En el memorial de respuesta, ampliamente motivado, se pronunció en forma expresa oponiéndose a las pretensiones y analizó cada uno de los 49 hechos de la demanda.

Al referirse al concepto de violación, "comparte, y hace suyas, las opiniones del actor, interpretadas, naturalmente, en su sentido obvio, es decir, en el sentido de que todas las normas legales por él señaladas son, en su totalidad, las disposiciones

que deben ser consideradas para conceptuar y resolver de fondo la tesis expuesta a nombre de la sociedad Beiersdorf A.G. interviniente, porque en realidad de verdad se ha desconocido un derecho suyo legítimo, radicado en el registro número 12-753 del 23 de enero de 1940 (y vigente hasta enero 23 de 1985), y en la adopción prioritaria de más de 40 años, es forzoso concluir denegando las pretensiones de la demanda".

Aduce el señor apoderado de la firma interviniente, que los artículos 16, 30 y 32 de la Constitución Nacional de 1886; 56, 58, 62 y 64 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena, y los artículos 584 y 586 del Código de Comercio, fueron violados, todos y cada uno, por la División de Propiedad Industrial al otorgar el Registro número 92-207 del 10 de agosto de 1981, otorgado de manera irregular a nombre del señor Luis M. León N., de Bucaramanga, y los argumentos para explicar el concepto en cuya virtud las normas citadas fueron violadas por la premencionada entidad oficial, pueden resumirse, a partir si se quiere de las propias lucubraciones del actor sobre el punto, en lo siguiente:

> "Fundamentalmente los artículos 584 y 586 del C. de Com. y 56 y 58 de la Decisión 85, consagran definiciones claras sobre los requisitos de novedad y distintividad, que, a ojos vista la marca 'León' (*figura y expresión-etiqueta*), otorgada 40 años después, no reunía ni desde el momento mismo de su solicitud (el 14 de marzo de 1978); ni durante el lapso de tiempo en que transcurrió su proceso administrativo; ni tampoco a la fecha de cuando la citada División de Propiedad Industrial resolvió, mediante la Resolución número 02097 del 10 de agosto de 1981, inscribir la marca '*León*' (figura y expresión-etiqueta) a favor del ahora demandante".

Concluye el profesional su alegación, afirmando que, estando demostrada la vigencia legal ininterrumpida del antiguo Registro número 12.753 del 23 de enero de 1940, hasta el 23 de enero de 1985; y demostrado como queda también que el Registro número 97-207 adolecía de improcedibilidad jurídica y legal desde su propia solicitud el 14 de marzo de 1978, precisamente porque ya se había otorgado un derecho de prioridad marcaria por parte de la División de Propiedad Industrial a favor de una persona jurídica diferente, sobre la misma marca "Parche León" (figura y expresión-etiqueta), es del caso concluir que dicho último registro resulta usurpatorio de la normatividad que rige la materia, y que en tales circunstancias es entonces un acto administrativo viciado de nulidad y por consiguiente no reúne la calidad jurídica necesaria para servir de fundamento a las pretensiones de la demanda, la cual carece de apoyo legal y debe ser por consiguiente denegada.

En escrito posterior, hizo el respondiente algunas aclaraciones a su contestación, entre ellas las de que, en todas las referencias que se hagan al titular

de la marca "*León*", debe leerse "Luis M. León", tal y como consta en el texto de la Resolución número 02097 del 10 de agosto de 1987 (sic) y el correspondiente certificado número 97.207 del 28 de abril de 1982 (y no "León Colmenares" como erróneamente se había escrito en algunos apartes de la contestación).

## PROPOSICION DE EXCEPCIONES

El señor apoderado del tercero interviniente propuso en la contestación de la demanda dos excepciones:

Primera: Indebida representación del demandante.

Considera el proponente que el poder del abogado de la parte actora es insuficiente porque, en su sustitución, no se satisfizo la disposición de la primera parte del segundo inciso del art. 68 del C. de P. C.

Manifiesta que "el querer (que se supone inalterable) del otorgante era que si no lo representaba el principal de sus apoderados, lo representara, automáticamente, el segundo en su orden... es decir: Que si no era el doctor Luis Alberto Zorro Sánchez, fuera el doctor Carlos Zorro Huertas; pero como se ve, la sustitución no se hizo, o el poder no se ejerció por el doctor Carlos Zorro Huertas, segundo en el orden de importancia según la ley, y según el querer del otorgante, sino por un tercer apoderado, designado directamente por el apoderado principal, con desconocimiento de quien le seguía en importancia que era el doctor Carlos Zorro Huertas. Además, concordantemente el Código de Procedimiento Civil tiene establecido en su art. 68 que para la sustitución del poder se debe proceder de la misma manera que para constituirlo". Para sustentar su interpretación, cita una manifestación de la División de Propiedad Industrial sobre la aplicación de los artículos 66 y 68 del C. de P.C.

Segunda: Caducidad de la acción.

Se apoya la proposición de la excepción en el hecho de que la presente demanda se presentó por fuera de los cuatro meses que tiene establecidos la ley para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Según el apoderado de la parte interviniente, la parte actora interpuso un recurso de apelación el 7 de julio de 1988, es decir, tres años y ocho meses después de ejecutoriada la resolución contra la cual lo dirigía, diciendo que el Certificado de Registro número 107-751 no había sido publicado en la Gaceta de Propiedad Industrial, por lo cual obraba "en tiempo oportuno". Que además dicha resolución había quedado ejecutoriada para quien se notificó y no interpuso recursos, mas no para los terceros no intervinientes dentro del proceso administrativo de registro de marca.

Aduce el excepcionante que "la ocasión para intervenir que tiene todo ciudadano en un proceso de registro de marca es la de publicación del extracto respectivo en la Gaceta de Propiedad Industrial, la cual oportunidad el ahora demandante no ejercitó en el momento debido. Además, a lo mejor había podido ser oído–el apelante en cuestión–dentro del término de la ejecutoria de la Resolución número 07600 del 19 de octubre de 1984, posibilidad que tampoco fue cabalmente aprovechada por el ahora demandante. Pero lo que sí es admisible y extraño a la regulación que se tiene para esta clase de procedimientos de registro marcario es que la publicación del Certificado de Registro que se suele hacer en la Gaceta Oficial de la Propiedad Industrial establezca una nueva (?) etapa adicional a las que ya conforman la vía gubernativa".

## NOTIFICACION A LA ENTIDAD DEMANDADA

La demanda se notificó también, como lo ordena el auto admisorio, a la señora Fidelia Villamizar de Pérez en su calidad de Superintendente de Industria y Comercio, entidad que no se hizo presente en ninguna de las etapas del proceso.

Intervenciones conclusivas de las partes y del Ministerio Público

Corrido el traslado para alegar de conclusión, las partes se hicieron presentes con sendos memoriales en los que, además de reafirmar sus argumentaciones iniciales, hacen otras consideraciones a las cuales se hará referencia oportunamente en lo que fuere pertinente.

Igualmente, en auto del 28 de julio de 1995, se corrió traslado a la señora Procuradora Delegada ante esta Corporación a fin de que emitiera su concepto de fondo. La funcionaria guardó silencio.

## SUSPENSION DEL PROCESO

En escrito presentado el 15 de septiembre de 1989, el señor apoderado de la parte actora, en aplicación de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, solicitó la suspensión del proceso.

Manifiesta el solicitante que la sociedad Beiersdorf A.G. demandó la nulidad de la Resolución 2097 del 10 de agosto de 1981 y la consiguiente cancelación del registro de la marca "*León y figura-etiqueta*". En dicho proceso, que cursa en esta misma sección bajo el número de expediente 514, se somete a contención la mencionada resolución y el fallo que se emita en el presente proceso, depende de aquel, por lo que es procedente la solicitud.

Ordenada y obtenida la debida comprobación sobre la existencia del proceso 514, partes intervinientes y actuaciones realizadas, el magistrado Sustanciador, mediante auto del 24 de noviembre de 1989 ordenó suspender el presente proceso

hasta tanto se resolviera el proceso 514, en el que figuraba como actora la sociedad Beiersdorf A. G.

Con fundamento en informe secretarial del 10 de mayo del corriente año, al que se adujo el proceso número 514 debidamente concluido, se dispuso la reanudación del presente, que entra a decidirse.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se propone la Sala, antes de pronunciarse sobre la materia de fondo, estudiar las excepciones propuestas por el señor apoderado de la parte interviniente.

La primera excepción, como ya se refirió oportunamente, es propuesta como "indebida representación del demandante", debido a que el poder inicial es conferido a "los doctores Luis Alberto Zorro Sánchez y/o Carlos Zorro Huertas" y el primero de ellos lo sustituyó en el doctor Fabio Antonio Cárdenas Zorro, cuando, según la ley y según el querer del otorgante, la sustitución debió hacerse a favor del doctor Carlos Zorro Huertas".

Sin necesidad de hacer mayores lucubraciones sobre el asunto, estima la Sala que el solo uso de la fórmula "y/o" empleada por el poderdante ponía a ambos apoderados en iguales condiciones ya fuera para ejercer el mandato, ya para sustituirlo, como ocurrió en el presente caso cuando el primero de los mencionados lo sustituyó en un tercero con las formalidades que se establecen en los artículos 66, 68 y 84 (tanto en el antiguo texto como en el reformado por el Decreto 2282 de 1989) del Código de Procedimiento Civil.

No prospera, por tanto, la excepción de "indebida representación del demandante".

La segunda excepción, "caducidad de la acción", se fundamenta en el hecho de que la demanda se presentó por fuera de los cuatro meses que tiene establecidos la ley para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

La excepción de caducidad no está llamada a prosperar, pues a pesar de que el actor la denomina de nulidad y restablecimiento del derecho, se trata de la acción especial de nulidad de marcas para la cual es aplicable lo dispuesto en el artículo 596 del C. de Co., según el cual la acción de nulidad deberá intentarse "dentro de los cinco años, contados a partir de la fecha de registro de la marca cuya cancelación se solicite" si, al expedirse el certificado de una marca, se infringieron las disposiciones de los artículos 585 y 586 del mismo código, normas que, precisamente, son señaladas como violadas en la demanda (fl. 77 vto.).

En el caso de autos la fecha del registro es la de 21 de febrero de 1985 (folio 23 vto.) y la de la presentación de la demanda es la del 8 de noviembre de 1988.

En cuanto a las pretensiones de la demanda, se tiene que el accionatne, como ya hubo oportunidad de anotarse, solicitó, el 15 de septiembre de 1989, la suspensión del proceso por esta razón fundamental:

> "Como la legalidad de la Resolución 2097 del 10 de agosto de 1981 está sometida a contención en el proceso 514 y el fallo que se tome (sic) en este proceso depende de aquel, es procedente la solicitud de suspensión".

En efecto, la demanda contra la Resolución 2097 del 10 de agosto de 1981, expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio fue fallada, declarándose su nulidad, así como la del certificado marcario número 97.207 de 28 de abril de 1982, en sentencia del Consejo de Estado, Sección Primera, el 17 de octubre de 1991, con ponencia del doctor Miguel González Rodríguez (folios 350 y ss. cuaderno 1b).

La anterior decisión fue objeto del recurso extraordinario de súplica, recurso que no prosperó, según fallo de la Sala Plena de la misma Corporación pronunciado el 20 de marzo de 1995 (folios 617 y ss. *ibidem*).

Arrimados han sido pues a este expediente los resultados del proceso 514 con la definitiva decisión de dejar sin piso jurídico la Resolución número 2097 del 10 de agosto de 1981 expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, en la que se ordenaba inscribir, en favor de Luis M. León, domiciliado en Bucaramnga, Santander, Colombia, el registro de marca "*León*" consistente en una etiqueta de forma circular en la que aparece la cabeza de un león, para distinguir productos de la clase 5ª del artículo 2º del Decreto 755 de 1972, vigente hasta el 27 de abril de 1987.

De la referida decisión, tal como lo manifiesta el mismo accionante, se desprende necesariamente el resultado del juicio que ahora se decide.

En efecto, en la presente demanda se aducen como hechos fundamentales la solicitud hecha por el demandante, ante la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio de registro de la marca "*León*" ya descrita y la consiguiente orden de inscripción del registro de dicha marca, otorgada por la Superintendencia a través de la Resolución 2097 del 10 de agosto de 1982, con vigencia de cinco años a partir del 28 de abril de 1982.

Es también un hecho fundamental de la demanda, la expedición del certificado de Registro de marca número 97.207 de abril 28 de 1982, para la marca consistente en "una etiqueta en forma circular dentro de la cual aparece la cabeza deun león; son esenciales en la marca la expresión '*León*' y la figura", quedando así completo el acto administrativo complejo de registro de dicha marca.

La sentencia proferida por esta Corporación en el proceso 514 el 17 de octubre de 1991 (folios 350 y ss. cuaderno 1-b) declara la nulidad tanto de la

Resolución 2097 del 10 de agosto de 1981, como del certificado marcrio número 97.207 del 28 de abril de 1982.

Corolario de lo anterior es la seguridad de no haberse violado, con el acto que aquí se demanda, ninguna de las normas superiores invocadas por el actor atinentes a la protección constitucional a la vida, honra y bienes y a los derechos adquiridos con justo título, pues tales derechos, según la sentencia aludida, radicaban por la época de la acción en cabeza de la firma que aquí actúa como tercero interviniente, pero que en el expediente 514 era el actor. Claramente lo dice la sentencia referenciada:

"Se impone para la Sala hacer un pronunciamiento de fondo con base en los cargos formulados por el actor que se pueden resumir en el hecho de que la actora es titular de la marca León (etiqueta) para distinguir productos de la clase 5ª del artículo 2° del Decreto 755 de 1972 desde el 23 de enero de 1940 hasta el 23 de enero de 1985 y que la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Coemrcio expidió el acto administrativo por el cual se concedió el registro de la marca León en favor de Luis M. León, con lo cual se quebrantaron los artículos 26 y 30 de la Constitución Naciional de 1886; 586 num. 4° del C. de Co.; 56, 58 literal f); 62 y 64 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena.

"Observa la Sala que desde el 23 de enero de 1940, según obra a los foliso 5 a 13 y 29 a 38, la sociedad Beiersdorf A.G., ha tenido la titularidad del registro de marca '*León*' (etiqueta) que cosnsiste en la denominación "León" y su figura, hasta el 28 de enero de 1985, como aparece al folio 28, para distinguir productos de la clase 5ª del artículo 2° del Decreto 755 de 1972, que correspondía antes a la clase 2ª del Decreto 1707 de 1931.

"No obstante lo anterior, la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio expidió la Resolución número 2097 de agosto 10 de 1981 (fl. 25) en que ordena inscribir en favor de Luis M. León, domiciliado en Bucaramanga, Santander, Colombia, el registro de la marca "León", para distinguir productos de la clase 5ª del artículo 2° del Decreto 755 de 1972, vigente hasta el 27 de abril de 1987.

"Significa, entonces, que para la época en que se expidió la Resolución acusada (agosto 10 de 1981) se encontraba vigente el registro de la marca León en abeza del actor hasta 1985.

"Señala el actor como infringida, entre otras disposiciones, la contenida en el literal f) del artículo 58 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena que preceptúa que no podrán ser objeto de registro como marcas:

'Las que sean confundibles con otras ya registradas o solicitadas con anterioridad por un tercero o solicitada posteriormente con reivindicación válida de una prioridad para productos o servicios comprendidos en una misma clase'.

"Sin que se quiera hacer un profundo análisis de la cuestión aquí debatida, confrontándola con la norma pretranscrita, se llega a la conclusión de que la marca '*León*' y la figura del animal para distinguir productos de la clase 5ª a que se refiere la resolución objeto de estudio, es fácilmente confundible con la registrada en favor del actor, por lo que se hace imperioso dar cumplimiento a lo prescrito en el artículo 596 del C. de Co., en el sentido de declarar la nulidad de la Resolución número 02097 de 10 de agosto de 1981, por cuanto al expedirse se infringió la norma del literal f) del artículo 58 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena, que sustituyó el numeral 1° del artículo 586 del C. de Co., nulidad esta que obviamente acarrea la del certificado número 97.207".

Los párrafos transcritos de la sentencia del 17 de octubre de 1991 en el proceso que aquí se ha distinguido con el número 514, expedia por esta misma Corporación, dejada en firme por sentencia de Sala Plena al no prosperar el recurso extraordinario de súplica que contra la misma se había interpuesto (folio 633 cuaderno 1-b), relevan a la Sala en esta oportunidd de hacer nuevas consideraciones para determinar que, como ya se había concluido, no son violadas con el acto demandado, Resolución número 7600 del 19 de octubre de 1984, expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, las normas constitucionales y legales señaladas en su demanda por la parte actora, estando más bien ajustada a derecho.

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 súplicas de la demanda.

CONDÉNASE en costas del proceso a la parte actora. Liquídense por Secretaría.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 19 de octubre de 1995.

*Libardo Rodríguez Rodríguez,* Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Nubia González Cerón, Yesid Rojas Serrano.*

**CONCEPTO - Obligatoriedad / EFECTOS JURIDICOS / ACTO ADMINISTRATIVO / OFICIO - Concepto**

**Para la Sala el acto acusado constituye un acto administrativo, por las siguientes razones: Cuando el concepto acusado se refiere a que "... En el evento planteado por el consultante no opera ni la corrección ni la modificación de la declaración, por el contrario, la Administración debe proceder a imponer la multa establecida por el artículo 3º inciso 1º del Decreto 1750 de 1991, sin perjuicio de la aprehensión y decomiso de la mercancía, salvo que se hubiere presentado declaración de legalización y pagado el respectivo rescate...", la Subdirección Jurídica de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales está haciendo una declaración de voluntad, en ejercicio de una función administrativa, capaz de producir efectos jurídicos, ya que le está imponiendo a la Jefatura de la División de Operaciones Aduaneras de la Subdirección Operativa el criterio a aplicar en caso de que haya habido un error mecanográfico al diligenciar la casilla de descripción de la declaración de importación, en tratándose del número de motor de un vehículo. Cabe señalar que, al tenor del parágrafo del artículo 57 del Decreto número 2117 de 1992, los conceptos emitidos por la Subdirección Jurídica de la citada Dirección sobre la interpretación y aplicación de la legislación aduanera, que sean publicados, constituyen interpretación oficial para los funcionarios de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y su desconociminto podrá acarrear sanción disciplinaria. Esta característica, a juicio de la Sala, torna obligatoria para la Administración la interpretación que allí se haga. Es del caso resaltar que el concepto acusado aparece publicado en el boletín contentivo de los conceptos de septiembre de 1993 de la División de Relatoría de la mencionada Subdirección Jurídica. De otra parte, cabe puntualizar que la enumeración de actos demandables que**

**hace el inciso 3° del artículo 14 del Decreto-ley 2304 de 1989 (subrogatorio del artículo 84 del C. C.A.) no es taxativa y los conceptos son enjuiciables en la medida en que contengan una decisión capaz de productir efectos jurídicos y emanen de una entidad pública o persona privada que cumpla funciones administrativas.**

**DECLARACION DE IMPORTACION / IMPORTACION DE VEHICULO / ERROR MECANOGRAFICO / MULTA - Nulidad / PRINCIPIO DE LA BUENA FE - Vulneración / MALA FE - Inexistencia / VACIO NORMATIVO / SANCION EN ADUANAS / APLICACION ANALOGICA - Prohibición**

**Según el acto acusado frente al caso planteado en la consulta que dio origen al mismo, la única solución posible es la del pago de una multa del 50% del valor de la mercancía, sin perjuicio de la aprehensión y decomiso, salvo que se hubiere presentado declaración de legalización y pagado el respectivo rescate. Para la Sala la solución jurídica que a través de la interpretación de las normas aduaneras se le dio al asunto objeto de la consulta es violatoria del artículo 83 de la Constitución Política, razón por la cual habrá de accederse a las pretensiones de la demanda. En efecto, si la buena fe debepresumirse en todas las gestiones que los particulares adelanten ante las autoridades públicas, resulta atentaroio de dicho principio fijar como criteroi de solución para un error mecanográfico, como el antes anotado, la imposición de una multa, que en este caso constituye una sanción para una conducta que, precisamente por estar precedida del error (ausencia de dolo), descarta la mala fe o la intención de defraudar al Estado, que es lo que pretenden castigar las normas aduaneras, cuando de contrabando se trata (artículo 1° literal a) del Decreto número 1750 de 1991). Si bien es cierto que, como lo señala el acto acusado, el parágrafo del artículo 59 del Decreto número 1909 de 1992 prevé que no procede la declaración de corrección para modificar la descripción amparando mercancías diferentes; y que la declaración de modificación está reservada para los casos a que se contraen los artículos 35, 43, 44 y 45 *ibidem,* no lo es menos que los eventos a los cuales se refieren los incisos 1° y 3° del artículo 72 *ibidem*, de donde extraer la solución la entidad demandada, tampoco encuadran dentro del problema planteado, el del error mecanográfico del número del motor de un vehículo en la casilla de descripción de la mercancía en la declaración de**

**importación, pues dichos eventos sancionan una conducta de mala fe, que difieren, por lo mismo, de la que es fruto de un error involuntario. Si existen vacíos en las normas aduaneras para la solución de situaciones que obedezcan a errores involuntarios y, por cierto, de común ocurrencia, la manera de llenarlos no es la de la aplicación analógica, pues sabido es que, en tratándose de sanciones, está proscrita la analogía, por ser ellas de consagración expresa, y, en consecuencia, de interpretación restrictiva.**

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintiséis (26) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Radicación número 3088.

Referencia: Acción: Nulidad.

Actor: Edgar Guillermo Parra Camargo.

El ciudadano y abogado Edgar Guillermo Parra Camargo, 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 declre la nulidad del Concepto número 000178 del 1° de septiembre de 1993, dirigido por la Delegada-División de doctrina, Subdirección Jurídica de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales al Jefe de la División de Operaciones Aduaneras – Subdirección Operativa de la misma entidad.

## I. EL ACTO ACUSADO

Es del siguiente tenor:

"... Referencia: Radicación 8941, de su of. 189 de julio 30/93 (L. 558).

Declaración de legalización.

Rescate de mercancía

Infracciones aduaneras.

Sanciones.

De conformidad con el artículo 58 literal b) del Decreto 2117 de 1992, esta División se encuentra facultada para absolver en forma general las consultas que formulen por escrito los funcionarios y particulares dentro de la competencia asignada. En tal sentido se procede a emitir el siguiente concepto:

**Problema jurídico:**

¿Cuál es el procedimiento para variar el número de motor de un vehículo, que por error mecanográfico quedó mal diligenciado en la casilla de descripción de la declaración de importación?

**Tesis jurídica:**

Cuando una mercancía no corresponde con la descripción declarada se entenderá que no fue **"declarada".** En este caso se procederá a imponer una multa equivalente al cincuenta por ciento (50%) del valor de la mercancía, sin perjuicio de su aprehensión o decomiso, salvo que la mercancía haya sido legalizada mediante el rescate.

**Interpretación jurídica:**

En el evento planteado por el consultante no opera ni la corrección ni la modificación de la declaración, por el contrario, la administración debe proceder a imponer la multa establecida por el artículo 3°, inciso 1°, del Decreto 1750 de 1991, sin perjuicio de la aprehensión y decomiso de la mercancía, salvo que se hubiere presentado declaración de legalización y pagado el respectivo rescate.

Veamos porque (sic):

– Por disposición expresa del parágrafo del artículo 59 del Decreto 1909 de 1992, no procede declaración de corrección para modfiicar la descripción amparando mercancías diferentes. Aun más, en el evento en que se presente declaración de corrección para modficiar la descripción de la mercancía amparando mercancía diferente se entenderá que la declaración no produce efecto (artículo 27 *ibidem*).

– La declaración de modificación quedó consagrada para los eventos en los que expresamente se dispone en el títullo I del Decreto 1909 de 1992, tales como: importación con franquicia (art. 35), prórroga del término de la importación temporal (art. 43), sustitución del importador en la importación temporal (art. 44) o modificación de la modalidad en importación temporal (art. 45), sin que para el caso de error en el diligenciamietno de la descripción de la mercancía se haya previsto esta figura.

La nueva legislación sobre el régimen de importación (Decreto 1909 de 1992) estableció claramente la sanción al disponer en el inciso primero y tercero de su 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 omitdo la descripción de la mercancía o esta no corresponda con la descripción declarada, o cuando la cantidad encontrada sea superior a la señalada en la declaración". (Subrayado fuera de texto).

...

"En estos eventos, así como en los demás que se encuentran previstos en el literal a) del artículo 1° del Decreto 1750 de 1991, procederá la multa de que trata el inciso primero del artículo 3° del citado decreto, equivalente al cincuenta por ciento (50%) del valor de la mercancía, sin perjuicio de su aprehensión y decomiso. Lo anterior, siempre que la mercancía no haya sido legalizada mediante el rescate".

En este orden de ideas, se concluye, que el único procedimiento para variar la descripción de un vehículo cuya declaración ya fue presentada ante los Bancos o entidades financieras autorizadas, es el de la legalización de la mercancía con el pago del respectivo rescate.

Pese a lo anterior, considera el despacho que en un evento como este en que el interesado decida legalizar la mercancía, el pago de tributos aduaneros efectuado con la declaración inicial es perfectamente válido y para efectos de la legalización sólo quedará pendiente el valor del rescate, siempre y cuando la mercancía no hubiera ingresado con un tratamiento preferncial o con exención totla o parcial de tributos aduaneros, ya que de ser así y de conformidad con el artículo 58 del Decreto 1909 de 1992, se aplicará el gravamen arancelario y la tarifa del impuesto sobre las ventas vigentes a la fecha de presentación de la declaración de legalización, sin tener en cuenta ninguna exención o tratamiento preferencial.

Para su información le remito fotocopia del concepto número 170 de septiembre 10 de 1993.

En los anteriores términos, considera el despacho absuelta su consulta".

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

En apoyo de sus pretensiones el actor adujo, en síntesis, los siguientes cargos de violación:

1. El acto acusado viola el artículo 83 de la Constitución Política porque el importador que ha pagado sus impuestos de ley dentro de los términos legales y por

un error involuntario y de buena fe se ha equivocado en un número que no afecta en lo más mínimo el erario se le considera contrabandista y se le impone una sanción pecuniaria.

2. El acto acusado viola el artículo 70 del Decreto número 1909 de 1992 porque hace caso omiso de dicha norma.

3. El acto acusado "viola Resolución 371 de 1992 por cuanto el artículo 39 reza que autorización Levante por Inspección. *Procede levante si* y existe el acta de levante debidamente firmada y sellada por los funcionarios aduaneros pero el concepto violatorio 40 por inconsistencia en las declaraciones lo que no es cierto".

4. El acto acusado viola el artículo 75 del Decreto número 1909 de 1992 porque teniendo opciones de subsanar sin lesionar al importador de buena fe considera cotnrabandista a un importador que ha cumplido el lleno de los requisitos legales.

5. El acto acusado viola el artículo 64 *ibidem* que ordena que las actuaciones aduaneras deben estar presididas de un relevante espíritu de justicia y no es justo el concepto número 00178 cuando teniendo soluciones que no lesionan al importador pretende que éste por un error involuntario y de buena fe tenga que pagar el 50% de sanción.

## III. TRAMITE DE LA ACCION

A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión, fijación en lista, probatoria y alegaciones.

### III. 1 CONTESTACION DE LA DEMANDA

La Nación –Ministerio de Hacienda y Crédito Público– Unidad Administrativa Especial –Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales–, a través de apoderada, contestó la demanda, y para oponerse a la prosperidad de sus pretensiones adujo, principalmente, lo siguiente:

1. Los conceptos son simples opoiniones respetables que no son de obligatorio cumplimiento y la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido reiterativa en afirmar que con la expedición del Decreto-ley 2304 de 1989 desapareció la posibilidad de demandar tales conceptos emitidos por autoridades administrativas, de lo cual se colige que no puede haber un pronunciamiento de fondo.

2. El concepto acusado no tiene el carácter de general sino que se profirió en virtud del ejercicio del derecho de petición en respuesta de una consulta formulada por el doctor Héctor Fernando Rueda Torres.

Dicho concepto no está creando, modificando o extinguiendo situación jurídica alguna (ni general ni particular), así como tampoco está produciendo efectos jurídicos concretos, razón por la cual debe aceptarse que no es un acto administrativo.

Tampoco puede aceptarse que se trate de una circular de servicios porque a través de él no se están impartiendo instrucciones de obediencia y cumplimietno al personal subalterno.

3. El concepto acusado no fue publicado y por lo tanto no obliga a los funcionarios de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacioales.

En el Decreto 2117 de 1992 se le asigna a la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales la facultad de proferir los conceptos, que una vez publicados constituyen interpretación oficial para los funcionarios.

El artículo 1° de la Ley 57 de 1985 prevé la publicación para la producción de efectos jurídicos.

4. No obstante lo anteiror, el acto acusado encuentra respaldo en las normas aduaneras vigentes.

En efecto, todo proceso de importación desde el arribo del medio de transporte, la entrega del depósito, la presentación de la declaración, la eventual inspección, la verificación de las causales de rechazo de la declaración, la autorización de levante y la posterior fiscalización se predica de mercancías determinadas en cada caso particular.

Esa mercancía que es objeto de importación debe conservar una individualización a través de cada uno de los pasos del proceso de importación y aun después de culminado este, frente a un eventual proceso de fiscalización.

No es el mismo automotor el que se identifique por el número de motor 2AB13ND9574 que el que se identifica con el número 2AB13ND9575, así correspondan a la misma marca, tengan el mismo color y coincidan con las demás características. De aceptarse que la referencia, serie o número pueda ser modificada a través de una declaración de corrección conllevaría a que una declaración de importación pueda amparar dos mercancís (la que realmente ingresó al país respaldada por los documentos de importación y la que posteriormente se ampara con la declaración de corrección).

Lo anterior se respalda en el parágrafo del artículo 59 del Decreto número 1909 de 1992 e incisos 1° y 3° del artículo 72 *ibidem.*

## IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Segunda Delegada en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado, en su vista de fondo se muestra partidaria de que se pronuncie un fallo inhibitorio por cuanto considera que en este caso apenas se configuró una simple manifestación de la Administración, no publicada ni adoptada como regla, ni aplicada a un caso concreto que la hiciera susceptible de los recursos correspondientes. En síntesis, se trata de una opinión expresada a petición de un particular con base en el inciso final del artículo 25 del C.C.A., y no de un acto administrativo susceptible de ser enjuiciado ante esta jurisdicción.

## V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala el acto acusado constituye un acto administrativo, por las siguientes razones:

Cuando el concepto acusado se refiere a que "...En el evento planteado por el consultante no opera ni la corrección ni la modificación de la declaración, por el contrario, la administración debe proceder a imponer la multa establecida por el artículo 3° inciso 1° del Decreto 1750 de 1991, sin perjuicio de la aprehensión y decomiso de la mercancía, salvo que se hubiere presentado declaración de legalización y pagado el respectivo rescate...", la Subdirección Jurídica de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales está haciendo una declaración de voluntad, en ejercicio de una función administrativa, capaz de producir efectos jurídicos, ya que le está imponiendo a la jefatrua de la División de Operaciones Aduaneras de la Subdirección Operativa el criterio a aplicar en caso de que haya habido un error mecanográfico al diligenciar la casilla de descripción de la declaración de importación, en tratándose del número de motor de un vehículo.

Cabe señalar que, al tenor del parágrafo del artículo 57 del Decreto número 2117 de 1992, los conceptos emitidos por la Subdirección Jurídica de la citada Dirección sobre la interpretación y aplicación de la legislación aduanera, que sean publicados, constituyen interpretación oficial para los funcionarios de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y su desconocimiento podrá acarrear sanción disciplinaria. Esta característica, a juicio de la Sala, torna obligatoria para la Administración la interpretación que allí se haga.

Es del caso resaltar que el concepto acusado aparece publicado en el boletín contentivo de los conceptos de septiembre de 1993 de la División de Relatoría de la mencionada Subdirección Jurídica.

De otra parte, cabe puntualizar que la enumeración de actos demandables que hace el inciso 3° del artículo 14 del Decreto-ley 2304 de 1989 (subrogatorio del artículo 84 del C.C.A.) no es taxativa y los conceptos son enjuiciables en la

medida en que contengan una decisión capaz de producir efectos jurídicos y emanen de una entidad púbica o persona privada que cumpla funciones administrativas.

Las consideraciones precedentes descartan la posibilidad de un pronunciamiento inhibitorio en el caso *sub examine* y conducen a la Sala a rectificar lo expresado en auto de 6 de mayo de 1994 (expediente número 2811, actor: Edgar Guillermo Parra Camargo).

En lo que respecta al fondo del asunto, advierte la Sala lo siguiente:

Según el acto acusado frente al caso planteado en la consulta que dio origen al mismo, la única solución posible es la del pago de una multa del 50% del valor de la mercancía, sin perjuicio de la aprehensión y decomiso, salvo que sehubiere presentado declaración de legalización y pagado el respectivo rescate.

En otras palabras, ante la presencia de un error mecanográfico respecto del número del motor de un vehículo en la declaración de importación, la solución posible es la imposición de la sanción de multa, aplicable a las conductas que tipifican contrabando, en los términos del literal a) del artículo 1° del Decreto número 1750 de 1991.

Para la Sala la solución jurídica que a través de la interpretación de las normas aduaneras se le dio al asunto objeto de la consulta es violatoria del artículo 83 de la Constitución Política, razón por la cual habrá de accederse a las pretensiones de la demanda.

En efecto, si la buena fe debe presumirse en todas las gestiones que los particulares adelanten ante las autoridades públicas, resulta atentatorio de dicho principio fijar como criterio de solución para un error mecanográfico, como el antes anotado, la imposición de una multa, que en este caso constituye una sanción para una conducta que, precisamente por estar precedida del error (ausencia de dolo), descarta la mala fe o la intención de defraudar al Estado, que es lo que pretenden castigar las normas aduaneras, cuando de contrabando se trata (artículo 1° literal a) del Decreto número 1750 de 1991).

Si bien es cierto que, como lo señala el acto acusado, el parágrafo del artículo 59 del Decreto número 1909 de 1992 prevé que no procede la declaración de corrección para modificar la descripción amparando mercancías diferentes; y que la declaración de modificación está reservada para los casos a que se contraen los artículos 35, 43, 44 y 45 *ibidem,* no lo es menos que los eventos a los cuales se refieren los incisos 1° y 3° del artículo 72 *ibidem,* de donde extrae la solución la entidad demandada, tampoco encuadran dentro del problema planteado, el del error mecanográfico del número del motor de un vehículo en la casilla de descripción de la mercancía en la declaración de importación, pues dichos eventos sancionan

una conducta de mala fe, que difiere, por lo mismo, de la que es fruto de un error involuntario.

De otra parte, cabe resaltar que si, como en el caso planteado que dio origen al acto acusado, el único error mecanográfico involuntario radica en el número del motor de un vehículo, al coincidir todas las demás características del mismo (marca, color, modelo, chasis, serie, etc.), se evidencia aun más la ausencia de dolo o mala fe, pues el número del motor no es el único elemento de juicio que permite identificar un vehículo.

Por lo demás, si existen vacíos en las normas aduaneras para la solución de situaciones que obedezcan a errores involuntarios y, por cierto, de común ocurrencia, la manera de llenarlos no es la de la aplicación analógica, pues sabido es que, en tratándose de sanciones, está proscrita la analogía, por ser ellas de consagración expresa, y, en consecuencia, de interpretación restrictiva.

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

**FALLA:**

1. DECLÁRASE la nulidad del concepto número 000178 de 1° de septiembre de 1993, dirigido por la delegada –División de Doctrina, Subdirección Jurídica de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacioanles al Jefe División de Operaciones Aduaneras– Subdirección Operativa de la misma entidad.

Devuélvase al actor la suma depositada por ocncepto de gastos ordinarios del proceso, por no haber sido utilizada.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en los **Anales del Consejo de Estado** y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 26 de octubre de 1995.

*Libardo Rodríguez Rodríguez,* Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Nubia González Cerón, Yesid Rojas Serrano.*

NOTA DE RELATORIA: Rectifica la jurisprudencia de mayo 6/94.

NOTA DE RELATORIA. Declara la nulidad del concepto num. 000178 de sept. 1/93 dirigido por la Subdirección Jurídica de la DIAN al Jefe de la División de Operaciones Aduaneras.

**ACTO PARTICULAR - Contenido / PRINCIPIO DE JERARQUIA NORMATIVA**

**Independientemente de que el acto administrativo a través del cual se concedió el permiso para servir la ruta de marras se hubiera denominado Decreto y que el acto administrativo mediante el cual se revocó dicho permiso se hubiera llamado Resolución, lo cierto es que tanto el uno como el otro fueron expedidos por el mismo funcionario competente para ello y tienen la misma natualeza de particulares, individuales y concretos, lo cual impide afirmar que se haya desconocido el principio de jerarquización de las normas, pues no es la denominación de un acto la que lo convierte en jerárquicamente superior respecto de otro sino su contenido, el origen de las funciones que se ejercitan y el funcionario que lo expide.**

**RUTAS Y HORARIOS - Prórroga / SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO / ABANDONO DE RUTAS / VACANCIA DE RUTAS**

**Al no existir una norma especial para la materia en estudio que prevea el silencio administrativo con efecto positivo respecto de las solicitudes de prórroga del término para poner en funcionamietno una ruta otorgada, se aplica el principio general de que el silencio que opera produce efecto negativo, conforme a la previsión contenida en el artículo 40 del C. C. A. De tal manera que en razón de entenderse negadas dichas solicitudes de prórroga, por haber obrado el silencio administrativo negativo, la actora incurrió en la conducta denomianda "abandono de ruta", prevista en el artículo 46 del Decreto 1787 de 1990, que, según la Resolución 00156 de 16 de febrero de 1994, confirmada por la Resolución 00809 de 11 de mayo de 1994, da lugar a la declaratoria de vacancia de la ruta, lo cual se traduce lógicamente en la revocatoria del permiso.**

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintiséis (26) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Radicación número 3397.

Referencia: Recurso de apelación contra la setnencia de 30 de mayo de 1995, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima.

Actora: Sociedad Transportes La Independencia S. A.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia de 30 de mayo de 1995, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que denegó las pretensiones de la demanda.

## I. ANTECEDENTES

I. 1. La sociedad **Transportes La Independencia S. A.,** a través de apoderado, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Tolima en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., tendiente a obtener que mediante sentencia se hagan las siguientes declaraciones:

1ª. Es nula la Resolución número 00156 de 16 de febrero de 1994 **"por medio de la cual se declara el abandono de una ruta de buses y se revoca el permiso concedido para cubrirla",** expedida por el Alcalde Mayor de Ibagué.

2ª. Es nula la Resolución número 00809 de 11 de mayo de 1994 **"por medio de la cual se decide el recurso de reposición contra la Resolución número 156 del 16 de febrero de 1994"**, expedida por el Alcalde Mayor de Ibagué.

3ª. Como consecuencia de las declaraciones anteriores y a título de restablecimiento del derecho se permita a la actora continuar con la explotación de la ruta número 49 de la ciudad de Ibagué.

I. 2. En apoyo de sus pretensiones adujo, en esencia, los siguientes cargos de violación:

1°. Los actos acusados incurrieron en desviación de poder, infringieron normas superiores en las cuales debían fundarse, lesionaron derechos adquiridos de la demandante y no respetaron la jerarquía de las normas legales, pues no garantizaron los derechos consgrados en los artículos 2°, 4° a 6°, 13, 25, 29, 53, 58, 124, 315 numeral 1° de la Constitución Política; 2°, 28, 73, 74 del C.C.A.; 240 del C. de

R.P. y M; los Decretos Municipales números 762 de 1988 y 000479 de 1989; y numeral 1° del artículo 132 del Decreto-ley 1333 de 1986, ni acatarón las normas de superior jerarquía, pues desconocieron los mismos con el proceder arbitrario, ilegal e inconstitucional al revocar el permiso otorgado a la actora para cubrir el servicio de transporte en la ruta 49.

Existe diáfana violación del derecho al trabajo porque la actora tiene derecho a un trabajo digno y justo y la supresión de la ruta le limita ese derecho.

2°. Se violó el artículo 240 del anterior Código de Régimen Político y Municipal, que está vigente, que establece la prelación de las normas.

El orden jerárquico en lo municipal lo regula el artículo 315 en su numeral 1° de la Carta Política, igualmente violado porque una Resolución no puede derogar un decreto, el cual está jerárquicamente por encima de ella.

3°. El acto que confiere la utilización de una ruta, por ser de carácter particular, no pdía ser derogado en la forma como se hizo violando los artículos 73 y 74 del C.C.A. y además desconociendo el debido proceso.

## II. LA SENTENCIA RECURRIDA

Para adoptar la decisión apelada, el *a quo* razonó, principalmente, de la siguiente manera:

1°. A la demandante se le otorgó licencia de funcionamietno y clasificación para operar como empresa de transporte terrestre automotor por Decreto número 762 de 24 de mayo de 1988, de la Alcaldía Mayor de Ibagué.

2°. Sostiene la actora que en octubre de 1988 y luego en 1990 había solicitado la prórroga para poner en funcionamietno una de las rutas adjudicadas (la que posteriormente fue revocada por los actos acusados) y que coono se le respondió operó el silencio administrativo positivo.

3°. El artículo 41 del C.C.A. dispone que solamente en los casos expresamente previstos en disposiciones especiales el silencio administrativo equivale a decisión positiva.

Si no existe norma que diga que la petición de prórroga para poner en funcionamiento una ruta se entiende concedida cuando no se resuelve en determinado término, debe seguirse la norma general, esto es, que el silencio administrativo es negativo.

4°. En este caso el procedimiento utilizado para la protocolización de los documentos tendientes a darle efectos de silencio positivo fue totalmente inocuo.

Al no prestarse la ruta, la Administración declaró el abandono de la misma mediante Resolución número 00156 de 16 de febrero de 1994, con fundamento en el artículo 46 del Decreto número 1787 de 1990 y como consecuencia revocó el permiso otorgado a la actora para cubrir la ruta número 49.

No se da la violación que plantea la actora en cuatno al artículo 240 del C. de R.P. y M. porquees un mismo funcionario el que profirió los actos, lo cual quiere decir que se está en un mismo nivel de competencia, así el medio formal utilizado no haya sido el adecuado.

Tampoco resulta aceptable el cargo de violación del artículo 73 del C.C.A. porque entonces jamás podría sancionarse ya que siempre se necesitaría el asentimiento de la persona a que se refiere el acto.

## III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Los motivos de discrepancia de la sociedad recurrente con el fallo apelado pueden resumirse así:

1. La sentencia acepta que el medio formal utilizado no fue el adecuado pero le da plena validez por tratarse del mismo funcionario, lo cual no es legal, justo ni viable, pues para evitar dicotomías es que existen los diversos actos administrativos, con su respectiva jerarquización dentro de la pirámitde kelseniana.

Tal afirmación implica aceptar que el medio no es idóneo y ello genera la nulidad del acto.

El Congreso de la República no puede por medio de una ley general, revocar o modificar leyes especiales, así se trate del mismo órgano que las expide.

En este caso concreto las resolucones atacadas no podían modificar y menos derogar un decreto, pues este está jerárquicamente por encima de ellas.

Lo anterior ratifica la violación de los Decretos números 762 de 24 de mayo de 1988, que adjudicó la ruta número 49, y 000479 de 18 de octubre de 1989, que otorgó la licencia de funcionamiento a la actora.

2. Aunque el *a quo* no lo acepta no se podía revocar el acto administrativo de carácter particular, en la forma como se hizo, violando los artículos 73 y 74 del C.C.A.

3. Se violó el debido proceso, pues estando determinado que el acto que concede la ruta es de carácter particular, para su revocatoria se deben seguir los trámites que prevé el artículo 73 del C.C.A., que fueron desconocidos por la entidad demandada.

## IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La sentencia apelada debe confirmarse, por las siguientes razones:

El acto por el cual se concede un permiso a una empresa de transporte para servir una ruta tiene carácter particular y concreto.

El acto mediante el cual se revoca dicho permiso también tiene tal carácter.

En el caso *sub examine,* conforme obra a folios 8 a 10 del cuaderno principal, mediante Decreto número 762 de 24 de mayo de 1988, expedido por el Alcalde Mayor de Ibagué, se autorizó en favor de la actora la ruta objeto de los actos acusados.

Según se lee en los considerandos de la Resolución número 00156 de 16 de febrero de 1994, expedida por el Alcalde Mayor de Ibagué (folio 6 *ibidem*), por no haber cubierto la demandante la ruta asignada se declaró el abandono de la misma y consecuencialmente se revocó el permiso.

Independientemente de que el acto administrativo a través del cual se concedió el permiso para servir la ruta de marras se hubiera denominado Decreto y que el acto administrativo mediante el cual se revocó dicho permiso se hubiera llamado Resolución, lo cierto es que tanto el uno como el otro fueron expedidos por el mismo funcionario competente para ello y tienen la misma naturaleza de particulares, individuales y concretos, lo cual impide afirmar que se haya desconocido el principio de jerarquización de las normas, pues no es la denominación de un acto la que lo convierte en jerárquicamente superior respecto de otro sino su contenido, el origen de las funciones que se ejercitan y el funcionario que lo expide.

No discute la sociedad recurrente el argumento del *a quo* en el sentido de que en el evento *sub lite* no operó el silencio administrativo positivo respecto de las solicitudes de 1988 y de 1990, relativas a la prórroga del término para poner en funcionamiento la ruta que ocupa la atención de la Sala, a que alude el hecho 6° del libelo demandatorio.

Tal argumento es acertado ya que al no existir una norma especial para la materia en estudio que prevea el silencio administrativo con efecto positivo respecto de las solicitudes de prórroga del término para poner en funcionamiento una ruta otorgada, se aplica el principio general de que el silencio que opera produce efecto negativo, conforme a la previsión contenida en el artículo 40 del C.C.A.

De tal manera que en razón de entenderse negadas dichas solicitudes de prórroga, por haber operado el silencio administrativo negativo, la actora incurrió en la conduta denominada "abandono de ruta", prevista en el artículo 46 del Decreto número 1787 de 1990, que, según la Resolución número 00156 de 16 de febrero

de 1994, confirmada por la Resolución número 00809 de 11 de mayo de 1994, da lugar a la declaratoria de vacancia de la ruta, lo cual se traduce lógicamente en la revocatoria del permiso.

Frente a tal revocatoria no puede endilgarse la transgresión de los artículos 73 y 74 del C.C.A., pues ella no es consecuencia de la aplicación de las causales allí previstas, que es respecto de las cuales puede reclamarse el consentimiento expreso y escrito del titular de la situación jurídica particular que se pretende dejar sin efecto.

La consideración precedente descarta también la violación del debido proceso.

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

**FALLA:**

CONFÍRMASE la sentencia apelada.

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 de que la anterior sentencia fue leída, discutiva y aprobada por la Sala en la sesión del día 26 de octubre de 1995.

*Libardo Rodríguez Rodríguez,* Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Nubia González Cerón, Yesid Rojas Serrano.*

**SERVICIO PUBLICO DE EDUCACION / MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - Funciones / TARIFA - Determinación / PACTO SOCIAL - Límite / REGIMEN CONTROLADO / GOBIERNO ESCOLAR - Composición / PADRES DE FAMILIA / MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - Competencia**

**La Sala encuentra que le asiste razón a la parte actora cuando afirma que 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 de matrículas, pensiones y cobros periódicos, la tasa de inflación del 18% proyectada por el Gobierno Nacional para 1995, pero considera que con ello, antes que desconocer el artículo 2020 de la Ley 115 de 1994, por el contrario, pone en práctica el criterio fijado en su literal b), esto es, 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". El Gobierno Nacional a través del Ministerio de Educación Nacional "...reglamentará y autorizará el establecimiento o reajuste de tarifas..." dentro de los regímenes de libertad regulada, libertad vigilada y régimen controlado, régimen este último que fue adoptado por el Ministerio de Educación Nacional, entidad que como bien lo dice el apoderado de la demandante, de conformidad con la norma en estudio, es la autoridad competente para fijar las tarifas al establecimiento educativo privado, bien por sometimiento de este o por determinación de dicho Ministerio, razón por la cual al señalar el documento anexo a la Resolución número 8440 de 1994 que se podrá cobrar un moderado incremento porcentual por encima de la tasa de inflación proyectada para 1995, está dando aplicación al régimen controlado.**

**SERVICIO PUBLICO DE EDUCACION / TARIFA - Control / SECRETARIAS DE EDUCACION - Competencia / INSPECCION Y VIGILANCIA**

**La normas transcritas evidencias que las secretarías de educación son autoridades competentes para ejercer la inspección y vigilancia sobre los establecimientos educativos, dentro de las cuales como se expreso anteriormente, se entienden comprendidas las de verificar si los reajustes hechos se encuentran dentro del marco regulado, solicitar a los centros educativos las modificaciones pertinentes u objetar el incremento de matrículas cuando aquél sobrepase el 18% señalado por el pacto social. El literal b) del artículo 151 de la Ley General de Educación le otorga a las secretarías de educación departamentales y distritales, la función de "establecer las políticas, planes y programas departamentales y distritales de educación, de acuerdo con los criterios establecidos por el Ministerio de Educación Nacional", por lo cual, al ser ésta última entidad mencionada quien a través del decreto demandado dispuso que las secretarías de educación serían las encargadas de constatar la legalidad de los reajustes, solicitar a los establecimientos de educación las variaciones del caso y objetar el aumento de matrículas cuando sobrepase el 18 señalado para 1995.**

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintiséis (26) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctora *Nubia González Cerón.*

Radicación número 3271.

Referencia: Acción nulidad.

Actora: Federación Nacional de Centros Docentes, Conaced.

La Federación Nacional de Centros Docentes, Conaced, a través de apoderado y en ejercicio de la acción prevista en el artículo 84 del C.C.A., solicita de esta Corporación la nulidad de los siguientes actos administrativos: 1°. Artículo 2° de la Resolución número 8480 de 18 de noviembre de 1994, expedida por el Ministerio de Educación Nacional "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";

2°. Numeral 2 literales a), b) y f) del aparte c) del documento anexo incorporado a la resolución antes citada; 3°. Numeral 3 del aparte c) del anexo citado, y 4°. Incisos primero y tercero del aparte e) del referido anexo.

## I. LOS ACTOS ACUSADOS

1°. El artículo 2° de la Resolución número 8480 de 18 de noviembre de 1994, cuyo texto reza:

> "Artículo 2°. 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.

2°. El numeral 2, literales a), b) y f) del aparte c) del documento anexo incorporado a la Resolución número 8480 de 1994, que dispone:

> "2. 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 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. 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;
>
> c) ...
>
> f) Para otros cobros, 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;".

3°. Numeral 3 del documento anexo a la Resolución número 8480 de 1994, que establece:

> "3. 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".

4°. Incisos 1° y 3° del aparte e) del documento anexo incorporado a la Resolución número 8480 de 1994, que rezan, respectivamente:

"e) ...

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".

## II. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

La parte actora considera que con los actos acusados se violaron los artículos 202 de la Ley 115 de 1994 y 61 del Decreto Reglamentario 1860 de 1994, por las siguientes razones:

1ª. La resolución demandada fundamenta los criterios para fijar las tarifas de las pensiones, matrículas y cobros periódicos en el denominado Pacto Social, desconociendo expresamente el contenido del artículo 202 de la Ley 115 de 1994, pues dicha ley fija en los literales a), b), c) y d) del citado artículo, los criterios para determinar el cálculo de dichas tarifas, los cuales son de obligatorio cumplimiento por parte del Gobierno Nacional para fijar el valor de las matrículas, pensiones y cobros periódicos a los establecimientos de educación privada.

2ª. El Pacto Social es un acto meramente político, moral, unilateral, ideado por el Presidente de la República con el ánimo de solucionar los problemas que aquejan al país, pero que no obliga a los gobernados sino cuando estos voluntariamente se han sometido a él.

3ª. Los criterios establecidos por la Ley 115 de 1994 para el cálculo de las tarifas no fueron satisfechos por el Ministerio de Educación Nacional, ya que no se dijo, por ejemplo, si los establecimientos educativos de carácter privado llevaban o no los registros contables para establecer los costos y determinar así los cobros correspondientes; no se determinó si los cobros de matrículas y pensiones representan

financieramente un monto igual a los gastos de operación, a los costos de reposición, a los de mantenimiento y reservas para el desarrollo futuro. Tampoco fueron explícitas y con denominación precisa las tarifas que se establecieron.

4ª. El numeral 2° literales a), b) y f) del aparte C del documento anexo fija la forma como ha de cobrarse la matrícula, la pensión mensual y el cobro periódico, diciendo que el valor de la matrícula se determina por el valor cobrado en el año inmediatamente anterior, agregando que la tarifa será incrementada en la tasa de inflación proyectada por el Gobierno Nacional para 1995, lo que denota que el Ministerio de Educación Nacional utiliza una forma simplista, sin fundamento alguno y desconociendo abiertamente el artículo 202 de la Ley 115 de 1994.

5ª. El numeral 3° del aparte C autoriza al establecimiento educativo para fijar los valores de la matrícula, pensión mensual, cobros periódicos y otros cobros, "... aplicar un moderado incremento porcentual por encima de la tasa de inflación proyectada para 1995...", señalando además que dicho incremento "... deberá ser definido por votación mayoritaria del Consejo Directivo del establecimiento y con voto afirmativo de los representantes de los padres de familia, en dicho órgano del Gobierno Escolar", desconociendo con todo ello el régimen controlado que según el artículo 202 de la Ley 115 de 1994 faculta a la autoridad competente (Ministerio de Educación Nacional) para fijar las tarifas de los establecimientos privados, bien por sometimiento del establecimiento educativo o bien por determinación del mismo organismo.

6ª. Los incisos 1° y 3° del aparte E del anexo incorporado a la Resolución número 8480 de 1994 desconocen el inciso final del artículo 202 de la Ley 115 de 1994, toda vez que este señala que el Ministerio de Educación Nacional en concordancia 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.

La norma en comento es clara y explícita en cuanto a que es al Ministerio a quien corresponde hacer las evaluaciones, valoraciones, estimaciones periódicas, etc.

Como el régimen implantado por el Ministerio de Educación Nacional es el controlado, se tiene que es tal entidad la que tiene que evaluar y controlar si dicho régimen se está cumpliendo de parte de los centros educativos.

En consecuencia, no hay explicación para que el Ministerio de Educación Nacional haya investido de poderes exorbitantes a los secretarios de Educación, como el que puedan solicitar a los centros educativos modificaciones pertinentes u objetar el incremento de matrículas cuando estas sobrepasen el 18% señalado por el Pacto Social.

## III. ACTUACION

Mediante proveído de 20 de abril de 1995 se admitió la demanda y se denegó la suspensión provisional de los efectos del acto acusado.

Del auto admisorio de la demanda se notificó al Ministro de Educación Nacional, quien a través de apoderado manifiesta que el numeral 22 del artículo 189 de la Constitución Política señala que corresponde al Presidente de la República "ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos", lo que indica que dicho funcionario puede y debe idear diversos mecanismos que permitan a su Gobierno cumplir tal inspección.

El actual Gobierno (1994-1998) presentó al país su proyecto de gobierno el cual fue aprobado dentro del plan de desarrollo sometido a la aprobación del Congreso y del departamento de Planeación Nacional, encontrándose dentro de los diferentes sectores que conforman el proyecto de Desarrollo Nacional, el de Desarrollo Social, cuyo más importante segmento es el de la educación.

El proyecto de Desarrollo Social ha sido el llamado Pacto Social, cuyo principal criterio ha sido acordar un incremento no superior al 18%, que fue la tasa de inflación proyectada para 1995, tope que no excluye al sector educativo.

La razón de ser de la demanda es sacar de la reglamentación el factor "tasa de inflación" y reducir a un único criterio la fijación de costos: el registro institucional de los mismos. Lo anterior dejaría sin control los costos educativos, pues cada propietario de colegio podría aplicar a su arbitrio los "precios" del servicio, quedando muy cómodo llevar el registro de sus imposiciones.

La tercera parte del artículo 202 de la Ley 115 de 1994 contiene la orden al Ministro de Educación para reglamentar los criterios generales contenidos en la segunda parte. Corresponde entonces a este Ministerio concretar los criterios generales para que sean operativos y aplicables en la práctica.

Las disposiciones demandadas cumplen esta orden, pues de otra manera la ley sería inaplicable. No es entendible que el Ministerio de Educación no intervenga en la política educativa nacional para reglamentar criterios que habrán de poner límites y controlar los apetitos económicos de los establecimientos educativos.

## IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradura Delegada ante esta Corporación no rindió concepto.

## V. LA DECISION

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

## CONSIDERACIONES

La Sala observa que la parte actora cita como violados los artículos 202 de la Ley 115 de 1994 y 61 del Decreto Reglamentario número 1860 del mismo año, pero solamente emitió el concepto de violación frente al primero de los citados, luego frente a él serán analizados los cargos esgrimidos.

El artículo 202 de la Ley 115 de 1994 reza:

**"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 al sector 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 competetente fija las tarifas al establecimiento educativo privado, bien por sometimiento voluntario de este 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".

En primer término la Sala encuentra que le asiste razón a la parte actora cuando afirma que del texto del artículo 2° de la Resolución número 8480 de 1994 se infiere que el Ministerio de Educación Nacional tuvo en cuenta para efectos del reajuste de matrículas, pensiones y cobros periódicos, la tasa de inflación del 18% proyectada por el Gobierno Nacional para 1995, pero considera que con ello, antes que desconocer el artículo 202 de la Ley 115 de 1994, por el contrario, pone en práctica el criterio fijado en su literal b), esto es, 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".

En efecto, de no haber sido establecido el límite del 18% se tendría que para la población de bajos y medianos ingresos el acceso a los planteles de educación privada sería cada vez más lejano. En consecuencia, dicho límite se encuentra en perfecta consonancia con el postulado arriba transcrito que propende a la prestación del servicio de educación a los sectores de menores ingresos, al igual que con el artículo 67 de la Carta Política, según el cual la educación es un servicio público que tiene una función social.

Lo anterior lleva a la Sala a concluir que el artículo 2° de la Resolución número 8480 de 1994 no viola el artículo 202 de la Ley 115 de 1994, así como tampoco lo hace el numeral 2° literales a), b) y f) del aparte C del documento anexo a dicha resolución, que se refieren igualmente a la tasa de inflación proyectada por el Gobierno Nacional para 1995 (18%).

Respecto de que el numeral 3° del aparte C del documento anexo en cuestión desconoce el régimen controlado contenido en el artículo 202 de la Ley 115 de 1994, debe decirse que el mismo artículo dispone que el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Educación Nacional "... reglamentará y autorizará el establecimiento o reajuste de tarifas..." dentro de los regímenes de libertad regulada, libertad vigilada y régimen controlado, régimen este último que fue adoptado por el Ministerio de Educación Nacional, entidad que como bien lo dice el apoderado de la demandante, de conformidad con la norma en estudio, es la autoridad competente para fijar las tarifas al establecimiento educativo privado, bien por sometimiento de este o por determinación de dicho Ministerio, razón por la cual al señalar el documento anexo a la Resolución número 8440 de 1994 que se podrá cobrar un moderado incremento porcentual por encima de la tasa de inflación proyectada para 1995, está dando aplicación al régimen controlado, lo cual deja sin sustento el cargo impetrado.

De otra parte, la demandante considera que ni el Consejo Directivo ni los representantes de los padres de familia del respectivo establecimiento educativo son competentes para aprobar el incremento a que se hizo referencia en el párrafo anterior, razón por la cual debe la Sala analizar los artículos 142, 143 y 144 de la Ley 115 de 1994 que aluden a dichos miembros del gobierno escolar, los cuales son del siguiente tenor:

> **"Art. 142. Conformación del gobierno escolar.** Cada establecimiento educativo del Estado tendrá un gobierno escolar conformado por el rector, el Consejo Directivo y el Consejo Académico.
>
> **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...**
>
> **Los voceros de los estamentos constitutivos de la comunidad educativa podrán presentar sugerencias para la toma de decisiones de carácter financiero,** administrativo y técnico-pedagógico (negrilla fuera del texto).
>
> Tanto en las instituciones educativas públicas como privadas, la comunidad educativa debe ser informada para permitir una participación seria y responsable en la dirección de las mismas".
>
> **"Art. 143. Consejo directivo de los establecimiento educativos estatales.** En cada establecimiento educativo del Estado existirá un Consejo Directivo integrado por:
>
> a) ...

b) ...

c) Dos representantes de los padres de familia;

d) ...".

**"Art. 144. Funciones del consejo directivo.** Las funciones del consejo directivo serán las siguientes:

a) Tomar las decisiones que afecten el funcionamiento de la institución y que no sean competencia de otra autoridad;

b) ...

e) Asumir la defensa y garantía de los derechos de toda la comunidad educativa, cuando alguno de sus miembros se sienta lesionado;

f) ...

n) Aprobar el presupuesto de ingresos y gastos de los recursos propios y la forma de recolectarlos".

La Sala advierte que si bien las anteriores normas se refieren a los consejos directivos de las entidades oficiales, las mismas se aplican para los establecimientos privados en virtud del artículo 142 transcrito, que dispone que estos constituirán en su reglamento un gobierno escolar, que en sana lógica debe tener una conformación similar a la que prescribe la misma norma.

Efectuado el análisis coordinado de las normas anteriores, esta Corporación considera que 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 3°), se encuentra en perfecta armonía con la prescripción demandada, toda vez que al disponer que el incremento en cuestión deberá ser definido por el consejo directivo y contar con el voto afirmativo de los representantes de los padres de familia, no hace otra cosa que darles aplicabilidad a las funciones señaladas al consejo directivo, del cual hacen parte los representantes de los padres de familia, todos los cuales además conforman el gobierno escolar, funciones que, como ya se vio, se refieren a la toma de decisiones que afecten el funcionamiento de la institución, a la defensa de los derechos de algún miembro de la colectividad educativa y a la aprobación del presupuesto de ingresos y gastos de los recursos propios, todo lo cual sin lugar a dudas tiene que ver con la fijación de las tarifas de las pensiones, matrículas y cobros periódicos.

De otra parte, el artículo 6° de la Ley 115 de 1994 señala que la comunidad educativa participará en la dirección de los establecimientos educativos y que dicha comunidad está conformada por estudiantes, educadores, **padres de familia,**

egresados, directivos docentes y administradores locales, y cada uno de ellos, según su competencia, participará en el diseño, ejecución y evaluación del Proyecto Educativo Institucional y en la buena marcha del respectivo establecimiento educativo.

Finalmente, frente al cargo de incompetencia de las secretarías de educación para verificar si los reajustes hechos se encuentran dentro del marco regulado, para solicitar a los centros educativos las modificaciones pertinentes o para objetar el incremento de matrículas cuando aquel sobrepase el 18% señalado por el Pacto Social, la Sala considera que dichas facultades se encuentran dentro del marco de las funciones de inspección y vigilancia que competen al Presidente de la República.

En efecto, el artículo 189 numeral 22 de la Constitución Política prescribe:

"Artículo 189: Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

1. ...

11. Ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos".

A su tumo, el artículo 211 *ibidem* establece:

"Artículo 211. La ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine. Igualmente, fijará las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades...".

En desarrollo de lo anterior, la Ley 115 de 1994 en sus artículos 169 y 171 estableció:

**"Art. 169. Delegación de funciones.** En los términos del artículo 211 de la Constitución Política, el Presidente de la República podrá delegar en el Ministro de Educación Nacional, en los Gobernadores y en los Alcaldes, el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia previstas en esta Ley".

**"Art. 171. Ejercicio de la inspección y vigilancia a nivel local. Los gobernadores y los alcaldes podrán ejercer la inspección y vigilancia a través de las respectivas secretarías de educación** o de los organismos que hagan sus veces..." (negrillas fuera del texto).

Si bien es cierto que el inciso final del artículo 202 de la Ley 115 de 1994 (norma que se considera violada por los incisos 1° y 3° del aparte E del documento anexo a la Resolución número 8480 de 1994), señala que "el Ministerio de Educación, 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", no lo es menos que las normas transcritas evidencian que las secretarías de educación son autoridades competentes para ejercer la inspección y vigilancia sobre los establecimientos educativos, dentro de las cuales como se expresó anteriormente, se entienden comprendidas las de verificar si los reajustes hechos se encuentran dentro del marco regulado, solicitar a los centros educativos las modificaciones pertinentes u objetar el incremento de matrículas cuando aquel sobrepase el 18% señalado por el Pacto Social.

Además, el literal b) del artículo 151 de la Ley General de Educación les otorga a las secretarías de educación departamentales y distritales, la función de "Establecer las políticas, planes y programas departamentales y distritales de educación, **de acuerdo con los criterios establecidos por el Ministerio de Educación Nacional",** por lo cual, al ser esta última entidad mencionada quien a través del decreto demandado dispuso que las secretarías de educación serían las encargadas de constatar la legalidad de los reajustes, solicitar a los establecimientos de educación las variaciones del caso y objetar el aumento de matrículas cuando sobrepase el 18% señalado para 1995, es indudable que no puede predicarse la incompetencia de dichas autoridades.

En consecuencia, el cargo no prospera.

No habiendo sido desvirtuada la legalidad del artículo 2° de la Resolución número 844) de 18 de noviembre de 1994, así como tampoco la de los apartes demandados del documento anexo a la citada resolución, las pretensiones de la demanda deberán ser denegadas, como en efecto se hará.

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:**

1. DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

2. Devuélvase al actor la suma depositada por concepto de gastos ordinarios del proceso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintiséis (26) de octubre de mil novecientos noventa y cinco.

*Libardo Rodríguez Rodríguez,* Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Nubia González Cerón, Yesid Rojas Serrano.*

**TEORIA DE LOS FINES Y MODALIDADES / ACTO PARTICULAR Y CONCRETO / ACCION DE NULIDAD**

**La doctrina de los motivos y finalidades conserva vigencia como orientación jurisprudencial y teórica, "pero cuando el acto administrativo cree o reconozca una situación o un derecho individual que, a juicio del legislador, afecten de alguna manera el ejercicio general de los derechos y libertades, impida su efectividad o sea incompatible con el orden jurídico y los fines del Estado, es atacable por la vía de la acción pública de nulidad, siempre y cuando la ley haya previsto el uso de ese contencioso objetivo contra el acto individual". Precisamente la doctrina de los motivos y finalidades permite adicionarla en el sentido de que ella no obsta para que la acción de simple nulidad proceda contra un acto creador de una situación jurídica individual y concreta, a pesar de que no haya sido expresamente prevista en la ley, cuando esa situación conlleve un interés para la comunidad en general de tal naturaleza e importancia que desborde el simple interés de la legalidad en abstracto, por afectar de manera grave y evidente el orden público social o económico. En estos casos, no obstante, deberá vincularse al proceso a la persona directamente afectada con el acto.**

**ACTO PARTICULAR Y CONCRETO / ACCION DE NULIDAD / ORDEN PUBLICO - Protección / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA - Inexistencia / DEMANDA - Interpretación / DEMANDA - Ineptitud**

**En el caso del acto demandado en este proceso, la situación jurídica individual y concreta a que él se refiere no conlleva un interés para la comunidad de tal naturaleza e importancia que afecte de manera grave y evidente el orden público social o económico, que**

**permitiera la procedencia de la acción de simple nulidad sin consagración legal expresa, pues el acto hace relación simplemente a los intereses individuales de unos ciudadanos sin que su carácter de concejales para el uno o para el otro alcance a tener la connotación mencionada de afectar grave y evidentemente el orden público. En uso del poder de interpretación de la demanda que la ley y la jurisprudencia han concedido al juez administrativo, debe analizarse si la acción ejercida puede entenderse como la de nulidad y restablecimiento del derecho. A este respecto, la acción intentada y así interpretada tampoco puede considerarse viable por la sencilla razón de que uno de los elementos fundamentales de esta acción es el de la legitimación en la causa por activa, en el sentido de que el legitimado para ejercerla es la persona que pretenda demostrar que el acto demandado le quebranta un derecho suyo, el cual busca que le sea restablecido por la sentencia que se adopte, así sea de manera automática, mientras que el actor en este proceso no expresa, ni de su demanda se deduce cuál derecho ni en qué medida el acto cuya nulidad solicita ha transgredido un derecho que le reconozca o consagra a su favor la norma superior que invoca en sustento de su petición de anulación, de lo cual se concluye que carece de vocación para ejercer la acción.**

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintiséis (26) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Radicación número 3332.

Actor: Rodolfo Vergara Hoyos.

Procede la Sección Primera a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por el señor David Alberto Segura K., tercero interviniente, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el 6 de marzo de 1995.

## I. ANTECEDENTES

a) El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda.

El ciudadano y abogado Rodolfo Vergara Hoyos, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demandó ante el Tribunal Administrativo

del Tolima la declaratoria de nulidad de la Resolución número 001 de 7 de mayo de 1994, "por medio de la cual se acepta una renuncia y se suple esta vacante" (sic), proferida por el Presidente del Concejo Municipal de Rovira, Tolima. Igualmente solicitó declarar "que el señor Francisco Antonio Padilla Guzmán es actualmente concejal del municipio y que su renuncia no produjo los efectos de la Resolución 001".

b) El acto acusado

Mediante el indicado acto el Presidente del Concejo Municipal de Rovira resolvió lo siguiente:

"Artículo primero. Aceptar la renuncia presentada por el señor Francisco Antonio Padilla Guzmán, como concejal del municipio de Rovira, cargo el cual venía ejerciendo en su calidad de titular.

"Artículo segundo. Désele posesión respectiva al señor José Ignacio Callejas Ramírez, como segunda persona que aparece en la lista electoral que encabezó el señor Francisco Antonio Padilla Guzmán.

"Artículo tercero. Copia de la presente resolución será enviada a los interesados, a la Registraduría Municipal del Estado Civil, al señor Alcalde Municipal de Rovira y al señor Personero Municipal".

c) Los hechos de la demanda

Los hechos que cita la parte actora como fundamento de sus pretensiones hacen referencia a la renuncia presentada por el señor Francisco Antonio Padilla Guzmán de su cargo como concejal del Municipio de Rovira, Departamento del Tolima, al contenido del artículo 1° del acto acusado y a la norma legal que considera infringida.

d) Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación

El actor considera que la aceptación de la renuncia de parte del Presidente del Concejo Municipal, violó el artículo 86 del Decreto 1333 de 1986 que atribuye esa exclusiva competencia a los alcaldes municipales. Por tanto, "... el Presidente del Concejo extralimitó su función y de contera hizo nulo su acto plasmado en la Resolución número 001...".

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 30 de septiembre de 1994 se dispuso la admisión de la demanda y se ordenó el trámite de rigor (fl. 8 cdno. ppal.).

Mediante proveído de 10 de noviembre de 1994, se decretaron las pruebas solicitadas por el actor (fl. 14 cdno. ppal.).

Dentro del término de traslado a las partes para alegar de conclusión y al Agente del Ministerio Público para emitir su concepto, sólo este último presentó el escrito que obra a folios 16 a 18 del cuaderno principal.

## II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al desatar la controversia planteada el tribunal *a quo* declaró la nulidad del artículo 1° del acto acusado y negó las demás pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos (fls. 19 a 21 Cdno. Ppal.):

> "La competencia es reglada y respecto a las renuncias y excusas de los concejales para servir sus cargos, debían presentarse ante el alcalde cuando estaba vigente el artículo 86 del Decreto 1333 de 1986 'Código de Régimen Municipal', porque con el nacimiento a la vida jurídica de la Ley 136 de 1994, publicada el 2 de junio del mismo año, su artículo 53 consagró que la falta absoluta de un concejal por renuncia debe hacerse ante el presidente del concejo, norma compilada en el artículo 91 del Decreto número 2626 del citado año 'Estatuto Municipal'.
>
> "Con Resolución número 001 de 17 de mayo de 1994 el Presidente del Concejo Municipal de Rovira-Tolima aceptó renuncia al concejal Francisco Antonio Padilla Guzmán, estando vigente el artículo 86 del Decreto 1333 de 1986, que se traduce en incompetencia pues esta función administrativa era del alcalde.
>
> "Si era incompetente el señor Presidente del concejo de Rovira para aceptar la renuncia al concejal, se está en nulidad del acto administrativo demandado en acción pública y sin que pueda la Corporación entrometerse en otras pretensiones por no ser de resorte de la misma".

## III. LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En la sustentación del recurso de apelación, el recurrente fundamenta su desacuerdo con la sentencia de primera instancia y solicita su revocatoria, conforme a las siguientes razones (fls. 4 a 6 Cdno. No. 2):

1. Es improcedente la acción de simple nulidad ejercida toda vez que de la lectura del *petitum* y de la causa *petendi* se desprende que el actor ejercitó la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por cuanto que, obedeciendo a la naturaleza del acto demandado, al decretarse su nulidad automáticamente se restablece el derecho "... en el sentido de recobrar la calidad de concejal el señor Padilla Guzmán, que se opera por el ministerio de la ley". Así las cosas, teniendo en cuenta que el

acto administrativo en cuestión creó una situación jurídica individual y concreta que no lesiona los intereses del demandante, no podía ser enjuiciado a través del ejercicio de la acción de nulidad sino de la consagrada en el artículo 85 del C.C.A. Por ello, de conformidad con el criterio jurisprudencial de los motivos y finalidades, tantas veces reiterado por el Consejo de Estado, es obligatorio afirmar que el tribunal se equivocó al no entender la acción ejercida como de nulidad y restablecimiento del derecho y en consecuencia, verificar si había legitimación en la causa tanto por activa como por pasiva y si no había operado el fenómeno de la caducidad de la acción, "... defectos ambos que se conjugan en esta demanda, y que no fueron analizados en la sentencia que combato".

2. Por otro lado, hubo violación del derecho de defensa y del debido proceso, constituyéndose en nulidad constitucional del proceso, "... al no haber ordenado la citación personal del señor Francisco Padilla Guzmán, Concejal renunciante, quien tenía que ser citado para que defendiera la legalidad del acto acusado y no adelantar esta acción a su espalda, condenándolo sin haberlo oído y vencido en juicio, en abierta contradicción con los postulados del artículo 29 y ss. de la Constitución Nacional".

## IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Delegado ante esta Corporación se abstuvo de emitir concepto de fondo.

## V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como quiera que en la primera acusación que se formula en contra de la sentencia apelada se plantea que el acto acusado es de contenido particular y concreto, no susceptible de enjuiciamiento a través del ejercicio de la acción de nulidad intentada sino de la de nulidad y restablecimiento de derecho, la Sala analizará inicialmente tal aspecto, en los siguientes términos:

1°. La naturaleza del acto acusado

De la simple lectura de la Resolución número 001 de mayo 7 de 1994, expedida por el Presidente del Concejo Municipal de Rovira, resulta incuestionable que mediante la demanda incoada se pretendió la declaratoria de nulidad de un acto administrativo creador de situaciones jurídicas particulares y concretas, pues las determinaciones en él adoptadas se refieren y afectan en forma directa los intereses individuales de los ciudadanos Francisco Antonio Padilla Guzmán, a quien se le aceptó la renuncia presentada como Concejal de dicho municipio y José Ignacio Callejas Ramírez, a quien se dispuso darle posesión como concejal para suplir la vacante dejada por el primero de ellos.

2°. La acción procedente contra actos de carácter particular, individual o concreto

En relación con la procedencia de las dos principales acciones contencioso administrativas, la jurisprudencia de la Corporación y de esta Sección ha evolucionado de la siguiente manera:

a) En la Ley 130 de 1913

"La Ley 130 de 1913, que adoptó fundamentalmente la legislación española de 1888, instituyó la acción de nulidad o 'ciudadana' y la privada, la primera con el objeto de tutelar la legalidad objetiva respecto de actos de carácter nacional o local, dentro del término de caducidad de la acción, con excepción de las ordenanzas y acuerdos que podían acusarse en cualquier tiempo, y la segunda para obtener la nulidad de los actos violatorios de derechos civiles, que sólo podía promoverse por los titulares de los mismos y dentro de los términos legales, excepto las acciones contra ordenanzas y acuerdos, que también podían incoarse con la misma finalidad en cualquier tiempo (Carlos H. Pareja. Curso de Derecho Administrativo, II, Volúmen, págs. 98 a 100). La jurisprudencia del Consejo con base en este contexto legislativo, admitió la posibilidad de la llamada acción mixta, que debía incoarse por el ciudadano cuyo derecho civil fuera violado por el acto, para que se pronuncie su nulidad, tanto por ser contrario a una norma jerárquicamente superior como por violación de su derecho; 'cuando un precepto afecta un derecho civil individual –sostuvo el Consejo en sentencia del 9 de noviembre de 1938– y al mismo tiempo rompe las normas superiores de la Constitución o de la ley, tienen cabida tanto la acción privada como la acción pública. Existe entonces el derecho a la doble acción, llamada comúnmente acción mixta...'. (Anales Tomo XXXV, pág. 959). Y el art- 4° de la Ley 80 de 1935 facultó al Consejo de Estado y a los Tribunales Administrativos, mediante demanda de los interesados, para anular los actos violatorios de derechos civiles y determinar la forma de reparar los agravios sufridos a causa de los mismos, consagrándose así, por primera vez en el país, la acción de plena jurisdicción" (Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 8 de agosto de 1972, Consejero Ponente: Doctor Humberto Mora Osejo).

b) La doctrina de la naturaleza y contenido del acto.

"Según esta teoría, que tuvo vigencia hasta el 9 de agosto de 1961, para diferencia la acción de nulidad de la de plena jurisdicción (hoy de nulidad y restablecimiento del derecho), había que tener en cuenta la naturaleza interna del acto; si era creador de una situación jurídica general, únicamente procedía la acción de nulidad; si lo era de una situación jurídica de carácter particular,

solamente cabía la acción de plena jurisdicción. Tal criterio jurisprudencial fue consagrado en sentencias de 13 de julio de 1938 (Anales Tomo XXXIV, página 637), de 15 de septiembre de 1938 (Anales Tomo XXXV, página 915), de 9 de diciembre de 1941 (Anales XLVII, páginas 1196 y 1197), de 12 de mayo de 1955 (Anales Tomo LXV, página 45), y de 1° de diciembre y 20 de agosto de 1959 (Anales Tomo LXII págs. 45 y 685)" (Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 28 de agosto de 1992, Exp. No. 1507, Actor: Jorge William Sánchez L. Consejero Ponente: Doctor Miguel González Rodríguez).

c) La doctrina de los motivos y finalidades

Que comprende varias etapas según apartes de la exposición hecha en la última sentencia citada, a saber:

"1°. La sentencia de 10 de agosto de 1961

"Fue expuesta brillantemente por esta Sala en sentencia de 10 de agosto de 1961, con ponencia del Consejero Doctor Carlos Gustavo Arrieta, en la cual se sostuvo que para distinguir las dos acciones no hay que tener en cuenta la naturaleza del acto sino los motivos determinantes y las finalidades que se persiguen a través de la acción.

"Para llegar a tal conclusión, se razonó así en dicha providencia:

"... En los artículos 62 a 65 de la Ley 167 de 1941 se enumeran los actos de la administración susceptibles de enjuiciamiento ante la jurisdicción especial. En esos preceptos se relacionan decisiones de carácter reglamentario y objetivo, y providencias de naturaleza individual y subjetiva. No obstante esa enunciación indiscriminada de ordenamientos de una y otra clase, en el artículo 66 se dice que toda persona puede solicitar 'la nulidad de cualesquiera de los actos a que se refieren las anteriores disposiciones'. Siguiendo idéntico criterio de generalización, la regla 83 del mismo estatuto dispone que el contencioso de anulación puede ejercitarse en cualquier tiempo y contra 'todos los actos administrativos'.

"'Si en la ley se enumeran las decisiones acusables sin señalar distinciones entre providencias impersonales e individuales, y si a renglón seguido se dispone que la acción de nulidad es viable contra cualesquiera de tales ordenamientos, no aparece la razón para que la doctrina haya consagrado distingos que los textos repelen expresamente. Ni del tenor literal de esas reglas, ni del espíritu que las anima, se puede inferir que el recurso de anulación sólo procede contra los actos generales y no contra las decisiones particulares. Por el contrario, la ley descarta semejante apreciación.

"'No es la generalidad del ordenamiento impugnado el elemento que determina la viabilidad del contencioso popular de anulación. El criterio a seguir para apreciar su procedencia es el que imponen esos mismos preceptos. Son los motivos determinantes de la acción y las finalidades que a ella ha señalado la ley, los elementos que sirven para identificarla jurídicamente y para calificar su procedencia. En los artículos 62 a 66 se repite insistentemente que 'los motivos' que dan oportunidad a su ejercicio son la violación de la Constitución, de la ley y de las otras disposiciones superiores de derecho. Dentro de ese concepto de infracción de los estatutos quedan incluidos el abuso, la desviación de poder y la irregularidad formal, porque estas nociones, en realidad, son simples aspectos del fenómeno de la violación legal.

"De los preceptos en cita se colige que los únicos motivos determinantes del contencioso popular de anulación son los de tutelar el orden jurídico y la legalidad abstracta contenida en esos estatutos superiores, y que sus finalidades son las de someter a la administración pública al imperio del derecho objetivo. Pero como la causa y objetivo de la acción son incompatibles con la protección de derechos particulares, al utilizarla con este último propósito se desnaturaliza la esencia del sistema. Habría una simulación de motivos, de intereses y de fines que los textos rechazan implícitamente. La aceptación de ese sistema traería como consecuencia el desconocimiento de los mandatos legales sobre caducidad de la acción privada.

"Los motivos y finalidades del actor deben estar en consonancia con los motivos y finalidades que las normas asignan a la acción. Es presumible esta similitud de causas y objetivos cuando se acciona por la vía del contencioso de anulación contra actos impersonales y abstractos, porque esta clase de ordenamientos entrañan una violación continua y permanente de la legalidad objetiva que afecta directamente a toda la comunidad y lesionan los derechos de todos en el presente y en el futuro. El posible interés que anime al demandante se diluye en el interés general de la sociedad. Distinta es la situación cuando el recurso se dirige contra actos particulares. En éste evento, el quebrantamiento de la legalidad no tiene el carácter de continuidad y permanencia, sino que es ocasional y episódico, y sólo afecta directa e inmediatamente a determinada persona.

"'Cuando se utiliza el contencioso de anulación contra actos particulares, la doctrina de los motivos y finalidades opera en dos formas: si la declaratoria de nulidad solicitada no conlleva el restablecimiento del derecho subjetivo lesionado, el contencioso popular puede ejercitarse inclusive por el titular de ese derecho; pero si la sentencia favorable a las pretensiones del actor determina el restablecimiento automático de la situación jurídica individual

afectada por la decisión enjuiciada, el recurso objetivo no será admisible, salvo que la acción se intente dentro de los cuatro meses de que habla la ley.

"'El contencioso popular de anulación es el contencioso exclusivo de la legalidad. Se desarrolla en tomo de dos extremos únicamente: la norma violada y el acto violador. Las posibles situaciones subjetivas que se interpongan no juegan ningún papel en la *litis.* Es un sencillo proceso de comparación entre el derecho objetivo y la decisión administrativa que lo infringe, cuya finalidad es la de defender el orden jurídico en sí mismo.

"'Siguiendo el mismo proceso lógico, en los artículos 62 a 65 se enuncian las decisiones acusables ante la jurisdicción especial, sin establecer distinciones entre actos generales y particulares. A pesar de esa enumeración indiscriminada, en el artículo 67 se da acción a la persona lesionada en un derecho suyo para pedir que además de la anulación 'del acto' se le restablezca en el derecho. Las situaciones jurídicas subjetivas pueden ser igualmente quebrantadas por una decisión reglamentaria que por una de contenido individual. El estatuto que infringe la Constitución o la ley viola simultáneamente el derecho de cada una de las personas protegido por aquellos ordenamientos superiores. Derecho objetivo y derecho subjetivo no son concepciones autónomas, sino nociones jurídicas que se complementan recíprocamente, como quiera que el uno no puede existir sin el otro. La ordenanza o el acuerdo que altere ilegalmente el régimen de la propiedad privada establecido en la Constitución y en las leyes está modificando el derecho subjetivo de cada uno de los propietarios. Quien acuse ese acto general por la vía del contencioso de plena jurisdicción estará defendiendo el 'derecho suyo' reconocido por la norma civil o administrativa. Por esa razón, el artículo 67 habla de la anulación del 'acto' empleando esta locución en sentido genérico, que no en el específico de acto particular. El texto legal no permite hacer esta distinción.

"'De manera, en el precepto comentado se señala como motivo determinante de la acción de plena jurisdicción, el quebrantamiento de un estatuto civil o administrativo, pero sólo en cuanto ampara una situación jurídica subjetiva. La ley establece así el lindero preciso de los dos contenciosos. Dentro de ese orden de ideas, se indica que la finalidad de la acción de plena jurisdicción es la de obtener el restablecimiento del derecho a través de la declaratoria de anulación.

"'El contencioso privado de plena jurisdicción es el contencioso del restablecimiento y de la responsabilidad estatal. En la regulación del artículo 67, la acción se desenvuelve en tomo de estos tres elementos: la norma violada,

el derecho subjetivo protegido por ella, y el acto violador de aquella y este. La decisión irregular de la administración infringe la regla legal y afecta de contragolpe la situación jurídica particular amparada por ella. Ya no hay un sencillo cotejo entre el precepto transgredido y el acto transgresor, porque entre esos extremos se interpone el derecho subjetivo lesionado cuya reparación constituye el objetivo esencial del recurso. Ese tercer elemento torna la simple violación en violación compleja, y la simple nulidad en nulidad con restablecimiento...' (subrayas fuera del texto). (Anales del Consejo, año XXXVI, Tomo LXIII, 392, 396, págs. 200 y ss.)' ".

"2°. El auto de 8 de agosto de 1972

"La doctrina de los motivos y finalidades fue aplicada en forma uniforme y reiterada por la Corporación a partir de 1961, pero fue objeto de aclaración en auto de esta Sala Plena de 8 de agosto de 1972, con ponencia del Consejero Humberto Mora Osejo. En esta providencia, se razonó así:

"'.. La Sala reitera la doctrina anteriormente expuesta, pero considera pertinente hacer las siguientes aclaraciones:

"1. La diferencia fundamental entre las acciones de nulidad y de plena jurisdicción consiste en que mientras aquella tiene por objeto tutelar el orden jurídico abstracto sobre la base de la vigencia del principio de la jerarquía normativa y origina un proceso que, en principio, no implica litigio o contraposición de pretensiones...; esta, por el contrario, tiene por finalidad la garantía de derechos privados, civiles o administrativos, violados y conculcados por actos, hechos, u operaciones administrativos mediante sentencia que condene a la administración a restablecer el derecho o a resarcir el daño...'.

"'... la acción de nulidad procede, en principio, contra todos los actos administrativos, generales o particulares, con el objeto de tutelar o garantizar el orden jurídico, como se ha expuesto; pero si mediante la petición de nulidad del acto se pretende la tutela de derechos particulares, civiles o administrativos, para restablecerlos o precaver su violación, como la Sala sostuvo en la mencionada sentencia, se trata de una pretensión litigiosa, que se promueve contra la administración y que debe hacerse valer conforme al régimen de la acción de plena jurisdicción..." (subrayas fuera del texto) (Anales Año XLVII, Tomo LXXXIII, números 435-436, págs. 372 a 381)'.

"3°. El auto de 2 de agosto de 1990

"'La doctrina de los motivos y finalidades se mantiene aún vigente frente a la preceptiva de los artículos 84 y 85 del nuevo C.C.A. (Decreto-ley 01 de 1984) (con las reformas hechas por los artículos 14 y 15 del Decreto-ley

2304 de 1989), pero fue objeto de modificación en el auto de 2 de agosto de 1990, de la Sección Primera de esta Corporación, con ponencia del Consejero Doctor Pablo J. Cáceres Corrales (Expediente número 1482, actor Oswaldo Cetina Vargas), en lo atinente a la procedencia de la acción de nulidad contra actos particulares, pues en dicho proveído se llegó a la conclusión de que se circunscribe a los casos que expresamente ha señalado y señale en el futuro, la ley. De tal auto, la Sala hace suyos los siguientes apartes:

"'... Si observamos la evolución legislativa desde la Ley 167 de 1941, Código bajo cuyo imperio se formuló la jurisprudencia de 1961, encontramos que la procedencia de la acción pública contra actos de contenido particular y concreto está precisamente regulada por la ley. El legislador colombiano ha venido considerando, en las diversas normas procesales expedidas desde 1941 hasta el Decreto Extraordinario 2304 de 1989, cuáles relaciones individuales y concretas (creadas en el seno del derecho público) pueden afectar gravemente el orden jurídico y, por supuesto, la vida social y, con esa presunción indiscutible (originada en la esencia política de la potestad legislativa), ha señalado expresamente los casos en que cualquier persona puede atacar ante el juez los actos administrativos de contenido individual.

"'Veamos, como ejemplo, varias de estas previsiones en las cuales la ley faculta a los ciudadanos en general, sin que tengan que acreditar un interés privado, para intentar las acciones públicas contra actos particulares:

"'a) El contencioso electoral. Con el fin de mantener la base democrática del sistema representativo fundamentado en el artículo 2° de la Constitución, la ley procesal consagra la acción pública sobre actos electorales concretos (arts. 223 y ss. del C.C.A.).

"b) Los contenciosos de nulidad de cartas de naturaleza. Con el fin de preservar la integridad misma de la Nación conformada por los colombianos según los principios del artículo 8° de la Constitución Política (arts. 221 y ss. *ibidem*).

"'c) Los contenciosos de nulidad de los nombramientos de empleados del control fiscal de la Nación. En 1975 la Ley 20 (art. 57) estimó de vital importancia para la eficacia y los fines de control fiscal, conferir a los ciudadanos la potestad de impugnar jurisdiccionalmente los nombramientos de los empleados de la Contraloría General de la República. Es un elemento de control popular frente a una institución que era necesaria someter a la mayor vigilancia posible según el concepto soberano del legislador colombiano producido en la coyuntura institucional que originó la Ley 20.

"'d) El contencioso de nulidad de los nombramientos ilegales de funcionarios. El Decreto Legislativo número 2898 de 1953 confiere al Procurador General de la Nación la facultad de demandar, en cualquier tiempo, los nombramientos de funcionarios hechos en contra de las condiciones y exigencias legales. Existe un compromiso de orden público en esta excepción por tratarse del ejercicio de la función pública. (Para un análisis sobre la vigencia de esta acción de nulidad Cfr. C. de E. Sala Electoral, Sentencia del 24 de marzo de 1988. Consejero doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Actor: Procurador Regional de Neiva. Expediente No. E-137).

"'e) El contencioso de nulidad de marcas. Establecido por el artículo 596 del Código de Comercio por causales especiales (arts. 585 y 586 y con una caducidad de cinco años'".

En relación con la enumeración anterior, debe tenerse en cuenta que si bien los casos a que se refieren los literales c) y d) pueden ser considerados derogados en virtud de los estatutos expedidos posteriormente en materia de control fiscal y de la Procuraduría General de la Nación, de otra parte han aparecido nuevos ejemplos como son los referentes a la procedencia de la acción pública de nulidad contra las resoluciones que decretan una expropiación (art. 22 de la Ley 9ª de 1989) y contra los actos administrativos mediante los cuales se expida, modifica o cancela un permiso, autorización, concesión o licencia ambiental de una actividad que afecte o pueda afectar al medio ambiente (art. 73 de la Ley 99 de 1993).

Y continúa expresando más adelante el citado auto del 2 de agosto de 1990, en su texto adoptado en la sentencia del 28 de agosto de 1992:

"'En todos los casos anteriores se trata de actos de contenido particular que la ley ha considerado de especial interés público y por ello ha entregado, expresamente, a los integrantes todos de la Nación colombiana, el derecho de impulsarlos ante la jurisdicción administrativa con el empleo de la acción de nulidad...

"'La extensa y compleja legislación colombiana expedida a veces con la inspiración transitoria de la coyuntura político-social, ha considerado en el pasado otros casos similares a los anteriores, o, a veces, modalidades de las acciones de nulidad y de restablecimiento del derecho que, de todas maneras parten de un principio: el legislador es quien define exactamente la titularidad de las acciones y su alcance, siendo de todas maneras excepcional el permitir a cualquier persona atacar ante los jueces administrativos los actos de contenido particular y concreto. Jurisprudencialmente se han discutido esos casos debido a la dificultad técnica de precisar, dentro de nuestra metodología

legislativa, su vigencia en medio de esa gigantesca normativa sustancial y procesal colombiana (Cfr. Ley 135 de 1961, Ley Agraria, art. 38, ya derogado).

"'En consecuencia:

"'a) Utilización del contenido de restablecimiento del derecho: Cuando el acto administrativo que reconoce la situación particular y concreta o el derecho individual no tiene más alcance que el de la simple relación subjetiva, tal providencia causará estado y su demanda puede promover el juicio, siempre que el actor demuestre un interés y la presente dentro de los términos de caducidad de que habla el Código Contencioso Administrativo y las normas que lo completen. En este sentido tiene plena aplicación la tesis de la ya citada jurisprudencia de 1961 porque únicamente con esta acción puede intentarse la anulación de los actos administrativos de contenido individual para obtener el restablecimiento del derecho, pues el designio del actor se acomoda a los fines que la ley le atribuye al contencioso subjetivo. Esto explica que en la tramitación del juicio sean útiles y compatibles (por la remisión del art. 267 del C.C.A. al C. de P. C.), los instrumentos del procedimiento civil. Entre ellos se destaca la fijación de la cuantía, si es el caso, en función de la cuantificación del derecho o de la situación particular a discutir.

"'Un caso especial dentro de esta hipótesis aparece en el inciso segundo del artículo 136 del C.C.A. que confiere a las entidades públicas un término de dos años para intentar las acciones de restablecimiento del derecho y, en tratándose de actos que reconozcan prestaciones periódicas, en cualquier tiempo. (Cfr. inciso 3°). La posibilidad de atacar sus propios actos en un juicio de restablecimiento del derecho es la institución que el derecho comparado (español, fundamentalmente) ha denominado 'recurso de lesividad'. Varios principios están en juego dentro de su estructuración. Por una parte, los actos susceptibles de ser acusados de semejante manera deben ser providencias declarativas de derechos individuales o de situaciones jurídicas de igual naturaleza. Esas providencias únicamente pueden ser revocadas, dentro de la actuación propia de la administración, en respuesta a la interposición de los recursos de la vía gubernativa o cuando, existiendo alguna de las causales de la revocación directa, el particular acepta expresamente la revocación. Si tales hipótesis no son viables ni se puede revisar de oficio el acto (revocación directa), sin el consentimiento del interesado, porque no tuvo su causa en medios ilegales (art. 73 inc. 2°) la entidad pública lesionada debe acudir a la jurisdicción administrativa para que mediante sentencia se lo anule, terminando así con su ejecutoriedad y la presunción de su legalidad.

Unicamente en la vía jurisdiccional pueden, dentro de nuestro sistema jurídico, desaparecer esos reconocimientos que el Poder Público hace de las situaciones y derechos individuales.

"'El uso de la acción regulada por el inciso 2° del artículo 136 (o recurso jurisdiccional de lesividad) supone que el acto sea declarativo de derechos y de contenido particular, porque si fuera de carácter general, la administración (es decir, la entidad específica que dictó la providencia) posee la atribución de la derogatoria de sus propios actos abstractos, para cuyo ejercicio no necesita habilitación judicial alguna, o la acción de nulidad si se trata de un acto de otra persona jurídica de derecho público. Además, se requiere que la providencia resulte lesiva de los intereses públicos (económicos o de otra naturaleza) y contradiga el orden jurídico, porque la primera pretensión es la declaratoria de nulidad respaldada en el desconocimiento anotado. No se pueden alegar por la Administración, para lograr la anulación, motivos de conveniencia según las orientaciones de práctica de los Gobiernos, porque el problema se ubica en el campo puramente jurídico. Si el acto se ajusta al orden vigente estará destinado a permanecer incólume aunque la entidad pública alegue y pruebe una lesión objetiva. Ese daño no será ilegal porque la normativa superior respalda la validez de la decisión administrativa atacada con estos mecanismos. Igual cosa ocurre con los particulares que, por ejemplo, reciban una sanción por el Estado. Si su aplicación se apoya plenamente en el orden jurídico, la afectación o disminución del derecho es legal y debe ser ejecutado. Claro está, que en nuestro sistema, no es necesaria la previa declaración administrativa de la lesividad como un presupuesto para intentar este tipo de acción, como ocurre, por ejemplo, en España. La ley exige, sin embargo, que el daño irrogado por el acto demandado se exprese en el mismo libelo con el cual se ejerce la acción.

"'La ley ha limitado, pues, la propia facultad del Estado de atacar sus actos ante la jurisdicción administrativa y ha ubicado esta atribución en el ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho.

"'b) Utilización del contencioso objetivo de nulidad. Los actos administrativos de carácter general son objeto de la acusación mediante la acción de nulidad en todos los casos por determinación del artículo 216 de la Constitución Política y de los artículos 82, 83 y 84 del C.C.A. que lo desarrollan. Su titularidad pertenece a cualquier persona pública o privada. Esta es la regla común obvia. Pero cuando el acto administrativo cree o reconozca una situación o un derecho individuales que, a juicio del legislador, afecten de alguna manera el ejercicio general de los derechos y libertades, impida su efectividad o sea incompatible

con el orden jurídico y los fines del Estado, es atacable por la vía de la acción pública de nulidad, siempre y cuando la ley haya previsto el uso de ese contencioso objetivo contra el acto individual. Si la ley no establece concretamente la acción popular y objetiva contra el tipo de acto subjetivo que se pretenda atacar ante el juez administrativo, tal providencia no será posible juzgarla en esa vía. Sólo de esta manera se asegura la compatibilidad de los propósitos del actor con los fines de las acciones contenciosas y, ante todo, con la seguridad que el orden jurídico garantiza para las relaciones creadas conforme con la ley que, por ello, han causado estado.

"'Es de vital importancia anotar en favor de lo aquí sostenido que si la facultad de los ciudadanos de atacar jurisdiccionalmente actos administrativos de contenido subjetivo no tuviera limitación alguna y la acción del artículo 84 se pudiera emplear indiscriminadamente, no sólo contra los actos generales o reglamentarios, sino contra todos aquellos creadores de situaciones particulares, derechos o relaciones de esta naturaleza, sin excepción alguna, carecería totalmente de sentido que la ley hubiera establecido expresamente las acciones de nulidad en los casos arriba listados y en otros que, seguramente, la sabiduría del legislador dispondrá en su oportunidad. En tal supuesto bastaría la simple acción de nulidad de que habla el artículo 84 del C.C.A. para gobernar todas las hipótesis en que se impugnaran actos particulares por cualquier persona.

"'Lo contrario es dejar al garete, a la deriva y sin gobierno los derechos individuales y quitarles a los actos administrativos particulares la virtud de ser ejecutorios. Es, sencillamente, acabar con el principio básico de la seguridad de las relaciones jurídicas que vertebra el derecho colombiano y le hace indispensable en el mantenimiento del sistema político. La misma Administración, al perder el privilegio de la ejecutoriedad, se encontraría en incapacidad de hacer cumplir lo dispuesto en sus providencias expuestas al ataque generalizado de cualquier persona.

"'Es evidente que en tales circunstancias el desquiciamiento del orden jurídico sería inminente.

"'La virtud ejecutoria de los actos administrativos de contenido particular tiene la doble atribución de permitir a la Administración ejecutarlos y aplicarlos tan pronto hayan causado estado y, así, satisfacer la obligación constitucional de las autoridades. Pero, además, el facilitar a las personas el empleo de los medios procesales para hacer valer sus derechos y darles la eficacia que les da la Constitución. La firmeza de los actos subjetivos, causada por la operación de la vía gubernativa o por las demás hipótesis legales, es la base de las

relaciones jurídico-sociales y el elemento de la dogmática jurídica que posibilita, prácticamente, la integración del derecho en los intercambios y situaciones civiles de los asociados. Este principio es el que opera igualmente en las relaciones de derecho privado. La certeza y la eficacia de los derechos reconocidos por la ley y los actos jurídicos concretos es la base del orden jurídico y, al mismo tiempo, su propósito... (subrayas fuera del texto)'. (Hasta aquí la cita del auto de 2 de agosto de 1990).

Continúa manifestando la sentencia del 28 de agosto de 1992:

"'El pronunciamiento anterior, a juicio de la Sala, suministra certeza y seguridad jurídica a los derecho sy situaciones jurídicas particulares, pues con la precisión que ha hecho el legislador, los actos que los reconozcan no pueden quedar sujetos a que en cualquier momento puedan ser cuestionados jurisdiccionalmente a través de la acción de nulidad.

"'4°. El auto de 16 de mayo de 1991'

"'Esta Sala, en la providencia mencionada, con ponencia del Consejero Doctor Alvaro Lecompte Luna, acepta que la ley ha señalado algunos casos en que procede la acción de nulidad contra actos particulares:

"... Unicamente en el caso de que la situación particular incida en los derechos ciudadanos, del Estado, de las libertades de los asociados y de la comunidad en general al trastornar el orden jurídico y los principios de la igualdad o equidad. Como ese acto administrativo, no obstante referirse a una situación individual o particular, tendría repercusiones de alcance general, es posible acudir a la jurisdicción en ejercicio de la acción de nulidad simple. Así por ejemplo, una acción de nulidad muy especial perfectamente posible es la que se dirige contra actos electorales o de nominación concretos, al tenor de los arts. 223 y ss. del C.C.A. porque con esa acción ciudadana se busca, se tiene la finalidad de mantener o de proteger la pureza de las elecciones, populares o no, amén de que se nombren personas para la función pública con completo arreglo de las leyes, salvo la caducidad propia de la misma. Así por ejemplo, no obstante que una carta de naturalización confiere a una persona determinada un derecho concreto e individual, es posible que cualquier persona haga uso de la acción de nulidad especial contra ese acto, porque este puede afectar la integridad de la nacionalidad al ignorar los principios que enmarcan el título II de la Carta de 1886, y por eso los arts. 221 y ss. del C.C.A. la autorizan. Así por ejemplo, es posible incoar acción de nulidad especial, con caducidad de cinco años, contra actos referentes a marcas, conforme a los arts. 585, 586 y 596 del Código de Comercio. Hay muchos otros ejemplos

en los que es evidente la posibilidad de acción de nulidad, aunque sea especial, contra actos de contenido particular e individual. (Subrayas fuera del texto). (Expediente número S-180. Actor: Juan Claudio Morales González)'.

"'La doctrina de los motivos y las finalidades frente a los artículos 84 y 85 del Decreto-ley 01 de 1984.

"'El auto de 2 de agosto de 1990 de la sección Primera demuestra que, pese a las aclaraciones hechas en la sentencia del 8 de agosto de 1972, y las que se hacen en dicho proveído, la teoría de los motivos y finalidades conserva aún vigencia frene a la preceptiva de los artículos 84 y 85 del C.C.A. (con las modificaciones anotadas) y justifica que la Sala reitere dicha doctrina, con las rectificaciones mencionadas, de la siguiente manera:

"'Para establecer la diferencia entre la acción de nulidad, que consagra el artículo 84 del C.C.A., de la de nulidad y restablecimiento del derecho, que consagra el artículo 85 *ibidem*, no es necesario tener en cuenta la naturaleza del acto; si es de carácter general o particular, sino los motivos determinantes de la acción y las finalidades que se persiguen a través de la misma.

"'IV. 3 **Procedencia de las dos acciones**

"'La acción de nulidad procede contra los actos generales y aquellos actos particulares que la ley señala, y señale en el futuro, expresamente, si tienen como motivos determinantes la tutela del orden jurídico y la legalidad abstracta sobre la base del principio de la jerarquía normativa y si persiguen como finalidad someter a las entidades públicas y a las personas privadas que desempeñan funciones administrativas al imperio del derecho objetivo.

"'Los actos de carácter particular susceptibles de enjuiciamiento a través de la acción de nulidad, que señala expresamente la ley, son: 1°. Los actos electorales concretos (artículos 223 y siguientes del C.C.A.); 2°. Los contentivos de cartas de naturaleza (artículos 221 y siguientes) *ibidem*; 3°. Los de nombramientos de empleados del control fiscal de la Nación (artículo 57 de la Ley 20 de 1975); 3°. Los de nombramientos ilegales de funcionarios (artículo 9° del Decreto Legislativo 2898 del 1953); 4°. Los de patentes (artículo 567 del C. Co.); 5°. Los de certificados de dibujos o modelos industriales (artículo 580 *ibidem*); 6°. Los de certificados de marcas (artículo 596 *ibidem*); 7°. Las resoluciones de adjudicación de baldíos expedidas por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora (artículo 13 de la Ley 30 de 1988, subrogatorio del artículo 37 de la Ley 135 de 1961).

"'La acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por su parte, cabe contra los actos de carácter general y de carácter particular si se tienen como motivos determinantes de su ejercicio el quebrantamiento de un estatuto civil

o administrativo, en cuanto ampare una situación jurídica subjetiva, y si tiene como finalidad la garantía de los derechos privados, civiles o administrativos, violados por un acto administrativo...'".

d) Conclusiones y consideraciones adicionales

Del anterior recuento jurisprudencial se concluye lo siguiente:

1. Si bien es cierto que de acuerdo con la doctrina de los motivos y finalidades, "no es la generalidad del ordenamiento impugnado el elemento que determina la viabilidad del contencioso popular de anulación" y "los únicos motivos determinantes del contencioso popular de anulación son los de tutelar el orden jurídico y la legalidad abstracta", también lo es, de acuerdo con la misma doctrina, que "cuando se utiliza el contencioso de anulación contra actos particulares... si la sentencia favorable a las pretensiones del actor determina el restablecimiento automático de la situación jurídica individual afectada por la decisión enjuiciada, el recurso objetivo no será admisible, salvo que la acción se intente dentro de los cuatro meses de que habla la ley", expresión esta última que equivale, como lo ha entendido la Sección Primera, a interpretar la demanda (presentada como de simple nulidad) como demanda de nulidad y restablecimiento del derecho sometida a todos sus requisitos.

2. Cuando la doctrina de los motivos y finalidades hace referencia al "restablecimiento automático de la situación jurídica individual afectada por la decisión enjuiciada", no puede entenderse, como se ha entendido en muchas ocasiones, que el restablecimiento aludido se predica exclusivamente del actor, pues si así fuera querría decir que el sujeto directamente afectado por el acto no podría ejercer la acción pública de nulidad, con todas sus ventajas, mientras cualquier tercero sí podría hacerlo obteniéndose así el mismo resultado consistente en el restablecimiento automático del derecho para el afectado.

La misma conclusión debe entenderse cuando en el auto de 8 de agosto de 1972 se aclara que "... la acción de nulidad procede, en principio, contra todos los actos administrativos, generales o particulares, con el objeto de tutelar o garantizar el orden jurídico, ... pero si mediante la petición de nulidad del acto se pretende la tutela de derechos particulares, civiles o administrativos, para restablecerlos o precaver su violación, ... se trata de una pretensión litigiosa, que se promueve contra la administración y que debe hacerse valer conforme al régimen de la acción de plena jurisdicción...", pues más que la pretensión expresa subjetiva del actor debe tenerse en cuenta la realidad jurídica objetiva que resulta de la posible anulación del acto.

3. De acuerdo con lo anterior, cuando se ejerce la acción de simple nulidad contra un acto de contenido individual y concreto, ya sea por parte del sujeto mismo del acto o de un tercero, las expresiones de la doctrina de los motivos y finalidades

según las cuales "el contencioso popular de anulación es el contencioso exclusivo de la legalidad. Se desarrolla en tomo de dos extremos únicamente: la norma violada y el acto violador. Las posibles situaciones subjetivas que se interpongan no juegan ningún papel en la litis", no constituyen más que abstracciones teóricas de la citada doctrina, pues es evidente que aun en el caso de que sea un tercero quien ejerce la mencionada acción pública, el resultado jurídico final afecta, positiva o negativamente, la situación jurídica individual a que se refiere el acto y, por consiguiente, esta última sí juega un papel fundamental en la litis.

4. Dentro del marco expuesto, es perfectamente comprensible la conclusión de la Sección Primera contenida y sustentada en el auto del 2 de agosto de 1990 y en la sentencia del 28 de agosto de 1992, en el sentido de que la doctrina de los motivos y finalidades conserva vigencia como orientación jurisprudencial y teórica, "pero cuando el acto administrativo cree o reconozca una situación o un derecho individuales que, a juicio del legislador, afecten de alguna manera el ejercicio general de los derechos y libertades, impida su efectividad o sea incompatible con el orden jurídico y los fines del Estado, es atacable por la vía de la acción pública de nulidad, siempre y cuando la ley haya previsto el uso de ese contencioso objetivo contra el acto individual".

5. No obstante la conclusión indicada en el punto anterior, la Sala considera que precisamente la doctrina de los motivos y finalidades permite adicionarla en el sentido de que ella no obsta para que la acción de simple nulidad proceda contra un acto creador de una situación jurídica individual y concreta, a pesar de que no haya sido expresamente prevista en la ley, cuando esa situación conlleve un interés para la comunidad en general de tal naturaleza e importancia que desborde el simple interés de la legalidad en abstracto, por afectar de manera grave y evidente el orden público social o económico. En estos casos, no obstante, deberá vincularse al proceso a la persona directamente afectada con el acto.

3. Aplicación de la doctrina anterior al caso concreto

Aplicados los criterios expuestos a la demanda que dio origen al presente proceso, la Sala observa y concluye lo siguiente:

a) Como quedó definido al comienzo de estas consideraciones, la demanda se dirige contra un acto administrativo creador de situaciones jurídicas particulares y concretas, en ejercicio de la acción de simple nulidad;

b) La ley no ha previsto la procedencia de la citada acción de simple nulidad contra actos como el que es objeto de la demanda. A este respecto, debe aclararse que si bien el artículo 90 del Decreto-ley 1333 de 1986, vigente al momento de expedirse el acto acusado, consagraba la procedencia de la acción de nulidad contra

"las actuaciones que se realicen contraviniendo lo dispuesto en los artículos anteriores y las decisiones de autoridades generadas en esas actuaciones...", y que el artículo 86 *ibidem*, que se invoca como fundamento de la pretensión anulatoria determinaba que "las renuncias y las excusas de los concejales para servir sus cargos serán presentadas ante el alcalde", la realidad es que lo dispuesto por la primera de las normas indicadas sólo tenía aplicación respecto de los mandatos consagrados en los dos artículos que le anteceden, es decir, los artículos 88 y 89, pues ellos, en su orden, correspondían a la compilación de los artículos 1° y 2° de la Ley 11 de 1973, mientras que el artículo 90 correspondía a la compilación del artículo 4° de la misma ley, y el artículo 86 correspondía a la compilación del artículo 15 de la Ley 72 de 1926. Es decir que la acción de nulidad consagrada en el artículo 90 del Decreto-ley 1333 de 1986 sólo era aplicable a las situaciones reguladas en los artículos 88 y 89 del mismo estatuto y no a la controvertida en este proceso, regulada esta última en el artículo 86 *ibidem;*

c) En el caso del acto demandado en este proceso, la situación jurídica individual y concreta a que él se refiere tampoco conlleva un interés para la comunidad de tal naturaleza e importancia que afecte de manera grave y evidente el orden público social o económico, que permitiera la procedencia de la acción de simple nulidad sin consagración legal expresa, pues el acto hace relación simplemente a los intereses individuales de los ciudadanos Francisco Antonio Padilla Guzmán y José Ignacio Callejas Ramírez, sin que su carácter de concejales para el uno o para el otro alcance a tener la connotación mencionada de afectar grave y evidentemente el orden público;

d) En consecuencia, en uso del poder de interpretación de la demanda que la ley y la jurisprudencia han concedido al juez administrativo, debe analizarse si la acción ejercida puede entenderse como la de nulidad y restablecimiento del derecho. A este respecto, la acción intentada y así interpretada tampoco puede considerarse viable por la sencilla razón de que uno de los elementos fundamentales de esta acción es el de la legitimación en la causa por activa, en el sentido de que el legitimado para ejercerla es la persona que pretenda demostrar que el acto demandado le quebranta un derecho suyo, el cual busca que le sea restablecido por la sentencia que se adopte, así sea de manera automática, mientras que el actor en este proceso no expresa, ni de su demanda se deduce cuál derecho ni en qué medida el acto cuya nulidad solicita ha transgredido un derecho que le reconozca o consagre a su favor la norma superior que invoca en sustento de su petición de anulación, de lo cual se concluye que carece de vocación para ejercer la acción.

Las consideraciones precedentes fuerzan a concluir que en el asunto *sub examine* 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 oficiosamente como

probada a título de excepción en la parte dispositiva de esta providencia, declaración 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 sentencias inhibitorias, 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, Sección Primera, 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 6 de marzo de 1995 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. 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 veintiséis de octubre de mil novecientos noventa y cinco.

*Libardo Rodríguez Rodríguez,* Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz,* (aclara voto); *Nubia González Cerón, Yesid Rojas Serrano.*

**TEORIA DE LOS MOTIVOS Y FINALIDADES / ACTO PARTICULAR DE INTERES GENERAL / ACCION DE NULIDAD - Procedencia / CONTROL JURISDICCIONAL / FACULTAD DISCRECIONAL - Improcedencia / SEGURIDAD JURIDICA - Inexistencia**

**Estoy en desacuerdo con la adición que se hace en las consideraciones de la misma a la doctrina de los motivos y finalidades en el sentido de que la acción de simple nulidad pueda proceder contra un acto creador de una situación jurídica individual y concreta, a pesar de que no haya sido expresamente prevista en la ley, "cuando esa situación conlleve un interés para la comunidad en general de tal naturaleza e importancia que desborde el simple interés de la legalidad en abstracto, para afectar de manera grave y evidente el orden público social y económico". Disiento de conllevar un interés para la comunidad y afecta de manera grave y evidente el orden público social y económico queda sujeto al arbitrio judicial, a la discrecionalidad del juez.**

## ACLARACION DE VOTO

Aún cuando comparto la decisión adoptada, estoy sin embargo en desacuerdo con la adición que se hace en las consideraciones de la misma a la doctrina de los motivos y finalidades en el sentido de que la acción de simple nulidad pueda proceder contra un acto creador de una situación jurídica individual y concreta, a pesar de que no haya sido expresamente prevista en la ley, "cuando esa situación conlleve un interés para la comunidad en general de tal naturaleza e importancia que desborde el simple interés de la legalidad en abstracto, por afectar de manera grave y evidente el orden público social y económico".

Disiento de tal adición habida cuenta que el hecho de establecer si la situación conlleva un interés para la comunidad y afecta de manera grave y evidente el orden público social o económico queda sujeto al arbitrio judicial, a la discrecionalidad del juez.

Dejar la procedencia de la acción de nulidad contra actos particulares al arbitrio judicial, equivale, tal como se afirmó en el auto de 2 de agosto de 1990, a "dejar al garete, a la deriva y sin gobierno los derechos individuales y quitarle a los actos administrativos particulares la virtud de ser ejecutorios. Es, sencillamente, acabar con el principio básico de la seguridad de las relaciones jurídicas que vertebra el derecho colombiano".

Otra cosa bien diferente es que en aras de salvaguardar el fin esencial del Estado de garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución se pueda ejercitar dicha acción para hacer valer derechos constitucionales en favor del Estado, como los que tiene éste sobre el subsuelo y los recursos naturales renovables, que por su carácter de inenajenables, inembargables e imprescriptibles se pueden hacer valer en cualquier tiempo y ante cualquier autoridad. Tales derechos por tener arreglo y validez reconocida en la Carta Política (artículos 2° y 332), gozan de la primacía que le es consustancial a la Constitución.

Por lo anterior estimo, que la tesis sostenida en el auto de 2 de agosto de 1990 aunada con la antes expuesta, dada su precisión, suministra certeza y seguridad jurídicas al administrado y no queda éste así sujeto al arbitrio judicial, al vaivén de los cambios jurisprudenciales.

Fecha, *ut supra.*

*Ernesto Rafael Ariza Muñoz,*

Consejero de Estado.

**SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia / SUSPENSION PROVISIONAL - Técnica**

**En la parte introductora del numeral 3 del escrito contentivo del recurso, el apoderado de la sociedad actora advierte "que en la parte final de la solicitud de suspensión provisional expresamente solicité a los H. Magistrados tener en cuenta para los efectos de la suspensión provisional los argumentos expuestos en el capítulo fundamento de derecho de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho a los cuales en gracia de la brevedad me remito". Al respecto la Sala constata que si bien es cierto que el recurrente hizo la citada remisión en su solicitud, como también lo es que esta Sección ha aceptado esa remisión en aras de permitir el estudio de la solicitud de suspensión provisional, ello no puede llevar hasta aceptarla en los casos en que, como el presente, el solicitante de la medida hace una sustentación expresa y detallada de la misma, pues ello llevaría a que el juez debiera hacer el estudio tanto de esa sustentación como de los cargos formulados para sustentar la demanda en si misma, lo cual implicaría una evidente duplicidad e inclusive, el estudio propio de la sentencia, siendo ello contrario a la naturaleza de la medida de suspensión provisional, que exige un requisito especial como es el carácter manifiesto de la infracción o infracciones invocadas.**

**SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia / CONSERVACION ARQUITECTONICA / PUBLICACION / DOCUMENTO PUBLICO - Inexistencia**

**No es procedente la suspensión provisional del acto acusado, por la sencilla razón de que la presunta violación flagrante se pretende deducir de una publicación de un diario de carácter privado, mientras que el artículo 152 del C.C.A. exige que cuando se pretenda configurar una violación manifiesta mediante documentos aducidos con la solicitud, éstos deben tener el carácter de públicos.**

**SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia / CONSERVACION ARQUITECTONICA / ACTO ADMINISTRATIVO / MOTIVACION - Inexistencia / NORMA APLICABLE**

**No es procedente la solicitud de suspensión provisional, pues no es claro en este momento procesal que el artículo 35 el C.C.A. sea aplicable al caso controvertido, pues precisamente el artículo 81 del mismo estatuto advierte que en los asuntos departamentales y municipales se aplicarán las disposiciones de la parte primera de esa normatividad, "salvo cuando las ordenanzas o los acuerdos establezcan reglas especiales en asuntos que sean de competencia de las asambleas y concejos", y precisamente el título séptimo del Acuerdo número 6 de 1990, expedido por el Concejo Distrital de Bogotá regula lo referente a la figura de los "Tratamientos", por lo cual será necesario dilucidar si el acto demandado efectivamente está regido por el Código Contencioso Administrativo o por el citado acuerdo u otras normas distritales.**

**SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia / CONSERVACION ARQUITECTONICA / ASIGNACION DE TRATAMIENTO ESPECIAL / EXPROPIACION - Inexistencia**

**No encuentra la Sala que la asignación de tratamiento especial a un inmueble constituya por sí misma una expropiación, lo cual es suficiente para no dar prosperidad a la solicitud de suspensión provisional en razón de este argumento.**

**SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia / PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL**

**Los requisitos mencionados son de carácter formal, lo cual por sí mismo conlleva a desechar el cargo para efectos de la solicitud de suspensión provisional, pues de acuerdo con reiterada jurisprudencia y doctrina el incumplimiento de no todos los requisitos formales implica la ilegalidad de los actos administrativos, sino que, por el contrario, esa consecuencia sólo se produce en los casos en que las formalidades deban calificarse de sustanciales, calificación que no es posible establecer en esta etapa inicial del proceso y, por lo mismo, no puede hablarse de una ilegalidad como se exige por la ley para la prosperidad de la solicitud de suspensión provisional.**

**DISPOSICIONES URBANISTICAS - Violación / SANCION - Identificación / SANCION - Inexistencia / DERECHO AL DEBIDO PROCESO / SUSPENSION PROVISIONAL**

**La circunstancia de que la disposición acusada se refiere a la aplicación de unas sanciones previstas en un supuesto "artículo 65 del presente decreto", que no existe por cuanto al citado decreto sólo consta de cuatro artículos, ello implica que las sanciones no están identificadas, pues a pesar de que podría tratarse de una referencia a otro decreto, con error de transcripción, el mismo apoderado del Distrito Capital no hace esa precisión en su recurso, por lo cual puede concluirse la violación flagrante del artículo 29 de la Carta, en cuanto se están pretendiendo aplicar unas sanciones desconocidas, sin perjuicio de que ellas, de existir en otra norma, puedan aplicarse en virtud de esta última.**

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintiséis (26) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Radicación número 3443.

Actor: Edificio 9411 S. A.

La Sección Primera procede a resolver los recursos de apelación interpuestos tanto por la parte actora como por la parte demandada, contra el ordinal tercero del auto admisorio de la demanda, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 11 de mayo de 1995, en cuanto decretó la suspensión provisional de los efectos del artículo 3° del Decreto 677 de 1994 y negó la suspensión provisional de las demás normas de dicho decreto, en proceso instaurado en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el citado decreto, expedido por el Alcalde Mayor de Santa Fe de Bogotá, D. C.

## I. EL AUTO RECURRIDO

El tribunal *a quo* decidió en los términos mencionados al comienzo de esta providencia, de acuerdo con los siguientes argumentos (fls. 52 a 69):

1. Toda vez que la suspensión provisional se solicitó y sustentó en escrito separado de la demanda y que se encuentra demostrado el perjuicio que la parte

actora podría sufrir, pues a raíz de la expedición del decreto acusado el precio del inmueble disminuyó sustancialmente, es forzoso entrar a precisar si hay manifiesta infracción de las normas invocadas como fundamento de la acción por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud, conforme lo prevé el artículo 152 del C.C.A.

2. En cuanto al primer cargo, de errores de técnica legislativa, no está llamado a prosperar, pues el actor no cita como violada ninguna norma superior.

3. En relación con el cargo consistente en determinar si el acto demandado es general e impersonal o particular y subjetivo, no es este el momento procesal para establecer la naturaleza del acto, ya que ello amerita un estudio de fondo propio de la sentencia, "...lo cual no obsta para señalar que aunque pueda aparecer como de carácter general con destinatarios indeterminados, estos pueden ser determinables, pero no encuentra la Sala que esa distinción conduzca a la suspensión solicitada, toda vez que es presupuesto para el decreto de esa medida que se viole ostensiblemente para el decreto de esa medida que se viole ostensiblemente un mandato superior y no es clara para la Sala la relación causa-efecto, porque la naturaleza del acto sea una u otra".

4. La supuesta violación del derecho de defensa al no darse aplicación estricta a lo previsto en el artículo 388 del Acuerdo número 6 de 1990 no se observa *prima facie*, como lo plantea el demandante, pues se hizo la publicación del informe sobre la existencia del proyecto en un diario de amplia circulación, además de que, por otra parte, se encuentra determinada el área urbana. "Entrar a definir si el término 'área urbana' es muy genérico para efectos de un adecuado ejercicio del derecho de defensa por parte de los ciudadanos que se consideran afectados con el acto acusado, es un análisis que corresponde al estudio de fondo, propio de la sentencia".

5. Que el acto administrativo acusado quebranta el artículo 35 del C.C.A. por no tener motivación alguna y por no estar ceñido a lo previsto en el artículo 5° literal B del Decreto 327 de 1992, es cuestión que se refiere a la naturaleza del acto, ya considerada anteriormente, por un lado, y por otro, en relación con el no cumplimiento de la norma por la Junta de Protección del Patrimonio Urbano, es un aspecto que corresponde analizar en etapa posterior del proceso, así como su efecto sobre la legalidad del acto demandado.

6. Respecto al cargo basado en falta de notificación y falsa motivación del acto acusado, son aspectos que se refieren a la naturaleza del decreto, por lo cual se reitera lo expuesto en el numeral 3 anterior.

7. En relación con la transgresión del artículo 387 del Acuerdo número 6 de 1990, que establece los aspectos comunes al contenido de todos los decretos de

asignación de tratamiento, no basta la simple confrontación, sino que es necesario determinar si dicha norma "...es prevalente o no frente a todo el ordenamiento administrativo y de rigor absoluto, como para dar lugar a la invalidez de los actos que no se ciñan a tales formalidades, aspecto que corresponde dilucidar en la providencia de mérito que ponga fin al proceso".

8. En cuanto a que el artículo 3° del acto que se demanda violó el artículo 388 del Acuerdo número 6 de 1990 por no cumplir la publicación del proyecto con los requisitos ordenados en el mismo, la Sala observa que efectivamente en el texto del proyecto de decreto insertado en la Gaceta de Urbanismo y Construcción número 41, aparecía el artículo 3° relativo a la vigencia, y en el decreto publicado en el Registro Distrital aparecen dos textos identificados como artículo 3°, el primero de los cuales contempla la sanción que el actor considera inconducente. Por lo tanto, es viable acceder a decretar la suspensión del artículo 3° que alude a la sanción, puesto que "...la irregular inclusión del artículo 3° en el decreto sancionado como tal por el Alcalde Mayor, en contravención de la previsión consignada en el artículo 388 del Acuerdo número 6 de 1990 y la finalidad de la publicidad del proyecto en tanto permite una eficaz oposición de todos los interesados, destinatarios finales del mismo, situación que acorde con el precepto constitucional consagrado en el artículo 29, significa un desconocimiento del derecho a ser oído en el procedimiento previo a la limitación de su poder dispositivo sobre el bien objeto de reglamentación".

## II. FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

A. Por una parte, el actor en su escrito de impugnación (fls. 92 a 99) solicita revocar el auto impugnado en cuanto no decretó la suspensión provisional de la totalidad del acto acusado y, en su lugar, acceder a la solicitud de suspensión provisional, con base en las siguientes razones:

1. En relación con los cargos 3, 4 y 5 no resulta ajustada a derecho la afirmación del tribunal en el sentido de considerar que el análisis de la naturaleza del acto administrativo no es susceptible de realizar en esta oportunidad procesal sino que debe diferirse a la decisión que se adopte en la sentencia. Son varias las normas del C.C.A. que llevan implícito el deber del juez de hacer este tipo de juicios al admitir la demanda, y de la calificación que resulte puede proceder la suspensión provisional del acto acusado, tal como sucede en el presente caso, en que tratándose de un acto de carácter particular debió suspenderse porque no fue motivado o notificado con claridad meridiana. Además, hay un quebrantamiento evidente del artículo 58 de la Constitución Nacional, pues con el decreto acusado se ha expropiado el inmueble de la carrera 11 número 93 A - 82 de Bogotá ya que su uso se limitó sin que mediara la indemnización previa ordenada por la ley.

2. En cuanto a la infracción del artículo 388 del Acuerdo número 6 de 1990, es importante anotar que el tribunal olvidó que cuando la ley ordenó que se precisara el área o sector en la cual sería aplicable el decreto, impuso la obligación de señalar los límites y, por consiguiente, quiso diferenciarlo de la jurisdicción territorial en donde es competente el Alcalde Mayor, pues, de lo contrario, nada hubiera ordenado.

3. El tribunal, al considerar la violación del artículo 387 del Acuerdo número 6 de 1990, admite la carencia de los requisitos allí indicados, cuestionándose si ello da lugar o no a la suspensión, cuando es el mismo ordenamiento el que exige su cumplimiento, y desconociendo que evidentemente el citado acuerdo es prevalente sobre el decreto distrital acusado, según la estructura del ordenamiento jurídico."

B. El Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, parte demandada en el proceso, por intermedio de apoderado, solicita se levante la medida de suspensión provisional decretada respecto del artículo 3°, de acuerdo con los siguientes argumentos (fls. 79 a 83):

1. El tribunal debió haber negado la solicitud de suspensión provisional del artículo 3° del decreto acusado, porque si en la misma providencia había determinado en forma clara y precisa que éste era de carácter general e impersonal mal podía sustentar tal medida asumiendo como hecho probado que si es un acto particular y concreto, y que por lo tanto había violado el derecho del debido proceso al no publicar tal acto en la forma correcta que se dispone para esa clase de actos. Además, es inexplicable la suspensión de la norma cuando susbsisten dudas sobre su verdadero sentido, naturaleza, antecedentes y razón de ser, frente a disposiciones que bien pueden darle la validez que ahora se cuestiona, como cuando se refiere a unas sanciones contenidas en un artículo 65, el cual aun no se puede ubicar a primera vista, por cuanto no se sabe al artículo 65 de cuál norma se refiere.

2. La norma suspendida no es un precepto propio de un decreto de asignación de tratamiento, sino que encuadra en las formas comunes de reglamentación de los acuerdos distritales que pueden emanar del Alcalde Mayor, lo que implica que respecto a dicha norma no tenía que agotarse el procedimiento de publicación exigido en el artículo 388 del Acuerdo número 6 de 1990.

3. "De otra parte, el artículo 3°, que se suspende, por ser un precepto común reglamentario del Acuerdo 6 de 1990, no puede ser objeto de una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, ya que no creó una situación jurídica subjetiva a persona alguna, presupuesto *sine qua non*, para la procedencia de dicha acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A.

4. "Pero si aún se desestimaran los anteriores planteamientos, los argumentos del Honorable Tribunal seguirían siendo equivocados, en vista de que cuando el

artículo 388 del Acuerdo 6 de 1990, prevé la publicación de los proyectos de decretos de asignación de tratamientos, precisamente está hablando de proyectos sujetos a debate, que lógicamente son susceptibles de modificaciones. De modo que el texto final de un decreto de asignación de tratamiento puede contener adiciones, como en el caso del artículo 3° del Decreto 677 de 1994, sin que ello implique que por esas adiciones se esté violando el aludido artículo 388".

## III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Precisiones previas. Para resolver los recursos interpuestos, la Sala considera necesario hacer previamente las siguientes precisiones:

a) En relación con los errores de técnica legislativa, a los cuales se refiere el escrito de solicitud de suspensión provisional en el literal A del numeral 2, como el mismo recurrente acepta en el numeral 2.2 de su escrito del recurso que no se trata de un cargo contra las normas acusadas sino simplemente de un aspecto introductorio a los cargos planteados, ello releva a la Sala de hacer consideraciones sobre el particular;

b) En la parte introductoria del numeral 3 del escrito contentivo del recurso, el apoderado de la sociedad actora advierte "que en la parte final de la solicitud de suspensión provisional expresamente solicité a los H. Magistrados tener en cuenta para los efectos de la suspensión provisional los argumentos, expuestos en el capítulo Fundamento de Derecho de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho a los cuales en gracia de la brevedad me remito". Al respecto la Sala constata que si bien es cierto que el recurrente hizo la citada remisión en su solicitud, como también lo es que esta Sección ha aceptado esa remisión en aras de permitir el estudio de la solicitud de suspensión provisional, ello no puede llevar hasta aceptarla en los casos en que, como el presente, el solicitante de la medida hace una sustentación expresa y detallada de la misma, pues ello llevaría a que el juez debiera hacer el estudio tanto de esa sustentación como de los cargos formulados para sustentar la demanda en sí misma, lo cual implicaría una evidente duplicidad e, inclusive, el estudio propio de la sentencia, siendo ello contrario a la naturaleza de la medida de suspensión provisional, que exige un requisito especial como es el carácter manifiesto de la infracción o infracciones invocadas. Por lo anterior, la Sala se limitará al estudio de los cargos planteados expresamente en el escrito de solicitud de suspensión provisional y a los argumentos sobre ellos expresados en el recurso;

c) También afirma el recurrente que "es indudable que la naturaleza con la cual se califique el acto administrativo acusado es sin lugar a dudas, el aspecto medular para acceder o no a la declaratoria de suspensión provisional del acto acusado", pues todos los cargos presentados giran alrededor de si se trata de una

disposición de carácter particular y concreto o, por el contrario, general y abstracto. En relación con este aspecto, la Sala considera que no puede afirmarse en forma rotunda que la legalidad del acto dependa simple y llanamente de su conformidad con las normas que regulan los actos de carácter general o individual, con mayor razón tratándose una solicitud de suspensión provisional, pues independientemente de la naturaleza del acto es necesario hacer su confrontación con las normas que regulan la situación en concreto, como es en el presente caso la regulación de los inmuebles de "Conservación arquitectónica". En consecuencia, con esta perspectiva debe procederse al análisis de los cargos planteados en la solicitud de suspensión provisional.

2. El acto acusado. El contenido del acto demandado es del siguiente tenor:

"Decreto número 677 de octubre 31 de 1994,

"Por el cual se modifica el Decreto 327 de 1992.

"EL ALCALDE MAYOR DE SANTA FE DE BOGOTA, D. C.

"En uso de sus facultades legales y en especial de las que le confiere los artículos 38, numeral 4° del Decreto 1421 y 384 del Acuerdo 6 de 1990,

"DECRETA:

"Artículo 1°. Se asigna el tratamiento de Conservación Arquitectónica a los inmuebles que figuran en el anexo número 1, el cual hace parte integral del presente Decreto.

"Parágrafo. Los inmuebles incluyen las edificaciones y los lotes de los cuales forman parte.

"Artículo 2°. Las solicitudes de licencias o permisos de que trata el Decreto 600 de 1993, sobre los inmuebles anteriormente relacionados, que se encuentren en curso a la fecha de publicación del presente Decreto, se decidirán con base en las normas vigentes para el Tratamiento de Conservación Arquitectónica.

"Artículo 3°. Si por una inminente amenaza de ruina de un inmueble de Conservación Arquitectónica debe demolerse, se aplicarán también las sanciones a que hace referencia el artículo 65 del presente decreto. Lo anterior por cuanto es obligación de los propietarios y poseedores de dichos inmuebles el mantenerlos en buen estado y realizar obras tendientes a su preservación, conservación y mantenimiento.

"Artículo 3°. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias".

3. *Primer cargo.* Quebrantamiento flagrante del artículo 388 del Acuerdo 6 de 1990.

La norma citada como violada es del siguiente tenor:

"Artículo 388. *Publicidad de los proyectos de decreto de asignación de tratamientos.* Todos los proyectos de decreto, de asignación de tratamiento, serán publicados por una sola vez en la Gaceta de Urbanismo y Construcción de Obra por lo menos en el mes anterior a aquel al que se presentó a la Junta de Planeación Distrital para su estudio y concepto y si no lo requiere, en el mes anterior a la fecha de su expedición, a fin de que la ciudadanía pueda conocerlos y debatirlos, antes de su adopción.

"Así mismo, se hará una publicación en un diario de amplia circulación que informe sobre la existencia del proyecto de Decreto de asignación de tratamiento e indique el área o sector dentro del cual sería aplicable, a fin de que quien tenga interés en conocerlo en detalle, acuda al Departamento Administrativo de Planeación Distrital, o adquiera el ejemplar de la Gaceta de Urbanismo y Construcción de Obra.

"La Junta de Planeación Distrital podrá reglamentar procedimientos y oportunidades para que tengan lugar audiencias en las que se oiga a las personas interesadas que tengan reparos o sugerencias en relación con los proyectos de que trata el inciso anterior, a fin de ilustrar su criterio antes de tomar una decisión".

La acusación del actor se centra en el hecho de que mientras la norma presuntamente violada exige que el aviso que debe publicarse para informar sobre la existencia del proyecto de decreto de asignación de tratamiento debe indicar "el área o sector dentro del cual sería aplicable", el aviso efectivamente publicado en el diario La Prensa de fecha septiembre 30 de 1994, que se acompaña con la demanda, se refiere a inmuebles "localizados en el área urbana del Distrito Capital", por lo cual se habría violado también el artículo 29 de la constitución que consagra el derecho al debido proceso y a la defensa.

La Sala encuentra que en relación con este punto no es procedente la suspensión provisional del acto acusado, por la sencilla razón de que la presunta violación flagrante se pretende deducir de una publicación de un diario de carácter privado, mientras que el artículo 152 del C.C.A. exige que cuando se pretenda

configurar una violación manifiesta mediante documentos aducidos con la solicitud, éstos deben tener el carácter de públicos atributo que no cumple la fotocopia de la página 21 del diario La Prensa que se aduce para el efecto.

Además, si su carácter de documento público pretendiera derivarse del oficio y la certificación emanadas del Departamento Administrativo de Planeación Distrital, que obran a folios 20 y 22 del cuaderno de anexos de la demanda, tampoco sería posible acceder a la solicitud, pues será necesario estudiar si cuando el artículo 388 del Acuerdo 6 de 1990 se refiere a la indicación del "área o sector dentro del cual sería aplicable" el proyecto de decreto, ese requisito no puede entenderse cumplido indicando que se trata del "área urbana del Distrito Capital" como lo hace el aviso publicado.

Por lo tanto el cargo no prospera.

4. *Segundo cargo.* Suspensión provisional por carecer el acto administrativo de notificación. Esta acusación se fundamenta concretamente en dos aspectos:

a) Violación del artículo 35 del C.C.A., aplicable a la materia por expresa remisión del artículo 81 *ibidem*, pues el acto demandado no se motivó siquiera en forma sumaria (numerales 1 a 4 del cargo).

b) Que de las actas de las reuniones de la Junta de Protección del Patrimonio Urbano, en las cuales se impartió concepto favorable para declarar tales inmuebles como de conservación arquitectónica, se deduce que sus miembros no efectuaron ningún análisis de los motivos que tuvieron para rendir su concepto acerca de los valores arquitectónicos de cada uno de los inmuebles sometidos a su consideración, como lo ordena el artículo 5 literal B del Decreto 327 de 1992 (numerales 5 a 9 del cargo).

En relación con el primer aspecto, la Sala encuentra que evidentemente no es procedente la solicitud de suspensión provisional, pues no es claro en este momento procesal que el artículo 35 del C.C.A. sea aplicable al caso controvertido, pues precisamente el artículo 81 del mismo estatuto advierte que en los asuntos departamentales y municipales se aplicarán las disposiciones de la parte primera de esa normatividad, "salvo cuando las ordenanzas o los acuerdos establezcan reglas especiales en asuntos que sean de competencia de las asambleas y concejos". Y precisamente el Título Séptimo del Acuerdo número 6 de 1990, expedido por el Concejo Distrital de Bogotá regula lo referente a la figura de los "Tratamientos", por lo cual será necesario dilucidar si el acto demandado efectivamente está regido por el Código Contencioso Administrativo o por el citado acuerdo u otras normas distritales.

Frente al segundo aspecto planteado en el cargo, la Sala constata que el literal B del artículo 5° del Decreto 327 de 1992, expedido por el Alcalde Mayor de Santa Fe de Bogotá, asigna el Tratamiento Especial de Conservación Arquitectónica a una serie de inmuebles identificados y enlistados allí mismo, sin que su texto se refiere ni de él pueda inferirse la obligación del concepto que el actor menciona en este cargo.

En consecuencia, el cargo no prospera.

5. *Tercer cargo.* Suspensión del Decreto 677 por falta de notificación del acto administrativo. Este cargo se fundamenta en la presunta violación de los artículos 43, 44, 45 y 48 del C.C.A. y 29 de la Constitución por cuanto, siendo el acto demandado de naturaleza particular y concreta, debió haberse notificado personalmente a los afectados.

Al respecto la Sala hace notar que si, como se expresó en el punto 4, tampoco aparece claro en este momento procesal que sean aplicables las normas del C.C.A. ante la existencia de regulaciones especiales para la figura de los "Tratamientos", el cargo de suspensión provisional no puede prosperar.

Además, en este cargo el actor se refiere a que el acto acusado ha afectado el legítimo derecho a la propiedad, lo cual concreta en el escrito de recurso con el presunto quebrantamiento del artículo 58 de la Constitución por haberse expropiado, "pues no cabe otra definición, como es su uso sin que mediara la indemnización previa ordenada por la ley". A este respecto, no encuentra la Sala que la asignación de tratamiento especial a un inmueble constituya por sí misma una expropiación, lo cual es suficiente para no dar prosperidad a la solicitud de suspensión provisional en razón de este argumento.

6. *Cuarto cargo.* Suspensión de la norma acusada por falsa motivación, pues "la motivación aducida en el Decreto 677 de 1994 es falsa toda vez que no podía sustentarse en la potestad reglamentaria para expedirlo, razón por la cual se ha quebrantado el artículo 35 del C.C.A..."

Este cargo tampoco tiene vocación de prosperidad para efectos de la suspensión provisional por las mismas razones indicadas en relación con los cargos anteriores sobre la falta de certeza en este momento respecto de la aplicación del Código Contencioso Administrativo.

7. *Quinto cargo.* Suspensión provisional del Decreto 677 por cuanto no contiene los mínimos requisitos señalados por el artículo 387 del Acuerdo 6 de 1990. Expresa el solicitante que los requisitos señalados en la norma citada como

violada y que no se cumplieron por el acto demandado, son los exigidos en los ordinales 1°, 6° y 8° de aquella norma, consistente en contener "la mención de ser decreto reglamentario del presente Acuerdo"; "Si el señalamiento del ámbito espacial implica modificación de planos oficiales adoptados en decretos anteriores que conserven su vigencia en una parte de su área inicial, deberá hacerse mención de las normas que se modifican o subrogan y deberá adoptarse un nuevo plano oficial ajustado que sustituye al primero"; y "las normas específicas del área o sector objeto de reglamentación".

Como el mismo solicitante lo reconoce, los requisitos mencionados son de carácter formal, lo cual por sí mismo conlleva a desechar el cargo para efectos de la solicitud de suspensión provisional, pues de acuerdo con reiterada jurisprudencia y doctrina el incumplimiento de no todos los requisitos formales implica la ilegalidad de los actos administrativos, sino que, por el contrario, esa consecuencia sólo se produce en los casos en que las formalidades deban calificarse de sustanciales, calificación que no es posible establecer en esta etapa inicial del proceso y, por lo mismo, no puede hablarse de una ilegalidad manifiesta como se exige por la ley para la prosperidad de la solicitante de suspensión provisional.

Por lo tanto, el cargo no prospera.

8. *Sexto cargo.* Suspensión provisional del Decreto 677 de 1994, en especial su artículo 3. Este cargo se sustenta en primer lugar en la presunta violación del artículo 388 del Acuerdo 6 de 1990, "en desarrollo de lo previsto en el artículo 3 del C.C.A.", "...en la medida en que no coincide con el texto del proyecto publicado en la Gaceta de Construcción de Urbanismo de Obra, ya que el proyecto puesto en conocimiento de los particulares no la contenía" (la disposición acusada).

En relación con este aspecto, la Sala constata que efectivamente el artículo 388 del Acuerdo 6 de 1990 ordena que "todos los proyectos de Decreto de Asignación de Tratamiento, serán publicados por una sola vez en la Gaceta de Urbanismo y Construcción de Obra por lo menos en el mes anterior a aquel al que se presente a la Junta de Planeación Distrital para su estudio y concepto y si no lo requiere, en el mes anterior a la fecha de su expedición, a fin de que la ciudadanía pueda conocerlos y debatirlos, antes de su expedición".

Sin embargo, la Sala no encuentra en este solo aspecto la violación manifiesta que se exige legalmente para la prosperidad de la suspensión provisional, pues tratándose de un proyecto para ser conocido y debatido, debe entenderse, en principio, que el texto final que se adopte no necesariamente deba coincidir con el proyecto publicado, pues precisamente el debate pueda dar lugar a introducirle modificaciones.

No obstante lo anterior, como el solicitante sustenta también este cargo en la presunta violación del artículo 66 de la Ley 9ª de 1989, que establece que corresponde a los alcaldes imponer las sanciones por infracción a las disposiciones urbanísticas, pero no crear nuevos tipos sancionatorios, así como del artículo 29 de la Constitución, la Sala considera que la circunstancia de que la disposición acusada se refiere a la aplicación de unas sanciones previstas en un supuesto "artículo 65 del presente decreto", que no existe por cuanto el citado decreto sólo consta de cuatro artículos, ello implica que las sanciones no están identificadas, pues a pesar de que podría tratarse de una referencia a otro decreto, con error de transcripción, el mismo apoderado del Distrito Capital no hace esa precisión en su recurso, por lo cual puede concluirse la violación flagrante del artículo 29 de la Carta, en cuanto se están pretendiendo aplicar unas sanciones desconocidas, sin perjuicio de que ellas, de existir en otra norma, puedan aplicarse en virtud de esta última.

En consecuencia, debe confirmarse la providencia de primera instancia en cuanto decretó la suspensión provisional del citado artículo 3º del decreto acusado.

En mérito de lo expuesto, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

**RESUELVE:**

CONFÍRMASE el ordinal tercero del auto del 11 de mayo de 1995, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, mediante el cual decretó la suspensión provisional de los efectos del artículo 3 del Decreto 677 de 1994 y negó la suspensión provisional de las demás normas de este decreto.

En firme esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

*Libardo Rodríguez Rodríguez*, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Nubia González Cerón, Yesid Rojas Serrano.*

**DIAN - Facultades / FISCALIZACION Y CONTROL / PRUEBAS EN EL EXTERIOR - Práctica / AUTORIDAD EXTRANJERA / INFORMACION TRIBUTARIA ADUANERA**

**Para el ejercicio de las facultades de fiscalización y control, con que cuenta la Administración Aduanera, la Dirección de Aduanas Nacionales, podrá solicitar a autoridades o personas extranjeras la práctica de pruebas que deban surtirse en el exterior, o practicarlas directamente o valorándolas conforme a la sana crítica, u obtenerlas en desarrollo de convenios internacionales de intercambio de información tributaria aduanera.**

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintisiete (27) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente: Doctora *Nubia González Cerón.*

Radicación número 3297.

Referencia: Acción de nulidad.

Actor: Carlos Enrique Soto M.

El ciudadano *Carlos Enrique Soto Medina*, en ejercicio de la acción pública de nulidad, consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demandó ante esta Corporación, la nulidad de la expresión "**y sin que se requiera de formalidades adicionales**", del literal i) del artículo 62 del Decreto Reglamentario 1909 de 1992, expedido por el Gobierno Nacional.

El contenido del acto es del siguiente tenor:

"**Artículo 62: Facultades de fiscalización y control. Dentro de las facultades de fiscalización y control con que cuenta la administración aduanera, la Dirección de Aduanas Nacionales podrá: ...i) Solicitar a las autoridades o personas extranjeras la**

**práctica de pruebas que deban surtirse en el exterior, o practicarlas directamente, valorándolas conforme a la sana crítica *y sin que se requiera de formalidades adicionales*, u obtenerlas en desarrollo de convenios internacionales de intercambio de información tributaria aduanera;**..." (demanda la parte transcrita en mayúsculas).

## I. ANTECEDENTES

Mediante auto de fecha veintidós de mayo de 1995, se admitió la demanda presentada por el actor, en los términos referidos en el punto anterior. En el mismo proveído se denegó la suspensión provisional solicitada.

El auto admisorio se notificó personalmente a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Comercio Exterior, los días 22 de junio y 4 de julio de 1995, en su orden.

Mediante apoderado, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público contestó la demanda, dentro del término de traslado para tales efectos.

Dentro del término legal se corrió traslado a las partes y al Agente del Ministerio Público, para que presentaran sus alegatos de conclusión. Lo hicieron oportunamente el apoderado del Ministerio de Hacienda y la señora Procuradora Segunda Delegada ante la Corporación.

## II. LAS NORMAS PRESUNTAMENTE VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE LA VIOLACION

El actor invoca, como disposiciones violadas por la norma acusada, el artículo 29 de la Constitución Nacional, referente al debido proceso y el artículo 259 del Código de Procedimiento Civil, relativo a las formalidades de los documentos públicos otorgados en país extranjero, por funcionario de éste o con su intervención.

*Primer cargo.* La frase demandada viola el artículo 29 de la C.N. en los siguientes apartes: "El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso". Si la DIAN, en ejercicio de sus facultades de fiscalización puede obtener y practicar pruebas en el extranjero, sin ninguna formalidad, se le está dando la facultad de atropellar impunemente **el debido proceso** y de contera, el derecho de defensa, resultando claro en definitiva la violación de la norma constitucional invocada.

*Segundo cargo.* Viola igualmente el artículo 259 del Código de Procedimiento Civil que dispone "**Los documentos públicos otorgados en país extranjero por funcionario de éste o con su intervención, deberán presentarse debidamente autenticados por el cónsul o agente diplomático de la República, y en su defecto, por el de una nación amiga, lo cual hace presumir que se otorgaron conforme a la ley del respectivo país. La firma del cónsul o agente diplomático se abonará por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, y así se trata de agentes consulares de un país amigo, se autenticará previamente por el funcionario competente del mismo y los de éste, por el cónsul colombiano**". Las facultades de fiscalización de la DIAN tampoco pueden permitirle la prerrogativa de desconocer las formalidades señaladas en esta disposición legal, al obtener o practicar pruebas en el extranjero, entre otras razones porque el Decreto 1909 de 1992 fue expedido para una modificación parcial de la legislación aduanera y no para variar el régimen probatorio de una norma como el artículo 259 mencionado, que al estar contenido en el Código de Procedimiento Civil, sólo puede ser modificado por el Congreso, como lo señala el numeral 2 del artículo 150 de la C.N.

*Tercer cargo.* Dentro del término de fijación en lista, el actor adiciona la demanda, en el sentido de agregar, como norma violada, el artículo 193 del Código de Procedimiento Civil, que prescribe algunas ritualidades para la práctica de pruebas en el exterior.

## III. RAZONES DE LA DEMANDA

La apoderada del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, contestó la demanda expresando lo siguiente:

"En primer término, es importante recordarle al demandante las normas del Código Civil, sobre interpretación de la ley:

"Art. 27: Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal, so pretexto de consultar su espíritu..."

"Art. 28: Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras".

"Art. 30: El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya debida correspondencia y armonía..."

La frase demandada no está utilizando palabras de diversa significación, ni da lugar a equívoco alguno en su entendimiento, siendo por lo tanto procedente darle a las mismas el significado natural y obvio que tienen. Es por ello que sin necesidad de

mayores cavilaciones, pues el texto literal y lógico de la norma no lo exige, es de colegirse que en ningún momento el Gobierno Nacional, a través de la frase del Decreto demandado, pretendió desconocer las garantías constitucionales y legales que deben acompañar a todas las pruebas, incluyendo las practicadas en el exterior, como son las del derecho de defensa y debido proceso que se materializan en los principios de contradicción, veracidad, libre apreciación, inmediación, publicidad, necesidad de la prueba, unidad y formalidad de la misma.

Adicionalmente a la anterior interpretación, es importante tener en cuenta que el sentido de las palabras y proposiciones de un determinado texto legal, debe relacionarse con la institución de que hacen parte y con el propio sistema jurídico.

Del texto del artículo 29 de la C.N. puede establecerse, sin temor a equívoco, que de ninguna manera se está violando el derecho fundamental del debido proceso que debe prevalecer en todo estado de derecho. Por el contrario, sin entrar en mayores ejercicios interpretativos, puede señalarse con absoluta seguridad que lo que se pretendió evitar con la frase demandada, fue que se exigieran requisitos adicionales a los ya señalados en la ley, que dilatan las investigaciones adelantadas en los procesos de fiscalización en materia aduanera, violando así el debido proceso y el derecho de defensa que debe prevalecer en toda investigación que adelante la Administración.

Igualmente y como consecuencia del análisis anterior, es errado sostener, como lo hace el demandante, que se presenta violación del artículo 259 del Código de Procedimiento Civil, frente a los documentos otorgados en el extranjero, pruebas que en todas las investigaciones adelantadas por la entidad, cumplen con los requisitos allí señalados.

Se retira que lo único que se pretendió con la frase demandada, fue advertir a los funcionarios investigadores que se abstengan de exigir requisitos adicionales a los señalados en las normas de procedimiento (arts. 29 de la C.N. y 259 del C.P.C.).

El Gobierno Nacional conoce sus posibilidades y limitaciones en cuanto a facultades conferidas en materia de aduanas por las leyes marco existentes sobre la materia: Ley 6 de 1971; 7 de 1991 y 6 de 1992, y en ningún momento modificó el Código de Procedimiento Civil, en su artículo 259, en lo referente a práctica de pruebas en el exterior.

Finalmente, es necesario señalar que de conformidad con el artículo 65 del Decreto 1909 de 1992, la Dirección de Impuestos y Aduana Nacional podrá utilizar los medios de prueba consagrados en el Código de Procedimiento Civil. Lo anterior implica que no sólo acudirá a los medios de prueba allí señalados, sino que es

obligación de los funcionarios observar los requisitos y procedimientos propios de cada uno, como los señalados en el artículo 259 del Código de Procedimiento Civil, para los documentos otorgados en el exterior.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

*Primer cargo.* Violación del artículo 29 de la C. N.

Observa la Sala que la apoderada del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en su escrito contestatario de la demanda, acepta tácitamente que la frase acusada se presta a dudas y por ello entra a precisar que la mentada frase "*sin que se requiera de formalidades adicionales*" significa que los funcionarios no podrán exigir requisitos adicionales a los ya señalados en la ley.

Agrega que contrario sensu, sí se estaría violando el derecho de defensa y el debido proceso en el evento de exigir requisitos adicionales no señalados en la ley, a discreción del funcionario investigador de tumo.

El artículo 29 de la C.N. garantiza el debido proceso y al efecto prescribe que éste se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. "Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso".

El Título II del Decreto 1909 de 1992 referente a "La Fiscalización y el Control Aduanero", faculta a la Dirección de Aduanas Nacionales, hoy Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN–, para adelantar las investigaciones y desarrollar los controles necesarios para asegurar el efectivo cumplimiento de las normas aduaneras, dotándola de facultades de control y fiscalización (art. 61).

Dentro de esas facultades puede solicitar a autoridades o personas extranjeras la práctica de pruebas que deban surtirse en el exterior, o practicarlas directamente, valorándolas conforme a la sana crítica y sin que se requiera de formalidades adicionales. (Art. 62-i).

Igualmente puede la Dirección de Aduanas –hoy la DIAN–, utilizar en las investigaciones los medios de prueba consagrados en el Código de Procedimiento Civil, y el Estatuto Tributario, así como los instrumentos consagrados por las normas del Código de Procedimiento Penal y el Código Nacional de Policía. (art. 65).

De las anteriores facultades otorgadas a la DIAN, huelga concluir que la utilización de los medios probatorios, entre otros, los que consagra el Código de Procedimiento Civil, implica necesariamente que se cumplan las formalidades que dicho estatuto prevé en la recepción y práctica de los medios de prueba.

Por la misma razón, la práctica de pruebas que deban surtirse en el exterior deben ajustarse a las formalidades que para ellas exige el Código de Procedimiento Civil. La supresión de tales formalidades, tal como lo dispone la norma acusada, resulta violatoria del debido proceso.

Dada la prosperidad del anterior cargo, la Sala se abstendrá de analizar los demás cargos formulados.

Por consiguiente resulta procedente, declarar la nulidad de la expresión acusada, en aras de la claridad de las normas, para facilitar su comprensión y cumplimiento. Como se observa, la frase genera dudas en la aplicación del Decreto Reglamentario y por vía de interpretación, podría conducir inclusive a arbitrariedades que en nada contribuyen a la efectividad de la norma.

Eliminar la expresión demandada del texto del artículo, deja claramente sentado que, para el ejercicio de las facultades de fiscalización y control, con que cuenta la Administración Aduanera, la Dirección de Aduanas Nacionales, podrá solicitar a autoridades o personas extranjeras la práctica de pruebas que deban surtirse en el exterior, o practicarlas directamente valorándolas conforme a la sana crítica, u obtenerlas en desarrollo de convenios internacionales de intercambio de información tributaria aduanera.

Del anterior texto, lógico es entender que las pruebas a las que allí se aluden, deberán ceñirse en un todo, al complemento de las formalidades previstas en la ley.

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

**FALLA:**

DECLÁRASE NULA la expresión **"y sin que se requiera de formalidades adicionales",** contenida en el literal i) del artículo 62 del Decreto 1909 de 1992, expedido por el Gobierno Nacional.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 26 de octubre de 1995.

*Libardo Rodríguez Rodríguez*, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz,* (salva voto); *Nubia González Cerón, Yesid Rojas Serrano.*

**LICENCIA AMBIENTAL / CONSEJO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES / ERRADICACION DE CULTIVOS ILICITOS / GLIFOSATO / REGIMEN DE TRANSICION**

**En el caso de autos, se trata, de que el señor Alcalde de Neiva y el Comandante de la Policía del Huila tramiten la respectiva licencia ambiental y cumplan los demás requisitos exigidos para llevar a cabo actividades que como la fumigación con glifosato, según el actor, afectan el medio ambiente y la vida. Sobre el tema objeto de discusión, ya esta Corporación tuvo oportunidad de pronunciarse y al efecto definió que la erradicación de cultivos ilícitos es una actividad que compete al Consejo Nacional de Estupefacientes desde el año de 1986 y que a dicha actividad que se inició con anterioridad a la expedición de la Ley 99 de 1993, se le aplica el régimen de transición que fue consagrado en la mencionada ley, según el cual para el ejercicio de dicha actividad no se requiere la licencia ambiental y puede seguirse desarrollando, sin perjuicio de que las autoridades ambientales pueden intervenir con el fin de que se cumplan las normas que regulan el medio ambiente.**

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintisiete (27) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente: Doctora *Nubia González Cerón.*

Radicación número 3454.

Acción de cumplimiento.

Referencia: Apelación sentencia de julio 17 de 1995, proferida por el Tribunal Administrativo del Huila.

Actor: Javier Roa Salazar.

Resuelve la Sala la apelación interpuesta por el actor, *Javier Roa Salazar*, contra la providencia proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, el 17 de julio de 1995, por la cual resolvió: **"Abstenerse de librar mandamiento ejecutivo y la orden de suspensión incoadas en las pretensiones primera y segunda del libelo introductorio de la presente acción de cumplimiento".**

## I. ANTECEDENTES

I.1 El ciudadano y abogado *Javier Roa Salazar*, con fundamento en los artículos 77 y siguientes de la Ley 99 de 1993 y en ejercicio de la acción de cumplimiento allí consagrada, acudió ante el Tribunal Administrativo del Huila, pretendiendo lo siguiente:

> **"1. Que mediante el trámite establecido en el artículo 77 de la Ley 99 de 1993, se ordene el cumplimiento del artículo 49 y ss. de la misma ley, con el objeto de que tramite la respectiva licencia ambiental, de que se realicen los estudios de impacto ambiental, estudio de efectos colaterales, y la fiscalización de las fumigaciones con glifosato en el área rural del municipio por las autoridades y funcionarios competentes para realizar el auditaje respectivo.**
>
> **2. Con el objeto de preservar la vida de los coasociados, bien jurídico tutelado por la Constitución Nacional, artículo 11, se ordene por parte de esa honorable Corporación, la suspensión de las fumigaciones con glifosato en el territorio departamental, hasta tanto no se dé estricto cumplimiento de parte del señor Alcalde y el Comandante de la Policía Huila, al artículo 49 y s.s. de la Ley 99 de 1993."**

### I.2 Normas que se invocan como violadas

El actor considera que, con la omisión puesta de presente en las pretensiones, se están vulnerando los siguientes derechos constitucionales: artículos 11, 49, 79 y 80.

### I. 3 Hechos que originaron la acción

"Entre los días noviembre 8 y diciembre 18, se vienen realizando fumigaciones con glifosato en las siguientes zonas: San Antonio, Piedramarcada, Vegalarga, Balsillas y los Cauchos como se puede abstraer de las diligencias adelantadas por la Personería Municipal de Neiva, información sustraída de las actas Nos. 057, 058, 061, 063, 066, 073, 080, 081 y 086 de la Compañía de Erradicación de Cultivos Ilícitos de la Policía Nacional.

"Las anteriores localidades todas pertenecientes al municipio de Neiva, y cercanas a los afluentes del río Las Ceibas, han sido afectadas por las fumigaciones

con glifosato, esta actividad se viene desarrollando con autorización del Consejo Nacional de Estupefacientes, sin mediar autorización de la primera autoridad municipal, sin existir un estudio de impacto ambiental como lo requiere el artículo 49 de la Ley 99, no existe estudio de efectos colaterales, así se pudo constatar por parte de la Personería Municipal, en respuesta a las diligencias solicitadas por este ciudadano en oficio de fecha 30 de enero de 1995.

"Como lo preceptúa la Constitución Nacional en su artículo 315 numeral 2, el señor Alcalde, es la primera autoridad de policía en el municipio y se supone que las actividades desarrolladas por la policía, en el caso de las fumigaciones con glifosato en la zona rural del municipio de Neiva, son de responsabilidad de la administración como primera autoridad, pero que se están desarrollando al margen de la ley, pues no cumple con los requisitos establecidos por la normatividad ambiental.

"La Policía Nacional a través de sus aeronaves desarrolla la actividad de fumigación con el elemento químico Glifosato sin que estas actuaciones tengan un permiso sanitario y sin la fiscalización de los organismos de control local Procuraduría - Contraloría y sin la licencia ambiental correspondiente.

"Ahora bien, es deber constitucional de la primera autoridad municipal el artículo 49 y s.s. del Estatuto Nacional Ambiental estatuye: ***obligatoriedad de la licencia ambiental*: "La ejecución de obras, el establecimiento de industrias o el desarrollo de cualquier actividad; que de acuerdo con la ley y los reglamentos, pueda producir deterioro grave a los recursos naturales o al medio ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje requerirán de una licencia ambiental".**

"De lo anterior debemos concluir, que el señor Alcalde como primera autoridad de policía y el señor Comandante del Departamento de Policía Huila, para desarrollar las fumigaciones de cultivos ilícitos en el territorio municipal deben existir los siguientes documentos: 1. Estudio de impacto ambiental. 2. Estudio de efectos colaterales de las sustancias aplicadas a las regiones. 3. Fiscalización de parte de las autoridades sanitarias, Procuraduría Regional y de parte de la administración local.

"Una vez analizada la diligencia realizada por el señor Personero Municipal a las actas levantadas entre el mes de noviembre y diciembre de 1994, podemos concluir las siguientes anomalías: a) Inexistencia de estudio de impacto ambiental en las zonas del municipio de Neiva en donde se desarrollan las fumigaciones con glifosato; b) Desconocimiento e inexistencia de los estudios de efectos colaterales que puedan repercutir en el medio ambiente de las zonas fumigadas; c) Desconocimiento de la incidencia tóxica que pueda tener en el organismo humano en caso de contaminación de parte de las personas o las aguas de la región o al

contaminarse los vertederos del acueducto municipal; d) La única autorización de un organismo gubernamental que permite la fumigación en nuestro municipio con glifosato y argumentado por las autoridades de policía es la resolución Nº 001 del Consejo Nacional de Estupefacientes, de fecha 11 de febrero de 1994, organismo este que carece de competencia para refrendar actos que en caso de ocasionar daños materiales o en vidas, deberá ser el municipio de Neiva al desarrollar esta actividad sin mediar los estudios pertinentes y más que eso con la omisión en el cumplimiento de los parámetros legales establecidos por el artículo 49 y s.s. de la Ley 99 de 1993; e) La falta de fiscalización y control de parte de las autoridades sanitarias y administrativas del municipio, causa desconcierto este hecho, pues poco o nada se hace por preservar la salud de los neivanos ante el desconocimiento de la sustancia química Glifosato, de la cual, además, se ignoran sus propiedades químicas y contaminantes al entrar en contacto con el ser humano y su hábitat." (sic).

## III. LA DECISION IMPUGNADA

Invoca el *a quo* la disposición que faculta a cualquier ciudadano para demandar el cumplimiento de las leyes o actos administrativos que tengan relación directa con la protección y defensa del medio ambiente, mediante el trámite ejecutivo singular reglado en el C.P.C. (Título XI, Ley 99 de 1993).

Después de resumir las pretensiones del accionante, el *a quo* hace referencia a la comunicación suscrita por el señor Alcalde de Neiva y dirigida al Tribunal Administrativo del Huila, en la que manifiesta que es de conocimiento público que la erradicación de los llamados "cultivos ilícitos" o plantas de donde se extraen sustancias alucinógenas (coca, marihuana, amapola, etc.), se ha asumido en el territorio colombiano por el Gobierno Central, a través de entes como el Consejo Nacional de Estupefacientes y la Sección de Antinarcóticos de la Policía Nacional, siendo el primero de ellos, el que autorizó el uso del herbicida glifosato.

Estos actos, dice el *a quo*, se hallan avalados por el Instituto Nacional de Recursos Naturales Renovables - Inderena - y por el hoy Ministerio del Medio Ambiente, creado por la precitada Ley 99 de 1993, el que a través de Corporaciones Autónomas Regionales, ejerce el pleno control de las materias ambientales y ecológicas en el territorio nacional. -Ello, por mandato de la norma comentada-.

Las circunstancias descritas descubren la marginalidad en que se hallan las autoridades contra quienes se encamina la presente acción, respecto del trámite y obtención de la licencia ambiental deprecada por el demandante, así como para ordenar la suspensión de la actividad fumigatoria en las zonas de cultivos ilícitos, que es la segunda pretensión incoada en el libelo.

"Esta apreciación no es meramente subjetiva, pues tiene asidero en el mismo estatuto legal a que se remite el actor, que atribuye la competencia para el otorgamiento

de las referidas licencias ambientales en primer término al Ministerio del Medio Ambiente; en segundo lugar a las Corporaciones Autónomas Regionales -en el ámbito local -. y en tercer término, a los Alcaldes de los municipios o distritos con población urbana superior a 1.000.000 de habitantes, con la salvedad delegataria prevista en el artículo 54 de la mentada ley, que en nuestro caso no ha ocurrido, o al menos, no es hecho conocido en el proceso.

"Es así como entratándose de una acción que ha de regirse por la vía señalada en el Libro Tercero. Sección Segunda, Título XXVII, Capítulos I y s.s. del C.P.C. y, a pesar de que tanto en la norma constitucional (art. 87), como en la legal (art. 77 Ley 99 de 1993), se consagra la posibilidad de accionar el efectivo cumplimiento de una ley o leyes, además de los actos administrativos, que para el caso específico 'tengan relación directa con la protección y defensa del medio ambiente', se echa de menos el acto administrativo que comprometa, con fuerza coercitiva, la voluntad ordenadora de quienes figuran como demandados en la presente acción, esto es, el título ejecutivo de que trata el artículo 488 del C.P.C.".

Con las anteriores consideraciones, el *a quo* resolvió abstenerse de librar mandamiento ejecutivo y la orden de suspensión incoados en las pretensiones primera y segunda del libelo introductorio de la presente acción de cumplimiento.

## IV. **EL RECURSO DE APELACION**

En su memorial de sustentación del recurso de alzada, el actor señala que, de conformidad con el artículo 315 de la C. N., es el Alcalde el responsable de los actos de la Policía Nacional y, en este caso, es la vida de los neivanos la que se encuentra en potencial peligro, porque se desconoce la composición del elemento químico "glifosato" y lo que es peor aún, se ignora por parte de las autoridades ambientales y sanitarias, como se ha podido comprobar en las pruebas anticipadas solicitadas, "es absoluta la ignorancia al respecto" mas sin embargo, las fumigaciones continúan aledañas a los cauces de los afluentes del acueducto municipal.

Agrega el apelante, que si el artículo 49 de la Ley del Medio Ambiente, para tal actividad fumigadora con el químico mencionado, exige licencia ambiental, ésta es una norma de obligatorio cumplimiento para entes gubernamentales o privados, de tal manera que el Alcalde Municipal, como primera autoridad de Policía, deberá cumplir a cabalidad el mencionado artículo, así como el Comandante de Policía Huila.

Concluye el recurrente, que mal podría entonces entrar a esgrimir como título ejecutivo, conforme a los preceptos de la legislación procedimental civil, el acto administrativo mediante el cual se está desarrollando la actividad, pues se ha demostrado que no existe licencia ambiental tramitada por las autoridades de policía para tales efectos.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

En el presente caso se trata, como ya quedó visto, del ejercicio de la acción de cumplimiento de la ley o de los actos administrativos, en materias ambientales regulada por los artículos 77 y siguientes de la Ley 99 de 1993, para la cual se aplica el procedimiento ejecutivo singular, regulado por el Código de Procedimiento Civil.

Sea lo primero reiterar la posición de la Sala, puesta de presente en otros casos similares, sobre la inconveniencia y dificultad para aplicar las normas que rigen el proceso ejecutivo tendiente a hacer efectivas las obligaciones entre particulares, a aquel mediante el cual se pretende el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo.

Sobre esta preocupación se pronunció la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en providencia que desató un recurso de apelación contra una sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Allí se dijo:

> **"En efecto, las autoridades públicas que actúan dentro de un Estado de Derecho están sometidas al principio de legalidad, el cual implica que sólo pueden realizar aquellas actividades que les han sido atribuidas como competencias propias de su cargo y respecto de las cuales tienen la obligacióu de ejercerlas y cumplirlas. Así las cosas, más que un título ejecutivo en el que conste una obligación clara, expresa y exigible, la ley es para las autoridades que ejercen funciones públicas, la fuente de la cual deriva su potestad de ejercicio y a la vez su obligación de ejercer o realizar una actividad que constituye la concreción de una función estatal". Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de 15 de agosto de 1995, Expediente 2820, Consejera Ponente Doctora Consuelo Sarria Olcos, Actor: Juan Londoño y otra.**

En el caso de autos, se trata, de que el señor Alcalde de Neiva y el Comandante de la Policía del Huila tramiten la respectiva licencia ambiental y cumplan los demás requisitos exigidos para llevar a cabo actividades que como la fumigación con glifosato, según el actor, afectan el medio ambiente y la vida.

Sobre el tema objeto de discusión, ya esta Corporación tuvo oportunidad de pronunciarse y al efecto definió que la erradicación de cultivos ilícitos es una actividad que compete al Consejo Nacional de Estupefacientes desde el año de 1986 y que a dicha actividad que se inició con anterioridad a la expedición de la Ley 99 de 1993, se le aplica el régimen de transición que fue consagrado en la mencionada ley, según el cual para el ejercicio de dicha actividad no se requiere la licencia ambiental

y puede seguirse desarrollando, sin perjuicio de que las autoridades ambientales puedan intervenir con el fin de que se cumplan las normas que regulan el medio ambiente.

Por consiguiente, la Sala hace suyas las apreciaciones de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo cuando dijo:

> **"En relación con las acciones de cumplimiento en materia ambiental, reguladas por la Ley 99 de 1993, ha dicho la Sala que se requiere que exista una obligación determinada y que ofrezca certeza acerca del derecho que se pretende reclamar y en el caso de autos se trata, según los términos del memorial presentado por los accionantes, de que el Consejo Nacional de Estupefacientes cumpla con lo dispuesto en diferentes normas sobre obtención de licencia sanitaria, de licencia ambiental y el cumplimiento de los demás requisitos exigidos para realizar actividades que afectan el medio ambiente.**
>
> **"En relación con este aspecto, se observa que el Consejo Nacional de Estupefacientes debe cumplir las normas legales aplicables a la actividad que le ha sido atribuida, como competencia propia, de erradicar los cultivos ilícitos, es decir, que existe una obligación determinada, de manera expresa por el ordenamiento jurídico la cual es la que los accionantes pretenden que se cumpla.**
>
> **"Y en relación con el derecho correlativo que los accionantes reclaman se trata del hoy consagrado en la Constitución Nacional, artículos 79 y 80, el derecho a un ambiente sano.**
>
> **"Así planteados los términos de la acción ejercida, debe la Sala, establecer si realmente ha existido el incumplimiento alegado por los interesados y si así lo fuere, si es procedente el mandamiento de ejecución solicitado.**
>
> **"De conformidad con lo dispuesto por el literal g) del artículo 91 de la Ley 30 de 1986 es función del Consejo Nacional de Estupefacientes la de 'Disponer la destrucción de cultivos de marihuana, coca y demás plantaciones de las cuales se puedan extraer sustancias que produzcan dependencia, utilizando los medios más adecuados, previo concepto favorable de los organismos encargados de velar por la salud de la población y por la preservación y equilibrio del ecosistema del país'".**
>
> **Dichas decisiones son ejecutadas por la Dirección de Policía Antinarcóticos de la Policía Nacional, de conformidad con lo**

**dispuesto por el Decreto 423 de 1987, el cual fue adoptado como legislación permanente por el artículo 1° del Decreto 2253 de 1991.**

**"El Consejo Nacional de Estupefacientes, en ejercicio de la competencia citada, en el año de 1992, autorizó la erradicación de cultivos de amapola y posteriormente amplió dicha autorización a otros cultivos ilícitos y precisó las facultades de la División Antinarcóticos de la Policía Nacional, en esta materia, mediante la Resolución número 001 del 11 de febrero de 1994.**

**"Estando debidamente establecido que la erradicación de cultivos ilícitos es una actividad asignada al Consejo Nacional de Estupefacientes desde el año de 1986, que la ejecuta a través de la Dirección Antinarcóticos de la Policía Nacional y que la inició con anterioridad a la expedición de la Ley 99 de 1993 y de su decreto reglamentario, tal como lo demuestran los conceptos de las autoridades de salud y del medio ambiente a que se ha hecho referencia, se llega a la conclusión de que a dicha actividad se le aplica el régimen de transición que fue consagrado en la misma ley y desarrollado en su decreto reglamentario, según el cual no se requiere la licencia ambiental y puede seguirse desarrollando, sin perjuicio de que las autoridades ambientales que lo consideren necesario puedan intervenir, para que se cumplan las normas que regulan el medio ambiente con el fin de conservarlo sano, de recuperarlo o de restaurarlo, según el caso. Así lo consideró la Ministra del Medio Ambiente, en comunicación del 20 de diciembre de 1994, dirigida al señor Ministro de Justicia y del Derecho, que obra a folio 119 del expediente, en el cual le manifiesta que: 'Es necesario advertir que el concepto emitido por el Inderena conserva su validez jurídica, toda vez que era la entidad competente en materia ambiental antes de la entrada en vigor de la Ley 99 de 1993 y dio aplicación a la normatividad vigente en ese momento. Debe agregarse que la fumigación obedece a una política de control de orden público, por lo tanto no tiene solución de continuidad, motivo por el cual la situación de las fumigaciones cabe perfectamente dentro del régimen de transición'.**

**"Si la actividad de erradicación de cultivos ilícitos se rige por el citado régimen de transición y para realizarla el Consejo Nacional de Estupefacientes cumplió con las normas vigentes**

**en su oportunidad, no se da a juicio de la Sala el incumplimiento de la Ley 99 de 1993 y de las normas constitucionales invocadas por los accionantes y por lo tanto no resulta procedente el mandamiento de ejecución solicitado.**

**"Por lo demás, consta en el expediente que el Consejo Nacional de Estupefacientes para realizar las actividades ahora cuestionadas precisó una serie de parámetros, como son los enunciados en la Resolución 001 del 11 de febrero de 1994, según los cuales en primer término debe hacerse un reconocimiento preciso de la ubicación de los cultivos ilícitos, su extensión, el medio circundante, sus características, los riesgos potenciales, la localización, todo lo cual se precisará conjuntamente con el ICA, con el Inderena y con el Ministerio de Salud.**

**"Igualmente, el método de aspersión aérea controlada está sujeto a monitoreo y evaluación permanente y a un plan específico en el cual deben precisarse los lugares de aplicación, la determinación de los recursos humanos a emplear, los equipos a utilizar, la composición del equipo científico asesor y coordinar de la misión y la fijación de normas específicas y técnicas prioritarias a observar en el procedimiento.**

**"También deben coordinarse dichas acciones con las autoridades locales y contarán con la presencia permanente de un delegado del Ministerio Público, Procuraduría Provincial y de la Fiscalía General de la Nación y deberán hacerse evaluaciones periódicas de los resultados obtenidos, además de que contarán con una autoridad ambiental encargada de controlar y supervisar la adecuada técnica y correcta ejecución de la erradicación autorizada.**

**"Finalmente se prevé la existencia de áreas de manejo especial y reservas naturales y la programación de proyectos de rehabilitación social, económica y ecológica." Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de 1° de agosto de 1995, Expediente N° AC-2820, Consejera Ponente, doctora Consuelo Sarria Olcos.**

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

**RESUELVE:**

CONFÍRMASE la providencia de 17 de julio de 1995, emanada del Tribunal Administrativo del Huila, mediante la cual decidió abstenerse de librar mandamiento

ejecutivo y la orden de suspensión incoadas en las pretensiones primera y segunda de la acción de cumplimiento, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

Cópiese, publíquese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 26 de octubre de 1995.

*Libardo Rodríguez Rodríguez,* Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Nubia González Cerón; Yesid Rojas Serrano.*

NOTA DE RELATORIA: Reiteración del auto de Sala Plena del 15 de agosto de 1995, Exp. 2820, Ponente: doctora Consuelo Sarria Olcos.

**ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO / LICENCIA DE FUNCIONAMIENTO - Inexistencia**

**La Sala, haciendo un gran esfuerzo de interpretación, entiende que aquello que se plantea en el fondo es que el Alcalde no podía argumentar válidamente en sustento del acto acusado, ni el tribunal *a quo* concluir, que el establecimiento denominado "Casa Loma" o "Coreográfico el refugio", carecía de licencia de funcionamiento, por cuanto las pruebas que obran el proceso demuestran lo contrario. El establecimiento denominado "Casa Loma" o coreográfico "El Refugio", al cual se contrae el acto acusado, no contaba con la respectiva licencia de funcionamiento, ello se traduce en que al no haberse desvirtuado los fundamentos del fallo en primera instancia, se impone su confirmación.**

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintiséis (26) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Radicación número 3410.

Actor: Carlos Saúl Pinzón Herreño.

Procede la Sección Primera a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá el 5 de abril de 1995.

## I. ANTECEDENTES

a) **El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda**

El ciudadano Carlos Saúl Pinzón Herreño, por intermedio de apoderado, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A. demandó ante el Tribunal Administrativo de Boyacá la declaratoria de nulidad de la Resolución Nº 262 del 16 de junio de 1988, "por la cual se ordena el cierre definitivo de un establecimiento", proferida por el Alcalde del municipio de Moniquirá, departamento de Boyacá. Como consecuencia de dicha declaración, el accionante solicitó el restablecimiento de sus derechos en los términos que se indican en el libelo demandatorio (fls. 57 a 58 Cdno. Ppal.).

b) **El acto acusado**

Previa motivación, a la cual se hará referencia en las consideraciones de la Sala, en caso necesario, mediante el acto acusado se ordenó "... el cierre definitivo del establecimiento comercial conocido como 'Casa Loma', ubicado en el perímetro urbano sobre la Avenida Jaime Castro, cerca a la Concentración Rural Agrícola 'Granja Bertha', por no reunir los requisitos exigidos en los artículos 623 y ss. del C. de P.B. y por los considerandos enumerados en esta resolución" (art. 1°); se dispuso enviar copia de la decisión al "... Comandante del Séptimo Distrito de Policía para el sellamiento del mencionado establecimiento comercial ejerciendo el control que corresponda" (art. 2°) y notificar el acto al señor Carlos Saúl Pinzón, propietario del establecimiento comercial (art. 3°).

c) **Los hechos de la demanda**

Ellos son, en resumen, los siguientes (fls. 58 a 60 Cdno. Ppal.):

El actor "... es un ciudadano de reconocida honorabilidad, digno de tener iniciativas para trabajar dignamente y fomentar empleo para otros ciudadanos...", quien desde hace más de cuatro años ha laborado en el municipio de Moniquirá, primero con la casa de lenocinio "*Coreográfico Noches de Tenampa*", la cual funcionaba con su correspondiente licencia de funcionamiento. Por insinuaciones verbales de las autoridades civiles del municipio (Alcalde, Concejales y Personero), el actor aceptó ubicar el mismo negocio en otro sitio, "... al parecer más reservado...", realizando una cuantiosa inversión para adecuar el inmueble donde ha venido funcionando el negocio desde 1986, con el nombre de "*Coreográfico el Refugio*".

Mediante providencia de 18 de octubre de 1986 las autoridades del municipio concedieron licencia de funcionamiento a dicho establecimiento comercial, el cual sólo pudo operar hasta el 16 de junio de 1988, "... cuando equivocadamente el actual Alcalde se excedió en sus funciones y materializando la más flagrante falla administrativa ordenó el cierre definitivo". Es decir, el Alcalde de Moniquirá no podía "...proferir un acto administrativo específico y expreso respecto concretamente (sic) a un establecimiento comercial "*Casa Loma*" como en efecto señala la resolución

Nº 262 de junio 16 de 1988 y materializar su cumplimiento sobre otro diferente como lo es "*Coreográfico El Refugio*"... (...) ... máxime si jamás Carlos Saul Pinzon Herreño ha registrado a "*Casa Loma*" como de su propiedad y tampoco existe ninguna solicitud o cualquier otro documento pues, solamente en la Alcaldía de Moniquirá en la resolución impugnada es en donde se dice desfazadamente que se cierra" (sic).

d) **Las disposiciones presuntamente violadas y el concepto de violación**

El actor considera que con la expedición del acto acusado se quebrantaron los artículos 16, 17, 20, 26, 30, 51 y 197 de la anterior Carta Política, 621 a 628 del Código de Policía de Boyacá, 178 y 179 del Decreto 1355 de 1970 y 85 del C.C.A., por las razones que, expresadas en la demanda, se sintetizan a continuación (fls. 60 a 65 Cdno. Ppal.).

El acto demandado desconoce las indicadas normas constitucionales, por cuanto ellas establecen claramente las funciones de las autoridades de la República en cuanto a la protección de la vida, honra y bienes de los asociados. Además, los funcionarios públicos tienen el deber de proteger el trabajo de los nacionales, "... tenido como una función social...". Así mismo, el acto impugnado viola el artículo 26 del ordenamiento constitucional, por cuanto en él se ordena el cierre definitivo del establecimiento denominado "*Casa Loma*", sobre el cual el demandante no ha formulado petición alguna ante la administración municipal, por no ser su propietario.

Se violaron los artículos 621 a 628 del Código de Policía de Boyacá, e igualmente los artículos 178 y 179 del Decreto 1355 de 1970, puesto que el actor no ha cometido ni permitido que en el "*Coreográfico El Refugio*" se cometan hechos punibles o contravencionales, hasta tal punto que en la actualidad no cursa investigación alguna de carácter penal o policivo por hechos acaecidos en dicho establecimiento.

Como quiera que los artículos 621 del Código de Policía de Boyacá y 179 del Decreto 1355 de 1970 establecen que el ejercicio de la prostitución no constituye una contravención y, por lo mismo, es "...una forma de trabajo para asegurar, completar o mejorar la propia subsistencia o la del otro...", es por lo que las autoridades de Moniquirá expidieron el 18 de octubre de 1986 la licencia de funcionamiento para el negocio "*Coreográico El Refugio*", de propiedad del actor, la cual no ha sido anulada por ninguna autoridad judicial.

De otra parte, se reitera que el acto acusado se refería al establecimiento "*Casa Loma*" y no al denominado "*Coreográfico El Refugio*" por lo que no era posible ordenar equivocadamente su cierre definitivo.

Por todo lo anterior, el acto cuya declaratoria de nulidad se solicita, está falsamente motivado y se expidió con abuso y desviación de poder.

e) **Las razones de la defensa**

En los escritos de contestación de la demanda y de alegato de conclusión, el apoderado judicial del municipio de Moniquirá se opone a las pretensiones del actor, en sustento de lo cual aduce, en resumen, lo siguiente (fls. 92 a 101 y 103 a 107 Cdno. Ppal.).

Las pruebas decretadas y practicadas en el proceso demuestran que para la época en que se expidió el acto acusado (junio 16 de 1988), el establecimiento "*Casa Loma*" o "*Coreográfico El Refugio*" carecía de licencia de funcionamiento. También se encuentra probado que a la indicada fecha no existía en la Alcaldía ni en la Tesorería ningún registro sobre la expedición de la licencia de funcionamiento para dichos establecimientos, así como tampoco solicitud alguna para tal fin.

Además de lo anterior, es pertinente señalar que "... la casa de lenocinio afectada por la orden de clausura o cierra en la resolución enjuiciada, siempre se distinguía en el medio o en el ambiente popular de las gentes que lo conocían con el nombre de 'Casa Loma', por lo tanto no se cometió ninguna irregularidad o se incurrió en alguna falla que pudiera invalidar el acto por el hecho de haberse dispuesto allí el cierre definitivo del establecimiento comercial conocido como 'Casa Loma' toda vez que éste era el nombre de combate...". Así se afirma en los testimonios practicados en el proceso.

Finalmente la entidad demandada propone la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, por indebido agotamiento de la vía gubernativa.

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 de 8 de marzo de 1989 se dispuso la admisión de la demanda y se ordenó el trámite de rigor (fl. 76 Cdno. Ppal.).

Mediante providencia de 17 de mayo de 1989 se abrió el proceso a pruebas y se decretaron las solicitadas por las partes (fls. 1 a 3 Cdno. Nº 2).

Dentro del término concedido a las partes para alegar de conclusión, tan sólo la entidad demandada hizo uso de tal derecho (fls. 103 a 107). El Agente del Ministerio Público ante el tribunal *a quo* no emitió concepto de fondo.

## II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al desatar la controversia planteada, el tribunal *a quo* declaró no probada la excepción propuesta por la parte demandada y denegó las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones principales (fls. 117 a 123 Cdno. Ppal.).

Luego de confrontar los cargos formulados en el libelo demandatorio con las pruebas decretadas y practicadas en el proceso a fin de verificar si aquellos "... poseen o no su correspondiente asidero fáctico dentro del informativo" y de hacer el examen crítico de estas últimas, el tribunal *a quo* considera, "en resumen: el establecimiento denominado '*Coreográfico El Refugio*', popularmente conocido como 'Casa Loma', para servicio de diversión o lenocinio, obtuvo licencia provisional de funcionamiento a partir del 20 de octubre de 1986 pero venció el 20 de enero de 1987, y, posteriormente mediante decisiones expresas de la Alcaldía proferidas el 13 de marzo y 9 de junio de 1987, se denegó la licencia de funcionamiento, por ausencia del previo señalamiento por el Concejo Municipal del sitio de la casa para tal finalidad, por lo tanto el acto de su cierre demandado conserva la presunción de legalidad, pues, para el caso, basta observar que no se desvirtuó el fundamento de la negativa en cuanto a la carencia de licencia de funcionamiento y en la falta del lleno de los requisitos previstos en el artículo 623 del Código de Policía de Boyacá, y por ende, también descarta la existencia de la desviación de poder y falsa motivación alegadas en la demanda".

## III. LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Dada la dificultad de identificar los motivos o razones de inconformidad del apelante para con la sentencia de primera instancia, a continuación se transcribe el tenor del escrito sustentatorio del recurso (fl. 125 Cdno. Ppal.), haciendo notar que dentro del término de traslado para alegar de conclusión en esta instancia, la parte actora guardó silencio:

> "La existencia de prueba documental expedida por las dependencias municipales de Moniquirá, incluso licencia de funcionamiento, pago de impuestos y sistemática negación a expedir la documentación actualizada requerida por culpa de la propia Administración Municipal para allegar certeramente la providencia por la cual se ordenó el cierre definitivo presuntamente por no cumplir con los requisitos exigidos, son circunstancias terciarias, tendenciosas, sesgadas y acomodadas para una determinación evidente que por anuhencia (sic) directa de la propia Administración Municipal prohijó permitiéndole no solo tribunar (sic) sino que expidió licencias de funcionamiento en virtud de lo cual se vio obligado a emitir el cierre definitivo

pero para mi Defendido, ya que para ese tipo de negocios la misma Administración subsiguientemente ha expedido y permitido que en dicha localidad sigan funcionando o funcionen por lo menos otros".

## IV. LA IMPUGNACION DEL RECURSO

En el alegato de conclusión de esta instancia, la parte demandada solicita confirmar el fallo recurrido, sustentándose para ello en los planteamientos consignados en dicha providencia y, agrega, que "... el escrito sustentatorio del recurso de apelación presentado por el apoderado del demandante se refiere a situaciones que realmente son ajenas a los fundamentos legales, jurídicos y probatorios que contiene el fallo impugnado, lo que quiere decir que no se esgrime ningún argumento valedero en contra de las consideraciones expresadas en la sentencia. Ciertamente las afirmaciones allí consignadas se refieren a aspectos tangenciales en lo referente a la prueba documental expedida por las dependencias municipales de Moniquirá que en nuestro sentir carecen por completo de asidero y que por lo mismo no inciden ni tampoco controvierten en ningún sentido la diafanidad, certeza jurídica y legal de la providencia querellada..." (fls. 11 a 14 Cdno. N° 4).

## V. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En el escrito que lo contiene (fls. 9 a 10 Cdno. N° 4), el señor Procurador Primero Delegado ante esta Corporación hace referencia y manifiesta compartir "... los argumentos esbozados por el *a quo* al negar las pretensiones del demandante, coadyuvando su posición al respecto".

## VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

A pesar de que los confusos términos en que está concebido el recurso de apelación prácticamente impiden determinar la o las razones de inconformidad del actor para con la sentencia de primera instancia, la Sala, haciendo un gran esfuerzo de interpretación, entiende que aquello que se plantea en el fondo es que el Alcalde del municipio de Moniquirá no podía argumentar válidamente en sustento del acto acusado, ni el tribunal *a quo* concluir, que el establecimiento denominado "Casa Loma" o "Coreográfico El Refugio" carecía de licencia de funcionamiento, por cuanto las pruebas que obran en el proceso demuestran lo contrario.

Ahora bien, del examen de las piezas procesales con el fin de determinar si asiste razón o no al apelante en el cargo formulado, la Sala constata lo siguiente:

a) Mediante providencia de 18 de octubre de 1986, el Alcalde del municipio de Moniquirá concedió licencia provisional de funcionamiento en favor del demandante "...para dar en servicio la casa de diversión o lenocinio, que ha de llamarse '*Coreográfico El Refugio*', ubicada en la vecindad de la carretera central

del Carare y la Avenida Jaime Castro", la cual "... empezará el 20 de octubre del año en curso hasta el 20 de enero de 1987" (fl. 20 Cdno. Ppal.);

b) Mediante proveído de 13 de marzo de 1987, el indicado funcionario negó la solicitud de expedición de licencia de funcionamiento formulada por el actor "... para la casa de diversión o lenocinio '*Coreográfico El Refugio*' ... (...) ... en virtud a que el Honorable Concejo Municipal de la actual legislatura (sic) no ha concedido el permiso de funcionamiento en la dirección que anota el peticionario... (...) ... Lo anterior como lo establece el Decreto 1355 en su artículo 180..." (fl. 29 *ibidem*);

c) Por Resolución Nº 04 de 9 de junio de 1987, el mencionado funcionario decidió abstenerse "... de expedir licencia de funcionamiento del negocio de propiedad del señor Carlos Pinzón de nombre '*El Refugio*', hasta tanto no reúna los requisitos anotados en la parte motiva..." (fl. 31 Cdno. Nº 3).

Como quiera que las precedentes constataciones ponen en evidencia que el establecimiento denominado "Casa Loma" o "Coreográfico El Refugio", al cual se contrae el acto acusado, no contaba con la respectiva licencia de funcionamiento, ello se traduce en que al no haberse desvirtuado los fundamentos del fallo en primera instancia, se impone su confirmación.

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.* CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, de fecha 5 de abril de 1995.

*Segundo.* De conformidad con lo previsto por los artículos 171 del C.C.A. y 392-3 del C. de P.C., condénase en costas de esta instancia a la parte actora. Tásense por Secretaría.

*Tercero.* En firme esta sentencia, previas las anotaciones de rigor, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

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

*Libardo Rodríguez Rodríguez,* Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz; Nubia González Cerón; Yesid Rojas Serrano.*

**SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO - Inexistencia / PROTOCOLIZACION - Silencio administrativo positivo / PRESENTACION DE LA SOLICITUD**

**Cuando se produjo el acto demandado, no se había hecho la protocolización que ordena el artículo 42 del Código Contencioso Administrativo, esto es, no se había completado el procedimiento prescrito por la ley para invocar el silencio administrativo. Sucede, sin embargo, que no es ese solamente el punto que habría de dilucidarse puesto que, según aparece en autos, no consta de manera cierta que la solicitud se hubiera presentado. Hubo procedimiento previo a la decisión de imponer sanciones que se determinan en el acto que se juzga. Ese procedimiento fue, sin embargo, secreto. La Administración y sus asesores hicieron completa abstracción de expresas normas que regulan las actuaciones administrativas iniciadas de oficio, entre ellas el artículo 28 del Código Contencioso Administrativo en el que se prescribe que "cuando de la actuación administrativa iniciada de oficio se desprenda que hay particulares que pueden resultar afectados en forma directa, a éstos se les comunicará la existencia de la actuación y el objeto de la misma". Se ordena en la misma disposición que en tales actuaciones debe aplicarse, en lo pertinente, lo dispuesto en los artículos 14, 34 y 35 que hacen referencia a la citación a terceros, a las pruebas y a la decisión motivada después de haberse dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles. Se violó entonces, con el acto demandado, el artículo 29 de la Constitución Nacional.**

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., treinta (30) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Yesid Rojas Serrano.*

Radicación número 3059.

Referencia: Autoridades Municipales.

Actor: Iván José Castro Maya.

Decide la Sala por medio de esta providencia el recurso de apelación interpuesto por el señor apoderado del demandante, contra la sentencia fechada el 24 de marzo de 1995 y la providencia complementaria de la misma, de 25 de abril del mismo año, proferidas por el Tribunal Administrativo del Cesar, mediante las cuales se decretó la nulidad parcial del acto acusado y se denegaron las otras peticiones.

## ANTECEDENTES

a) El ciudadano Iván José Castro Maya compró, mediante las escrituras públicas 1936 del 9 de noviembre de 1992 y 1633 del 12 de junio de 1993 otorgadas, respectivamente en la Notaría Segunda y en la Notaría Primera del Círculo de Valledupar, dos lotes de terreno contiguos, escrituras que fueron debidamente inscritas en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de la misma localidad.

El ciudadano Castro Maya proyectó sobre los citados lotes una urbanización y para tal efecto contrató los servicios del arquitecto Marvin Cuel Baute a fin de que no sólo elaborara los planos, sino que gestionara ante Planeación Municipal la aprobación oficial y el permiso de ventas.

En desarrollo de tal encargo, el arquitecto Cuel Baute aportó a la Oficina de Planeación Municipal los documentos requeridos para tramitar la aprobación oficial y el permiso de ventas para el proyecto denominado "Conjunto Cerrado Altos del Campestre y Colinas del Campestre".

De acuerdo con el inciso 3° del artículo 63 de la Ley 9ª de 1989, la Administración Municipal contaba con el término de noventa días para pronunciarse sobre dicha petición, so pena de que operase a favor del peticionario el silencio administrativo positivo.

El término de noventa días venció el 8 de noviembre de 1993, sin que la Oficina de Planeación se pronunciara en sentido alguno. Se operó así, dice el accionante, el silencio administrativo a su favor. Tal evento fue protocolizado en la Notaría Primera de Valledupar mediante la escritura pública número 516 del 8 de marzo de 1994.

El 17 de enero de 1994 la Alcaldía de Valledupar, en coordinación con el Departamento Administrativo de Planeación Municipal, profirió la Resolución N°

000098 mediante la cual ordena suspender los trabajos de lotificación, impone una sanción consistente en multa de 200 salarios mínimos y toma otras determinaciones.

Interpuesto recurso de reposición contra la resolución mencionada, éste fue resuelto a través de la Resolución sin número calendada el 14 de abril de 1994, acto mediante el cual se dispuso modificar el artículo segundo de la resolución recurrida en el sentido de rebajar la multa a cincuenta (50) salarios mínimos y confirmar en todas sus partes lo resuelto en los demás artículos.

Manifiesta el accionante que el acto impugnado le ha causado perjuicios de orden material y moral. Los primeros, porque ha tenido que resolver varias promesas de compraventa y devolver dineros. Los segundos, en virtud de que las declaraciones del Director de la Oficina de Planeación Municipal, ha aparecido ante la opinión pública como un contraventor de las normas urbanísticas. De igual manera la Oficina de Información y Prensa de la Alcaldía Municipal de Valledupar emitió un comunicado en el cual se afirma que comercializar con los terrenos del accionante equivaldría a una estafa.

Pretende entonces el actor la declaración de nulidad de las dos resoluciones que se han descrito y la condena al municipio de Valledupar a pagar el equivalente en moneda nacional a un mil gramos oro a título de perjuicios morales y a veinticinco millones de pesos a título de perjuicios materiales, suma ésta que debe ser reajustada en su valor al momento del pago, de conformidad con los índices de precios al consumidor, según certificación que al efecto expida el DANE.

Señala el demandante como normas superiores infringidas con el acto acusado, el artículo 29 de la Constitución Política, los artículos 34, 35, 42 y 84 del Código Contencioso Administrativo, y el artículo 63 de la Ley 9ª de 1989.

Estima la cuantía en la suma de veinticinco millones de pesos aproximadamente, sumando los perjuicios materiales y morales;

b) Al contestar la demanda el apoderado del municipio de Valledupar, alegó que el actor nunca elevó petición de lotificación, construcción ni urbanización en el Cerro Corralito denominado Altos del Campestre y Colinas del Campestre y que el Notario fue engañado por lo que existe denuncio penal por falsificación de documentos. Dice también que en el caso de autos no se viola el artículo 63 de la Ley 9ª de 1989, porque para que opere el silencio administrativo positivo, se deben cumplir los requisitos exigidos en los artículos 41 y 42 del C.C.A., mientras que el actor adelantó los trámites allí previstos con posterioridad a la expedición de la Resolución 000098 del 17 de enero de 1994.

Se afirma igualmente en la contestación de la demanda que si la petición no se elevó, no pudo la Administración haberse pronunciado. Por otra parte, agrega, los

trabajos realizados por el actor le estaban causando grandes perjuicios al Cerro Corralito y daños ecológicos al ecosistema de la Sierra Nevada de Santa Marta y, concretamente, a la cuenca del Río Guatapurí, por lo que la Corporación Autónoma Regional del Cesar instauró denuncia penal.

c) El actor había solicitado la suspensión provisional del acto demandado y ésta fue decretada por el *a quo*. Apelada la decisión, esta Corporación revocó lo resuelto por el Tribunal ya que, con fundamento en el artículo 63 de la Ley 9ª de 1989, llegó a la siguiente conclusión:

> "De la lectura de la anterior norma se tiene en primer lugar, que efectivamente ésta supedita la operatividad del silencio administrativo positivo, a la observancia de las normas que regulan la actividad, cuestión esta última que ha de estudiarse al momento de dictar sentencia y no en este momento procesal.
>
> "En segundo lugar, se tiene que como quiera que el silencio administrativo opera de manera positiva si transcurridos noventa (90) días de la presentación de la solicitud la administración no se ha pronunciado, en el caso en comento no puede darse por lo menos hasta este momento por cierto dicho silencio, pues precisamente uno de los argumentos expuestos por el recurrente es la no existencia de dicha solicitud, señalando que se trata de una falsedad el hecho de su presentación. En consecuencia, es necesario que se encuentre probado si la solicitud presentada es auténtica o por el contrario es apócrifa.
>
> "Por último, es evidente que el requisito de que trata el artículo 42 del C.C.A. para la operancia del silencio administrativo positivo, esto es, la protocolización de la constancia o copia de la solicitud, junto con la declaración jurada de no haberle sido notificada decisión dentro del término previsto, es lógico que deba cumplirse con anterioridad a la expedición de los actos acusados.
>
> "Lo anterior lleva a concluir que los actos impugnados no violan de manera ostensible el artículo 63 de la Ley 9ª de 1989, por lo que la Sala deberá revocar la providencia recurrida".

## LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Cesar, en providencia del 24 de marzo de 1995, resolvió denegar las súplicas de la demanda en lo atinente a la declaratoria de nulidad del artículo 1° de la Resolución 000098 de 17 de enero de 1994, acto acusado y declarar la nulidad de los artículos 2° y 3° de la misma, proferida por el Alcalde Municipal de Valledupar.

Para tomar su decisión, el Tribunal tuvo en cuenta, en primer lugar, las apreciaciones del Consejo de Estado en el auto en el que se revocó la suspensión provisional del acto demandado, "en el sentido de que la petición debió ser protocolizada con anterioridad a la fecha en que la Alcaldía Municipal ordenó la paralización de la obra e impuso la sanción correspondiente".

Anota en efecto el fallador en la primera instancia que el demandante apenas protocolizó la petición el día 8 de marzo de 1994, cuando habían transcurrido 176 días y que la actuación no hubiera tenido incidencia si la administración hubiese guardado absoluto silencio, lo que no ocurrió porque la Alcaldía Municipal de Valledupar, profirió el acto acusado el 17 de enero de 1994, esto es, 37 días hábiles antes de la protocolización. Por este solo hecho, concluye, no se configura el silencio administrativo positivo, ya que la petición debió ser protocolizada con anterioridad al pronunciamiento de la administración municipal.

Se plantean en la sentencia además, algunas dudas que no fueron suficientemente aclaradas durante el proceso, a saber:

A pesar de que la Administración alegó falsedad de la petición, este hecho no se probó; "como tampoco se sabe a ciencia cierta quién fue la persona encargada de presentar la petición ante Planeación Municipal, ya que el actor en los hechos de la demanda afirma que ella fue presentada por el doctor Marvin Cuel y éste en su declaración jurada sostiene que él preparó el proyecto, pero que se lo remitió al doctor Castro Maya para que la presentara". (Folio 254).

En estas condiciones, concluye la providencia, no ha prosperado el silencio administrativo positivo.

Se refiere luego la sentencia a la violación del debido proceso, teniendo como fundamento el artículo 29 de la Constitución Nacional y varias jurisprudencias de la Corte Constitucional y manifiesta que el Alcalde de Valledupar, cumpliendo lo ordenado en los artículos 63 y 66 de la Ley 9ª de 1989, a través de la Resolución 000098 del 17 de enero de 1994, dispuso paralizar los trabajos que se adelantan en el inmueble conocido como el Cerro Corralito ubicado en la vía que conduce de Valledupar a Río Seco contiguo a la sede del Club Campestre de Valledupar, de propiedad del demandante, e igualmente le impuso una sanción consistente en doscientos salarios mínimos.

Se anota en la sentencia que, dentro de las actuaciones administrativas no aparece que el doctor Iván José Castro Maya hubiera sido citado a la Oficina de Planeación Municipal, para que rindiera explicaciones de los trabajos adelantados, y que no podía la Administración Municipal sancionar de plano al actor, "máxime cuando la misma ley permite en esta clase de actuaciones la operancia del silencio

administrativo positivo y es de todos conocido el desorden que reina en muchas oficinas, de allí que fue extrema la decisión del Alcalde al momento de decidir el recurso de reposición, en donde el accionante lo está manifestando que había elevado la petición correspondiente".

Manifiesta el Tribunal que, por lo tanto, se violó el debido proceso en lo atinente a la sanción impuesta al actor, e inexplicablemente agrega que, sin embargo, este hecho no apareja la nulidad del artículo 1° de la resolución impugnada.

En providencia complementaria de la sentencia, de 25 de abril de 1995 dictada a solicitud del señor apoderado de la parte demandante por cuanto en la inicial no se decidió sobre la pretensión de nulidad del acto de confirmación contenida en la resolución sin número del 14 de abril de 1994, así como tampoco sobre la petición de los perjuicios de orden moral y material ocasionados al actor, dijo el Tribunal:

> "Las razones expuestas en la parte motiva de la providencia del 24 de marzo de 1995, son suficientes para determinar que serán denegadas las súplicas de la demanda en relación con el artículo 1° de la Resolución 000098 del 17 de enero de 1994, así como del artículo 2° de la resolución sin número del 14 de abril de 1994, en cuanto confirmó el artículo 1° de la Resolución 000098 mencionada.
>
> "En cuanto a la indemnización de perjuicios tanto de índole moral como material debemos precisar que de ninguna manera el actor tiene derecho a la indemnización, por cuanto el silencio administrativo positivo no tuvo ocurrencia y sólo a través de él se hubiera podido generar la indemnización solicitada.
>
> "El demandante debió esperar a que se consolidara su derecho mediante el silencio administrativo positivo, para que pudiera iniciar la venta de los lotes.
>
> "De otra parte no está probada la existencia de demandas en su contra por parte de los adquirentes de los lotes solicitándole indemnización de perjuicios. (...). Lo cierto es que no se vislumbran, ni tampoco se probaron los perjuicios recibidos".

En la sentencia complementaria se resuelve confirmar lo que se había resuelto en la sentencia principal sobre la Resolución 000098 de 1994; se hacen los pronunciamientos necesarios sobre la Resolución sin número del 14 de abril del mismo año, ajustando las decisiones a las de la sentencia principal y se deniegan las demás súplicas de la demanda.

## LA SUSTENTACION DEL RECURSOS

Manifiesta el recurrente en su memorial de apelación las razones por las cuales no comparte los argumentos del Tribunal, en la parte en que no accedió a sus pretensiones.

Se refiere, en primer lugar, a la operancia del silencio administrativo positivo confrontando con las normas legales la petición que elevó ante la administración de aprobación oficial y permiso de ventas del proyecto urbanístico denominado Altos del Campestre, petición que fue incoada el 28 de junio de 1993, venciendo el término de noventa (90) días previsto en el artículo 63 de la Ley 9ª de 1989, sin que la administración se hubiese pronunciado al respecto.

Al responder al argumento de la entidad demandada sobre la inexistencia de la petición y sobre la falsedad de su presentación, argumento que es, según su afirmación, prohijado por el Tribunal, el apelante manifiesta que el silencio administrativo positivo no requiere requisitos diferentes a los plasmados en los artículos 41 y 42 del C.C.A. y que "pedir ahora que el peticionario acredite la autenticidad de su petición es exigirle condiciones no contempladas en la ley y además innecesarias por cuanto conforme a lo reglado en el inciso final del artículo 5° del C.C.A. la copia de la petición que se le devuelve al interesado con la constancia de su recibo es auténtica, bastándole únicamente al ciudadano su aportación".

En segundo lugar, enfoca el recurrente su ataque a las resoluciones enjuiciadas en cuanto en ellas se viola el derecho constitucional del debido proceso, porque se le sancionó con multa y orden policiva de suspensión de trabajos sin que mediara notificación alguna, "conculcándose en consecuencia su derecho al debido proceso, al negársele la oportunidad de una defensa ante los cargos que le endilgara la administración municipal".

Critica el apelante la consideración del Tribunal en el sentido de que si bien es cierto el derecho constitucional al debido proceso fue infringido con la imposición de la multa, no lo fue en lo relativo a la orden de suspensión de los trabajos, "porque para lotificar y urbanizar un predio se requiere de un trámite legal".

Explica su posición así:

El artículo 66 de la Ley 9ª de 1989, prescribe como sanción urbanística la sanción de multas, "... además de la orden policiva de suspensión y sellamiento de la obra...", es decir, que la sanción está conformada por dos actos: la multa como principal y, como accesoria, la suspensión de los trabajos.

Ahora bien, sigue diciendo el recurrente, si la administración municipal profiere el acto acusado con manifiesta inobservancia del derecho constitucional a la defensa,

por cuanto no fue previamente escuchado (art. 35 del C.C.A.), ni tuvo la oportunidad de pedir pruebas (art. 34, *ibidem*), "es claro, como lo afirma el Tribunal que dicho acto es nulo por tratarse de una sanción de plano, pero es nulo en su totalidad por que (sic) no puede separarse una sanción de la otra por que (sic) ambas tuvieron origen en la misma actuación administrativa; la ausencia de notificación previa y de oportunidad para la defensa se dio para ambas sanciones".

Concluye el libelista diciendo que si se analiza el texto del literal b) del artículo 66 en comento, se concluye que, en primer lugar, está prevista la multa para el infractor, "además, de la orden policiva de suspensión de los trabajos...", expresión que indica que la suspensión es accesoria a la multa por lo que se impone la inequívoca conclusión que la infracción al canon constitucional vicia de nulidad ambas sanciones, puesto que lo accesorio debe seguir la suerte de lo principal.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

El accionante en este proceso ha apelado la sentencia del 24 de marzo de 1995 y la providencia que le es complementaria, fechada el 25 de abril del mismo año, dictados por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Cesar, "en la parte en que no se accedió a las pretensiones del libelo introductorio al proceso".

La parte de dichas providencias, en que no se accedió a las pretensiones del actor, es la que conforma el ordinal primero de la parte resolutiva de la sentencia del 24 de marzo de 1995 en cuanto reza:

> "PRIMERO: Denegar las súplicas de la demanda, en lo atinente a la declaratoria (sic) del artículo 1° acusado, mediante la cual se ordena suspender los trabajos que se adelantan en el inmueble Cerro Coralito, ubicado en la vía que conduce de Valledupar a Río Seco, contiguo a la sede del Club Campestre de Valledupar de propiedad del señor IVAN CASTRO MAYA y que y que hasta la fecha ejerce posesión material del inmueble".

A su vez, el numeral 1° de la providencia complementaria ratifica lo que acaba de transcribirse, el numeral 4 del mismo proveído deniega las súplicas de la demanda contra el artículo 2° de la Resolución sin número del 14 de abril de 1994 en cuanto confirmó el artículo 1° de la Resolución 000098 del 17 de enero de 1994, y en el numeral 6 se deniegan "las demás súplicas de la demanda".

Son los argumentos jurídicos en los cuales se fundamenta el recurso interpuesto: La existencia y operancia del silencio administrativo y la violación del derecho constitucional del debido proceso.

Respecto a la ocurrencia del fenómeno del silencio administrativo, esta es la apreciación de la Sala:

Según los hechos de la demanda y la constancia de "recibido" que aparece a folio 35 del expediente, los documentos exigidos para tramitar la aprobación oficial y el permiso de ventas para el proyecto denominado Conjunto Cerrado Altos del Campestre y Colinas del Campestre, fueron presentados a la Oficina de Planeación Municipal de Valledupar el 28 de junio de 1993, por medio del arquitecto Marvin Cuel Baute.

Conforme a lo reglado por el inciso 3° del artículo 63 de la Ley 9ª de 1989, la Administración contaba con 90 días para pronunciarse, so pena de que operase a favor del peticionario el silencio administrativo positivo. En el presente caso, la Administración no se pronunció, dando lugar al silencio administrativo el que se configuró, según el demandante, el 8 de noviembre de 1993.

Siguiendo el orden cronológico de los hechos, el 17 de enero de 1994 la Alcaldía de Valledupar, en coordinación con el Departamento Administrativo de Planeación Municipal, profirió el acto demandado, esto es, la Resolución N° 000098 mediante la cual ordena suspender los trabajos de lotificación, impone una multa al actor consistente en 200 salarios mínimos mensuales y toma otras determinaciones.

Según el hecho quinto de la demanda (fl. 106), ratificado en la sentencia apelada, el actor protocolizó ante la Notaría Pública, el 8 de marzo de 1993 (sic) la copia de la petición y demás documentos presentados ante la oficina de Planeación Municipal y la declaración jurada de no haber recibido notificación alguna respecto a la petición incoada dando así cumplimiento, según lo afirma, a lo dispuesto en el artículo 42 del C.C.A.

Sin embargo, según los documentos que dicen relación con la protocolización del silencio administrativo (fls. 37, cuad. 2 y 30, cuad. principal) dicho acto se efectuó el 8 de marzo de 1994, de conformidad con la copia de la escritura N° 516 que se aporta a folio 30 del cuaderno principal.

Es decir, teniendo en cuenta esta última fecha, es de colegirse que cuando se produjo el acto demandado, no se había hecho la protocolización que ordena el artículo 42 del Código Contencioso Administrativo, esto es, no se había completado el procedimiento prescrito por la ley para invocar el silencio administrativo.

Sucede, sin embargo, que no es ese solamente el punto que habría de dilucidarse puesto que, según aparece en autos, no consta de manera cierta que la solicitud se hubiera presentado. El accionante asegura que tal diligencia se hizo a través del arquitecto Cuel Baute. Este, sin embargo, lo contradice bajo juramento en la declaración prestada ante el mismo Tribunal Administrativo del Cesar; diligencia que es visible a folios 229, 230 y 231 del expediente.

La constancia de "recibido" que aparece a folio 35, *ibidem*, es tachada de falsa y sobre tal falsedad se formuló demanda penal la cual se hace constar también en el proceso (fl. 139). Se agregan además declaraciones de varias empleadas de la Oficina de Planeación en las que, bajo la gravedad del juramento manifiestan no haber recibido la petición y la documentación en mención.

Esta Sala al revocar el auto que decretó la suspensión provisional, señaló sobre tal anomalía que "... precisamente uno de los argumentos expuestos por el recurrente es la no existencia de dicha solicitud, señalando que se trata de una falsedad de hecho de su presentación. En consecuencia, es necesario que se encuentre probado si la solicitud presentada es auténtica o por el contrario es apócrifa" (Subraya la Sala).

Con tales antecedentes, era de esperarse que el juzgador de la primera instancia, se hubiera percatado de la resulta de la denuncia penal a fin de aclarar si uno de los extremos de la figura del silencio administrativo, la presentación de la solicitud, se había producido o no, como se le sugirió en el auto que revocó su decisión de suspender provisionalmente el acto acusado.

No lo hizo así el Tribunal y en razón de tal omisión queda sin piso cualquier consideración que se quiera hacer sobre la configuración de la cuestionada ficción jurídica.

No aparece probado, en consecuencia, el beneficio del silencio administrativo en favor del apelante.

En relación con el segundo fundamento de la apelación, "la violación del derecho constitucional del debido proceso", se tiene:

Ningún derecho amparaba al demandante para iniciar trabajos de lotificación y otras actividades en el "Cerro Coralito" pues, aunque el terreno fuera de su propiedad, estaba supeditado al cumplimiento de las normas legales, en especial, las contenidas en la Ley 9ª de 1989 sobre planes de desarrollo municipal, tales como la licencia o permiso.

Resulta tan marcada la actitud del actor en contra de los intereses del municipio de Valledupar que, aún en el supuesto de que pretendiera hacer valer fementidamente el silencio administrativo positivo que con tanto énfasis invoca en su demanda, no tuvo inconveniente en dar comienzo a dichos trabajos mucho tiempo antes de hacer la protocolización de la discutible ocurrencia del silencio administrativo positivo. En efecto, según rezan los considerandos del acto demandado, cuando los profesionales del Departamento Administrativo de Planeación Municipal, en forma oficiosa, practicaron la inspección sobre el "Cerro Coralito" el día 30 de diciembre de 1993, ya se habían proyectado allí "una serie de lotes cuyas dimensiones aproximadamente son de diez (10) metros de frente por treinta (30) de fondo; además, dichos

funcionarios pudieron verificar un alto grado de deforestación debido a la apertura de las vías de acceso a los lotes, en un área de diez (10) hectáreas". Es decir, el accionante comenzó sus trabajos cinco meses antes de protocolizar la ocurrencia del susodicho silencio administrativo, habida consideración de que la diligencia final, escritura número 1351, está fechada el 12 de mayo de 1994 (folio 37, cdno. 2).

Esta situación, aparentemente de hecho, la de los trabajos que se estaban realizando, fue conocida por la Administración mediante visita que un arquitecto y un ingeniero del Departamento Administrativo de Planeación Municipal realizaron en la fecha señalada al "Cerro Coralito" con la finalidad de practicar una inspección ocular. En la resolución no se menciona que dicha inspección hubiera contado con la presencia del propietario de la proyectada urbanización o de algún representante suyo. Tampoco consta dicha intervención en los documentos que la entidad demandada aportó al proceso.

Se dice igualmente en la resolución que el Director del Departamento de Planeación Municipal, certifica que el despacho a su cargo no ha expedido licencia de construcción o lotificación sobre el mencionado cerro.

Indica lo anterior que hubo procedimiento previo a la decisión de imponer sanciones que se determinan en el acto que se juzga.

Ese procedimiento fue, sin embargo secreto. La Administración y sus asesores hicieron completa abstracción de expresas normas que regulan las actuaciones administrativas iniciadas de oficio, entre ellas el artículo 28 del Código Contencioso Administrativo en el que se prescribe que "cuando de la actuación administrativa iniciada de oficio se desprenda que hay particulares que pueden resultar afectados en forma directa, a éstos se les comunicará la existencia de la actuación y el objeto de la misma". Se ordena en la misma disposición que en tales actuaciones debe aplicarse, en lo pertinente, lo dispuesto en los artículos 14, 34 y 35 que hacen referencia a la citación a terceros, a las pruebas y a la decisión motivada después de haberse dado oportunidad a los interesado para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles.

Es que, si bien es cierto que, según el artículo 42 del Decreto 1333 de 1986 "los municipios podrán ordenar la suspensión de las obras o explotaciones que afecten la seguridad pública o perjudiquen el área urbana", no se está autorizando en dicho texto a los municipios para que obvien el debido proceso en tales actuaciones.

En el caso *sub iuris* los alegatos de la defensa se enrutan a atacar la alegada ocurrencia del silencio administrativo positivo, asunto suficientemente dilucidado en esta providencia. Pero no se defiende ni se justifica la actitud de la administración

de haber actuado precipitadamente en un asunto en el que teniendo elementos de juicio para hacer valer las reglamentaciones sobre los planes de desarrollo municipales, omitieron las normas pertinente al debido proceso.

Se violó entonces, con el acto demandado, el artículo 29 de la Constitución Nacional. Y no se entiende en la decisión del Tribunal, que no solamente está dividida en dos sentencias, sino que su mismo texto carece de una motivación sólida y coordinada, cómo se escindió la consideración y consecuente decisión sobre la violación al debido proceso puesto que el acto sancionatorio es uno solo y una sola fue la metodología de la Administración para llegar a la conclusión de que debía expedirlo.

No se comprende, porque por lo demás no se explica, lo que pretendió significar el Tribunal cuando dijo: "Se violó el debido proceso en lo atinente a la sanción impuesta al actor, sinembargo este hecho no apareja la nulidad del artículo 1° de la resolución impugnada, porque para lotificar y urbanizar un predio se requiere de un trámite legal, y aunque en la Ley 9ª de 1989 se prevé el silencio administrativo positivo, éste no operó en el caso de autos como lo anotamos anteriormente".

Sea por tanto suficiente lo dicho para concluir que se violó también el debido proceso con la decisión contenida en el artículo primero de la parte resolutiva del acto demandado. Y, por ende, resultan transgredidos no sólo el artículo 29 de la Constitución Nacional, sino el artículo 28 y consecuencialmente los artículos 14, 34 y 35 del Código Contencioso Administrativo.

En cuanto a las demás súplicas de la demanda, que es lo correspondiente a los perjuicios materiales y morales supuestamente sufridos por el demandante, se observa que no se hace sobre el tema ninguna alusión en el memorial del recurso. Por lo demás, la Sala encuentra lógica la apreciación del *a quo* en cuanto "no está proba la existencia de demandas en su contra por parte de los adquirentes de los lotes solicitándole indemnización de perjuicios" y que "en el peor de los eventos, que le correspondiera al demandante devolver los dineros recibidos por parte de los presuntos adquirentes, en todo caso la propiedad del inmueble seguiría radicada en cabeza de él", para concluir que "lo cierto es que no se vislumbran, ni tampoco se probaron los perjuicios recibidos".

La circunstancia de ser dos los actos acusados y dos las sentencias apeladas dentro de las cuales la providencia posterior modifica a la anterior, y para efectos de la claridad de la parte resolutiva del presente fallo, es necesario hacer un seguimiento de cada una de las disposiciones enjuiciadas y apeladas:

Mediante el artículo 1° de la Resolución 000098 de 1994, el Alcalde de Valledupar suspende los trabajos que se adelantan en el inmueble de autos. El Tribunal

de primera instancia tanto en la sentencia principal como en la complementaria deniega la nulidad de este artículo. En el presente fallo se revocan los ordinales primeros de las dos sentencias apeladas en cuanto denegaron la nulidad del mencionado artículo 1° de la Resolución 000098 de 1994, y en su lugar, se declara la nulidad de dicho artículo.

En los artículos segundo y tercero de la Resolución 000098 de 1994, se impone una multa al accionante. Estos artículos fueron declarados nulos por el Tribunal tanto en la sentencia principal como en la complementaria. En el presente fallo se confirman los numerales segundos de las precitadas sentencias en cuanto respecta al artículo 3° de la Resolución 000098, más no del artículo 2° de la misma, dado que fue modificado por lo que se detalla a continuación:

El artículo primero de la resolución sin número de 14 de abril de 1994, modifica el artículo segundo de la Resolución 000098 de 17 de enero de 1994 en la medida en que rebaja la multa de 200 a 50 salarios mínimos. Este artículo fue declarado nulo en el numeral 3 de la sentencia complementaria. En el presente fallo se confirma tal nulidad.

El artículo segundo de la Resolución sin número de 14 de abril de 1994, confirma también los artículos primero (suspensión de los trabajos); tercero (pago de la multa); cuarto, quinto y sexto (notificación y recursos) de la Resolución 000098 de 1994. Dicho artículo en el presente fallo se anulará en cuanto confirma el artículo primero de la resolución 000098 que ordena la suspensión de los trabajos y en consecuencia, se revocará el numeral 4 de la sentencia complementaria de 25 de abril de 1995.

La sentencia complementaria en el numeral 5 declaró la nulidad del artículo 2°, confirmatorio del artículo 3° de la Resolución 000098 que había interpuesto la multa. Dicho numeral 5, se confirma en el presente fallo.

El numeral 6 de la sentencia complementaria, deniega las demás súplicas de la demanda. Este numeral, en el presente fallo se confirma en el entendido de que denegó una de las súplicas de la demanda, concretamente la del restablecimiento del derecho. Se revoca en cuanto no accedió a decretar la nulidad del artículo 2° de la resolución sin número de 14 de abril de 1994 en la medida en que éste confirmó los artículos 4°, 5° y 6° de la Resolución 000098 de 1994. En su lugar, debe decretarse la nulidad del artículo 2° de la referida Resolución sin número, y por ende, la nulidad de los artículos 4°, 5° y 6° de la Resolución 000098 de 1994, si en cuenta se tiene que vienen a ser el resultado de aplicar los artículos 1°, 2° y 3° de la Resolución 000098 del 17 de enero de 1994, por los cuales se ordenó la suspensión de los trabajos, se impuso la multa y se indicó la manera de pagarla.

Por 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:

Primero. REVÓCANSE los numerales primeros de las sentencias de 24 de marzo y 25 de abril de 1995, proferidas por el Tribunal Administrativo del Cesar; y en su lugar, DECLÁRASE la nulidad del artículo 1° de la Resolución N° 000098 del 17 de enero de 1994.

Segundo. CONFÍRMANSE los numerales segundos de las sentencias de 24 de marzo y 25 de abril de 1995.

Tercero. CONFÍRMASE el numeral 3 de la sentencia complementaria de 25 de abril de 1995.

Cuarto. REVÓCASE el numeral 4 de la sentencia complementaria de 25 de abril de 1995, en cuanto denegó la nulidad del artículo 2° de la Resolución sin número de 14 de abril de 1994 que había confirmado el artículo 1° de la Resolución número 000098 de 1994. En su lugar, anúlase el artículo 20 de la Resolución sin número de 14 de abril de 1994 en cuanto confirmó el artículo 1° de la citada Resolución 000098.

Quinto. CONFÍRMASE el numeral 5 de la sentencia complementaria de 25 de abril de 1995.

Sexto. CONFÍRMASE el numeral 6 de la sentencia complementaria de 25 de abril de 1995, en cuanto denegó el restablecimiento del derecho solicitado. REVÓCASE dicho numeral 6, en cuanto no accedió a decretar la nulidad del artículo 2° de la Resolución sin número de 14 de abril de 1994, en la medida en que confirmó los artículos 4°, 5° y 6° de la resolución 000098 de 1994, y en su lugar. DECRÉTASE la nulidad del artículo 2° de la referida Resolución sin número, y consecuencialmente, la nulidad de los artículos 4°, 5° y 6° de la Resolución 000098 de 1994.

Cópiese, notifíquese y en firme, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 26 de octubre de 1995.

*Libardo Rodríguez Rodríguez,* Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz; Nubia González Cerón; Yesid Rojas Serrano.*

**CONTADOR PUBLICO - Sanción / JUNTA CENTRAL DE CONTADORES - Facultades**

**La Ley 143 de 1990, "por la cual se adiciona la Ley 145 de 1960, reglamentaria de la profesión de Contador Público y se dictan otras disposiciones" fundamento legal de los actos administrativos acusados, en su artículo 28 consagra el proceso sancionatorio para quienes incumplan las normas que rigen dicha profesión, señalando: que la correspondiente investigación se iniciará de oficio o previa denuncia escrita que deberá ratificarse bajo juramento; que dentro de los diez días siguientes se correrá pliego de cargos, cumplidas las diligencias previas y allegadas las pruebas pertinentes a juicio de la Junta Central de Contadores; que recibido el pliego de cargos el querellado dispondrá de veinte (20) días para contestar los cargos y solicitar pruebas; que cumplido lo anterior se expedirá la correspondiente resolución por la Junta Central de Contadores, contra la cual proceden los recursos de reposición y apelación ante el Ministerio de Educación, en tratándose de sanciones de suspensión o cancelación; y finalmente dispone que tanto el pliego de cargos como la resolución sancionatoria serán notificados personalmente o en su defecto por edicto.**

**FALSA MOTIVACION - Inexistencia / CONTADOR PUBLICO / SANCION - Contador público**

**Respecto del cargo de falsa motivación, la Sala observa que tampoco tiene vocación de prosperidad, toda vez que se encuentra plenamente demostrado que lo que dio origen a la investigación que culminó con la expedición de las Resoluciones demandadas, fue la presentación por parte del contador público de dos balances distintos con la misma fecha de cierre: uno, con destino a la Superintendencia de Sociedades; y el otro, para la junta de Socios**

**de la Urbanizadora San Nicolás Ltda., lo cual no reflejó la verdadera situación financiera de la empresa.**

**PROCESO ADMINISTRATIVO / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - Aplicación / INTERRUPCION DEL PROCESO**

**La Sala estima que no le asiste razón al demandante, toda vez, que de conformidad con el artículo 118 del C. de P.C., aplicable por analogía a la actuación administrativa, los términos y oportunidades señalados para la realización de los actos procesales de las partes son perentorios e improrrogables, salvo disposición en contrario. En consecuencia, la presentación extemporánea de los descargos equivale efectivamente a no haberlos presentado. Por ello, puede alegarse que no se tuvieron en cuenta los documentos por él anexados para demostrar su enfermedad y lograr la interrupción del proceso. De otra parte, si lo que buscaba el demandante era la interrupción del proceso y ésta no se produjo, ha debido alegar una nulidad con base en los artículos 140 numeral 5° y 168 numeral 1° del C. de P.C., cuestión que no hizo.**

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., tres (3) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Radicación número 3061.

Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho.

Actor: Martín Alejandro Castro Polo.

El señor *Martín Alejandro Castro Polo*, a través de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., ha ocurrido ante esta Corporación a fin de que mediante sentencia se hagan las siguientes declaraciones:

1. Es nula la Resolución N° 072 de 27 de mayo de 1993, expedida por la Junta Central de Contadores, en virtud de la cual se impuso al demandante una suspensión de seis (6) meses en el ejercicio profesional de contador público.

2. Es nula la Resolución N° 105 de 11 de noviembre de 1993, expedida por la Junta Central de Contadores, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la resolución citada en el numeral anterior, confirmándola.

3. Es nula la Resolución N° 03901 de 11 de mayo de 1994, a través de la cual la Ministra de Educación Nacional resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución N° 072 de 27 de mayo de 1993, confirmándola, y dispuso además que el actor hiciera entrega de su tarjeta profesional a la Junta Central de Contadores en cuyo poder debía permanecer hasta tanto se cumpliera la sanción.

4. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se ordene a los organismos enjuiciados cancelar en los respectivos libros la suspensión de que dan cuenta los actos cuestionados y se le restituya la tarjeta profesional que lo acredita como contador público.

5. Se le dé cumplimiento a la sentencia dentro del término previsto en el artículo 176 del Decreto ley 01 de 1984.

## I. FUNDAMENTOS DE DERECHO

En apoyo de sus pretensiones el actor adujo, en síntesis, los siguientes cargos de violación:

1. Lo consignado en la Resolución N° 072 de 1993 "Dado que el querellado guarda silencio respecto al pliego de cargos, se procede a la valoración de las pruebas que obran en el expediente", refleja la violación de los artículos 29 y 31 de la Constitución Política y 7° y 250 del C. de P. P., por cuanto en los antecedentes administrativos que dieron origen a la expedición de los actos acusados se observa que el 17 de febrero de 1993 se radicó la respuesta al pliego de cargos, que si bien es cierto fue tardía, no por ello puede decirse que se guardó silencio.

Además, en la actuación adelantada por la Junta Central de Contadores se echa de menos la evaluación del por qué fue tardía la respuesta, lo que evidencia aún más la violación del derecho de defensa.

2. Se violó el Decreto ley 2651 de 1991 porque a pesar de que es invocado como fundamento legal de las resoluciones demandas, no se le asignó ningún valor probatorio a los documentos solicitados como tales para sí otorgárselo a las excusas médicas, tendientes a obtener la suspensión del proceso disciplinario por enfermedad grave del actor.

3. Se transgredió el artículo 31 de la Constitución Política y el principio de la *reformatio in pejus* contenido en el artículo 357 del C. de P.C., toda vez que no le es dable al superior, por expresa disposición constitucional, empeorar la pena impuesta, pues al actuar así sorprende al recurrente, quien no ha tenido la posibilidad

de controvertir los motivos de la sanción a él impuesta, operando así una típica situación de indefensión.

En el caso *sub lite* al imponer la Resolución N° 03901 de 11 de mayo de 1994 una sanción no prevista en las resoluciones iniciales, como lo fue despojar al actor de su tarjeta profesional, se contraría el principio constitucional del debido proceso.

De igual manera se viola el debido proceso y el derecho de defensa, pues el pliego de cargos se formuló al actor en su condición de contador público y la sanción que se le impuso lo fue por la presunta comisión de irregularidades como Revisor Fiscal de la urbanizadora San Nicolás Ltda., como se desprende de la Resolución N° 072 de 1993.

4. Los actos demandados fueron falsamente motivados por las siguientes razones:

a) En las resoluciones impugnadas se sostiene que el informe enviado a la Superintendencia de Sociedades no es fiel reflejo de los libros oficiales de la compañía porque no se incluyó una partida de $158.537.782 denominada "deudores especiales", lo cual se desvirtúa con el contenido del artículo 10 de la Ley 43 de 1990, el cual prevé: "Tratándose de balances, se presumirá además, que los saldos se han tomado fielmente de los libros, que estos se ajustan a las normas legales y que las cifras registradas en ellos reflejan en forma fidedigna la correspondiente situación financiera en la fecha del balance".

La situación de la empresa es fidedigna porque los saldos de las cuentas deudores especiales y acreedores especiales en ningún momento desvirtúan la realidad financiera de la empresa, ya que teniendo un mismo origen (contratos de mandato), ni incrementan ni decrecen las exigencias de efectivo en favor o en contra de la sociedad; además, el saldo de la ecuación contable en favor de los propietarios no sufre ninguna variación como se demostrará en la etapa probatoria.

b) En la Resolución N° 072 de 1993 se sostiene: "...así como la aceptación que de tal irregularidad hace el propio querellado...", lo cual se desvirtúa con el escrito radicado el 6 de agosto de 1993, donde el demandante expresa que la irregularidad no fue aceptada por él en ningún momento, sino que se trató de un comentario personal, encontrándose mayores explicaciones sobre este asunto y sobre la urgencia de presentar informes oficiales a la Superintendencia de Sociedades en el punto 2 de la respuesta al pliego de cargos radicada el 17 de febrero de 1994, que no fue tenida en cuenta a pesar de que la fecha de la providencia es muy posterior a aquéllas.

c) En la Resolución N° 105 de 1992 se consignó: "...con origen en los variados conceptos que le fueron planteados por los accionistas de las empresas San Nicolás

y Orba Ltda. respectivamente...", lo cual no es cierto, en primer lugar, porque la reunión de Junta de Socios correspondía a la Sociedad Urbanizadora San Nicolás Ltda. y por lo mismo no tenían injerencia alguna los socios de Orbe Promotora Inmobiliaria Ltda.; y, en segundo lugar, porque los socios de San Nicolás Ltda. en ningún momento plantearon errores o conceptos sobre aspectos contables, como se indica erróneamente en dicha resolución.

La demandada desconoció las denominaciones existentes para los socios de una sociedad limitada, pues es evidente que los accionistas sólo existen en las sociedades por acciones y no en las limitadas. Además, el sentido común aconseja que no podrá existir reuniones en un mismo sitio y a una misma hora de sociedades con capital, socios y matrícula mercantil diferentes.

Se concluye que las respuestas dadas por el actor no fueron evaluadas por los funcionarios encargados de adelantar la investigación.

d) La afirmación contenida en la Resolución Nº 105 de 1993 de que "...lo cierto es que, el comportamiento asumido por el contador público Castro Polo, desbordó su campo de aplicación profesional, al haber omitido consignar en el balance presentado a la Superintendencia de Sociedades una verdad de a puño, el reflejo de los reales estados financieros...", se desvirtúa con lo expuesto en la defensa en el sentido que la situación financiera de esos estados es real ya que los saldos de las cuentas deudores especiales y acreedores especiales presentados en una u otra forma ni aumentan ni disminuyen las exigibilidades de efectivo en favor de la empresa.

e) En la Resolución Nº 03901 de 1994 textualmente se dice que "... revisadas las pruebas allegadas al proceso, se apreció lo siguiente: ...Así mismo, se allegaron los balances presentados a la Junta de Socios, Cámara de Comercio, Superintendencia de Sociedades los cuales efectivamente muestran diferencias referentes a los movimientos contables de la empresa y se encuentran firmados por el Contador...", lo cual se desvirtúa puesto que los balances presentados a la Cámara de Comercio nunca fueron firmados por el actor. Además, los balances sí resumen los movimientos contables por el período terminado en 31 de diciembre de 1991 y, por lo mismo, no puede alegarse válidamente que existan diferencias en dichos movimientos, pues, de una parte, no existe prueba de ello en el expediente administrativo, y, de otra, el pliego de cargos no se refirió a ellos.

Dedúcese de lo anterior que se configura falsa apreciación, errónea interpretación e interpretación acomodaticia de los preceptos contenidos en la Ley 43 de 1990, que, a juicio del ente demandado, fueron violados por el actor.

5. Violación de los artículos 87 literal g) y 83 del Decreto N° 2160 de 1986, por cuanto el primero prevé que no podrán hacerse compensaciones de saldos deudores y acreedores originados por operaciones de diferente origen. En el caso *sub lite* los saldos de las cuentas deudores especiales y acreedores especiales tienen un mismo origen; los contratos de mandato debidamente autorizados por la Junta de Socios. En consecuencia, se tiene que el literal g) del artículo 87 en mención, antes que ser transgredido por el actor fue acatado por éste. Además, la compensación de los saldos deudores y acreedores especiales no va en contra de lo dispuesto en el artículo 83 del mismo decreto, razón por la cual resulta éste también infringido.

## II. TRAMITE DE LA ACCION

A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión, fijación en lista, probatoria y alegaciones.

### II.1 CONTESTACION DE LA DEMANDA

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

No se viola el artículo 29 de la Constitución Política toda vez que en la investigación que concluyó con la expedición de los actos acusados se siguieron rigurosamente las normas procesales específicamente señaladas en el artículo 28 de la Ley 43 de 1990, complementadas con las del C. de P.C., por expresa remisión del artículo 267 del C.C.A.

Respecto del artículo 31 *ibidem,* se tiene que el investigado siempre tuvo acceso a las garantías procesales, especialmente a la de interponer recursos, como se demuestra con los recursos de reposición y apelación por él interpuestos.

Al demandante no le fue desconocido el derecho de defensa, ya que en cumplimiento del procedimiento establecido en la Ley 43 de 1990 se le dieron 20 días hábiles para presentar sus descargos y aportar y solicitar pruebas, término que corrió entre el 14 de enero y el 11 de febrero de 1994. No obstante lo anterior, el escrito de descargos fue presentado extemporáneamente el 17 de febrero, pero fue tenido en cuenta al expedirse la Resolución N°105 de 1993, que resolvió el recurso de reposición. Cabe anotar que el demandante no solicitó ni aportó pruebas.

En cuanto al cargo de que en la parte resolutiva la Resolución N° 072 de 1993 que le impuso la sanción al demandante, se refirió al mismo como Revisor Fiscal, debe decirse que ello se debió a un "lapsus" más que a una equivocación

que trascienda en los resultados de la investigación, su naturaleza y la legalidad de la sanción. Dicho error fue subsanado oportunamente, manifestándose que tanto la investigación como la sanción fueron originadas por la calidad de contador público que ostenta el encartado, sin que sea dable concluir por este error insustancial que exista falsa motivación.

De otra parte, no puede alegarse que se violó el derecho de defensa porque no se controvirtió la prueba, cuando el investigado no presentó descargos ni aportó ni solicitó pruebas. El proceso debió continuar en cumplimiento de la Ley 43 de 1990.

La Junta Central de Contadores valoró los descargos presentados extemporáneamente, encontrando al momento de resolver el recurso de reposición que no había fundamento para absolver. Dicha Junta aplicó con rigor las normas de la mencionada Ley 43, por la cual no puede alegarse que se violó el debido proceso ni que se desconoció la presunción de inocencia o que no se actúo con imparcialidad.

En cuanto a la violación del principio de la *reformatio in pejus,* es de observar que la entrega de la tarjeta profesional de contador por el mismo tiempo de la suspensión es consecuencia de esta última, pues dicha tarjeta es el único documento que acredita la calidad de contador público, conforme lo prevé el artículo 3° de la Ley 43 de 1990.

En cuanto a las excusas médicas debe decirse que las autoridades no pueden imponer o desconocer arbitrariamente términos, razón por la cual aquéllas debieron ser presentadas en el momento de la incapacidad, dentro de los términos ordenados por la ley.

## III. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Segunda Delegada en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado estima que la presunción de legalidad que ampara a los actos demandados no logró ser desvirtuada, toda vez que el dictamen pericial rendido no responde a la cuestión fundamental propuesta, esto es, establecer si el balance del año 1991 presentado por la Urbanizadora San Nicolás Ltda. a la Superintendencia de Sociedades muestra fielmente el contenido de los libros oficiales registrados por aquélla. Los peritos sólo reportan que los estados financieros (no se sabe de qué año) fueron enviados a esa entidad y que fueron firmados por el actor en su calidad de contador público.

En cuanto a las demás respuestas del experticio, se observa que sólo se refieren a aspectos contables que no se relacionan con el balance de 1991 presentado a la Superintendencia de Sociedades, el cual debía coincidir con los libros de la compañía urbanizadora.

Cabe advertir finalmente, que el dictamen no fue objetado por el actor para solicitar aclaración y precisión en los datos pedidos.

## IV. **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Los cuatro primeros cargos a que hace alusión el demandante pueden resumirse en la violación al debido proceso y al derecho de defensa, razón por la cual la Sala se remitirá a los antecedentes administrativos que obran en el expediente, a fin de determinar si le asiste o no razón a aquél.

La Ley 43 de 1990, **'por la cual se adiciona la Ley 145 de 1960, reglamentaria de la profesión de Contador Público y se dictan otras disposiciones",** fundamento legal de los actor administrativos acusados, en su artículo 28 consagra el proceso sancionatorio para quienes incumplan las normas que rigen dicha profesión, señalando: que la correspondiente investigación se iniciará de oficio o previa denuncia escrita que deberá ratificarse bajo juramento; que dentro de los diez (10) días siguientes se correrá pliego de cargos, cumplidas las diligencias previas y allegadas las pruebas pertinentes a juicio de la Junta Central de Contadores; que recibido el pliego de cargos el querellado dispondrá de veinte (20) días para contestar los cargos y solicitar pruebas; que cumplido lo anterior se expedirá la correspondiente resolución por la Junta Central de Contadores, contra la cual proceden los recursos de reposición y apelación ante el Ministerio de Educación, en tratándose de sanciones de suspensión o cancelación; y finalmente dispone que tanto el pliego de cargos como la resolución sancionatoria serán notificados personalmente o en su defecto por edicto.

Examinado el acervo probatorio esta Corporación encuentra que todas y cada una de las etapas anteriormente citadas fueron cumplidas por parte de la Junta Central de Contadores en la investigación iniciada en contra del actor y la cual concluyó con la expedición de los actos administrativos acusados.

En efecto, a folios 120, 158 y 136 del expediente, obran respectivamente, la queja, su ratificación bajo juramento y la ampliación de esta última, suscritas por la denunciante, Mabel Rodríguez Escobar; a folio 126 se encuentra el informe de la visita practicada a la urbanizadora San Nicolás Ltda. por parte de la Comisión de la Junta Central de Contadores, tendiente a establecer si se presentaron dos estados financieros con la misma fecha de corte, uno con destino a la Superintendencia de Sociedades y otro con destino a la Junta de Socios. En dicho informe se concluye que se constató que fueron presentados dos balances por la citada empresa, en forma distinta y con la misma fecha de cierre; a folios 344 a 348 obran la apertura formal de investigación en contra del demandante y el pliego de cargos a él corrido, el cual le fue notificado personalmente, según sello colocado en el mismo, y finalmente fue expedida la resolución sancionatoria N° 072 de 1993, contra la cual el actor interpuso los recursos de reposición y apelación, los cuales fueron resueltos por las Resoluciones Nos. 105 de 1993 y 03901 de 1994, actos todos aquí demandados.

En lo que toca al demandante, se tiene que presentó los descargos extemporáneamente (folio 108 y siguientes) argumentando que se encontraba incapacitado, anexando certificación médica al respecto.

El actor sostiene que le fue desconocido el derecho de defensa por cuanto la Resolución N° 072 de 1993 afirma que aquél guardó silencio respecto del pliego de cargos, lo cual para él no es igual a haberlos presentado fuera del término.

Sobre el particular, la Sala estima que no le asiste razón al demandante, toda vez, que de conformidad con el artículo 118 del C. de P.C., aplicable por analogía a la actuación administrativa, los términos y oportunidades señalados para la realización de los actos procesales de las partes son perentorios e improrrogables, salvo disposición en contrario. En consecuencia, la presentación extemporánea de los descargos equivale efectivamente a no haberlos presentado. Por ello, no puede alegarse que no se tuvieron en cuenta los documentos por él anexados para demostrar en cuenta los documentos por él anexados para demostrar su enfermedad y lograr la interrupción del proceso.

De otra parte, si lo que buscaba el demandante era la interrupción del proceso y ésta no se produjo, ha debido alegar una nulidad con base en los artículos 140 numeral 5° y 168 numeral 1° del C. de P. C., cuestión que no hizo.

Frente a la pretendida violación del principio de la *reformatio in pejus,* debe decirse que no es cierto que con la Resolución N° 03901 de 1994 mediante la cual el Ministerio de Educación Nacional resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución N° 072 de 1993 se haya impuesto una nueva sanción al demandante, toda vez que en aquélla lo que se hizo fue disponer que el mismo entregara su tarjeta profesional con el fin de hacer efectiva la suspensión en el ejercicio de su profesión.

Lo anterior no puede ser considerado en manera alguna como agravante de la sanción, ya que no se entiende de qué otra manera puede tener la Administración certeza de que el sancionado efectivamente no ejercerá la profesión durante el término que dure la sanción.

En cuanto a que al haberle sido corrido el pliego de cargos en su calidad de contador público e impuesta la sanción como Revisor Fiscal se le está violando el debido proceso y el derecho de defensa, la Sala considera que dicho error no puede ser considerado como tal, ya que las normas que se invocaron como infringidas por el demandante hacen relación a su profesión de contador público.

Además, en la parte resolutiva de la Resolución N° 072 de 1993 se lee:

"Artículo 1°. Sancionar al **contador público** *Martín Alejandro Castro Polo*, identificado con la cédula de ciudadanía N° 7458054 de Barranquilla y

tarjeta profesional N° 2247-T con seis (6) meses de *suspensión* en el ejercicio profesional, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia". (negrillas fuera del texto).

Respecto del cargo de falsa motivación,la Sala observa que tampoco tiene vocación de prosperidad, toda vez que se encuentra plenamente demostrado que lo que dio origen a la investigación que culminó con la expedición de las resoluciones demandadas, fue la presentación por parte del contador público Martín Alejandro Castro Polo de dos balances distintos con la misma fecha de cierre: uno, con destino a la Superintendencia de Sociedades; y el otro, para la Junta de Socios de la Urbanización San Nicolás Ltda., lo cual no reflejó la verdadera situación financiera de la empresa.

La parte actora solicitó un dictamen pericial tendiente a desvirtuar lo anterior, dictamen que fue rendido (folios 350 a 353) y adicionado y complementado de conformidad con la petición efectuada por la misma parte (folios 400 a 401). Este último arrojó la siguiente conclusión:

"... peritos contadores dentro del proceso de la referencia, a Uds. respetuosamente nos dirigimos con el objeto de adicionar y complementar nuestro experticio, de acuerdo con lo solicitado por el apoderado de la parte actora, quien manifiesta a folio 397 del expediente lo siguiente:

"Me permito solicitar la adición o complementación del mismo, teniendo en cuenta que no se dio respuesta al literal a) del temario propuesto, concretamente, si el balance del año 1991 presentado por la Sociedad Urbanizadora San Nicolás a la Superintendencia de Sociedades muestra fielmente el contenido de los libros oficiales registrados por dicha Urbanizadora".

Al respecto contestamos:

**No** muestran fielmente el contenido de los libros oficiales registrados en la Cámara de Comercio de Bogotá, por parte de la urbanizadora San Nicolás puesto que presentan una diferencia de $158.539.372.

Al preguntarle al señor Contador Martín Alejandro Castro Polo, porqué dicho valor no fue transcrito al formulario de la Superintendencia de Sociedades y que corresponden a los llamados Deudores y Acreedores Especiales él nos dio la siguiente explicación:

"La suma de $158.539.372 por cuenta de Deudores Especiales fue netiada por la suma de $160.028.984.48 correspondiente a la cuenta Acreedores

Especiales, diciendo que el valor neto de estas cuentas sí fue incluido dentro del renglón 63 del formulario enviado a la Superintendencia de Sociedades, en la cual y de acuerdo a (sic) este formulario únicamente podía ser incluido ya que son cuentas de un mismo origen".

Ahora bien: Nosotros en nuestro dictamen pericial en el punto V de éste respondemos las preguntas formuladas por la parte Actora donde sale una diferencia de $2.114.436 que corresponde a otros acreedores y que se halla reflejada en el renglón 63 del formulario con un valor $2.115.000 presentado a la Superintendencia de Sociedades por el contador Castro Polo..." (negrillas fuera de texto).

En el acápite de fundamentos de derecho, la Resolución Nº 072 de 1993 explica los motivos por los cuales se le sanciona al señor Martín Alejandro Castro Polo en los siguientes términos:

"...el querellado cometió irregularidad en el desempeño de su gestión como revisor fiscal de la sociedad *Urbanizadora San Nicolas Ltda.*, por cuanto en el balance presentado a la Superintendencia de Sociedades **omitió registrar la verdadera situación del ente societario,** lo que constituye una falta contra la ética profesional por violación a lo dispuesto en la Ley 43 de 1990 en sus artículos 6º., 37.1 37.2, 37.4, 37.6, 45, 69 y 70, que imponen al contador la observancia de los principios de contabilidad de general aceptación, garantizar con su firma la fe pública, atender su gestión teniendo en cuenta la objetividad, observar el cumplimiento de las disposiciones legales que regulan la profesión, evitando someter al usuario de sus servicios a riesgos injustificados, y **abstenerse de emitir certificaciones e informes que disten de la realidad financiera**... (negrillas fuera del texto).

Confrontando el dictamen pericial rendido y la motivación que trae la Resolución Nº 072 de 27 de mayo de 1993, se concluye que la misma no fue falsamente motivada pues el experticio en cuestión señala que el balance presentado a la Superintendencia de Sociedades no muestra **fiehnente** el contenido de los libros oficiales registrados en la Cámara de Comercio pertenecientes a la Urbanizadora San Nicolás Ltda., lo cual coincide con la motivación de las resoluciones demandadas.

Finalmente, frente al cargo de violación de los artículos 87 literal g) y 83 del Decreto Nº 2160 de 1986, los cuales, según el demandante, antes que infringirlos lo que hizo fue acatarlos, esta Corporación encuentra que lo que aquí se controvierte no es el origen de los saldos de las cuentas de deudores y acreedores especiales, cuestión a la que se refiere el literal g) del citado artículo 87, sino el hecho de que los

balances presentados a la Junta de Socios y a la Superintendencia de Sociedades correspondientes al año de 1991, contienen cifras diferentes, razón por la cual no prospera tampoco este cargo.

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

**FALLA:**

1. **DENIÉGANSE** las pretensiones de la demanda.

2. **CONDÉNASE** en costas a la actora. Tásense por Secretaría.

3. Devuélvase a la actora la suma depositada por concepto de gastos ordinarios del proceso, por no haber sido utilizada.

Cópiese, notifíquese, publíquese en los ***Anales del Consejo de Estado*** y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 2 de noviembre de 1995.

*Libardo Rodríguez Rodríguez,* Presidente. *Ernesto Rafael Ariza Muñoz; Nubia González Cerón; Rodrigo Ramírez González.*

**SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia / EXPULSION DE EXTRANJERO DEL TERRITORIO NACIONAL**

**Para la Sala *prima facie* no se vislumbran las transgresiones a que alude el actor y sí, por el contrario, estima que se hace necesario realizar un análisis de fondo y coordinado con las demás disposiciones del Decreto 2241 de 1993, así como las del Decreto 2110 de 1992 "Por el cual se reestructura el Departamento Administrativo de Seguridad" y las relativas al procedimiento de extradición, tendiente a establecer, entre otros aspectos, si las conductas constitutivas de la medida de expulsión del territorio colombiano deben haberse cometido únicamente en Colombia; si la misma providencia que sirve de sustento a la solicitud de extradición puede servir de soporte o no a la medida de expulsión y si una y otra medida son o no excluyentes entre sí. De otra parte, también es indispensable efectuar un estudio sobre los antecedentes de los actos administrativos acusados, los cuales aún no obran en el expediente, que permita esclarecer en qué consistió la diligencia de exposición rendida por el actor, a que se refieren las consideraciones de la Resolución N° 098 de 7 de agosto de 1995 así como consultar el contenido de los documentos provenientes del juzgado 42 de Instrucción de Lima y de la Embajada del Perú, que sirvieron de fundamento a dichos actos, acusados. Como lo anterior excede los lineamientos que al juzgado le señala el artículo 152 del C.C.A. habrá de desestimarse la solicitud de la medida precautoria.**

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., tres (3) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Radicación número 3521.

Referencia: Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho.

Actor: Juan Eduardo Ramírez Saavedra.

El señor *Juan Eduardo Ramirez Saavedra*, a través de apoderado y en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., ha presentado demanda tendiente a obtener la nulidad, previa suspensión provisional, de las Resoluciones Nos. 064 de 16 de junio de 1995 *"por medio de la cual se expulsa del territorio colombiano al ciudadano peruano Jan Eduardo Ramirez Saavedra"*; 098 de 7 de agosto de 1995 *"por medio de la cual se resuelve un recurso de reposicion"*, expedidas por la Dirección de Extranjería - División de Investigaciones del Departamento Administrativo de Seguridad DAS; y 2086 de 28 de agosto de 1995 *"por medio de la cual se resuelve un recurso de apelacion"*, expedida por el Director del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS.

## I. LA ADMISION DE LA DEMANDA

Como la demanda y sus anexos se ajustan a las previsiones de los artículos 135 a 142 del C.C.A., es del caso decretar su admisión y así se hará en la parte resolutiva de este proveído.

## II. LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

II.1 Aparece sustentada en el mismo escrito de la demanda, en acápite especial, del cual se extrae, en esencia, lo siguiente:

1. La Resolución N° 064 de 16 de junio de 1995 viola el debido proceso que consagra el artículo 29 de la Carta Política porque la Dirección de Extranjería del DAS en ningún momento sometió su decisión a un procedimiento previo, con el objeto de adelantar la investigación por presunta violación al régimen migratorio, sino que actúo discrecionalmente con fundamento en la orden de captura librada por el Juzgado 42 de Instrucción de Lima y la Nota Verbal N° 5-8-M/224 de 21 de septiembre de 1994, emanada de la Embajada del Perú, donde se solicita la captura del actor con fines de extradición.

2. Las resoluciones acusadas no dieron aplicación a los artículos 14, 28, 34, 35 y 74 del C.C.A. y sin competencia sancionan hechos o conductas que sucedieron fuera del territorio colombiano, antes de que el actor estuviera residenciado en Colombia.

3. Se vulnera el artículo 29 de la Carta Política que consagra la presunción de inocencia pues mientras la Corte Suprema de Justicia, ante quien se adelanta la solicitud de extradición, no ha declarado culpable al actor, para la Dirección de Extranjería del DAS sí lo es, sin haber sido investigado.

4. Al actor se le está juzgando y sancionando por un mismo hecho violándose el principio de *non bis in idem* ya que la solicitud de extradición es por el delito de narcotráfico y busca la entrega del ciudadano peruano a las autoridades de ese país.

5. El artículo 29 de la Carta Política prevé que quien sea sindicado tiene derecho a la defensa. En este caso, aún así se demuestre ante la Corte Suprema de Justicia la inocencia del actor, éste ya no tiene derecho a la defensa pues así no fuera extraditado opera la expulsión, en virtud de los actos acusados.

6. Los actos acusados incurren en desviación de poder pues los motivos que aducen para la expulsión del actor son totalmente falsos ya que éste en ningún momento se ha dedicado al tráfico de estupefacientes ni al proxenetismo, ni su personalidad revela conducta antisocial.

7. La Dirección de Extranjería incurrió en abuso de poder al aplicar el estatuto migratorio extraterritorialmente, pues los hechos imputados sucedieron fuera del territorio colombiano.

8. Por lo anterior, los actos acusados violan el artículo 100 de la Constitución Política ya que al actor se le vulneraron las prerrogativas que le otorgan la Constitución, las leyes y el artículo 13 de la Ley 74 de 1968 al pretender las autoridades migratorias expulsarlo en forma ilegal, a pesar de hallarse legalmente residenciado en Colombia.

II. 2 Consideraciones de la Sala

El Decreto Reglamentario 2241 de 9 de noviembre de 1993 **"por el cual se dictan disposiciones sobre expedición de visas, control de extranjeros, y se dictan otras disposiciones en materia de inmigración"**, expedido por el Gobierno Nacional, en su artículo 61 literal c), invocado como fundamento de la Resolución N° 064 de 16 de junio de 1995 acusada, prevé:

> "La Dirección de Extranjería del DAS, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar, previa investigación, ordenará mediante resolución motivada la expulsión del territorio nacional del extranjero que esté en cualquiera de las causales que se relacionan a continuación:
>
> c) Dedicarse al comercio o tráfico ilícito de estupefacientes, al proxenetismo y en general, revelar conducta antisocial".

Los cargos de la demanda descansan sobre la premisa de que el Departamento Administrativo de Seguridad DAS no adelantó investigación alguna previa a la expedición de los actos acusados; que dicho Departamento se fundamentó en los mismos hechos que dieron lugar a la solicitud de extradición, los cuales, según el actor, son falsos, amén de que no sucedieron en Colombia.

Para la Sala primera *facie* no se vislumbran las transgresiones a que alude el actor y sí, por el contrario, estima que se hace necesario realizar un análisis de fondo y coordinado con las demás disposiciones del Decreto 2241 de 1993, así como las del Decreto 2110 de 1992 "Por el cual se reestructura el Departamento Administrativo de Seguridad" y las relativas al procedimiento de extradición, tendiente a establecer, entre otros aspectos, si las conductas constitutivas de la medida de expulsión del territorio colombiano deben haberse cometido únicamente en Colombia; si la misma providencia que sirve de sustento a la solicitud de extradición puede servir de soporte o no a la medida de expulsión y si una y otra medida son o no excluyentes entre sí.

De otra parte, también es indispensable efectuar un estudio sobre los antecedentes de los actos administrativos acusados, los cuales aún no obran en el expediente, que permita esclarecer en qué consistió la diligencia de exposición rendida por el actor el 24 de mayo de 1995, a que se refieren las consideraciones de la Resolución Nº 098 de 7 de agosto de 1995 (folio 9), así como consultar el contenido de los documentos provenientes del Juzgado 42 de Instrucción de Lima y de la Embajada del Perú, que sirvieron de fundamento a dichos actos, acusados.

Como lo anterior excede los lineamientos que al juzgador le señala el artículo 152 del C.C.A., habrá de desestimarse la solicitud de la medida precautoria.

**En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,**

**RESUELVE:**

I. ADMÍTESE la demanda de nulidad presentada por el señor *Juan Eduardo Ramírez Saavedra,* a través de apoderado. En consecuencia, se dispone:

a) Notifíquese personalmente a la señora Procuradora Segunda Delegada de lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado;

b) Notifíquese personalmente al señor Director del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, con entrega de copia de la demanda y de sus anexos;

c) Fíjese el proceso en lista por el término de cinco (5) días para que la parte demandada o los intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas;

d) Solicítese a la Secretaría General del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, que en el término de ocho (8) días envíe los antecedentes administrativos correspondientes a los actos acusados;

e) De conformidad con lo ordenado en el numeral 4° del artículo 207 del C.C.A., en concordancia con el Decreto 2867 de 1989, deposite el actor la suma de diez mil pesos ($10.000) moneda corriente, para atender los gastos ordinarios del proceso, dentro de los diez (10) días siguientes al del regreso del expediente a la Secretaría.

II. Tiénese como parte demandante al señor *Juan Eduardo Ramírez Saavedra* y al doctor *Ramiro Basili Colmenares Sayago*, como su apoderado, en los términos y para los efectos del memorial visible a folio 1; y como parte demandada a la Nación - Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-.

III. DENIÉGASE la suspensión provisional de los efectos de los actos acusados.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 2 de noviembre de 1995.

*Libardo Rodríguez Rodríguez,* Presidente. *Ernesto Rafael Ariza Muñoz; Nubia González Cerón; Rodrigo Ramírez González.*

**UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSE DE CALDAS / UNISUR / INSTITUTO DISTRITAL DE CULTURA Y TURISMO / ICFES / CONVENIO INTERADMINISTRATIVO / EXAMENES DE ESTADO - Práctica / EDUCACION SUPERIOR / FALLO DE TUTELA - Cumplimiento / ESTUDIANTES DE TEATRO - Graduación / ESTUDIANTES BELLAS ARTES - Graduación / TITULO ACADEMICO - Otorgamiento**

**Mediante el Decreto 325 de 1995 acusado, el Presidente de la República, con la firma del Ministerio de Educación Nacional, "en uso de sus atribuciones legales y en especial de las que le confiere el ordinal 11 del artículo 189 de la Constitución Política", adoptó las siguientes decisiones: autorizar al Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior –Icfes– para que, por intermedio de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, practique exámenes de Estado a los estudiantes egresados de unos programas ofrecidos por el Instituto Distrital de Cultura y Turismo, en convenio con la Unidad Universitaria del Sur de Bogotá –Unisur– y con la Universidad Distrital Francisco José de Caldas. De acuerdo con la motivación del acto acusado y con los antecedentes administrativos que le dieron origen, se tiene que mediante providencias de 30 de agosto de 1994, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y la Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, accedieron a las solicitudes de tutela impetradas por algunos egresados del Instituto Distrital de Cultura y Turismo que habían cursado estudios de Teatro y Bellas Artes en diferentes especialidades, de conformidad con los convenios celebrados entre dicho Instituto, la Unidad Universitaria del Sur de Bogotá, –Unisur– y la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, como quiera que las mencionadas providencias ordenaron que los títulos a que tuvieran derecho los peticionarios debían otorgarse conforme a la ley, y dado que los programas de estudio "...se desarrollaron ilegalmente por cuanto no fueron autorizados por el**

Icfes...", el Gobierno Nacional consideró "que para la debida aplicación de la Ley 30 de 1992, en lo relacionado con el examen de Estado a los egresados del Instituto citado se hace necesario ordenar, como caso excepcional, la práctica del mismo y el otorgamiento de los respectivos títulos, a través de la institución de Educación Superior", de conformidad con lo dispuesto en la letra b) del artículo 27 de la Ley 30 de 1992. La Sala considera que el fundamento legal de la autorización conferida al Icfes para que por intermedio de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, practique los exámenes de Estado, se encuentra en el artículo 38 literal k) de la misma Ley 30 de 1992, en la cual se señala como función de dicho instituto la de "realizar los exámenes de estado de conformidad con la presente ley". Igualmente considera la Sala que al haberse facultado al director del Icfes para convenir con la Universidad Distrital Francisco José de Caldas los procedimientos y las fechas para la práctica de los exámenes de Estado en ningún momento implica que el Gobierno Nacional haya subdelegado en ellos la reglamentación de dicha materia, por cuanto en el artículo 27 de la ley 30 de 1992 se señalan expresamente los casos en que proceden los exámenes de Estado y el objeto de tales pruebas académicas de carácter oficial, dentro de cuyos parámetros necesariamente deberán practicarse aquellos que se autorizan mediante el acto acusado.

EXAMEN DE ESTADO - Definición

Los exámenes de estado son pruebas académicas que tienen por objeto, entre otros, el de verificar conocimientos y destrezas para la expedición de títulos a los egresados de programas cuya aprobación no esté vigente.

POTESTAD REGLAMENTARIA - Características / ATRIBUCION CONSTITUCIONAL PERMANENTE / LIMITE TEMPORAL - Inexistencia

El fundamento legal que se invoca en su sustento, vale decir, el haberse procedido a la expedición del acto acusado con posterioridad al vencimiento del término de los seis meses que consagraba el artículo transitorio 142 de la Ley 30 de 1992 para que el Gobierno Nacional expida las normas reglamentarias de la presente ley, desapareció del mundo jurídico como consecuencia de la declaratoria de inexequibilidad de dicha expresión por parte de la honorable Corte Constitucional mediante sentencia número C-022 de enero 27 de 1994, por

**considerarse que el ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, como atribución constitucional permanente radicada en su cabeza, no tiene límite temporal alguno.**

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., tres (3) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Radicación número 3283.

Actora: Gloria Teresa Cifuentes de Huertas.

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 Gloria Teresa Cifuentes de Huertas en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., tendiente a obtener la declaratoria de nulidad del Decreto 323 de 20 de febrero de 1995, "por el cual se autoriza la práctica de unos exámenes de estado para otorgar títulos de Educación Superior", expedido por el Gobierno Nacional.

## I. ANTECEDENTES

### a) Los hechos de la demanda

En ellos la actora se refiere al convenio realizado entre el Instituto Distrital de Cultural y Turismo –IDCT– con la Unidad Universitaria del Sur de Bogotá –Unisur y la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, para ofrecer estudios superiores en arte y otorgar los correspondientes títulos profesionales, hecho este último que no ha tenido ocurrencia a pesar de que los cursantes concluyeron satisfactoriamente sus estudios. Por tal razón, algunos de los egresados de la Escuela Distrital Superior de Teatro Luis Enrique Osorio, entidad dependiente del IDCT, interpusieron acción de tutela contra las entidades mencionadas con el fin de que se les otorgara su título profesional, y mediante decisión de 4 de abril de 1994 se "...ordenó lo pertinente para que se otorgaran los títulos a quienes llenaran los requisitos".

### b) Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación

La actora considera que con la expedición del acto acusado se violaron las siguientes normas, por las razones que se sintetizan a continuación (fls. 15 a 18 y 144 a 145):

Para la expedición del decreto demandado el Presidente de la República no se apoyó en el artículo 142 de la Ley 30 de 1992, como lo indica la actora, sino que lo hizo con base en el ordinal 11 del artículo 189 de la Constitución. Por ello el término de seis meses establecido en dicha norma legal no puede entenderse aplicable a la facultad del Presidente de reglamentar la ley, sino que hace referencia al término en el cual debe expedir las normas pertinentes para reestructurar el Icfes y a la Universidad Nacional.

De lo establecido en los artículos 27 y 36 de la Ley 30 de 1992 y ordinal 11 del artículo 189 de la Constitución Política, se deduce que corresponde al Gobierno Nacional la reglamentación de los exámenes de estado, solo que ésta con carácter general no ha sido aún expedida por estar en proceso de análisis.

En relación con la afirmación de la demandante de que con el Decreto 323 de 20 de febrero de 1995 se pretende burlar el cumplimiento de los fallos de tutela proferidos en favor de los egresados del Instituto Distrital de Cultura y Turismo, el Icfes y el Ministerio de Educación Nacional no tenían término perentorio para su cumplimiento, pues lo que en ellos se ordenó fue adelantar la investigación, revisión curricular y administrativa pertinente tendientes a hacer efectivos los derechos que conforme a la ley tengan los peticionarios de la tutela, a lo cual se le dio cumplimiento a través de los diferentes trámites adelantados, y con los cuales se llegó a la conclusión de que el único mecanismo establecido por la ley 30 de 1992 para verificar conocimientos y destrezas para la expedición de títulos a los egresados de programas cuya aprobación no esté vigente es el examen de estado.

3. Universidad Distrital Francisco José de Caldas (fls. 150 a 152).

"El Gobierno, al expedir el decreto demandado, tuvo en cuenta la especificidad de la materia otorgando facultades al Icfes, para que por intermedio de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, realizara las pruebas de estado a los egresados de una facultad que no había sido aprobada. La Universidad Distrital es idónea para la realización de la prueba por su trayectoria y su conocimiento, toda vez que cuenta en la actualidad con Facultad de Artes debidamente aprobada por el Icfes".

"El Gobierno expidió el decreto acusado basado en las facultades constitucionales, establecidas en el artículo 189 numeral 11 de la Carta Política, dentro de un entendimiento jurídico, técnico y lógico de los alcances y la responsabilidad que tiene el Gobierno Nacional de asumir su deber constitucional de obedecer las leyes y velar por su cumplimiento".

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 21 de abril de 1995 se admitió la demanda y se denegó la solicitud de decretar la suspensión provisional del acto acusado (fls. 22 a 27).

Dentro del término de fijación en lista, la parte demandada y el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior –Icfes– contestaron oportunamente la demanda. En cuanto a la Universidad Distrital Francisco José de Caldas ésta lo hizo en forma extemporánea.

Mediante proveído de 19 de julio de 1995 se abrió a pruebas el proceso y se decretaron y/o denegaron las solicitadas por las partes (fls. 123 a 126).

Dentro del término de traslado para alegar de conclusión, la parte actora, la parte demandada, la Universidad Distrital Francisco José de Caldas y la Agente del Ministerio Público ante esta Corporación presentaron los escritos que obran a folios 142 a 152 del expediente.

## II. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En el escrito que lo contiene, la señora Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación manifiesta en síntesis, lo siguiente (fls. 146 a 149):

De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, la facultad del Presidente de la República para reglamentar la ley, en este caso la ley 30 de 1992, no la deriva del artículo 142 de dicho estatuto, sino de la previsión constitucional contenida en el ordinal 11 del artículo 189 de la Carta Política, que no establece término alguno para el ejercicio de la potestad reglamentaria. De manera que el término de seis meses establecido en el artículo 142 de la ley en mención sólo opera en cuanto se refiere a la facultad extraordinaria que allí se otorga al Gobierno para la reestructuración de los organismos de educación superior, pero de ninguna manera para fijar límite en el tiempo a la potestad reglamentaria del Gobierno en relación con la ejecución de la referida ley.

Conforme a lo establecido en los artículos 27, 31, 32 y 38 de la Ley 30 de 1992, "... El Gobierno sí tiene competencia para ocuparse de la reglamentación de la ley, sí puede ocuparse mediante decreto reglamentario de lo relativo a los exámenes de estado; sí puede delegar sus funciones de fomento, inspección y vigilancia en el Ministerio de Educación y, finalmente sí puede confiar en el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior –Icfes– la práctica de los exámenes de estado a los estudiantes".

## III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Mediante el decreto 325/95 acusado, el Presidente de la República, con la firma del Ministro de Educación Nacional, "en uso de sus atribuciones legales y en especial de las que le confiere el ordinal 11 del artículo 189 de la Constitución Política", adoptó las siguientes decisiones: autorizar al Instituto Colombiano para el

Fomento de la Educación Superior –Icfes– para que, por intermedio de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, practique exámenes de estado a los estudiantes egresados de unos programas ofrecidos por el Instituto Distrital de Cultura y Turismo, en convenio con la Unidad Universitaria del Sur de Bogotá –Unisur– y con la Universidad Distrital Francisco José de Caldas. Igualmente dispuso que "El Director del Icfes podrá convenir con la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, los procedimientos y fechas para la práctica de los exámenes de Estado (art. 1°); autorizar a la mencionada Universidad para que otorgue los títulos correspondientes a los egresados citados en virtud de la práctica del examen de estado, hasta el 31 de diciembre de 1995 (art. 2°); ordenar que los costos que se originen en la práctica de los exámenes de estado serán asumidos directamente por los estudiantes interesados en realizarlos (art. 3°) y que el decreto rige a partir de la fecha de su publicación (art. 4°)".

Puntualizado lo anterior, se procede al estudio y definición de los cargos que se formulan en la demanda.

*En relación con el primer cargo,* en el cual se plantea la violación del artículo 86 de la Carta Política con el argumento de que con el decreto acusado se pretende burlar el cumplimiento de los fallos de tutela proferidos en favor de los egresados del Instituto Distrital de Cultura y Turismo que cursaron sus estudios en vigencia del convenio suscrito entre dicho organismo y las universidades Distrital y Unisur, la Sala observa y considera lo siguiente:

De acuerdo con la motivación del acto acusado (fls. 1 a 3) y con los antecedentes administrativos que le dieron origen (fls. 40 a 93), se tiene que mediante providencias de 30 de agosto de 1993 y de 4 y 8 de agosto de 1994, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y la Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, accedieron a las solicitudes de tutela impetradas por algunos egresados del Instituto Distrital de Cultura y Turismo que habían cursado estudios de Teatro y Bellas Artes en diferentes especialidades, de conformidad con los convenios celebrados entre dicho Instituto, la Unidad Universitaria del Sur de Bogotá, –Unisur– y la Universidad Distrital Francisco José de Caldas. En las indicadas providencias se dispuso lo siguiente:

– Ordenar al Icfes realizar en nombre del Estado la investigación, revisión curricular y administrativa que sea pertinente, con el fin de garantizar y hacer efectivos los derechos que de acuerdo con la ley tengan los peticionarios que cursaron estudios en el Instituto Distrital de Cultura y Turismo, conforme a los convenios celebrados entre esta entidad y la Unidad Universitaria del Sur de Bogotá –Unisur– y/o con la Universidad Distrital Francisco José de Caldas.

– Ordenar al mencionado Instituto y a Unisur llevar a cabo las diligencias necesarias conforme a la ley para el estudio, presentación y, si fuere el caso,

aprobación por el Icfes de los programas académicos de las Escuelas de Teatro y Artes Plásticas, que a nivel de educación superior fueron ofrecidos a los peticionarios para que "...si ello es posible conforme a la ley, quienes cumplan los requisitos para el efecto puedan obtener los títulos académicos a que tengan derecho".

Como quiera que las mencionadas providencias ordenaron que los títulos a que tuvieran derecho los peticionarios debían otorgarse conforme a la ley, y dado que los programas de estudio "...se desarrollaron ilegalmente por cuanto nunca fueron autorizados por el Icfes..." (fl. 81), el Gobierno Nacional consideró "que para la debida aplicación de la Ley 30 de 1992, en lo relacionado con examen de Estado a los egresados del Instituto citado se hace necesario ordenar, como caso excepcional, la práctica del mismo y el otorgamiento de los respectivos títulos, a través de una institución de educación superior", y que de conformidad con lo dispuesto en la letra b) del artículo 27 de la Ley 30 de 1992, los exámenes de estado son pruebas académicas que tienen por objeto, entre otros, el de verificar conocimientos y destrezas para la expedición de títulos a los egresados de programas cuya aprobación no esté vigente.

Lo anterior pone en evidencias que las decisiones adoptadas en el decreto cuya nulidad se impetra se encaminan indiscutiblemente a procurar el efectivo cumplimiento de los fallos de tutela, por cuanto el único mecanismo establecido en la Ley 30 de 1992 para verificar conocimientos y destrezas de programas cuya aprobación no esté vigente, como en el caso *sub examine*, es el examen de Estado, más aún, si se tiene en cuenta que en dichas providencias no se estableció ningún término perentorio para darles cumplimiento.

De otra parte, la Sala considera que en este caso se trata de un problema de legalidad en abstracto de las decisiones adoptadas en el acto acusado, mientras que el cumplimiento de los fallos de tutela es un asunto que sólo atañe a su destinatarios, quienes disponen de mecanismos legales para tal fin, señalados en el Decreto 2591 de 1991, que no son propios de ser analizados en detalle dentro de la acción de nulidad ejercida.

Por último, la Sala hace notar a la demandante que su planteamiento sobre la hipotética burla del cumplimiento de los fallos de tutela tiene un contenido eminentemente particular, también extraño y ajeno a una acción de nulidad, como la ejercida.

En consecuencia, el cargo no prospera.

*En relación con el segundo cargo.* En él se plantea el quebramiento de los artículos 150-10 de la Carta Política y 142 de la Ley 30 de 1992, por las siguientes razones:

a) El decreto acusado se expidió luego de transcurrido el término de los seis meses que señaló la indicada disposición legal para que el Presidente de la República expidiera las normas reglamentarias de la ley;

b) Mediante el acto acusado el Gobierno Nacional no podía autorizar al Icfes y a la Universidad Distrital Francisco José de Caldas para practicar exámenes de Estado y señalar los procedimientos para practicarlos.

En cuanto a la primera acusación, la Sala considera que adolece de vocación de prosperidad, pues, como lo ha expresado en otras ocasiones y lo reitera en esta oportunidad, "...el fundamento legal que se invoca en su sustento, vale decir, el haberse procedido a la expedición del acto acusado con posterioridad al vencimiento del término de los seis meses que consagraba el artículo transitorio 142 de la Ley 30 de 1992 para que el Gobierno Nacional 'expida las normas reglamentarias de la presente ley', desapareció del mundo jurídico como consecuencia de la declaratoria de inexequibilidad de dicha expresión por parte de la honorable Corte Constitucional mediante sentencia N° C-022 de enero 27 de 1994, por considerarse que el ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, como atribución constitucional permanente radicada en su cabeza, no tiene límite temporal alguno", tal como lo puntualizó esta Sección al decidir sobre la solicitud de suspensión provisional del decreto acusado (Sentencia de 18 agosto de 1995, Consejero Ponente doctor Libardo Rodríguez Rodríguez , Actor: Juan Francisco Rodríguez Vargas, Exp. N° 3201).

En relación con el segundo argumento de la demandante, la Sala considera que el fundamento legal de la autorización conferida al Icfes para que por intermedio de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, practique los exámenes de Estado, se encuentra en el artículo 38 literal k) de la misma Ley 30 de 1992, en el cual se señala como función de dicho instituto la de "realizar los exámenes de Estado de conformidad con la presente ley". Igualmente considera la Sala que el haberse facultado al Director del Icfes para convenir con la Universidad Distrital Francisco José de Caldas los procedimientos y fechas para la práctica de los exámenes de Estado en ningún momento implica que el Gobierno Nacional haya subdelegado en ellos la reglamentación de dicha materia, por cuanto en el artículo 27 de la Ley 30 de 1992 se señalan expresamente los casos en que proceden los exámenes de Estado y el objeto de tales pruebas académicas de carácter oficial, dentro de cuyos parámetros necesariamente deberán practicarse aquellas que se autorizan mediante el acto acusado.

Por lo tanto, no prospera las acusaciones formuladas.

*En relación con el tercer cargo,* en el cual se discute la violación del artículo 29 del ordenamiento constitucional, que ordena que el debido proceso se aplicará a toda

clase de actuaciones judiciales y administrativas y consagra otras previsiones consecuentes, para la Sala es claro que no está llamado a prosperar, pues como lo hizo notar en el auto admisorio de la demanda para adoptar la decisión denegatoria de la medida precautelativa impetrada, y lo reitera en esta oportunidad, ...si bien un decreto reglamentario puede incluir normas sobre procedimiento que configuren una actuación, su simple expedición no constituye una actuación judicial o administrativa frente a la cual se pueda predicar la exigencia de un debido proceso, por lo cual esta norma no es aplicable a la expedición del acto acusado" (fls. 24 a 25 del expediente).

Por consiguiente, el cargo no prospera.

En las anotadas circunstancias, al no prosperar las acusaciones formuladas en la demanda, ha de procederse a denegar sus pretensiones anulatorias.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

*Primero.* Deniéganse las súplicas 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 dos de noviembre de mil novecientos noventa y cinco.

*Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Nubia González Cerón, Rodrigo Ramírez González.*

NOTA DE RELATORIA: Reitera la jurisprudencia del 18 de agosto de 1995.

**MANUAL DE MEDICAMENTOS ESENCIALES Y TERAPEUTICA / SISTEMA NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD / LIBRE EJERCICIO DE LA PROFESION DE MEDICINA PLAN OBLIGATORIO DE SALUD - Recursos Disponibles / EXTRA-LIMITACION DE FUNCIONES - Inexistencia / RESPONSABILIDAD DEL MEDICO / CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL - Funciones**

**La restricción impuesta en la norma demandada en manera alguna puede entenderse como transgresión al libre ejercicio de la profesión de medicina, ya que una cosa es que el médico deba prescribir medicamentos que se encuentran definidos en el Manual de Medicamentos Esenciales y Terapéutica, y otra muy distinta que con ello se limite la aplicación de sus conocimientos y experiencia en aras de la mejoría o conservación de la salud del paciente. La prescripción de los medicamentos es solo una de las tareas que le concierne al profesional de la medicina, pues además le corresponde prevenir, diagnosticar y rehabilitar determinada enfermedad a través de la puesta en práctica de sus conocimientos, con lo cual está ejerciendo libremente su profesión, y en segundo lugar, que la lista de medicamentos esenciales tiene que ver con la disponibilidad de recursos con los que se cuenta para el citado Plan Obligatorio de Salud. Si al facultativo se le permitiese prescribir todos aquellos medicamentos que han sido desarrollados por la ciencia, se tendría que el presupuesto destinado a la adquisición de medicamentos con que cuentan las Entidades Promotoras de Salud sería agotado en un tiempo muy corto y por un porcentaje mínimo de afiliados, lo cual, sin lugar a dudas, dejaría sin cubrimiento a la mayor parte de los potenciales usuarios del servicio, contradiciendo con ello los principios de solidaridad, universalidad y eficiencia a que se refieren los artículos 48 y 49 de la Carta Política, el primero de los cuales también considera violado el actor. El no permitir a los facultativos que prescriban drogas**

**no incluidas en el Manual de Medicamentos Esenciales y Terapéutica, al menos que el paciente sufrague su valor, es una medida que protege al servicio público de la Seguridad Social, cuyo objetivo no puede ser otro que propender a que todos sus afiliados accedan en igualdad de condiciones a los beneficios a los cuales tienen derecho, esto es, a la promoción de la salud prevención de enfermedades, atención curativa y de rehabilitación y provisión de medicamentos esenciales, lo cual no puede ser considerado como violación al ejercicio libre y a la autonomía del profesional de la medicina.**

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., tres (3) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Radicación número 3304.

Actor: Luis Carlos Sáchica Aponte.

Procede la Sección Primera a dictar sentencia de única instancia para resolver la demanda que ha dado lugar al proceso de la referencia, instaurada por el ciudadano y abogado Luis Carlos Sáchica Aponte, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., contra el artículo 23, parágrafo 4°, literal e) del Decreto número 1938 de 5 de agosto de 1994, expedido por el Gobierno Nacional, "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".

## I. ANTECEDENTES

### a) El acto acusado

Para una mejor comprensión del problema jurídico a resolver, a continuación se transcribe el texto íntegro del artículo 23 del Decreto 1938 de 1994, contentivo del acto cuya declaratoria de nulidad se impetra, el cual se destaca.

> "Artículo 23. Medicamentos: El Plan Obligatorio de Salud contempla el suministro de medicamentos esenciales en su denominación genérica, definidos en el Manual de Medicamentos Esenciales y Terapéutica, el cual contiene la descripción del medicamento esencial, su nombre genérico y la presentación farmacológica.

"Igualmente el Ministerio de Salud, las Direcciones Departamentales y Locales de Salud, las E.P.S. y las I.P.S. podrán diseñar Guías Terapéuticas que orienten la formulación de medicamentos.

"Parágrafo 1°. Se entiende por medicamento esencial aquel que reúne características de ser el más costo (sic) efectivo en el tratamiento de una enfermedad, en razón de su eficacia y seguridad farmacológica, por dar una respuesta más favorable a los problemas de mayor relevancia en el perfil de morbimortalidad de una comunidad y porque su costo se ajusta a las condiciones de la economía del país.

"Parágrafo 2°. Se entiende por medicamento genérico aquel que utiliza la denominación común internacional para su prescripción y expendio.

"Parágrafo 3°. Para la operatividad del Manual de Medicamentos Esenciales y Terapéutica, se establecen los siguientes listados de medicamentos:

"a) Medicamentos para Programas Especiales que forman parte del Plan de Atención Básica y cuya provisión será gratuita para aquellas personas que no se encuentren afiliadas a una Entidad Promotora de Salud, y para toda la población en el caso de las vacunas contempladas por el Programa Ampliado de Inmunizaciones, P.A.I;

b) Medicamentos para el manejo de patologías crónicas, en las cuales los medicamentos son de un alto costo y exigen un manejo especializado, cuya provisión estará sujeta a normas definidas en las respectivas Guías de Atención Integral, tales como niveles de atención para su uso, condiciones de elegibilidad del paciente y personal profesional autorizado para su prescripción. Estos serán cubiertos por las Entidades Promotoras de Salud mediante un fondo o algún mecanismo de aseguramiento que defina el Ministerio de Salud;

"c) Medicamentos de uso predominantemente ambulatorio;

"d) Medicamentos de uso en pacientes sometidos a internación;

"e) Medicamentos esenciales alternativos, cuyo uso estará sujeto a condiciones de hipersensibilidad del paciente, de resistencia a un medicamento esencial cuando por razones sanitarias, de riesgo o conveniencia para la salud pública el Ministerio de Salud así lo defina, lo que requerirá del concepto y aprobación del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Parágrafo 4°. La prescripción de medicamentos estará sujeta a las siguientes normas:

"a) Sólo podrá hacerse por personal de salud debidamente autorizado para ello con estricta sujeción a lo dispuesto en el parágrafo anterior;

"b) Toda prescripción deberá hacerse por escrito, previa evaluación del paciente y registro de sus condiciones y diagnóstico en la historia clínica, utilizando para ello el nombre genérico;

"c) Es obligación de quien prescribe el medicamento informar al paciente sobre su vía de administración, forma y condiciones de uso, posibles efectos secundarios y riesgos, como también qué hacer cuando éstos se presenten;

"d) Es obligación de quien provee el medicamento informar al paciente sobre las condiciones de prescripción, cómo reconstruirlos cuando así se requiera, cómo almacenarlos, cómo medir la dosis y cuándo desecharlos o destruirlos. Por ningún motivo podrá cambiar la concentración, la forma tarmacéutica ni la cantidad prescrita;

"e) Por ningún motivo se admitirán prescripciones de medicamentos no contemplados en los listados descritos en el párrafo (sic) anterior, salvo que el usuario lo solicite, la que deberá ser cubierta con cargo a sus recursos como parte de un Plan Complementario".

b) **Las normas presuntamente violadas y el concepto de la violación.**

La parte actora considera que con la expedición del acto acusado se violaron los artículos 26 y 48 de la Constitución Política, por las razones que, bajo la forma de cargos, se sintetizan a continuación (fls. 37 a 43 y 96 a 97):

*Primer cargo*. De conformidad con el artículo 26 de la Carta Política, en Colombia toda persona es libre de escoger profesión u oficio, lo que se refuerza con lo prescrito en el artículo 17 ibidem, que prohíbe la esclavitud y la servidumbre, es decir, el trabajo forzado bajo cualquier forma que se adopte.

El artículo 26 en cuestión, restringe dicha libertad en dos sentidos:

1. La ley puede establecer títulos de idoneidad para el ejercicio de las profesiones u oficios; y

2. Su ejercicio puede estar sometido por ley a la inspección y vigilancia del Estado a través de colegios profesionales reconocidos.

La facultad de inspección y vigilancia se refiere a la verificación del cumplimiento de las disposiciones establecidas en el correspondiente estatuto legal y a la aplicación de los correctivos y sanciones procedentes, en orden a mantener la moralidad profesional y a defender derechos de quienes hacen uso de sus servicios.

Dichas restricciones no afectan el libre ejercicio de la profesión, pues el profesional no queda sujeto para la aplicación de sus conocimientos a prescripciones obligatorias impuestas por la ley, sino al saber propio de su ciencia y a los resultados obtenidos experimentalmente en el desarrollo de la práctica correspondiente.

En consecuencia, una ley que preceptúe imperativamente modalidades, técnicas, fórmulas o procedimientos sin dejar que sea el profesional quien determine a la luz de su ciencia y de su experiencia lo que debe hacerse, es inconstitucional porque excede las facultades de inspección y vigilancia, convirtiéndolas en una injerencia indebida en el campo autónomo de aquel ejercicio.

*Segundo cargo.* En el caso concreto de ciertos servicios médicos vinculados a los sistemas de seguridad social, debe considerarse lo siguiente:

a) De acuerdo con el artículo 48 de la Constitución, la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio;

b) Dicho servicio se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado;

c) De conformidad con el precepto constitucional, la seguridad social puede ser prestada por entidades públicas o privadas, pero siempre de conformidad con la ley, y

d) La cobertura de la seguridad social, sea prestada directamente por el Estado o con participación de los particulares, comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley.

La implantación obligatoria de un manual de medicamentos esenciales y terapéutica (Capítulo IV, Título I del decreto acusado) contentivo de la descripción de dichos medicamentos, su nombre genérico y su presentación farmacológica, es atentatoria de la libertad profesional de los médicos, por las siguientes razones:

1. El parágrafo 1° del artículo 23 del acto demandado, que es la base de todas las demás disposiciones que se analizan, al señalar cuáles son los medicamentos de mayor eficacia y seguridad farmacológica, excluye el criterio profesional de los médicos para prescribir medicamentos, cuando es la ciencia y no la ley ni el reglamento las que pueden hacer dichas prescripciones.

2. Al señalar el literal acusado que "por ningún motivo se admitirán prescripciones...", se entiende que además de ser una disposición que aparece tener un carácter económico obliga forzosamente al médico a la lista de medicamentos esenciales, desconociendo la importancia del acto médico libre cuando desplaza la decisión de prescribir al usuario del servicio un medicamento no contenido en el Manual de Medicamentos Esenciales y Terapéuticos del Galeno, quien sin criterio científico alguno queda habilitado para autoprescribirse, lo que implica trasladar la eventual responsabilidad que le compete a la entidad prestataria del servicio y al médico tratante, a un particular que no está obligado a soportarla.

Si bien es cierto que el usuario de la seguridad social tiene derecho al suministro de medicamentos –aspecto económico– ello no debe confundirse con la actividad profesional del médico que cuida su salud, desligada en sí de toda consideración económica. Por lo tanto, una lista obligatoria de medicamentos distorsiona y desvirtúa la finalidad propia de dicha actividad, lo que implica la violación de su autonomía.

Resulta contrario al ejercicio libre de la medicina que sea el costo del medicamento lo que predomina sobre el criterio del facultativo, haciendo a un lado el interés del usuario en la preservación o recuperación de su salud.

c) **Las razones de la defensa**

El apoderado de la Nación –Ministerio de Salud (fls. 80 a 83 y 93 a 95), manifiesta que el Sistema de Seguridad Social es un sistema de recursos limitados que provienen básicamente de los aportes de empleadores y trabajadores (12%), lo que obliga a calcular un valor per cápita que el sistema reconoce por la prestación de los servicios de salud que deben atenderse, esto es, el Plan Obligatorio de Salud - POS.

De tal manera que el Consejo de Seguridad Social en Salud y el Gobierno Nacional deben procurar prestar los servicios de salud menos costosos, para aprovechar los recursos limitados de la manera más eficiente posible. Es decir, el sistema no puede garantizar tratamientos y medicamentos costosos o que no ofrecen credibilidad en cuanto a sus efectos, pues ello agotaría los recursos en detrimento de otros servicios. Bastaría pensar en la prescripción de los medicamentos que sólo se consiguen en el exterior o que se encuentran en experimentación.

El Decreto número 1938 de 1994 regula el plan de beneficios en el Sistema de Seguridad Social, que no es nada distinto a los servicios a que tienen derecho los afiliados, sin costos adicionales a las cotizaciones aportadas.

El Consejo de Seguridad Social en Salud determinó que el plan de beneficios incluyera el suministro de medicamentos esenciales comprendido dentro de los servicios de seguridad social y como una forma de realización del principio de protección integral.

Teniendo en cuenta la limitación de recursos, la norma acusada deja abierta la posibilidad de que se prescriban otros medicamentos, siempre que el usuario esté de acuerdo y asuma los costos adicionales.

El Plan Obligatorio de Salud comprende los servicios mínimos a que se obligan las Entidades Promotoras de Salud, existiendo los planes complementarios que prevén la contratación de servicios adicionales. En consecuencia, el médico no tiene limitación para prescribir, sino para incluir medicamentos dentro del plan obligatorio.

En cuanto a la sujeción a la ley del servicio de seguridad social de que trata el artículo 48 de la Constitución Política, deben destacarse dos aspectos.

1. El servicio es de cobertura progresiva, lo cual permite empezar con unos mínimos que posteriormente pueden ser ampliados según los recursos del sistema.

2. El artículo 162 de la Ley 100 de 1993 es claro al establecer que el Plan de beneficios incluirá la provisión de medicamentos esenciales en su presentación genérica, razón por la cual el médico no puede prescribir otros dentro de dicho plan.

Lo dispuesto en la norma acusada no puede entenderse como una limitación al ejercicio de la profesión médica, pues el profesional deba recetar los medicamentos que estime convenientes, entendiendo que los esenciales se encuentran comprendidos dentro del plan obligatorio y los demás dentro del plan complementario.

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 del 16 de mayo de 1995 se admitió la demanda y se ordenó darle el trámite correspondiente (fl. 46).

Dentro del término de traslado para alegar de conclusión, hicieron uso de tal derecho la parte demandante (fls. 96 y 97) y la parte demandada (fl. 93 a 95).

## II. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Delegada ante esta Corporación no rindió concepto.

## III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En esencia, el demandante considera que al disponer el Gobierno Nacional en la norma acusada que los médicos no podrán prescribir medicamentos que se encuentren por fuera de los incluidos en el Manual de Medicamentos Esenciales y Terapéutica, está desconociendo el libre ejercicio de la profesión de medicina, se está extralimitando en sus funciones de inspección y vigilancia y violando la autonomía de la actividad médica.

Las normas constitucionales cuya violación se atribuye al acto acusado, disponen lo siguiente:

> "Artículo 26. Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley podrá exigir títulos de idoneidad. Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones. Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquellas que impliquen un riesgo social.

Las profesiones legalmente reconocidas pueden organizarse en colegios. La estructura interna y el funcionamiento de éstos deberán ser democráticos.

"La ley podrá asignarles funciones públicas y establecer los debidos controles".

"Artículo 48. La seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.

"Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

"El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley.

"La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.

"No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

"La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante".

Luego del estudio de las acusaciones formuladas en la demanda, la Sala considera y concluye lo siguiente:

La restricción impuesta en la norma demandada en manera alguna puede entenderse como transgresión al libre ejercicio de la profesión de medicina, ya que una cosa es que el médico deba prescribir medicamentos que se encuentran definidos en el Manual de Medicamentos Esenciales y Terapéutica, y otra muy distinta que con ello se limite la aplicación de sus conocimientos y experiencia en aras de la mejoría o conservación de la salud del paciente.

Además, como bien lo dice la entidad demandada, debe tenerse en cuenta que dicha medida se adoptó dentro del Plan Obligatorio de Salud, a cuya integralidad, condiciones financieras del sistema y provisión de medicamentos esenciales se refiere el artículo 162 de la Ley 100 de 1993, en los siguientes términos:

"Artículo 162. *Plan de Salud Obligatorio.* El Sistema General de Seguridad Social en Salud crea las condiciones de acceso a un Plan Obligatorio de Salud para todos los habitantes del territorio nacional antes del año 2001. Este plan permitirá la protección integral de las familias a la maternidad y

enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevensión, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan.

"Para los afiliados cotizantes según las normas de régimen contributivo, el contenido del Plan Obligatorio de Salud que defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud será el contemplado por el Decreto-ley 1650 de 1977 y sus reglamentaciones, Incluyendo la provisión de medicamentos esenciales en su prestación genérica. Para los otros beneficiarios de la familia del cotizante el Plan Obligatorio de Salud será similar al anterior pero en su financiación concurrirán los pagos moderadores especialmente en el primer nivel de atención, en los términos del artículo 188 de la presente ley.

"Para los afiliados según las normas del régimen subsidiado, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud diseñará un programa para que sus beneficiarios alcancen el Plan Obligatorio del Sistema Contributivo, en forma progresiva antes del año 2001. En su punto de partida el plan incluirá servicios de salud del primer nivel por un valor equivalente al 50% de la unidad de pago por capitación del sistema contributivo. Los servicios del segundo y tercer nivel se incorporarán progresivamente al plan de acuerdo con su aporte a los años de vida saludables.

"Parágrafo 1. En el período de transición, la población del régimen subsidiado obtendrá los servicios hospitalarios de mayor complejidad en los hospitales públicos del subsector oficial de salud y en los de los hospitales privados con los cuales el Estado tenga contrato de prestación de servicios.

"Parágrafo 2. Los servicios de salud incluidos en el Plan Obligatorio de Salud serán actualizados por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud de acuerdo con los cambios en la estructura demográfica de la población, el perfil epidemiológico nacional, la tecnología apropiada disponible en el país y las condiciones financieras del sistema" (subrayas de la Sala).

Lo anterior pone de presente, en primer lugar, que la prescripción de medicamentos es sólo una de las tareas que le conciernen al profesional de la medicina, pues además le corresponde prevenir, diagnosticar y rehabilitar determinada enfermedad a través de la puesta en práctica de sus conocimientos, con lo cual está ejerciendo libremente su profesión, y en segundo lugar, que la lista de medicamentos esenciales tienen que ver con la disponibilidad de recursos con los que se cuenta para el citado Plan Obligatorio de Salud.

En consecuencia, la Sala estima que si al facultativo se le permitiese prescribir todos aquellos medicamentos que han sido desarrollados por la ciencia, se tendría que el presupuesto destinado a la adquisición de medicamentos con que cuentan las Entidades Promotoras de Salud sería agotado en un tiempo muy corto y por un porcentaje mínimo de afiliados, lo cual, sin lugar a dudas, dejaría sin cubrimiento a la mayor parte de los potenciales usuarios del servicio contradiciendo con ello los principios de solidaridad, universalidad y eficiencia a que se refieren los artículos 48 y 49 de la Carta Política el primero de los cuales también considera violado el actor.

De otra parte, no debe desconocerse que se está autorizando prescribir el medicamento esencial, el cual es definido por el parágrafo 1° del artículo 23 del Decreto 1938 de 1994, de la siguiente manera:

> "Parágrafo 1°. Se entiende por medicamento esencial aquel que reúne características de ser el más costo (sic) efectivo en el tratamiento de una enfermedad, en razón de su eficacia y seguridad farmacológica, por dar una respuesta más favorable a los problemas de mayor relevancia en el perfil de morbimortalidad de una comunidad y porque se ajusta a las condiciones de la economía del país.

De la definición anterior se evidencia que los medicamentos esenciales descritos en el respectivo Manual tienen como características la eficacia y la seguridad farmacológica, de lo cual cabe inferir que su prescripción será efectiva en el tratamiento en cuestión, desvirtuándose así la afirmación del demandante en el sentido de que al prohibirse al médico prescribir otros medicamentos se le está limitando el ejercicio de su profesión en lo que constituye su esencia: la posibilidad de prevenir y curar en forma científica, pues no debe olvidarse que los medicamentos a que se refiere el citado manual también son producto del desarrollo de la ciencia.

De otra parte, debe tenerse en cuenta que si el artículo 172-5 de la Ley 100 de 1993 asignó como función del Consejo Nacional de Seguridad Social la de "definir los medicamentos esenciales y genéricos que harán parte del Plan Obligatorio de Salud", y si dicho organismo de dirección del Sistema General de Seguridad Social en salud mediante Acuerdo número 008 de 1994, "por el cual se adopta el Plan Obligatorio de Salud para el Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud", que sirvió de fundamento para la expedición del acto acusado, aprobó en su artículo 13 "... el suministro de medicamentos esenciales en su denominación genérica, los cuales están definidos en el Manual de Medicamentos Esenciales y Terapéutica", no es posible predicar extralimitación alguna en las funciones de inspección y vigilancia que competen al Gobierno Nacional en esta materia, puesto que él debía proceder, como en efecto procedió a limitar la prescripción de medicamentos a aquellos enlistados en dicho Manual.

Respecto del argumento del demandante de que se traslada la responsabilidad del facultativo y de la entidad prestataria de salud al paciente al permitir la norma demandada que éste solicite la prescripción de un medicamento que no se encuentra incluido en el manual en cuestión, esta Corporación considera que no es de recibo toda vez que, precisamente, en ejercicio de su profesión, el médico está en la obligación de indicarle al paciente si el medicamento por él solicitado es el adecuado para la enfermedad que aquél diagnóstica, o si por el contrario, no es procedente prescribirlo, razón por la cual no traslada su responsabilidad y antes bien por el contrario, la asume.

No puede decirse por lo tanto que el particular se autoprescribe, pues éste solamente insinúa, siendo en últimas el facultativo quien prescribe o no la droga solicitada.

Finalmente, frente a lo expuesto por el actor en su alegato de conclusión respecto de que la demanda no se dirige a impugnar la adopción de una lista de medicamentos esenciales y genéricos, sino a la imposición por vía administrativa de la obligatoriedad en su prescripción, la Sala encuentra que no es cierto que la norma demandada obligue a prescribir dichos medicamentos, pues está dando la alternativa de prescribir otros distintos, siempre y cuando el usuario lo solicite y asuma su costo, lo cual es lógico por tratarse del Plan Obligatorio de Salud de un programa cuyos recursos son limitados.

En síntesis, el no permitir a los facultativos que prescriban drogas no incluidas en el Manual de Medicamentos Esenciales y Terapéutica, a menos que el paciente sufrague su valor, es una medida que protege el servicio público de la Seguridad Social, cuyo objetivo no puede ser otro que propender a que todos sus afiliados accedan en igualdad de condiciones a los beneficios a los cuales tienen derecho, esto es, a la promoción de la salud, prevención de enfermedades, atención curativa y de rehabilitación, y provisión de medicamentos esenciales, lo cual no puede ser considerado como violación al ejercicio libre y a la autonomía del profesional de la medicina.

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

**FALLA:**

*Primero.* Deniéganse las pretensiones de la demanda.

*Segundo.* Por no haber sido utilizada, devuélvase la suma depositada por concepto de gastos ordinarios del proceso.

*Tercero.* 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 Sala en su sesión de fecha dos de noviembre de mil novecientos noventa y cinco.

*Libardo Rodríguez Rodríguez,* Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Nubia González Cerón, Rodríguez Ramírez González.*

**VEEDOR DEL TESORO - Funciones / FINANCIACION DE CAMPAÑAS POLITICAS - Improcedencia Recursos del Tesoro / MEDIDA PRECAUTELATIVA - Procedimiento / NOTIFICACION - Improcedencia / DEBIDO PROCESO**

**Para el cumplimiento de sus funciones al Veedor del Tesoro se le revistió de una amplia facultad discrecional en cuanto a la adopción de medidas precautelativas tendientes a garantizar el propósito perseguido por el constituyente y el legislador con la creación de dicho cargo: evitar que los recursos del Tesoro Público se distrajeran en financiación de campañas electorales o influyeran en sus resultados. Se previó que la adopción de las medidas fueran motivadas y que estuviera circunscrita a un período determinado durante los tres meses anteriores a cada elección. El resto del articulado no señaló período probatorio alguno que debiera evacuar el Veedor del Tesoro, antes o con posterioridad a la adopción de tales medidas precautelativas, respecto de los representantes legales de las entidades cuya ejecución de partidas presupuestales se hubiera suspendido. Es de la esencia de las mencionadas medidas, que el trámite anterior a su adopción no se le notifique al presuntamente perjudicado con las mismas, pues ello de suyo implicaría una dilación de dicho trámite, que desnaturalizaría la medida, la cual supone obrar con prontitud para garantizar efectivamente la tutela del bien jurídico que se pretende proteger. El debido proceso se garantiza en la medida en que el acto por el cual "a juicio" del Veedor del Tesoro se dispone suspender la ejecución de alguna partida presupuestal sea motivado y que dicha medida se adopte dentro del término previsto: 3 meses anteriores a la elección.**

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., ocho (8) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Radicación número 3028.

Referencia: Acción nulidad.

Actor: Municipio de Envigado.

El municipio de Envigado, a través de apoderado 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 las Resoluciones números 000190 de 29 de marzo de 1994 "Por la cual se dispone suspender la ejecución de unas partidas del presupuesto del municipio de Envigado (Antioquia), correspondientes a la vigencia fiscal de 1994"; 000312 de 19 de mayo de 1994 "Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto por el señor Jorge Meza Ramírez -Alcalde Municipal de Envigado- contra la Resolución número 000190 del 29 de marzo de 1994, expedida por la Veeduría del Tesoro"; y 000549 de 29 de julio de 1994 "Por la cual se prorroga la suspensión de la ejecución de unas partidas del presupuesto del municipio de Envigado (Antioquia), correspondientes a la vigencia fiscal de 1994", expedidas por la Veeduría del Tesoro.

## I. FUNDAMENTO DE DERECHO

Para impetrar la nulidad de los actos acusados el actor adujo, en esencia, los siguientes cargos de violación:

1°. Con la expedición de los actos acusados se transgredió el artículo 29 de la Constitución Política porque el municipio de Envigado nunca tuvo oportunidad de presentar pruebas a su favor y ni siquiera, que es lo más grave, conoció las acusaciones ni las pruebas aportadas en su contra para poderlas controvertir.

2°. El artículo 83 ibidem consagra el postulado de la buena fe, la cual se presume en todas las gestiones que adelanten los particulares ante las autoridades públicas.

3°. El artículo transitorio 34 ibidem creó la figura del Veedor del Tesoro en forma transitoria pero no con poderes supraconstitucionales. En este caso el Veedor se extralimitó y motivó falsamente las resoluciones que se impugnan porque desconoció por completo las normas administrativas procesales del debido proceso y porque las resoluciones acusadas se fundamentan en supuestos. Si en el municipio de Envigado se están construyendo viviendas de interés social es porque el alcalde como candidato a la Alcaldía tenía en su programa de gobierno la construcción de 2.000 soluciones de vivienda que en un 100% fueron adjudicadas y están en mora de ser entregadas a causa de las medidas del Veedor, que atentan también contra el derecho que tiene el pueblo a una vivienda digna y de paso contra el derecho al trabajo pues con la congelación del presupuesto se ha dejado sin trabajo a gran cantidad de trabajadores de la construcción.

## II. TRAMITE DE LA ACCION

A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión, fijación en lista, probatoria y alegaciones.

## III-1 CONTESTACION DE LA DEMANDA

La Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a través de apoderado, contestó la demanda, y para oponerse a la prosperidad de las pretensiones de la misma, expresó, en síntesis, lo siguiente:

1°. El primer cargo se desvirtúa con la lectura de las resoluciones acusadas donde se describen cuáles son los hechos que llevaron a deducir a la Veeduría que la ejecución de las partidas presupuestales iban a influir en los resultados electorales.

Tales hechos están descritos en los considerandos f) y g) de la primera resolución acusada.

2°. La Resolución número 000312 de 1994, no tiene como único fundamento el artículo transitorio 34 de la Carta sino que se encuentra respaldada por un acervo probatorio explícito en el contenido de la misma.

3°. Según concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de 27 de julio de 1994 las funciones del Veedor del Tesoro culminaban el 1° de agosto de 1994. Luego, no hubo extralimitación en el ejercicio de competencias por parte de la Veeduría.

## IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Segunda Delegada en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado, en su vista de fondo se muestra partidaria de que se denieguen las pretensiones de la demanda por cuanto considera que el Veedor del Tesoro estaba llamado a ejercer las funciones señaladas en el artículo transitorio 34 de la Carta Política y en el artículo 1° del Decreto 2093 de 6 de septiembre de 1991 en todo el territorio nacional en forma autónoma e independiente y por ello podía ejercer la inspección y vigilancia sobre los recursos del Tesoro Nacional, Departamental, Municipal, Distrital, Indígena o de cualquier entidad territorial y sobre las entidades públicas descentralizadas de todos los órdenes y examinar los presupuestos de todas estas entidades, con el objeto de verificar su ejecución y adiciones, especialmente las hechas con anterioridad a cualquier elección.

## V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sea lo primero advertir que a pesar de que el actor incoó la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., por tener los actos acusados carácter

particular, individual y concreto y habida cuenta que tales actos no se hallan enlistados por la ley como susceptibles de enjuiciamiento a través de dicha acción, en aras de garantizar la prevalencia del derecho sustancial se interpreta la acción instaurada como de nulidad y restablecimiento del derecho.

Como quiera que en el caso sub examine se satisficieron los presupuestos procesales para el ejercicio de tal acción, ya que la demanda se instauró dentro del término de caducidad previsto en el artículo 136 ibidem, amén de que existe legitimidad en la entidad accionante por ser la directamente afectada con los actos demandados, es procedente hacer un pronunciamiento de fondo de las pretensiones.

Al efecto, se tiene en cuenta lo siguiente:

Preceptúa el artículo transitorio 34 de la Carta Política:

"El Presidente de la República, en un plazo no mayor de ocho días hábiles contados a partir de la promulgación de esta Constitución, designará, por un período de tres años, un ciudadano que tendrá la función de impedir de oficio, o a petición de parte, el uso de recursos originalmente provenientes del tesoro público, o del exterior, en las campañas electorales que se efectúen en el término indicado, exceptuando la financiación de las campañas electorales conforme a la Constitución o la ley. Para este efecto tendrá derecho a pedir y a obtener la colaboración de la Procuraduría General de la Nación, de la Contraloría General de la República, de todas las entidades públicas que ejerzan atribuciones de control y vigilancia y de los organismos que ejerzan funciones de policía judicial.

El Presidente de la República reglamentará esta norma y le prestará al ciudadano designado todo el apoyo administrativo y financiero que le fuere indispensable".

El precepto constitucional transcrito fue desarrollado por el Decreto número 2093 de 6 de septiembre de 1991, expedido por el Gobierno Nacional, de cuyo articulado para los efectos de esta providencia resultan pertinentes los siguientes:

Artículo 4°:

"El Veedor del Tesoro, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones:

1°. Inspeccionar y vigilar los recursos del Tesoro Nacional, Departamental, Municipal, Distrital, Territorial, Indígena, del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, o de cualquier entidad territorial que la ley llegare a establecer, lo mismo que los de las entidades públicas descentralizadas de todos los órdenes, a fin de que dichos recursos no sean utilizados para campañas electorales.

...3°. Inspeccionar y vigilar los recursos provenientes del exterior para la Nación, los departamentos, los municipios, el Distrito Capital, o cualquier ente territorial que establezca la ley, a fin de que tales recursos no sean utilizados en campañas electorales".

Artículo 9°:

"El Veedor del Tesoro podrá examinar los presupuestos del orden nacional, departamental o municipal o de cualquier ente territorial, o de sus entidades públicas descentralizadas, con el objeto de verificar su ejecución y adiciones, especialmente las hechas con anterioridad a cualquier elección".

Artículo 10:

"La inspección y vigilancia de los distintos presupuestos y las medidas que en torno a ellos se tomen, se refieren a las partidas que a juicio del Veedor sean contrarias a lo preceptuado en este decreto".

Artículo 11:

"En armonía con el artículo anterior el Veedor del Tesoro podrá, durante los 3 meses anteriores a cada elección, como medida precautelativa, suspender mediante resolución motivada la ejecución de partidas presupuestales destinadas a financiar asociaciones, corporaciones, fundaciones, cuando a su juicio éstas tengan por objeto financiar campañas políticas o influir en los resultados electorales. Igualmente podrá suspender la ejecución de partidas presupuestales que, a su juicio, hayan sido dispuestas para influir en los resultados electorales...".

Del contenido de las normas transcritas se infiere, sin lugar a hesitación alguna, que (para el cumplimiento de sus funciones al Veedor del Tesoro se le revistió de una amplia facultad discrecional en cuanto a la adopción de medidas precautelativas tendientes a garantizar el propósito perseguido por el constituyente y el legislador con la creación de dicho cargo: evitar que los recursos del Tesoro Público se distrajeran en financiación de campañas electorales o influyeran en sus resultados).

De tal manera que para cumplir con ese cometido (se previó que la adopción de las medidas fuera motivada y que estuviera circunscrita a un período determinado: durante los 3 meses anteriores a cada elección.

El resto del articulado no señaló período probatorio alguno que debiera evacuar el Veedor del Tesoro, antes o con posterioridad a la adopción de tales medidas precautelativas, respecto de los representantes legales de las entidades, cuya ejecución de partidas presupuestales se hubiera suspendido).

Y la razón es muy sencilla. En primer término (es de la esencia de las mencionadas medidas, que en el trámite anterior a su adopción no se le notifique al

presuntamente perjudicado con las mismas, pues ello de suyo implicaría una dilación en dicho trámite, que desnaturalizaría la medida, la cual supone obrar con prontitud para garantizar efectivamente la tutela del bien jurídico que se pretende proteger).

De otra parte, la medida precautelativa no tiene el carácter de permanente, sino todo lo contrario, está limitada en el tiempo y a un lapso relativamente corto.

Las consideraciones precedentes descartan el primer cargo de violación.

Para la Sala tampoco está llamado a prosperar el segundo cargo, ya que, conforme al artículo 83 de la Carta Política, la presunción de la buena fe se establece en favor de los particulares respecto de las gestiones que ellos adelanten ante las autoridades públicas. En este caso, el municipio de Envigado no ostenta tal calidad.

Por lo demás, no se advierte en el proceso que el municipio demandante estuviera adelantando gestión alguna ante la Veeduría del Tesoro, en la cual se le desconociera dicho principio.

Finalmente, en cuanto al cargo que se le endilga a los actos administrativos acusados de estar falsamente motivados porque se desconoció por completo el debido proceso, son válidas las consideraciones que se hicieron respecto de la primera censura ya que del contenido de las disposiciones legales transcritas se deduce que (el debido proceso se garantiza en la medida en que el acto por el cual "a juicio" del Veedor del Tesoro se dispone suspender la ejecución de alguna partida presupuestal sea motivado y que dicha medida se adopte dentro del término previsto: 3 meses anteriores a la elección).

En relación con este último presupuesto cabe señalar que la censura no se dirigió a que los actos acusados hubieran sido adoptados por fuera de término sino únicamente al aspecto probatorio, el cual ya se analizó anteriormente.

De otra parte, no asiste razón al actor cuando argumenta que las resoluciones acusadas se basan en "supuestos", pues conforme se deduce de los documentos que constituyeron los antecedentes administrativos de los actos acusados el Veedor del Tesoro Regional Antioquia rindió un informe a su superior: el Veedor del Tesoro, fundamentado en declaraciones del Secretario de Hacienda del municipio de Envigado, Concejales y ciudadanos y acompañado de prueba documental, que daban cuenta de las anomalías o irregularidades que se estaban presentando en dicho municipio respecto de la promesa por parte del Alcalde y de algunos concejales a la ciudadanía de entregarles una vivienda si conseguían 30 o 40 votos cada uno en favor de determinado candidato al Senado y a la Cámara de Representantes (cuaderno de anexos número 3).

Tales declaraciones y documentos sirvieron de soporte para que el Veedor del Tesoro se formara un juicio acerca de la necesidad de adoptar las medidas, y

que fue el que motivó la expedición de los actos acusados, dada la discrecionalidad de que gozaba para ello.

Los anteriores razonamientos conducen a la Sala a desestimar las súplicas de la demanda.

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

**FALLA:**

**DENIEGANSE** las pretensiones de la demanda.

Devuélvase al actor la suma depositada por concepto de gastos ordinarios del proceso, por 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 2 de noviembre de 1995.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Nubia González Cerón, Rodrigo Ramírez González.

**PLAN DE ORDENAMIENTO FISICO DE SANTA FE DE BOGOTA / ALCALDE MAYOR DE SANTA FE DE BOGOTA / FACULTADES EXTRAORDINARIAS - Inexistencia / CONCEPTO DISTRITAL / AUTORIZACION EXPRESA - Inexistencia / VIGENCIA DE LA LEY / PROMULGACION DE LA LEY / PUBLICACION DE LA LEY - Inexistencia / ACTO GENERACIONAL DE LA LEY**

**No existe duda en cuanto a que la Alcaldía Mayor de Santa Fe de Bogotá, D. C., carecía de competencia para expedir el Decreto acusado ya que para hacer la regulación de las materias a que él se contrae se requería de la autorización expresa y precisa por parte del Concejo Distrital, a través de la concesión de facultades extraordinarias, lo cual no aconteció en el caso *sub examine*. Sólo podía hacerse en uso de las facultades extraordinarias una vez se produjera la publicación del Acuerdo Contentivo de la prórroga de las mismas, porque sólo a partir de dicho momento estaba llamado a producir efectos, con base en lo previsto en las normas legales citadas anteriormente, al no haberse publicado el Acuerdo número 25 de 29 de noviembre de 1991 antes de la expedición del acto acusado, como sucedió en este caso, pues según se lee en la certificación todavía no se había producido tal publicación, por lo tanto, carecía de competencia la Alcaldía Mayor de Santa Fe de Bogotá para hacer uso de la prórroga de las facultades extraordinarias por medio del acto acusado, deviniendo este así en inválido, precisó, y ahora lo reitera, que los criterios relativos a que la publicación de los actos generales como requisito para entrar a regir sólo se impone en la medida en que afecten los derechos de los gobernados, sólo conservan validez en la medida en que se trate de actos administrativos de carácter general cuyas disposiciones estén dirigidas a la misma administración y frente a los cuales no exista norma expresa que condicione su vigencia al requisito de la publicación. Es decir, que tales criterios jurisprudenciales no operan respecto de actos de carácter general**

**frente a los cuales, independientemente de sus destinatarios, la ley exija publicarlos como requisito para entrar a regir. Tal es el caso que ocupa la atención de la Sala, pues el Acuerdo No. 25 de 29 de noviembre de 1991 requería de la publicación para entrar a regir, por mandato de los artículos 1° de la Ley 57 de 1985, 116 y 379 del C. de R. M. y al no haberse publicado antes del vencimiento de las facultades extraordinarias otorgadas a la Alcaldía Mayor de Bogotá, en el parágrafo del artículo 480 del Acuerdo No. 6 de 1990, no podía servir de soporte jurídico al acto acusado porque no estaba llamado a producir efectos.**

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., diez (10) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Radicación número 3334.

Referencia: Recurso de apelación contra la sentencia de 9 de febrero de 1995, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Actor: Gaspar Caballero Sierra.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado de la Alcaldía Mayor de Santa Fe de Bogotá, D. C., contra la sentencia de 9 de febrero de 1995, proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en cuanto declaró la nulidad del acto administrativo acusado.

## I. ANTECEDENTES

I.1. El ciudadano y abogado GASPAR CABALLERO SIERRA, 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 de Cundinamarca tendiente a que mediante sentencia se declarara la nulidad del Decreto número 318 de 29 de mayo de 1992 **"por el cual se adopta el Plan de Ordenamiento Físico de la Zona Suburbana de Transición del Borde Norte de la ciudad de Santa Fe de Bogotá, D. C., se establecen normas urbanísticas y se dictan otras disposiciones"**, expedido por la Alcaldía Mayor de Santa Fe de Bogotá, D. C.

I. 2. En apoyo de sus pretensiones adujo, en esencia, los siguientes cargos de violación:

1°. El Decreto acusado fue expedido sin las atribuciones especiales propias de las facultades extraordinarias, ya que estas facultades se prorrogaron por el Acuerdo número 25, el cual no había sido publicado.

En ese orden de ideas el citado Decreto fue expedido por funcionario incompetente.

2°. El Decreto acusado transgrede el numeral 3° del artículo 313 de la Carta Política porque fue expedido luego del vencimiento de las facultades extraordinarias otorgadas.

3°. El Decreto acusado viola el numeral 15 del artículo 13 del Decreto-ley 3133 de 1968 ya que fue expedido mucho tiempo después de haber expirado las facultades otorgadas en el Acuerdo número 6 de 1990.

I.3. A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, que culminó con la sentencia de 9 de febrero de 1995, la cual fue oportunamente apelada por el apoderado de la Alcaldía Mayor de Santa Fe de Bogotá, D. C.,

## II. LA SENTENCIA RECURRIDA

Para acceder a las pretensiones de la demanda consideró el *a quo*, en esencia, lo siguiente:

1°. El Decreto acusado fue expedido cuando ya habían vencido las facultades inicialmente conferidas por el artículo 480 del Acuerdo número 6 de 1990, pues éstas se confirieron por el Concejo Distrital por el término de 18 meses contados a partir de la expedición del Acuerdo (el 8 de mayo de 1990), por lo cual al expedirse aquél el 29 de mayo de 1992 resulta clara su extemporaneidad.

2°. El Decreto impugnado tampoco fue expedido dentro del término de las facultades a que alude el Acuerdo número 25 de 1991, pues este Acuerdo se dictó cuando ya había vencido el término previsto en el artículo 480 del Acuerdo número 6 de 1990 y, por consiguiente, no se pudo producir la prórroga de los 6 meses a que él alude, además que su vigencia sólo se produciría, conforme al artículo 4° del mismo, una vez publicado y dicha publicación se produjo hasta el 11 de septiembre de 1992, es decir, después de la expedición del decreto demandado.

3°. Definido que el Decreto acusado se expidió cuando la alcaldesa carecía de facultades extraordinarias, como consecuencia de ello se incurrió en la causal de falta de competencia, pues la competencia para expedir actos como el impugnado se encuentra radicada en el Concejo Distrital.

## III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El apoderado de la demandada adujo como motivos de discrepancia con la providencia apelada, en síntesis, los siguientes:

1°. El principio de que la ley no obliga sino después de su promulgación tiene sus excepciones.

Se admite que cuando los actos administrativos no imponen obligaciones o restricciones a los administrados y se encaminan a gestiones de gobierno para que

se cumplan funciones y atribuciones, pueden aplicarse antes de ser publicados. La condición básica es que los funcionarios que deban ejecutarlos los conozcan por cualquier medio idóneo y su aplicación procede cuando no incidan en modo alguno en el ejercicio de las libertades de los gobernados. Esto no significa que la publicación sea innecesaria sino que las disposiciones del acto pueden aplicarse antes de la promulgación siempre que se haya sancionado.

Al sancionar la Alcaldía Distrital el 29 de noviembre de 1991 el Acuerdo número 25 de 1991, tenía a partir de esa fecha la capacidad jurídica de ejercer las facultades extraordinarias que se le continuaban otorgando y que vencían el 31 de mayo de 1992.

2°. El Acuerdo número 6 de 1990 comenzó su vigencia el 31 de mayo de 1990 hasta el 30 de noviembre de 1991. El Acuerdo número 25 de 1991 comenzó su vigencia desde el 29 de noviembre de 1991 hasta el 31 de mayo de 1992.

De lo anterior se concluye que el Acuerdo acusado fue expedido dentro del marco temporal de los 24 meses de voluntad del Concejo Distrital.

3°. Es cierto que las facultades del artículo 480 del Acuerdo número 6 de 1990 estaban vencidas y por ello el Cabildo Distrital otorgó unas nuevas a través del Acuerdo número 25 de 1991. Pero no es cierto que la Alcaldesa haya hecho uso de las facultades que inicialmente le confería aquél sino de las otorgadas por éste, el cual se caracteriza por su vigencia y pleno vigor jurídico.

## IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado de lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado en su vista de fondo se muestra partidario de que se confirme la sentencia apelada por cuanto considera que el Acuerdo número 25 de 1991 prorrogó unas facultades que perdieron su vigencia el 24 de noviembre de 1991 y mal puede darse vida jurídica a algo que ya expiró.

La fecha que ha de tenerse en cuenta para saber si la autoridad administrativa ejercitó las facultades dentro del plazo señalado en el primer Acuerdo (número 6 de 1990), es la de la sanción del mismo, más no la de la expedición. La publicación es un acto ajeno a la naturaleza, estructura e integridad del acto administrativo, requisito indispensable para su obligatoriedad y aplicación pero no para su validez.

## V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala la sentencia apelada debe ser confirmada, por las siguientes razones:

No existe duda alguna en cuanto a que la Alcaldía Mayor de Santa Fe de Bogotá, D.C., carecía de competencia para expedir el Decreto acusado ya que

para hacer la regulación de las materias a que él se contrae se requería de la autorización expresa y precisa por parte del Concejo Distrital, a través de la concesión de facultades extraordinarias, lo cual no aconteció en el caso *sub examine.*

En efecto, el parágrafo del artículo 480 del Acuerdo número 6 de 1990 facultó al Alcalde Mayor de Bogotá por el término de 18 meses, contado a partir de su expedición, para que dictara el acto acusado (folio 160 cuaderno de anexos número 1).

El cómputo de dicho término para el ejercicio de las facultades extraordinarias debe hacerse a partir de la publicación del referido Acuerdo número 6, que lo fue el 31 de mayo de 1990 (folio 1 *ibidem*), porque sólo desde esa fecha estaba llamado a producir efectos el Acuerdo, según lo previsto en los artículos 1° de la Ley 57 de 1985, 116 y 379 del C. de R. M.

Así las cosas, se tiene que cuando se expidió el Acuerdo número 25 el 29 de noviembre de 1991, que prorrogó las autorizaciones al Alcalde para el ejercicio de facultades extraordinarias en 6 meses más, no se había vencido el término de 18 meses, el cual sólo expiraba el 30 de noviembre de 1991.

Pero ocurre que sólo podía hacerse uso de las facultades extraordinarias una vez se produjera la publicación del Acuerdo contentivo de la prórroga de las mismas, porque sólo a partir de dicho momento estaba llamado a producir efectos, con base en lo previsto en las normas legales citadas anteriormente, al no haberse publicado el Acuerdo número 25 de 29 de noviembre de 1991 antes de la expedición del acto acusado, como sucedió en este caso, pues según se lee en la certificación obrante al citado folio 1 el 12 de abril de 1993 todavía no se había producido tal publicación. Por lo tanto, carecía de competencia la Alcaldía Mayor de Santa Fe de Bogotá para hacer uso de la prórroga de las facultades extraordinarias por medio del acto acusado, deviniendo este así en inválido.

La Sala en sentencia de 26 de noviembre de 1993 (Expediente número 2575. Actor: Camilo Alvaro González Pacheco, Consejero Ponente: doctor Libardo Rodríguez Rodríguez), precisó, y ahora lo reitera, que los criterios relativos a que la publicación de los actos generales como requisito para entrar a regir sólo se impone en la medida en que afecten los derechos de los gobernados, expuestos por la Corporación en las providencias de 15 de septiembre de 1943 (Anales del Consejo de Estado Tomo LI, números 329-334, página 184), 22 de octubre de 1974 (Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Actor: Juan Manuel Bravo Arteaga, Consejero Ponente: doctor Humberto Mora Osejo, Expediente número 2304), 30 de julio de 1993 (expediente número 2262, Actor: Carlos Fernando Ossa Giraldo, Consejero Ponente, doctor Yesid Rojas Serrano) y de 29 de octubre de 1993 (expediente número 2655, Actor: Víctor Alfonso Estupiñan Perdomo, Consejero Ponente: doctor Libardo Rodríguez Rodríguez) sólo conservan validez en la medida

en que se trate de actos administrativos de carácter general cuyas disposiciones estén dirigidas a la misma Administración y frente a los cuales no exista norma expresa que condicione su vigencia al requisito de la publicación. Es decir, que tales criterios jurisprudenciales no operan respecto de actos de carácter general frente a los cuales, independientemente de sus destinatarios, la ley exija publicarlos como requisito para entrar a regir.

Tal es el caso que ocupa la atención de la Sala, pues el Acuerdo número 25 de 29 de noviembre de 1991 requería de la publicación para entrar a regir, por mandato de los artículos 1° de la Ley 57 de 1985, 116 y 379 del C. de R.M. Y al no haberse publicado antes del vencimiento de las facultades extraordinarias otorgadas a la Alcaldía Mayor de Bogotá, en el parágrafo del artículo 480 del Acuerdo número 6 de 1990, no podía servir de soporte jurídico al acto acusado porque no estaba llamado a producir efectos.

**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, 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 9 de noviembre de 1995.

*Libardo Rodríguez Rodríguez,* Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Nubia González Cerón, Rodrigo Ramírez González.*

## REGIMEN ADUANERO / LEGALIZACION DE MERCANCIAS / DERECHO A LA IGUALDAD / LEY MARCO DE COMERCIO EXTERIOR / VENTA AL DETAL

**Las disposiciones acusadas están dirigidas a las personas que venden al público mercancía al detal y respecto de dichas personas se ha previsto que puedan presentar declaración de legalización de sus mercancías, pagando los tributos aduaneros correspondientes y sin el pago del valor de la sanción de rescate a que alude el art. 82 del Decreto 1909 de 1992. Tales disposiciones no consagran excepción alguna respecto de los destinatorios de las mismas y por ello no puede afirmarse que contengan previsiones discrimanatorias. Las disposiciones acusadas, son de carácter transitorio y, conforme se lee en los antecedentes administrativos de dicho decreto, el objetivo del mismo fue lograr el cumplimiento voluntario de las obligaciones aduaneras por parte de los pequeños comerciantes, propietarios o tenedores de mercancías de producción extranjera, todo lo cual resulta acorde con los principios a los cuales según el art. 2º de la Ley marco de comercio exterior (7ª de 1991) debe sujetarse el Gobierno Nacional, particularmente, los contenidos en los numerales 5 y 8, relativos a procurar una legal y equitativa competencia a la producción local y otorgarle una protección adecuada contra las prácticas desleales del comercio internacional; y adoptar transitoriamente mecanismos que permitan a la economía colombiana superar coyunturas externas o internas adversas al interés comercial del país.**

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., diez (10) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Radicación número 3364.

Referencia: Acción Nulidad.

Actor: Luis Henao Vallejo.

El ciudadano **Luis Henao Vallejo,** obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A. ha instaurado demanda tendiente a que se declare la nulidad de la expresión "... **en lugares de venta al público al detal**...", contenida en el inciso 1° y el inciso 2° del artículo 1° del Decreto número 860 de 26 de mayo de 1995 **"por el cual se modifica parcialmente la legislación aduanera",** expedido por el Gobierno Nacional.

## I. FUNDAMENTOS DE DERECHO

En apoyo de sus pretensiones adujo el actor, en esencia, los siguientes cargos de violación:

1°. El Gobierno Nacional debe sujetarse al principio de jerarquización de las normas consagrado en el artículo 4° de la Constitución Política para expedir disposiciones de obligatorio cumplimiento como las acusadas.

Al prescribir el artículo 13 de la Constitución Política la igualdad de las personas ante la ley, que recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, ese principio de igualdad también lo es frente a la Administración en lo referente a la causación de impuestos y amnistías aduaneras.

Al consagrar el artículo 333 de la Constitución Política el principio de la libre competencia económica como un derecho de todos los ciudadanos que supone responsabilidades, cobija por igual a la empresa y a las formas no organizadas de producción.

La libre competencia es el elemento que le da contenido a la libertad económica, en un sistema de economía de mercado. Cuando esa libertad se vea anulada o restringida por prácticas que surgen en el desarrollo de las actividades económicas por parte de los particulares que rompen la igualdad de ellos frente a la ley, como efectivamente se ve en la norma atacada, se agudiza la inequidad social y económica entre los colombianos, que no sólo favorece el comercio informal y espúreo sino que se vulnera la capacidad de competencia de quienes procuran cumplir con los requisitos previstos en la legislación aduanera para la importación o libre disposición de mercancías.

El Decreto en las partes atacadas, crea condiciones discriminatorias para operaciones comerciales equivalentes, que colocan a un consumidor o a un proveedor en desventaja frente a otro consumidor o proveedor en condiciones análogas, como el efecto de suministrar un producto por la condición diferente que crea la norma en privilegios, no constituyéndose esto en el objeto o naturaleza del

negocio, es decir, la norma en comento debe crear unas condiciones de amnistía aduanera para todos por igual y no para una pequeña porción de comerciantes, dado que con ello se desvirtúa el principio de libertad económica y libre competencia.

2°. Las normas acusadas violan los artículos 5° de la Ley 57 de 1887, 4° y 6° del C.C., 3° inciso 6° del C.C.A., 2° a 4° del Decreto número 1909 de 1992, modificatorio del decreto número 2666 de 1984, numeral 5° del artículo 2° de la Ley 7ª de 1991, por las siguientes razones:

Para reafirmar el principio consagrado en el artículo 4° de la Constitución Política de que ésta es norma de normas se encuentra lo preceptuado en el artículo 5° de la Ley 57 de 1887, el cual dispone que en caso de incompatibilidad de disposiciones relativas a un asunto especial, se aplicarán las normas siguiendo un orden de preferencia de acuerdo con el rango jerárquico en que se hallen las disposiciones. De igual manera, "la Constitución es la ley reformatoria y derogativa de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o espíritu, se desechará como insubsistente".

Siendo la ley en sentido general un acto emanado del Estado, que debe contener una regla de derecho objetivo, y de aplicación en su carácter general, abstracto e impersonal, se aplica por igual a todos. Pero ha de anotarse, que si la sanción es una recompensa por el cumplimiento del precepto legal, el Gobierno Nacional al imponer una amnistía de carácter aduanero y tributario, debió hacerlo para toda la sociedad colombiana y no para una pequeña porción de ella, dado que esto choca contra las prohibiciones que la ley aduanera consagra para la práctica del comercio internacional, ya que al aplicarle la norma a unos con todo su rigor y a otros crearles condiciones especiales y discriminatorias, anulan la capacidad sancionatoria del Estado, considerada ésta en abstracto por el fenómeno de la inexistencia del acatamiento del contenido legal.

El principio de la imparcialidad consagrado en el inciso 6° del artículo 3° del C.C.A., es vulnerado por la norma acusada en la medida que la Administración se vería en la obligación de aplicar procedimientos discriminatorios para aquellas personas, o importadores, tenedores y transportistas que vienen siendo investigados por ella, a quienes se les aplicaría un régimen diferente del que se aplicaría para quienes se acojan al Decreto demandado parcialmente, por lo cual, también rompe el principio de igualdad constitucional de los sujetos pasivos de la obligación tributaria aduanera frente a la ley.

La amnistía debe cobijar aquellos procesos que la Administración adelanta por economía y celeridad, sin hacer distinción si se trata de comerciantes de buena o mala fe o de poseedores o tenedores de buena o mala fe, por lo cual debe comprender el olvido de todas las faltas cometidas contra la legislación aduanera de

todos por igual, y no de unos pocos, pues, si lo que el precepto pretendía era crear mecanismos que permitan el cumplimiento de las normas aduaneras, para guardar estricta relación de generalidad, igualdad y abstracción, dando por concluidos todos los procesos iniciados o comenzados en las Administraciones de Aduanas, debió darle el mismo tratamiento a todos por igual. En consecuencia, el perdón es más de carácter tributario aduanero que judicial, en lo que toca con la norma atacada por vicios de inconstitucionalidad.

## II. TRAMITE DE LA ACCION

A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión, fijación en lista, probatoria y alegaciones.

### II.1. LA CONTESTACION DE LA DEMANDA

La Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público-, a través de apoderada, contestó la demanda, y para oponerse a la prosperidad de las pretensiones adujo, principalmente, lo siguiente:

1°. El Gobierno Nacional se sujetó a los criterios previstos en las leyes marco (6ª de 1971 y 7ª de 1991) y además resulta obvio que en la atribución constitucional de modificar el régimen arancelario, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas, se encuentra incluida la facultad de expedir normas que faciliten a los administrados el cumplimiento de las normas legales existentes en materia de importación, como a las que aluden las disposiciones acusadas.

2°. No se quebranta el principio de igualdad ante la ley previsto en el artículo 13 de la Carta Política porque el artículo 1° acusado no crea una distinción entre quienes se encuentran en la misma situación prevista por la norma pues para todos ellos se está buscando un mismo tratamiento frente al cumplimiento de la obligación aduanera.

En el presente caso no se trata de discriminar a los tenedores o poseedores de mercancías ilegales en relación con las demás personas sino de establecer un procedimiento más expedito para el cumplimiento de sus obligaciones aduaneras.

3°. No se vulnera el principio de la libertad económica y la libre competencia ya que la norma acusada no está eximiendo a los responsables de la obligación aduanera del pago de los tributos correspondientes, sino lo que se busca es facilitar la legalización de la mercancía introducida sin el cumplimiento de los requisitos legales.

La norma acusada es un mecanismo para lograr que los bienes ofrecidos en el mercado conserven un nivel de precios equitativo garantizándose por parte del Estado el derecho a la libre competencia, la libertad económica y la libre empresa.

## III. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Segunda Delegada de lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado en su vista de fondo se muestra partidaria de que se denieguen las pretensiones de la demanda ya que, a su juicio, la norma acusada impuso una medida transitoria resultante de una situación coyuntural de la economía nacional con la actual se buscó contrarrestar el contrabando, lo cual enmarca dentro de las situaciones previstas en las Leyes 6ª de 1971 y 7ª de 1991.

Además, del texto de los artículos 3° y 23 del Decreto número 1909 de 1992 se concluye que el Gobierno Nacional sí está facultado para modificar tarifas aduaneras y adoptar decisiones transitorias en situaciones económicas coyunturales.

## IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El acto acusado lo constituyen las partes en negrillas del artículo 1° del Decreto número 860 de 26 de mayo de 1995 que se detallan a continuación:

> **"Artículo primero.** Las mercancías que se encuentren **en lugares de venta al Público al detal** sin el cumplimiento de los requisitos previstos en la legislación aduanera para su importación o libre disposición, podrán ser objeto de legalización, mediante la presentación de la declaración de legalización de que trata el Decreto 1909 de 1992, en la cual se liquidarán los tributos aduaneros a que hubiere lugar, sin el pago del valor del rescate contemplado en el artículo 82 del mencionado decreto.
>
> **Para los efectos de este Decreto, se entiende como lugares de venta al público, los locales comerciales que realicen ventas al detal, así como los sitios de almacenamiento, de las mercancías destinadas exclusivamente a surtirlos, siempre que estos últimos se encuentren ubicados en el mismo inmueble".**

Los cargos de la demanda se sustentan en la violación del principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política porque, a juicio del actor, las disposiciones acusadas crean condiciones discriminatorias para operaciones comerciales equivalentes o análogas desvirtuándose con ello los principios de la libertad económica, de la libre competencia y de la imparcialidad.

Sobre el particular cabe advertir que, como lo ha precisado la Sala en reiterados pronunciamientos, para que pueda predicarse la violación del principio desigualdad es menester que se esté en presencia de idénticas situaciones de hecho que permitan reclamar un mismo tratamiento.

Las disposiciones acusadas están dirigidas a las personas que venden al público mercancías al detal y respecto de dichas personas se ha previsto que puedan presentar

declaración de legalización de sus mercancías, pagando los tributos aduaneros correspondientes y sin el pago del valor de la sanción de rescate a que alude el artículo 82 del Decreto número 1909 de 1992.

Tales disposiciones no consagran excepción alguna respecto de los destinatarios de las mismas y por ello no puede afirmarse que contengan previsiones discriminatorias.

Sólo en la medida en que no a todas las personas a las cúales van dirigidas las disposiciones acusadas se les apliquen las consecuencias jurídicas favorables que las mismas prevén (la exoneración de la sanción de rescate), podría aducirse la violación del precepto constitucional consagrado en el artículo 13 de la Carta Política, con la incidencia que al mismo le señale el actor en los artículos 333 *ibidem* y 3° del C.C.A. pero esta no es la circunstancia que se plantea en el libelo demandatorio.

Por lo demás, según se infiere del artículo 2° del Decreto número 860 de 26 de mayo de 1995, contentivo de las disposiciones acusadas, son de carácter transitorio y, conforme se lee en los antecedentes administrativos de dicho Decreto (folio 48), el objetivo del mismo fue lograr el cumplimiento voluntario de las obligaciones aduaneras por parte de los pequeños comerciantes, propietarios o tenedores de mercancías de producción extranjera, todo lo cual resulta acorde con los principios a los cuales según el artículo 2° de la Ley Marco de Comercio Exterior (7ª de 1991) debe sujetarse el Gobierno Nacional, particularmente, los contenidos en los numerales 5 y 8, relativos a procurar una legal y equitativa competencia a la producción local y otorgarle una protección adecuada contra las prácticas desleales del comercio internacional: y adoptar transitoriamente mecanismos que permitan a la economía colombiana superar coyunturas externas o internas adversas al interés comercial del país.

Tales principios se acogen en las disposiciones acusadas como quiera que a través de las mismas se advierte una clara finalidad de estimular la importación legal de mercancías, desestimulando con ello el contrabando.

Las consideraciones precedentes conducen a desestimar las pretensiones de la demanda.

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

**FALLA:**

DENÍEGANSE las pretensiones de la demanda.

Devúelvase al actor la suma de dinero depositada para gastos ordinarios del proceso, por no haber sido utilizada.

Cópiese, notifíquese, publíquese en los **Anales del Consejo de Estado** y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 9 de noviembre de 1995.

*Libardo Rodríguez Rodríguez,* Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Nubia González Cerón, Rodrigo Ramírez González.*

**NORMA ACUSADA / NORMA DEROGADA / SUSTRACCION DE MATERIA - Improcedencia**

**A pesar de que el acto acusado, esto es, el Decreto Reglamentario 02 de 1982 fue derogado expresamente por el Decreto Reglamentario 948 de 1995, de conformidad con reiterada jurisprudencia de esta corporación la Sala se pronunciará de fondo, pues basta que la norma jurídica de carácter general haya tenido vigencia para que esta jurisdicción se pronuncie ante una demanda de nulidad que se presente contra ella, en consideración a los efectos que pudo producir durante su vigencia.**

**PROTECCION AL MEDIO AMBIENTE / ACTIVIDAD AGROINDUSTRIAL / QUEMA ABIERTA - Prohibición / QUEMA ABIERTA - Excepción / QUEMA DE LA CAÑA DE AZUCAR - Permiso / MINISTERIO DE SALUD - Funciones**

**Los fuegos utilizados para quemas con fines agrícolas y silviculturales, constituyen una de las excepciones a la prohibición de efectuar quemas abiertas. Dicha excepción con fines agrícolas para el caso concreto existe, dada la necesidad de quema de la caña de azúcar, la cual está dirigida a la eliminación del follaje de la caña en el momento de la cosecha. A pesar de la aparente contradicción de la frase del literal c) del art. 127 del Decreto 02 de 1982 con los arts. 8º, 79 y 80 de la C. P., la Sala considera que la alegada contradicción no existe. Por el contrario, de las pruebas aportadas al proceso se deduce que el Ministerio de Salud, previa expedición del permiso para la quema de la caña de azúcar, analizó y evaluó los informes técnicos efectuados por la Universidad de La Salle y Cenicaña. El análisis de los mencionados estudios exigidos por el Ministerio de Salud indican el cumplimiento de los deberes constitucionales impuesto al Estado en**

**los arts. 7°, 79 y 80 de la C.P. por lo demás, la simultaneidad en la protección de los recursos naturales y del medio ambiente, así como de la protección y garantía a la iniciativa privada, a la actividad económica del país siempre y cuando no se atente contra los recursos naturales y el derecho a gozar de un ambiente sano, lo cual en el caso *sub examine* no se probó plenamente.**

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., catorce (14) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente: Doctora *Nubia González Cerón.*

Radicación número 3330.

Referencia: Acción Nulidad.

Actor: Armando Palau Aldana.

Procede la Sección Primera a dictar sentencia de única instancia para resolver la demanda que ha originado el presente proceso, instaurada por el ciudadano Armando Palau Aldana, en nombre propio y en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, con la finalidad de obtener declaratoria de nulidad de una parte del literal c) del artículo 127 del Decreto Reglamentario número 0002 del 11 de enero de 1982, expedido por el Gobierno Nacional.

## I. ANTECEDENTES

### I. a) EL ACTO ACUSADO

Se trata de una parte del literal c) del artículo 127 del Decreto Reglamentario número 02 del 11 de enero de 1982, que a la letra reza:

"Artículo 127. Ninguna persona, pública o privada, podrá efectuar quemas abiertas de ningún tipo de material, dentro del área del territorio nacional, excepto en los siguientes casos: ... c) Fuegos utilizados para quemas con fines agrícolas y silviculturales o cuando se requiera para la prevención y control de enfermedades y plagas, previo permiso del Ministerio de Salud o de la autoridad sanitaria en quien éste delegue, así como de los bomberos de la localidad...". (Lo subrayado es lo demandado).

### I. b) Normas presuntamente violadas y concepto de la violación

El actor considera que se han infringido, con la norma acusada, fundamentalmente, los artículos 8°; 79 y 80 de la Constitución Política.

Fundamenta su pretensión en los siguientes argumentos:

**Primero.** *Antecedentes de la norma.* El Decreto número 02 de 11 de enero de 1982 reglamentó parcialmente el Título I de la Ley 9ª de 1979 o Código Sanitario, parte que se refiere a la protección del ambiente y especialmente, a las emisiones atmosféricas, imperativos legales consignados en sus artículos 41 a 49. Igualmente reglamentó el Código de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, en lo referente a atmósfera y a espacio aéreo.

**Segundo.** *Impacto ambiental de la quema agrícola.* La quema de la caña de azúcar, amparada en la primera parte del literal c) del Decreto 02 de 1982, ha ocasionado múltiples molestias a las personas circunvecinas a los lugares en donde se efectúa la misma, particularmente a los moradores del departamento del Valle del Cauca. Lo anterior ha llevado a la realización de estudios científicos de esta actividad, con el propósito de determinar su impacto ambiental.

La Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca C.V.C., elaboró en 1979, un estudio de quemas de la caña de azúcar en el municipio de Palmira. A su turno, y después de varias quejas de los habitantes, la Alcaldía de Palmira obtuvo un estudio de impacto ambiental originado por la quema de la caña de azúcar, elaborado por el S. F. Pardo, R. Sandoval y C.L. Zapata, en junio de 1989. Finalmente, y por solicitud del Ministerio de Salud, formulada a Asocaña, en marzo de 1990, se inició el estudio de impacto y plan general de manejo ambiental de la quema de la caña de azúcar, realizado por la Facultad de Ingeniería Sanitaria de la Universidad de La Salle de Santa Fe de Bogotá, D. C., el cual fue entregado en septiembre de 1991.

**Tercero.** *Informes de la Contraloría Departamental.* Resume el actor los informes anuales rendidos por la Contraloría Departamental, contenidos en dos documentos, en los cuales el ente controlador manifiesta que en el departamento del Valle del Cauca no se ha realizado un estudio completo que permita evaluar de manera sistemática la calidad del aire en los diferentes municipios. En uno de los informes se dice que el mayor aporte al grado de deterioro del recurso aire proviene del sector azucarero por la implementación, a partir de la década del 70, de la quema del follaje de la caña de azúcar como método para "facilitar" su recolección, aumentando su productividad pero a costa de emitir 180.183 kilos/día de partículas en suspensión, 593.148 kilos/día de monóxido de carbono, 86.184 kilos/día de hidrocarburos y 27.987 kilos/día de óxidos de azufre. Compuestos que han agravado la incidencia en enfermedades respiratorias, cardiovasculares, bronquitis crónica, enfisema pulmonar, asma bronquial en la población, encontrándose entre las primeras veinte causas de mortalidad general en el departamento.

**Cuarto.** *Infracción a la Carta Fundamental.* La norma acusada fue promulgada bajo la vigencia de la Constitución de 1886, lo que hace que la disposición continúe teniendo aplicación, siempre y cuando no riña con la Carta de 1991. Nuestra Carta Fundamental ha sido catalogada como una Constitución ecológica y así se ha pronunciado la Corte Constitucional.

**Unico cargo.** En cuanto a la infracción de los artículos 8º; 79 y 80 de la Constitución Política, el actor los transcribe, para concluir que hacen referencia a los deberes del Estado sobre la protección de las riquezas naturales y culturales del país, de la diversidad e integridad del ambiente, de la conservación de las áreas de especial importancia ecológica, de la planificación sobre el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados.

Al citar algunos apartes del estudio de impacto ambiental aportado al proceso, el demandante sostiene que las afirmaciones científicas, contenidas en el mismo, permiten colegir que se está cometiendo un deterioro ambiental, que lejos de estar prevenido por el Estado, está reglamentariamente auspiciado por el Gobierno Nacional bajo la norma acusada, quebrantando el inciso segundo del artículo 80 de la Constitución Nacional.

Finalmente, el actor invoca la Conferencia de Naciones Unidas sobre medio ambiente y el desarrollo, la que reafirmó en su Declaración de Río, **la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano,** aprobada en Estocolmo el 16 de junio de 1972 y que proclamó, entre sus principios, que los dos aspectos del entorno humano, el natural y el artificial, son esenciales para el bienestar del hombre y para el goce de los derechos fundamentales, incluso al derecho á la vida misma.

## II. INTERVENCION DEL TERCERO IMPUGNANTE

El ciudadano y abogado, Rodrigo Javier Rozo Montoya, presentó escrito de impugnación a la demandada en los siguientes términos:

Encuentra el tercero impugnante acertado el ejercicio de la potestad reglamentaria, por parte del Presidente de la República, en materia de regulación ambiental. En tal virtud, el Decreto 02 de 1982, en su parte acusada, sigue desarrollando, no sólo la reglamentación de las normas legales a que se refiere su motivación, sino que por motivo del tránsito constitucional, el mencionado Decreto asumió la categoría de reglamento constitucional, por razón del derecho y deber constitucionales de protección ambiental, señalados en la Nueva Carta, como se deduce de toda la argumentación expresada en su escrito impugnatorio de las pretensiones del actor.

Agrega el tercero impugnante que la Declaración de Río, sobre medio ambiente y desarrollo, refuerza la constitucionalidad de la parte acusada del Decreto 002 de 1982, como mecanismos de control y reglamentación de las actividades de quema abierta, en especial, las efectuadas dentro de las actividades agrícola y agroindustrial del país; respecto de una de las cuales, la azucarera, el actor hace referencia en la demanda.

Los argumentos esgrimidos por el actor, respecto de la citación de "algunos" principios del convenio sobre diversidad biológica de Río 1992, carecen de técnica jurídica, en cuanto a que los cita parcialmente, impidiendo su adecuada interpretación.

Además de todo lo expresado, la autoridad administrativa con el poder de policía, en materia ambiental para las quemas de ese entonces, cumplió con la actividad administrativa señalada entre sus funciones para el caso de quemas abiertas y por tanto requirió el informe expresado para que el Ministerio de Salud, como suprema autoridad policiva ambiental para quemas, analizara si era procedente o no conceder el permiso expresado en el literal c) del artículo 127 del Decreto 002 de 1982.

Sobre la supuesta violación de la norma acusada, respecto de los principios constitucionales, no se observa tal transgresión, más bien se observa el desarrollo y cumplimiento por el Estado, de la obligación constitucional contenida en el artículo 8° antes citado. Ello, por cuanto contemplar excepciones en el tema de las quemas abiertas, busca preservar las riquezas naturales del Estado. Predicar tal violación equivaldría a decir que las restantes actividades productivas del país también se ejercen con violación de la Carta, por las normas legales que las autorizan, por ejemplo, las actividades mineras, industriales, agrícolas, de comercio, pretendiendo así, paralizar la actividad productiva del Estado y de sus administrados.

Siguiendo con este razonamiento, de anularse la parte demandada, se detendría considerablemente el agro en el país, con los correspondientes retrasos para la producción alimenticia y de otras industrias, pero además el trabajador dependiente de tal actividad, vería afectado el ingreso salarial.

Por otra parte, según el artículo 65 de la Constitución Nacional, la producción de alimentos gozará de la especial protección del Estado. Para tal efecto, se otorgará prioridad al desarrollo integral de las actividades agrícolas. Lo anterior hace ver, con mayor razón, que la prohibición pretendida por el actor, se llevaría de plano un derecho fundamental a la seguridad alimenticia de los administrados.

Después de la contestación de la demanda, por parte del Ministerio de Salud, el tercero impugnante presentó un escrito solicitando decisión inhibitoria, en razón de que la norma acusada parcialmente, fue expresamente derogada por el Decreto 948 del 5 de junio de 1995.

## III. RAZONES DE LA DEFENSA

El Ministerio de Salud, mediante apoderado, contestó la demanda dentro del término señalado para el efecto y en síntesis expresó:

"En aras de la brevedad, es conveniente aclarar que la norma atacada se encuentra expresamente derogada por el Decreto número 948 del 5 de junio de 1995, por medio del cual se reglamenta parcialmente la Ley 23 de 1973, la Ley 9ª de 1989 y la Ley 99 de 1993, en relación con la prevención y control de contaminación atmosférica y la protección de la calidad del aire, funciones que ahora le corresponde cumplir al Ministerio del Medio Ambiente. En sus artículos 137 y 138 el Decreto mencionado deroga el Decreto 02 de 1982, salvo los artículos que continúan vigentes, a saber: 80, 81, 84, 85, 87 y 89".

## IV. LA ACTUACION SURTIDA

La demanda fue admitida por la Sala el veinticinco de mayo de 1995 y, en el mismo auto, se denegó la solicitud de suspensión provisional (fls. 251 a 257).

Antes de la fijación en lista, el ciudadano y abogado RODRIGO JAVIER ROZO MONTOYA; presentó escrito en su condición de tercero impugnante de las pretensiones de la demanda y, como tal, actuó durante todo el proceso (fls. 259 a 275).

Dentro del término de fijación en lista, el Ministerio de Salud contestó la demanda, por conducto de apoderado (fls. 282 a 283).

Mediante proveído de 28 de julio de 1995 se decretaron las pruebas solicitadas por la parte demandante y el tercero impugnador (fls. 201 a 203).

Dentro del término de traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir su concepto, la parte demandada y el Agente del Ministerio Público presentaron los escritos visibles a folios 409 a 410 y 439 a 444. El demandante solicitó archivar el proceso, toda vez que la norma acusada se encuentra derogada (fl. 408).

## V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado ante esta Corporación, manifestó su coincidencia con las tesis sostenidas por el Consejo de Estado, en el sentido de desechar la tesis propuesta por algún sector de la jurisprudencia y de la doctrina que aboga por la declaratoria de la sustracción de materia en los eventos en los cuales los actos administrativos de carácter general o impersonal, que son materia de controversia ante la justicia administrativa, han desaparecido por cualquier causa del mundo jurídico, bien por derogatoria o extinción. Transcribe parcialmente una sentencia de esta Corporación que consigna que basta que una norma jurídica de

carácter general haya tenido vigencia por un pequeño lapso para que la jurisdicción de lo contencioso administrativo deba pronunciarse ante una demanda de nulidad que se presente contra ella, pues en ese lapso pudo dejar efectos que ameriten reparación del daño y restauración del derecho que eventualmente se haya ocasionado.

En los preceptos contenidos en los artículos 8°, 79 y 80 de la C. P. fundamenta su concepto el señor Procurador Primero Delegado y al efecto manifiesta que las excepciones consagradas en el artículo 127 del Decreto Reglamentario 02 de 1982, existen en razón a la necesidad de efectuar quemas dentro del desarrollo de actividades socio-económicas fundamentales para el país, hasta tanto no sean reemplazadas por otras medidas en un horizonte de tiempo, que para la industria azucarera se recomienda implementar en el largo plazo de 5 a 10 años según se desprende del informe final realizado por la Universidad de La Salle de Bogotá.

Dichas excepciones no son abiertas e ilimitadas; por el contrario, existen porque es menester no paralizar la actividad económica, pero con límites, esto es, exigen para su realización permisos de autoridades competentes.

Pese a encontrar una aparente contradicción entre la frase acusada y las normas que dice el actor, se violan, no es posible desconocer que el desarrollo cultural, en materia ecológica, así como el normativo, requieren en el caso de nuestro país un tiempo de asimilación y compromiso por parte de todos los estamentos que intervienen en las distintas actividades.

Si tales mecanismos existen, se deben implementar, pero previo desarrollo del plan de control de quemas, sometido a consideración del Ministerio de Salud por parte de "Asocaña", porque como lo afirma dicha asociación en escrito obrante a folio 404, todo este proceso es gradual a causa de su complejidad y costo. Y por ello es necesario, tanto para el país como para el sector azucarero, realizarlo sobre la base de mantener una estabilidad económica, social, ambiental en la región, que no afecte su competitividad en el corto, mediano y largo plazo.

Concluye el Agente del Ministerio Público, solicitando se desechen las pretensiones de la demanda.

## VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer lugar, precisa la Sala, que a pesar de que el acto acusado, esto es, el Decreto Reglamentario 02 de 1982 fue derogado expresamente por el Decreto Reglamentario 948 de 1994, de conformidad con reiterada jurisprudencia de esta Corporación la Sala se pronunciará de fondo, pues basta que la norma jurídica de carácter general haya tenido vigencia para que esta jurisdicción se pronuncie ante una demanda de nulidad que se presente contra ella, en consideración a los efectos que pudo producir durante su vigencia.

Hecha la anterior precisión, procede la Sala a analizar el cargo formulado por el demandante al acto acusado.

Considera el accionante que cuando el literal c) del artículo 127 del Decreto 02 de 1982 permite utilizar fuegos para quemas con fines agrícolas y silviculturales o, infringe los artículos 8°, 79 y 80 de la C. P. (Lo subrayado es lo demandado).

La norma acusada, dice el accionante, viola el artículo 8° de la C. P. porque en el valle geográfico del río Cauca, el agua subterránea, las lluvias, la humedad y la temperatura ambiente están siendo alteradas y afectadas por el comportamiento gubernamental contenido en la mencionada norma.

La autorización para la quema con fines agrícolas y silviculturales viola el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, infringiendo el artículo 79 *ibidem.*

Según estudio realizado por la Universidad de La Salle, Facultad de Ingeniería Sanitaria, al estar expuesta la población microbiana del suelo a los cambios bruscos de temperatura, sufre una esterilización en la capa superficial lo cual genera un deterioro ambiental que viola el artículo 80 *ibidem.*

Tal como lo advirtió la Sala en el auto admisorio de la demanda, con ocasión de resolver la solicitud de suspensión provisional del acto acusado, no puede perderse de vista en esta controversia que así como la protección de los recursos naturales y del medio ambiente es de interés general, el desarrollo del agro, que tiene incidencia en la economía del país, así como la libertad para la actividad económica y la iniciativa privada también tienen tal connotación, claro está, dentro de los límites del bien común.

Por ello, la Sala debe valorar estos dos extremos de la litis de conformidad con las pruebas que obran en el expediente.

Dentro de ese planteamiento es necesario resaltar que los fuegos utilizados para quemas con fines agrícolas y silviculturales, constituyen una de las excepciones a la prohibición de efectuar quemas abiertas. Dicha excepción con fines agrícolas para el caso concreto existe, dada la necesidad de la quema de la caña de azúcar, la cual está dirigida a la eliminación del follaje de la caña en el momento de la cosecha.

Del "Estudio de Evaluación y Plan de Manejo Ambiental de la Quema de la Caña de Azúcar en el Valle del Cauca", realizado por la Universidad de La Salle para Asocaña, aportado como medio de prueba por el demandante, la Sala resalta que dicho estudio formula, en síntesis, las siguientes recomendaciones a corto, mediano y largo plazo.

A corto plazo, incrementar una red o sistema semiautomático de seguimiento de las quemas, eliminación de quemas en áreas perimetrales del casco urbano, áreas críticas municipales y aeropuertos; restablecimiento de horarios y condiciones de quema; montaje del modelo de simulación; investigación sobre nuevas variedades de caña de azúcar e investigaciones adicionales sobre otros componentes ambientales.

A mediano plazo recomienda que de manera progresiva y de acuerdo con los hallazgos de los sistemas de seguimiento, deberán ajustarse los horarios a las condiciones meteorológicas que deberán cumplirse estrictamente para disminuir significativamente la molestia ocasionada por las quemas, investigaciones adicionales sobre componentes pedoedafalógico e hídrico; antrópico y biótico.

A largo plazo, asumiendo un horizonte de 5 a 10 años, el grupo consultor cree que la práctica de la quema de la caña de azúcar y de otros cultivos debe eliminarse ya que para ese entonces deberán existir tecnologías apropiadas de utilización de la hoja y cogollo de la caña de azúcar.

En el informe del estado de los recursos naturales y del medio ambiente en el departamento del Valle del Cauca realizado por el Contralor Departamental, también presentado como medio probatorio por el accionante, se critica como fuente de contaminación atmosférica en el departamento del Valle del Cauca la industria azucarera y se recomienda concertar con el sector azucarero un cambio a corto plazo en el proceso de recolección de la caña buscando técnicas que deterioren menos los recursos naturales.

Del análisis de las anteriores medios probatorios aportados por el demandante, concluye la Sala que evidentemente la quema de la caña de azúcar ha generado problemas que han afectado los recursos naturaleza y el medio ambiente pero no en forma absoluta e irremediable a punto que los mismos estudios hacen recomendaciones para remediar y obviar dicha situación.

De otro lado resalta la Sala que dentro de la etapa probatoria se solicitó al Centro de Investigación de la Caña de Azúcar y a Asocaña, informar acerca del desarrollo de las recomendaciones efectuadas por el estudio realizado por la Universidad de La Salle.

En respuesta a dicho requerimiento, Cenicaña da cuenta del montaje, capacitación y operación de la red metereológica automática en toda la región, la cual está operando y se utiliza en forma rutinaria para el manejo de las quemas; de la adquisición de un medidor de partículas; programación de las quemas para minimizar la molestia de las pavesas dependiendo de la relación geológica entre la suerte y los centros urbanos. Igualmente se está ensayando un modelo de vientos.

Los estudios sobre el suelo se han realizado a nivel preliminar y en ningún caso se han encontrado efectos sobre este recurso.

La Asociación de Cultivadores de Caña de Azúcar, informa que el estudio realizado por la Universidad de La Salle junto con un plan de quemas de caña de azúcar, se presentaron como requisitos previos para la expedición del permiso de quemas de los ingenios afiliados a Asocaña, permiso concedido mediante la Resolución 0027 de 1994 del Ministerio de Salud.

De las recomendaciones del estudio efectuado por la Univesidad de La Salle se han adelantado las siguientes actividades:

a) Investigación a nivel mundial, tratando de obtener la transferencia de tecnología que solucione las molestias ocasionadas por la quema de la caña;

b) Adquisición de una red metereológica;

c) Adquisición de un equipo de medición de partículas;

d) Obtención de variedades erectas y de alto deshoje para facilitar el cambio de la tecnología utilizada actualmente.

De los anteriores informes concluye la Sala que se han venido implementando y desarrollando las recomendaciones originadas en el estudio tantas veces mencionado.

Por consiguiente y a pesar de la aparente contradicción de la frase del literal c) del artículo 127 del Decreto 02 de 1982 con los artículos 8°, 79 y 80 de la C. P., la Sala considera que la alegada contradicción no existe. Por el contrario, de las pruebas aportadas al proceso se deduce que el Ministerio de Salud, previa expedición del permiso para la quema de la caña de azúcar, analizó y evaluó los informes técnicos efectuados por la Universidad de La Salle y Cenicaña.

El análisis de los mencionados estudios exigidos por el Ministerio de Salud indican el cumplimiento de los deberes constitucionales impuestos al Estado en los artículos 7°, 79 y 80 de la C.P. Por lo demás, la simultaneidad en la protección de los recursos naturales y del medio ambiente, así como la protección y garantía a la iniciativa privada, a la actividad económica, deben en casos como el presente, conjugarse en bien de la economía del país siempre y cuando no se atente contra los recursos naturales y el derecho a gozar de un ambiente sano, lo cual en el caso *sub examine* no se probó plenamente.

Por último, resalta la Sala que los principios constitucionales previstos en los artículos 8°, 79 y 80 de la C.P. han tenido un desarrollo legal entre otras normas en las Leyes 9ª de 1979, 99 de 1993 y en el Decreto Reglamentario 948 de 1995, frente a las cuales no es posible hacer análisis alguno, por cuanto el demandante no planteó violación a ninguna de dichas normas.

Por las anteriores razones, la Sala habrá de 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:**

1°. DENÍEGANSE las súplicas de la demanda.

2°. Devuélvase la suma depositada para gastos ordinarios del proceso o su remanente.

3°. En firme esta sentencia, archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 9 de noviembre de 1995.

*Libardo Rodríguez Rodríguez,* Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Nubia González Cerón, Rodrigo Ramírez González.*

NOTA DE RELATORIA: Se aplica la jurisprudencia del 14 de enero de 1991.

**SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE / TARIFA DE TRANSPORTE - Fijación / MINISTERIO DE TRANSPORTE - Funciones**

**El Decreto Reglamentario 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 es el costo del transporte metropolitano y/o urbano, incluyendo el rubro "recuperación de capital"; que para 1995, es el incremento del 18% que se estableció como meta de inflación; que dicho incremento se hará de manera escalonada y separada de las fechas de ajuste en el precio de los combustibles, en tres iustalamentos, no pudiendo 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 sobre las decisiones en materia tarifaria y comunicar posteriormente con copia del acto respectivo a los mencionados organismos. El inciso final del artículo 6° de la Ley 105 de 1993 prevé que las autoridades competentes del orden metropolitano, distrital y municipal "para la fijación de tarifas calcularán los costos del transporte metropolitano y/o urbano incluyendo el rubro "recuperación de capital". *De acuerdo con los parámetros que establezca el Ministerio de Transporte*".**

**SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE / TARIFA DE TRANSPORTE - Fijación / ALCALDE - Funciones / AUTONOMIA TERRITORIAL / TRANSPORTE PUBLICO TERRESTRE / MINISTERIO DE TRANSPORTE - Funciones**

**Las autoridades del orden metropolitano, distrital y municipal son las competentes para adoptar las decisiones en materia tarifaria. Asunto diferente es que por mandato del inciso final del artículo 6° de la Ley 105 de 1993, deban sujetarse a los parámetros señalados por el**

**Ministerio de Transporte para la fijación de las tarifas qne se cobren a los nsuarios del transporte público terrestre, lo cual en manera alguna atenta contra la autonomía de aquéllas, pues resulta claro que dicha autonomía no es ni puede ser absoluta, sino que debe ejercitarse dentro de los límites que señalan la Constitución y la ley y en tratándose de las tarifas del transporte, debe guardar armonía con las disposiciones que para el mismo ha previsto el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Transporte.**

## INFLACION / TARIFA DE TRANSPORTE / PACTO SOCIAL / INTERVENCION ESTATAL / SERVICIOS PUBLICOS / SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE

**Del texto del artículo 6º de la Ley 105 de 1993, que se invocó como fundamento para la expedición del acto acusado y que se indica como quebrantado, no se infiere la prohibición de consultar la política del Gobierno Nacional en materia inflacionaria para el señalamiento de los parámetros para la fijación de las tarifas del transporte. Y es que tal política no puede resultar ajena a la materia que ocupa la atención de la Sala, pues el transporte forma parte de la política económica del Gobierno. Según se lee en el docmnento contentivo de los propósitos del Pacto Social. "... El Pacto Social de Productividad, Precios y Salarios busca comprometer los esfuerzos de la sociedad colombiana para que los precios y remuneraciones se fijen en función del objetivo común de reducir gradualmente la indización de la economía colombiana; busca reemplazar el conflicto distributivo asociado con la inflación inercial por un acuerdo que conduzca a la reducción sostenida de la inflación e incorpora la productividad como una de las variables esenciales para garantizar un crecimiento económico sostenido y equitativo...". Dicho propósito general está acorde con lo dispuesto en el artículo 334 de la Carta Política, que autoriza al Estado para intervenir en los servicios públicos y privados como una manera de intervenir en la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de calidad de vida de habitantes y una distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo. Por lo demás, cabe tener en cuenta que, según se advierte en el texto del Decreto 105 de 1993, el único factor que a través de él se estableció como parámetro para la fijación de las tarifas incluye "el costo de recuperación de capital", lo cual armoniza con lo dispuesto en el inciso final del artículo 6º de la mencionada Ley 105, que previó tal inclusión.**

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., dieciséis (16) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Radicación número 3337.

Acción: Nulidad.

Actor: Pedrito Tomás Pereira Caballero.

El ciudadano PEDRITO TOMAS PEREIRA CABALLERO, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda ante esta Corporación tendiente a obtener la declaratoria de nulidad del Decreto número 105 de 13 de enero de 1995 **"por el cual se reglamenta la Ley 105 de 1993"**, expedido por el Gobierno Nacional.

Dicha demanda fue coadyuvada, en el mismo texto del libelo demandatorio, por los ciudadanos Rafael Arturo Patiño Londoño y Francisco Antonio Díaz Rubio.

## I. FUNDAMENTOS DE DERECHO

En apoyo de sus pretensiones adujo el actor, en esencia, los siguientes cargos de violación.:

1°. El Decreto acusado viola el artículo 150 numeral 21 de la Constitución Política ya que el Gobierno buscó una intervención de tipo económico en el servicio público de transporte porque no de otra manera se entiende que hubiera señalado un único factor para la fijación de las tarifas de transporte, como es el de determinar que el cálculo para el incremento de los costos y fijación de las tarifas sólo podría realizarse con base en la meta de la inflación; que el incremento tarifario sólo 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 sólo puede realizarse en tres instalamentos como mínimo. Al proceder de esta manera se arrogó funciones que corresponden al legislador ordinario.

También se violó el artículo 13 *ibidem,* pues a las demás industrias y sectores se les invitó a colaborar en la política del Gobierno para lograr el cometido del Pacto Social, mientras que al sector transporte se le impusieron las exigencias del Decreto acusado.

2°. El Decreto acusado viola el artículo 113 *ibidem* porque el Ejecutivo invadió la órbita del órgano legislativo extralimitándose en sus funciones, ya que la forma

como fue expedido no puede considerarse como una colaboración armónica entre el Ejecutivo y el Legislativo.

3°. Se violó el artículo 287 *ibidem* 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 número 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 número 1787 de 1990, pues se les impusieron unos criterios distintos de los señalados en estas normas.

4°. Se violó el artículo 333 *ibidem* cuando el Decreto acusado señala un tope a los costos para la fijación de la tarifa y le impide superar el porcentaje del 18%, indicando que por lo menos deben existir tres 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 número 1787 de 1990, vigente por voluntad de la Ley 105 de 1993 (artículo 69 transitorio).

5°. Se violó el artículo 334 *ibidem,* pues como se expresó en el primer cargo el Gobierno se arrogó funciones que sólo competen al órgano legislativo.

6°. Se violó el artículo 1° del Decreto-ley número 80 de 1987 porque el Decreto acusado está 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 de los Ministerios de Transporte y de Desarrollo para cumplir con las disposiciones de aquél, 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 otorgó a los municipios.

7°. Se violo el artículo 97 del Decreto número 1787 de 1990 porque el Decreto acusado señala parámetros totalmente distintos de los allí previstos.

8°. Se violó el artículo 6° 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 han diseñado ni establecido:

b) No determinó el Decreto acusado la forma técnica para realizar el cálculo del rubro "recuperación de capital" y por lo tanto está causando un deterioro de inversionista, atentando contra el proceso de actualización y modernización del parque automotor, dejando de cumplir la obligación del Estado prevista en el literal e) del artículo 2° 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 uso 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. TRAMITE DE LA ACCION

II.1 A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión, fijación en lista, probatoria y alegaciones.

## II.2 CONTESTACION DE LA DEMANDA

La Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público-, a través de apoderado, contestó oportunamente la demanda, y para oponerse a la prosperidad de sus pretensiones adujo, principalmente, lo siguiente:

1°. No se puede pretender que la Ley 105 de 1993 agote los contenidos normativos relacionados con los costos en los cuales se incurre por la prestación del servicio público de transporte y la fijación de las tarifas correspondientes.

Para que el mandato establecido en el artículo 6° de dicha ley tenga eficacia se requiere que efectivamente el Gobierno Nacional defina los parámetros que deben tener en cuenta las autoridades locales para proceder a fijar las tarifas que se cobren por la prestación del servicio público de transporte.

2°. El Decreto acusado no puede sino desarrollar el marco fijado por la Ley 105 de 1993. El objeto del mismo es la definición de los parámetros que deben seguir las autoridades municipales, distritales y metropolitanas para la definición de los costos sobre los cuales se fijarán las tarifas del servicio público de transporte.

Las normas del Decreto acusado si bien contienen algunos elementos económicos no pretenden desconocer la competencia que al respecto tiene el Legislativo y como tales normas únicamente pretenden tener efecto durante el año de 1995, mal podría una ley, por su carácter general y abstracto y su vocación de permanencia en el tiempo, ocuparse de esta temática, que, por lo demás, está sujeta a cambios permanentes que requerirían modificaciones legislativas igualmente permanente.

3°. El Decreto acusado no deroga ni modifica el Decreto-ley 80 de 1987, pues la competencia para fijar tarifas sigue radicada en las autoridades metropolitanas, distritales y municipales.

Es la propia Ley 105 de 1993 la que prescribe que el Gobierno Nacional establezca unos parámetros con el objeto de que las autoridades competentes procedan a fijar las tarifas a que se refiere el artículo 6° *ibidem*.

El Decreto número 1787 de 1990 no es un Decreto con fuerza de ley de tal manera que puede ser modificado por otro Decreto que en virtud de la jerarquía normativa tiene aptitud para ello.

Si tal Decreto fuera considerado de mayor jerarquía que el Decreto acusado los fenómenos de modificación o derogatoria se producirían entre aquél y la Ley 105 de 1993.

4°. El Decreto acusado resulta ser desarrollo de la Ley 188 de 1995 o Plan Nacional de Desarrollo e Inversiones 1995-1998, ley que constitucionalmente tiene una jerarquía superior a la de las demás leyes ordinarias.

## III. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado de lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado en su vista de fondo se muestra partidario de que se denieguen las súplicas de la demanda por cuanto considera que la finalidad buscada por el Gobierno Nacional al expedir el Decreto acusado fue detallar los contenidos normativos de la Ley 105 de 1993 y ello no implica una intervención del Ejecutivo en materias de tipo económico. El incremento de las tarifas de transporte y el aumento gradual de los costos por la prestación del servicio, conforme con el tope inflacionario establecido por el Gobierno, obedece precisamente a una actuación en armonía con los actuales fines sociales del Estado, orientación dentro de la cual se creó el Pacto Social.

El tope de inflación señalado por el Gobierno para regular el precio de los productos y servicios no fue de aplicación exclusiva para el sector transporte, sino que se impuso como política general a todos los campos de la actividad nacional con miras a lograr una relación armónica entre el poder adquisitivo de los ingresos y el costo de vida.

## IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El Decreto Reglamentario número 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 es el costo del transporte metropolitano y/o urbano, incluyendo el rubro "recuperación de capital"; que para 1995, es el incremento del 18% que se estableció como meta de inflación; que dicho incremento se hará de manera escalonada y separada de las fechas de ajuste en el precio de los combustibles, en tres instalamentos, no pudiendo 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 sobre las

decisiones en materia tarifaria y comunicar posteriormente con copia del acto respectivo a los mencionados organismos.

Del contenido de dicho Decreto se deduce que no se tuvieron en cuenta para efectos de la fijación de tarifas los criterios previstos en el artículo 97 del Decreto número 1787 de 1990, pues claramente se lee en aquél que el incremento del 18%, meta de inflación, es el único factor que deben tener en cuenta las autoridades competentes del orden metropolitano, distrital y municipal.

Conforme al artículo 69 transitorio de la Ley 105 de 1993, **"por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones"** las normas vigentes para la regulación, control y vigilancia del servicio público del transporte terrestre "*SEGUIRÁN VIGENTES HASTA CUANDO SE HAYAN EXPEDIDO LAS NUEVAS NORMAS*" (resalta en mayúsculas la Sala fuera de texto).

El inciso final del artículo 6° ibídem prevé que las autoridades competentes del orden metropolitano, distrital y municipal "para la fijación de tarifas calcularán los costos del transporte metropolitano y/o urbano incluyendo el rubro 'recuperación de capital', DE ACUERDO CON LOS PARAMETROS QUE ESTABLEZCA EL MINISTERIO DE TRANSPORTE" (las mayúsculas son de la Sala).

De lo anterior infiere la Sala que lo relacionado con los parámetros para la fijación de tarifas guarda relación con la regulación, control y vigilancia del servicio público de transporte, de tal manera que con la expedición del acto acusado, en cuanto a tal fijación concierne, las disposiciones del artículo 97 del Decreto número 1787 de 1990, por voluntad de la Ley 105 de 1993, dejaron de estar vigentes, descartándose así la transgresión del referido artículo 97 y, por ende, la del artículo 333 de la Carta Política, a que aluden los cargos 4° y 7° del libelo demandatorio.

Siendo indiscutible que el legislador facultó al Ministerio de Transporte para señalar los parámetros a los cuales debían sujetarse las autoridades competentes para el cálculo de las tarifas, amén de que por mandato del artículo 6° numeral 6° del Decreto 2171 de 1992, que tiene la misma fuerza normativa que la ley, por haber sido expedido en ejercicio de la facultad conferida por el artículo transitorio 20 de la Carta Política, corresponde al Ministerio de Transporte "fijar la política del Gobierno Nacional en materia de tarifas del transporte nacional e internacional en todos los modos...", no resultan de recibo los cargos 1°, 2° y 5°, en los cuales el actor parte de la premisa de que con la expedición del acto acusado el Gobierno Nacional se arrogó facultades del legislador.

En cuanto a la violación del artículo 13 de la Constitución Política, a que se contrae también el cargo 1°, cabe señalar que, de una parte, del texto del inciso final

del artículo 6° de la Ley 105 de 1993 no se deduce que la autorización otorgada al Ministerio de Transporte para el señalamiento de los parámetros que debían tenerse en cuenta por las autoridades competentes en la fijación de las tarifas estuviera condicionada a la previa invitación al sector del transporte a colaborar con los cometidos del Pacto Social; y, de otra parte como lo advierte el Agente del Ministerio Público, la política que informó dicho Pacto no sólo se impuso al sector del transporte sino a todos los campos de la actividad nacional.

En lo concerniente a los cargos 3° y 6° de la demanda, que se sustentan en la violación de los artículos 287 de la Carta Política y 1° del Decreto-ley 80 de 1987, para la Sala tampoco tienen vocación de prosperidad.

En efecto, según se advierte claramente en el texto del artículo 5° del Decreto acusado las autoridades del orden metropolitano, distrital y municipal son las competentes para adoptar las decisiones en materia tarifaria. Asunto diferente es que por mandato del inciso final del artículo 6° de la Ley 105 de 1993, deban sujetarse a los parámetros señalados por el Ministerio de Transporte para la fijación de las tarifas que se cobren a los usuarios del transporte público terrestre, lo cual en manera alguna atenta contra la autonomía de aquéllas, pues resulta claro que dicha autonomía no es ni puede ser absoluta, sino que debe ejercitarse dentro de los límites que señalan la Constitución y la ley y en tratándose de las tarifas del transporte, debe guardar armonía con las disposiciones que para el mismo ha previsto el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Transporte porque, como ya se dijo, es a esta entidad a quien por mandato del artículo 6° numeral 6° del Decreto 2171 de 1992, corresponde "fijar la política del Gobierno Nacional en materia de tarifas del transporte nacional e internacional en todos los modos...".

Finalmente, en lo tocante al cargo 8°, para la sala no está llamado a prosperar, por lo siguiente:

No es cierta la aseveración del actor en cuanto a que el acto acusado no diseñó ni estableció los parámetros para la fijación de tarifas y desbordó el límite de la facultad otorgada por la Ley 105 de 1993, pues de su contenido claramente se advierte que la meta inflacionaria del 18% constituyó el único factor para tal efecto.

Del texto del artículo 6° de la Ley 105 de 1993, que se invocó como fundamento para la expedición del acto acusado y que se indica como quebrantado, no se infiere la prohibición de consultar la política del Gobierno Nacional en materia inflacionaria para el señalamiento de los parámetros para la fijación de las tarifas del transporte. Y es que tal política no puede resultar ajena a la materia que ocupa la atención de la Sala, pues el transporte forma parte de la política económica del Gobierno.

Según se lee en el documento obrante a folios 155 a 176, contentivo de los propósitos del Pacto Social "... El Pacto Social de Productividad, Precios y Salarios busca comprometer los esfuerzos de la sociedad colombiana para que los precios y remuneraciones se fijen en función del objetivo común de reducir gradualmente la indización de la economía colombiana; busca reemplazar el conflicto distributivo asociados con la inflación inercial por un acuerdo que conduzca a la reducción sostenida de la inflación e incorpora la productividad como una de las variables esenciales para garantizar un crecimiento económico sostenido y equitativo..." (folio 157).

Dicho propósito general está acorde con lo dispuesto en el artículo 334 de la Carta Política, que autoriza al Estado para intervenir en los servicios públicos y privados como una manera de intervenir en la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes y una distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo.

Por lo demás, cabe tener en cuenta que, según se advierte en el texto del Decreto 105 de 1993, el único factor que a través de él se estableció como parámetro para la fijación de las tarifas incluye "el costo de recuperación de capital", lo cual armoniza con lo dispuesto en el inciso final del artículo 6° de la mencionada Ley 105, que previó tal inclusión.

Las consideraciones precedentes conducen a la Sala a denegar 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:**

DENÍEGANSE las pretensiones de la demanda.

Devuélvase al actor la suma de dinero depositada para gastos ordinarios del proceso, por no haber sido utilizada.

Cópiese, notifíquese, publíquese en los **Anales del Consejo de Estado** y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 16 de noviembre de 1995.

*Libardo Rodríguez Rodríguez,* Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Nubia González Cerón, Rodrigo Ramírez González.*

**ACCION DE CUMPLIMIENTO / PROTECCION AL MEDIO AMBIENTE / CORPORACION AUTONOMA REGIONAL - Poder de Policía / OBLIGACION CLARA, EXPRESA Y EXIGIBLE - Inexistencia / MANDAMIENTO EJECUTIVO - Improcedencia**

**La acción de cumplimiento procede contra obligaciones claras, expresas y exigibles y no ante obligaciones de carácter abstracto y general como las contenidas en el art. 30 de la Ley 99 de 1993. No obstante lo anterior, ello no implica que cuando la obligación se encuentra plenamente determinada en una ley, no deba procederse a librar mandamiento ejecutivo, pues es el mismo precepto constitucional que consagra la acción de cumplimiento, el que así lo dispone. La Sala encuentra que en efecto algunas de las normas arriba transcritas los arts. 30, 31, 83 y 85 de la Ley 99 de 1993, los arts. 2º y 3º del Decreto 1275 de 1994 y el art. 127 del Decreto-ley 2811 de 1974 se refieren al poder de policía de que se encuentran investidas las Corporaciones Autónomas Regionales, pero considera que ellas no son suficientes para librar el mandamiento ejecutivo a que se contrae la presente controversia, pues además la parte actora ha debido demostrar que al municipio de Cali le compete la ejecución de la obra tendiente a ampliar la capacidad hidráulica respeto del cauce del río Lilí del puente para flujo vehicular ubicado en el sector donde residen los demandantes.**

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

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

Consejero Ponente: Doctor *Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Radicación número 3453.

Acción de cumplimiento.

Actores: Rodolfo Ramos y otros.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado de los actores, contra el auto de 5 de junio de 1995, proferido por la Sección Primera del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en cuanto se abstuvo de proferir mandamiento ejecutivo en contra de la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca, C.V.C.

## I. ANTECEDENTES

I. 1. Los ciudadanos Rodolfo Ramos, Jaime López, Yesid Vargas, Omar Herrera Casallas, Magdalena Arango Ospina, Jenny Ochoa de Arango Uribe, Alfonso Victoria Zúñiga, Carlos León Arteaga, Alvaro Lozada Trujillo, Jaime Jarro Lobo, Marina Daza Palacios, William Urrego Gallego, Patricia Lizcano de Morales, Víctor García Perea, Alvaro Correa, Jaime Iván Múnera González, Luz Marina Peláez, Aura María Sanabria, José Bautista, Manuel Spir, Omar Bustamante Ospina y Jorge Gutiérrez, a través de apoderado y en ejercicio de la acción de cumplimiento consagrada en los artículos 77 y siguientes de la Ley 99 de 1993, presentaron demanda ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca tendiente a que en favor de ellos y de todos los residentes en el municipio de Cali se libre mandamiento ejecutivo en contra de la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca, C.V.C. quien "... dentro de las **48 horas** siguientes a la ejecutoria de la sentencia, procederá a dar cumplimiento a sus funciones dentro del poder de policía en materia ambiental y de recursos naturales **conminando** al municipio de Cali dentro de un término **perentorio** no mayor a un mes, para que destruya o en su defecto inicie y efectúe las obras necesarias para ampliar la capacidad hidráulica respecto al cauce del Río Lilí, del puente para flujo vehicular construido por el municipio de Cali sobre el cauce de tal río, puente situado en la Avenida Cañasgordas o Calle 16 con Carrera 10 de la actual nomenclatura urbana del municipio, a efectos de *conjurar* y *prevenir* nuevas inundaciones y desbordamientos con peligro de las vidas, salud y bines de todos los residentes en el sector, entre los cuales se cuentan mis poderdantes, como consecuencia del actual **subdimensionamiento** de la capacidad máxima a flujo libre de dicho puente...".

I. 2. Como fundamento jurídico de sus pretensiones, el actor cita las siguientes normas:

Constitución Política, artículos 80 y 82.

Decreto-ley 2811 de 1974, artículos 34 literales a) y k); 77 literal c); 80; 83 literal a); 86 inciso 2°; 102; 123; 127; 132 inciso 1°; y 155 literales a) y c).

Decreto número 1541 de 1978, artículos 1° numerales 1, 2 y 6; 2, 3, 5 literal a); 7; 11; 13; 104; 204; 207 numerales 1 literal a), 3, 4 y 8; 123; 239 numeral 1, 253; y 254 numerales 1 y 5.

Decreto número 2857 de 1981, artículo 1°.

Ley 99 de 1993, artículos 23; 30; y 31 numerales 2, 11, 12, 17, 18 y 19.

I. 3. El hecho que dio origen a la presente solicitud fue la precipitación pluviométrica ocurrida el 29 de mayo de 1994 en el municipio de Cali, barrio "Ciudad Jardín", en el sector colindante aguas arriba del puente para flujo vehicular, colindante además con el cauce aguas arriba del río Lilí, donde tienen sus casas de habitación los demandantes.

Dicha precipitación motivó el desbordamiento del cauce del río Lilí, afectando por inundación, a niveles de más de dos (2) metros, las viviendas de los actores, sus bienes, vehículos, enseres, electrodomésticos, etc., con grave riesgo para su salud y vidas, lo que se comprueba con el informe CVC-ST-DET-HC-94-06 de junio de 1994.

Ante la inundación sufrida los demandantes solicitaron el 8 de junio de 1994 a la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca, C.V.C., les informara los antecedentes de desbordamiento del río Lilí, las causas del mismo, los riesgos de que un caso similar al ocurrido se repita y que a quién corresponde la remoción de escombros de obras adelantadas por las Empresas Municipales de Cali, Emcali en el sector.

La anterior petición fue contestada por la demandada en comunicación sin número de 15 de julio de 1994, repitiendo las conclusiones del informe CVC-ST-DET-HC-94-06 ya mencionado.

La Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca concluyó que las causas del desbordamiento del cauce del Río Lilí aguas arriba del puente en cuestión, fueron: 1. La capacidad hidráulica del puente que es mucho menor que la del cauce. 2. Aumento de los desechos de construcción sobre el lecho del río, lo cual produce mayor disminución de la capacidad por sí subdimensionada de los puentes. 3. Incremento urbanístico produciendo escurrimiento de la cuenca y aumento del caudal máximo durante las crecientes.

## II. EL AUTO RECURRIDO

Para adoptar la decisión apelada, el *a quo* razonó, principalmente, de la siguiente manera:

La acción de cumplimiento está consagrada en el artículo 87 de la Constitución Política.

A su turno, la acción de cumplimiento en asuntos ambientales fue regulada en la Ley 99 de 1993, disponiendo que la misma se tramitaría a través del procedimiento de ejecución singular contemplado en el Código de Procedimiento Civil.

Mediante el proceso ejecutivo singular se demandan las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o su causante y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por Juez o Tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial que tenga fuerza ejecutiva conforme a la ley, o de las providencias que en procesos contencioso administrativos o de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia.

El Consejo de Estado en providencia de 28 de septiembre de 1994, expresó su criterio acerca de la acción de cumplimiento reglada en la Ley 99 de 1993, así:

"... Por último conviene recordar cómo para adelantar un proceso ejecutivo singular conforme al Código de Procedimiento Civil, estatuto al cual remite el artículo 77 de la Ley 99 de 1993 para tramitar la acción de cumplimiento se requiere de un título ejecutivo, entendido éste como el documento o documentos auténticos que constituyan plena prueba contra el demandado de la existencia a su cargo de una obligación expresa, clara y exigible. Estos mismos elementos básicos para el éxito de la ejecución considera la Sala deben exigirse para el trámite de la acción de cumplimiento.

Se trata entonces de que la obligación a cargo del demandado sea perfectamente determinada y ofrezca certeza acerca del derecho que se pretende reclamar de tal forma que debe el juzgador encontrar ese derecho suficientemente demostrado, en este caso que las disposiciones y los actos administrativos han sido incumplidos. Pero no se trata de una obligación de carácter abstracta y general como la que regularmente deriva de la ley ni procede contra situaciones ambigüas y controvertidas como las del *sub examine,* se requiere que esa obligación se concrete también regularmente en un acto de la administración mediante el cual se impugna específica y concretamente el cumplimiento de una obligación, la que al ser insatisfecha entonces sí permita el ejercicio de la acción de cumplimiento por las vías del proceso ejecutivo...".

El artículo 30 de la Ley 99 de 1993, señala como objeto de las Corporaciones Autónomas Regionales la ejecución de las políticas, planes, programas y proyectos sobre medio ambiente y recursos naturales renovables.

Por su parte, el artículo 31 *ibidem* establece las funciones de las Corporaciones Autónomas Regionales, de cuyo contexto no se desprende que exista a cargo del

ente público demandado una obligación clara, precisa y actualmente exigible, derivada de precisa ejecución de planes previstos en un programa aprobado y con destinación presupuestal.

En el caso de autos el derecho como tal no se halla suficientemente demostrado, pues se está ante una obligación de carácter abstracto y general, como las que se derivan de las funciones señaladas en el artículo 30 de la Ley 99 de 1993, siendo claro que la acción de cumplimiento no procede contra situaciones difusas y controvertidas como la del *sub lite*.

El ente regional mediante comunicación de 27 de octubre de 1994, fue enfático en manifestar que realiza obras de protección contra inundaciones para particulares, cobrando los costos por el sistema de valorización cuando ellos lo soliciten, sin que haya recibido de los aquí reclamantes solicitud en tal sentido.

Al no haber aportado la parte actora el documento documentos que constituyen plena prueba de la existencia de una obligación clara, expresa, precisa y exigible a cargo de la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca, elementos que son básicos para el éxito de la ejecución, el Tribunal se abstiene de proferir contra ella mandamiento ejecutivo, teniendo como conclusión no acceder a las pretensiones del libelo.

## III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Los motivos de discrepancia del apoderado de los recurrentes con el auto apelado pueden resumirse así:

El informe de 27 de octubre de 1994 de la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca, C.V.C., permite observar que la misma desconoce, ignora e incurre en el incumplimiento de sus funciones en materia ambiental, las cuales le han sido asignadas por la ley.

De igual manera la entidad demandada desconoce el poder de policía a ella atribuido en virtud de los artículos 83, 84 y 85 de la Ley 99 de 1993.

A las Corporaciones Autónomas Regionales no sólo se les han asignado las funciones a que hace alusión el Tribunal en la parte motiva de su providencia (artículo 30 de la Ley 99 de 1993), sino también las contenidas en los artículos 83 *ibidem*, 2° y 3° del Decreto número 1275 de 1994 (reglamentación específica para la C.V.C.); y primordialmente la de "ejercer la función de máxima autoridad ambiental en el área de su jurisdicción, de acuerdo con normas de carácter superior y conforme a los criterios y directrices trazadas por el Ministerio de Medio Ambiente" (artículo 31 numeral 2 de la Ley 99 de 1993).

Si lo anterior se coordina con el artículo 30, el numeral 17 del artículo 31 y el literal c) del numeral 2 del artículo 85 de la Ley 99 de 1993, se puede ver que para

el caso analizado sí había unas normas de carácter suficientemente específico para demandar el cumplimiento de las funciones de la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca, conforme a la pretensión invocada en la demanda que dio origen al proceso.

Al remitirse a la providencia del Consejo de Estado de 28 de septiembre de 1994, la cual señala que la obligación a cargo del demandado debe estar perfectamente determinada y ofrecer certeza acerca del derecho que se pretende reclamar, olvidó el Tribunal considerar el medio de prueba documental 1 de la demanda en cuanto a la petición efectuada por todos los poderdantes fechada el 8 de junio de 1994, la contestación de la C.V.C. de 15 de junio del mismo año, a más de que no consideró la apreciación de la parte actora respecto del oficio de 27 de octubre de 1994 de la C.V.C., lo cual configura violación indirecta de la ley sustancial por indebida apreciación de la prueba.

En la providencia recurrida el Tribunal omitió referirse en su parte motiva a lo dispuesto en forma imperativa en el artículo 107 inciso 2° de la Ley 99 de 1993: "Las normas ambientales son de orden público y no podrán ser objeto de renuncia a su aplicación por las autoridades o por los particulares".

Así mismo, el *a quo* omitió considerar lo expresado en el artículo 85 numeral 2 literal c) de la Ley 99 de 1993, concordante con el artículo 127 del Decreto-ley 2811 de 1974.

La interpretación que el *a quo* da a la providencia de 28 de septiembre de 1994 del Consejo de Estado no puede ser compartida, ya que la filosofía e intención del legislador al reglamentar la acción de cumplimiento en materia ambiental fue la misma del Constituyente (artículo 87 de la Carta Política), esto es, garantizar a los administrados y al Estado mismo la debida atención de las funciones administrativas asignadas en materia ambiental a las autoridades, entre ellas el eficaz y adecuado ejercicio del poder de policía por parte de la C.V.C.

Para el ejercicio de la presente acción, el título ejecutivo no se desprende de una obligación general o abstracto como lo dice el auto apelado, ni de un programa o proyecto de desarrollo, ni de ningún otro instrumento negociable o acto administrativo incumplido por la administración, ni de ningún contrato con fuerza obligante, sino de la ley misma, no siendo excusa alguna la ignorancia de la autoridad ambiental encargada de cumplirla (artículo 9° Ley 153 de 1887), puesto que la normatividad por sí misma es obligante.

## IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer término, la Sala observa que comparte lo expuesto por el *a quo* en el sentido de que la acción de cumplimiento procede contra obligaciones claras,

expresas y exigibles y no ante obligaciones de carácter abstracto y general como las contenidas en el artículo 30 de la Ley 99 de 1993.

No obstante lo anterior, ello no implica que cuando la obligación se encuentre plenamente determinada en una ley, no deba procederse a librar mandamiento ejecutivo, pues es el mismo precepto constitucional que consagra la acción de cumplimiento, el que así lo dispone (artículo 87).

Sobre el particular, esta Sección se remite a lo expuesto en el auto proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 15 de agosto de 1995, (Consejera Ponente, doctora Consuelo Sarria Olcos, expediente número 2820, Actor: Luan Londoño y otra):

> "... En efecto, las autoridades públicas que actúan dentro de un Estado de Derecho están sometidas al principio de la legalidad, el cual implica que sólo pueden realizar aquellas actividades que les han sido atribuidas como competencias propias de su cargo y respecto de las cuales tienen la obligación de ejercerlas y cumplirlas. Sí las cosas, más que un título ejecutivo en el que conste una obligación clara, expresa y exigible, la ley es para las autoridades que ejercen funciones públicas, la fuente de la cual deriva su potestad de ejercicio y a la vez su obligación de ejercer o realizar una actividad que constituye la concreción de una función estatal...".

La parte actora señala que si se examinan coordinadamente los artículos 30, 31 numeral 17, 83 y 85 literal c) del numeral 2 de la Ley 99 de 1993 con los artículos 2° y 3° del Decreto número 1275 de 1994 y con el artículo 127 del Decreto número 2811 de 1974, se puede ver que en el presente caso sí existen normas de carácter suficientemente específico para demandar el cumplimiento de las funciones de la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca, conforme a la pretensión invocada en la demanda, esto es, que dicha entidad dentro de las 48 horas siguientes a la ejecutoria de la sentencia procede a dar cumplimiento a sus funciones en ejercicio del poder de policía en materia ambiental y de recursos naturales, conminando al Municipio de Cali para que dentro de un término perentorio no mayor de un mes, destruya o en su defecto inicie y efectúe las obras necesarias para ampliar la capacidad hidráulica respecto del cauce del río Lilí, del puente para flujo vehicular construido por el municipio de Cali sobre el cauce de tal río, puente situado en la Avenida Cañasgordas o Calle 16 con Carrera 10, a efectos de conjurar y prevenir nuevas inundaciones y desbordamientos con peligro de las vidas, salud y bienes de todos los residentes en el sector, como consecuencia del subdimensionamiento de la capacidad máxima a flujo libre de dicho puente.

Las normas a que alude la parte actora son del siguiente tenor:

Ley 99 de 1993:

"Artículo 30. *Objeto.* Todas las Corporaciones Autónomas Regionales tendrán por objeto la ejecución de las políticas, planes, programas y proyectos sobre medio ambiente y recursos naturales renovables, así como dar cumplida y oportuna aplicación a las disposiciones legales vigentes sobre su disposición, administración, manejo y aprovechamiento, conforme a las regulaciones, pautas y directrices expedidas por el Ministerio del Medio Ambiente".

"Artículo 31. *Funciones.* Las Corporaciones Autónomas Regionales ejercerán las siguientes funciones:

1. ...

17. Imponer y ejecutar a prevención y sin perjuicio de las competencias atribuidas por la ley a otras autoridades, las medidas de policía y las sanciones previstas en la ley, en caso de violación a las normas de protección ambiental y de manejo de recursos naturales renovables y exigir, con sujeción a las regulaciones pertinentes, la reparación de los daños causados".

"Artículo 83. *Atribuciones de Policía.* El Ministerio del Medio Ambiente y las Corporaciones Autónomas Regionales, además de los departamentos, municipios y distritos con régimen constitucional especial, quedan investidos, a prevención de las demás autoridades competentes, de funciones policivas para la imposición y ejecución de las medidas de policía, multas y sanciones establecidas por la ley, que sean aplicables según el caso".

"Artículo 85. *Tipos de sanciones.* El Ministerio del Medio Ambiente y las Corporaciones Autónomas Regionales impondrán al infractor de las normas sobre protección ambiental o sobre manejo y aprovechamiento de recursos naturales renovables, mediante resolución motivada y según la gravedad de la infracción, los siguientes tipos de sanciones y medidas preventivas:

1. ...

2. Medidas preventivas:

a) ...

c) Suspensión de obra o actividad, cuando de su prosecución pueda derivarse daño o peligro para los recursos naturales renovables o la salud humana, o cuando la obra o actividad que se haya iniciado sin el respectivo permiso, concesión, licencia o autorización".

El Decreto número 1275 de 1994 "por el cual se reestructura la Corporación Autónoma Regional del Cauca, CVC, se crea la Empresa de Energía del Pacífico S.A., EPSA y se dictan otras disposiciones complementarias", por su parte, prescribe:

> "Artículo 2°. *Objeto.* La CVC tiene por objeto la ejecución de las políticas, planes, programas y proyectos sobre medio ambiente y recursos naturales renovables, dar cumplida y oportuna aplicación a las disposiciones legales vigentes sobre su disposición, administración, manejo y aprovechamiento, conforme a las regulaciones, pautas y directrices expedidas por el Ministerio del Medio Ambiente. Igualmente y de conformidad con las Ley 99 de 1993, podrá promover y desarrollar las obras y programas de manejo de aguas, adecuación de tierras y servicios complementarios que permitan intensificar el uso de los suelos y asegurar su mayor productividad, todo ello bajo el criterio de desarrollo sostenible".
>
> "Artículo 3°. *Funciones.* Las funciones de la CVC son las indicadas en el artículo 31 de la Ley 99 de 1993 y las demás que le permitan desarrollar cabalmente su objeto".

El Decreto-ley 2811 de 1974, reza:

> "Artículo 127. Se podrá ordenar la destrucción de obras ejecutadas sin permiso o de las autorizadas que puedan causar daños inminentes que no hayan sido previsibles en épocas de avenidas o crecientes".

La Sala encuentra que en efecto algunas de las normas arriba transcritas se refieren al poder de policía de que se encuentran investidas las Corporaciones Autónomas Regionales, pero considera que ellas no son suficientes para librar el mandamiento ejecutivo a que se contrae la presente controversia, pues además la parte actora ha debido demostrar que al municipio de Cali le compete la ejecución de la obra tendiente a ampliar la capacidad hidráulica respecto del cauce del río Lilí del puente para flujo vehicular, ubicado en el sector donde residen los demandantes.

Lo anterior, máxime si se tiene en cuenta que el Director General de la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca en respuesta a la solicitud formulada por el *a quo* para que informara sobre la forma de cumplimiento de las funciones de la entidad que preside en relación con las obras que se requieren para la ampliación de la capacidad hidráulica del cauce del río Lilí, a fin de prevenir nuevas inundaciones y desbordamientos que afectaron a los habitantes del barrio Ciudad Jardín de Cali a finales del mes de mayo de 1994, manifestó:

> "La CVC no está realizando ninguna obra para ampliar la capacidad hidráulica del río Lilí, puesto que dichas obras deben ser realizadas por los particulares que ocupan las zonas con riesgo de ser inundadas.

La CVC realiza obras de protección contra inundaciones para particulares, cobrando los costos por el sistema de valorización, cuando ellos lo soliciten a la Corporación, y hasta el momento no se ha recibido ninguna solicitud en este sentido.

Por otra parte, la Constructora Meléndez está terminando un estudio en el cual se proponen soluciones para las inundaciones del Río Lilí en el sector de Ciudad Jardín. Dicho proyecto será presentado a la CVC para su revisión y determinar si su construcción requiere licencia ambiental" (folio 101 cuaderno principal).

Alega la recurrente que el Tribunal de instancia olvidó considerar la prueba documental número 1 que se acompañó a la demanda, esto es, la petición elevada por los demandantes el 8 de junio de 1994 al Director General de la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca y la respuesta a la misma.

En dicha petición se solicitó:

"Que la entidad a su cargo, a través de la dependencia a que corresponda, indague a la mayor brevedad posible, los antecedentes del desbordamiento del río y nos suministre una explicación de las causas del mismo. Si existen riesgos de que un caso similar o más grave se repita; y en tal caso, qué medidas precautelativas estarían ustedes tomando y cuáles recomiendan debemos adoptar nosotros" (folios 25 y 26 *ibidem*).

Mediante oficio del 15 de julio de 1994, la entidad demandada informó las causas que dieron origen al desbordamietnod el río Lilí y recomendó:

"... mejorar la capacidad hidráulica de las citadas estructuras cuyo diseño debe tener en cuenta la condición futura de la cuenta en cuanto al área total a construir..." (folio 27 *ibidem*).

Sobre el particular, estima la Sala que la respuesta en cuestión fue muy clara en cuanto recomendó mejorar la capacidad hidráulica, lo que se encuentra en perfecta armonía con el oficio de 27 de octubre de 1994 proveniente también de la Dirección General de la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca, cuya parte pertinente fue transcrita anteriormente.

La parte recurrente afirma que el *a quo* no consideró su apreciación frente al oficio anteriormente citado, en el sentido de que éste la entidad demandada desconoce, ignora e incurre en el incumplimiento de sus funciones en materia ambiental, las cuales le han sido asignadas por la ley, lo que conlleva a la violación indirecta de la ley sustancial por indebida apreciación de la prueba.

Al respecto, esta Corporación estima que no le asiste razón a la parte actora toda vez que la circunstancia de que el fallador, el cual debe valorar las pruebas

obrantes de acuerdo con las reglas de la sana crítica, no coincida con la apreciación que pretende darle aquélla a dichas pruebas, no puede considerarse como violación indirecta de la ley sustancial.

En síntesis, debe confirmarse el auto apelado dado que los demandantes no demostraron cuál es la norma que impone a los municipios la obligación de llevar a cabo las obras hidráulicas requeridas, así como tampoco desvirtuaron lo afirmado por la entidad demandada en cuanto a que corresponde a los particulares la realización de dichas obras o a la CVC en cuanto sea solicitada por éstos, quienes deben asumir su costo por el sistema de valorización.

**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,**

**RESUELVE:**

1°. CONFÍRMASE el auto apelado.

2°. 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 16 de noviembre de 1995.

*Libardo Rodríguez Rodríguez,* Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Nubia González Cerón, Rodrigo Ramírez González.*

NOTA DE RELATORIA: Reitera la jurisprudencia de la Sala Plena del 15 de agosto de 1995.

**AUTONOMIA UNIVERSITARIA - Alcances / CONSEJO NACIONAL DE EDUCACION SUPERIOR - Funciones - EDUCACION SUPERIOR -Autonomía Universitaria / PERSONERIA JURIDICA - Requisitos / CESU - Naturaleza**

**El Consejo Nacional de Educación Superior, es un organismo del Gobierno Nacional vinculado al Ministerio de Educación Nacional, que desde luego, no puede ser objeto de reglamentación en los estatutos o reglamentos internos de las universidades como lo pretende el accionante cuando afirma que es en dichos reglamentos internos donde la universidad determina la forma de participación del estudiantado en los organismos de dirección del centro docente. Además, advierte la Sala que el argumento del demandante, está construido sobre un presupuesto falso, pues, como ya se precisó, el CESU no es un organismo de dirección de la universidad, es un organismo del Gobierno Nacional, con funciones de coordinación, planificación, recomendación y asesoría en materia de educación superior. Dentro de la autonomía universitaria que garantiza la Carta Política, las universidades pueden darse sus estatutos de acuerdo con la ley, que lo es la Ley 30 de 1992. Dicha ley prevé, que el contenido, la forma y los requisitos de esos estatutos serán señalados por el CESU, organismo que fijó esos requisitos los cuales fueron acogidos por decreto reglamentario, es decir, que de conformidad con el mandato constitucional las universidades se dan sus estatutos pero cumpliendo las exigencias que prevé la Ley 30 de 1992 y su Decreto reglamentario 1478 de 1994.**

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

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

Consejera Ponente: Doctora *Nubia González Cerón.*

Radicación número 3368.

Actor: Alejandro Angel Peñaranda Narváez.

Procede la Sección Primera a dictar sentencia de única instancia para resolver la demanda que dio origen al proceso de la referencia, instaurada por el ciudadano Alejandro Angel Peñaranda Narváez en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., con el fin de obtener la declaratoria de nulidad parcial de los Decretos reglamentarios 1229 de 1993, "por el cual se reglamenta la Ley 30 de 1992" y 1478 de 1994, "por el cual se establecen los requisitos y procedimientos para el reconocimiento de personería jurídica de instituciones privadas de educación superior, la creación de seccionales y se dictan otras disposiciones", expedidos por el Gobierno Nacional.

## I. ANTECEDENTES

I.1. Los actos acusados son del siguiente tenor:

**Decreto 1229 de 1993.** "Artículo 1. Para la escogencia de los representantes previstos en el parágrafo del artículo 35 de la Ley 30 de 1992, se procederá así, en cada caso:

"i. Representante de los estudiantes. Cada universidad inscribirá ante el director General del Icfes el nombre del representante de los estudiantes ante el Consejo Superior u organismo que haga sus veces, para que en la Asamblea convocada por el Ministro de Educación Nacional por medio del Icfes, escoja de entre ellos, al representante ante el CESU, previsto en el apartado m. del artículo 35.

Dichos representantes deberán estar matriculados en postgrado o en cualquiera de los dos últimos años o cuatro últimos semestres de carrera".

**Decreto 1478 de 1994.** "Artículo 5°. Los estatutos de la institución estarán en concordancia con los principios y objetivos determinados en los capítulos I y II del Título Primero de la Ley 30 de 1992. Su contenido será el siguiente:

...

"7. La descripción de la organización académica y administrativa básica, en especial la relativa a sus órganos de dirección y administración, sus funciones y el régimen de la participación democrática de la comunidad educativa en la dirección de la institución, teniendo en cuenta que éste debe contemplar la representación por lo menos de un profesor y un estudiante en la Junta o Consejo Directivo o el organismo que haga sus veces".

### I.2 NORMAS PRESUNTAMENTE VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

El accionante considera que los actos acusados violan el artículo 69 de la Constitución Política. Como fundamento de dicha violación expone los argumentos que se resumen a continuación:

El artículo 69 de la C.P. garantiza la autonomía universitaria, la cual encuentra fundamento en la necesidad de que el acceso a la formación académica de las personas tenga lugar dentro de un clima libre de interferencias del poder público tanto en el campo netamente académico como en la orientación ideológica o en el manejo administrativo o financiero del ente educativo.

En ejercicio de su autonomía las universidades gozan de libertad para determinar cuáles habrán de ser sus estatutos, definir su régimen interno, estatuir los mecanismos referentes a la elección, designación y período de sus directivos y administradores, señalar las reglas sobre selección y nominación de profesores, aprobar y manejar su presupuesto, definir los planes de estudio que regirán su actividad económica, pudiendo incluir asignaturas básicas y materias afines con cada plan para que las mismas sean elegidas por el alumno, a efectos de moldear el fin pretendido por cada institución universitaria para sus egresados.

El concepto de autonomía universitaria implica la consagración de una regla general que consiste en la libertad de acción de los centros educativos superiores, de tal modo que las restricciones son excepcionales y deben estar previstas en la ley.

Dentro de la autonomía universitaria debe existir para toda institución de educación superior la posibilidad de estipular, con carácter obligatorio para quienes hacen parte de la comunidad universitaria, un régimen interno que adopta el nombre de reglamento. En este reglamento, la universidad, según su potestad amparada en el artículo 69 de la C.P., determinará los mecanismos de representación a los cuales puedan acceder los estudiantes, sin limitarles su derecho de representación.

## II. ARGUMENTOS DE LA PARTE DEMANDADA

El artículo 69 de la Constitución Política garantiza la autonomía universitaria traducida en comportamientos administrativos de gestión, tales como darse sus reglamentos, estatutos y directivas.

Este nuevo tratamiento universitario no puede considerarse aisladamente sino dentro de un contexto nacional, como lo señala el artículo 1° de la Constitución Política al decir que Colombia es un Estado de Derecho, organizado en forma de República Unitaria.

Si es un Estado de Derecho donde cada asociado debe cumplir normas organizativas frente al otro asociado y, a su vez, los asociados forman una unidad bajo la dirección del Estado, quiere decir que nadie va por su lado frente a los demás y al Estado, sino organizados bajo el control de éste. Por lo tanto, ninguna persona natural o jurídica es independiente jurídicamente, sino que está limitada por los derechos de los demás y por las leyes de convivencia social, las cuales son impuestas por el Estado, quien vigila su cumplimiento.

La autonomía universitaria significa que la institución puede organizarse internamente, dentro de lo que el Estado le permite al reconocerle la calidad de universidad. Pero las actuaciones que trascienden su propia identidad, están determinadas por el Estado. La autonomía no le permite a una universidad comportarse como quiera frente a otras instituciones, las relaciones las regula el Estado.

La autonomía universitaria no puede entenderse sino en armonía con los principios constitucionales consagrados en los artículos 1°, 69, 70, 71, 188, 189, 115 y 365.

## III. TRAMITE DEL PROCESO

De conformidad con las normas del C.C.A., a la demanda se le dio el trámite previsto para el proceso ordinario, de ese trámite merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto de siete de julio de 1995, se admitió la demanda y se ordenó el trámite de rigor (fols. 32 y 33).

Mediante auto de 28 de septiembre de 1995, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir su concepto, la parte demandada y el agente del Ministerio Público presentaron los escritos que obran a folios 100 a 103 y 104 a 108. El demandante no presentó alegato de conclusión.

## IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado ante esta Corporación manifiesta que el fundamento político jurídico a que se encuentra sujeto nuestro sistema de derecho con la adopción del principio denominado de "legalidad", descansa en que la actividad de la administración, las normas que ella expida y los actos que ella profiera deben estar permanentemente sometidos a reglas jurídicas superiores.

Encontrándonos en un Estado Social de Derecho, es en armonía con este predicado que debe ser entendida la llamada "autonomía" que constitucionalmente se le ha reconocido a la universidad colombiana, que no es otra cosa que la capacidad de disponer conforme a la misma Constitución y a la ley, de un margen de manejo y organización a sí misma que le permita a cada institución elegir sus destinos con arreglo a sus propios objetivos según el perfil educativo que los individualiza pero siempre, bajo la suprema dirección del Estado.

Sería entonces ajeno a la disciplina jurídica que nos rige, concebir en aras de una atribuida autonomía, un gobierno despojado del poder de control y de la capacidad de intervención, y un establecimiento educativo dotado de una libertad total y absoluta de hacer y disponer jurídicamente del control superior del Estado.

Como la misma norma supuestamente violada lo establece, la universidad se dará sus propias directivas y estatutos "conforme a la ley", es decir, se le atribuye una relativa autonomía, sometida al control del ordenamiento jurídico.

Resulta claro que con la expedición de los decretos demandados no se está desconociendo la facultad que el imperativo constitucional le otorgó a la universidad colombiana de organizarse hacia el interior y gestionar endógenamente. El legislador mediante tales actos está regulando una relación del ente universitario hacia un organismo independiente del ente educativo, vinculado al Ministerio de Educación Nacional, el Consejo Nacional de Educación Superior, situación que trasciende el marco de autonomía atribuida y que toca campos que competen completamente al gobierno, en ejercicio de la función de suprema inspección y vigilancia sobre instituciones educativas, tal como lo consagra la Ley 30 de 1992, en su artículo 35.

## V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer lugar, considera la Sala necesario precisar el alcance del artículo 69 de la C.P., en cuanto garantiza la autonomía universitaria.

El mencionado texto constitucional preceptúa: "Se garantiza la autonomía universitaria. Las universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la ley.

"La ley establecerá un régimen especial para las universidades del Estado.

"El Estado fortalecerá la investigación científica en las universidades oficiales y privadas y ofrecerá las condiciones especiales para su desarrollo.

"El Estado facilitará mecanismos financieros que hagan posible el acceso de todas las personas aptas a la educación superior".

Del anterior mandato constitucional, es lógico concluir, que la norma predica la "autonomía universitaria", en virtud de la cual las universidades pueden cumplir autónomamente dos situaciones, "darse sus propias directivas" y "regirse por sus propios estatutos", lo cual sólo podrán hacer de acuerdo con la ley. Para las universidades del Estado la ley establecerá un régimen especial.

Ahora bien, la Ley 30 de 1992, "por la cual se organiza el servicio público de educación superior", en el Título Primero, Capítulo VI, reconoce y desarrolla la autonomía universitaria consagrada en la Constitución Política, cuando en sus artículos 28, 29 y 30, reconoce a las universidades el derecho a darse y modificar sus estatutos, designar sus autoridades académicas y administrativas, crear, organizar y desarrollar sus programas académicos, definir y organizar sus labores formativas, académicas, docentes, científicas y culturales, otorgar los títulos correspondientes, seleccionar a sus profesores, admitir a sus alumnos y adoptar sus correspondientes regímenes y

establecer, arbitrar y aplicar sus recursos para el cumplimiento de su misión social y de su función institucional (art. 28).

Igualmente precisa que dicha autonomía estará determinada por su campo de acción de acuerdo con la ley en comento, en los siguientes aspectos:

"a) Darse y modificar sus estatutos.

"b) Designar sus autoridades académicas y administrativas.

"c) Crear, desarrollar sus programas académicos, lo mismo que expedir los correspondientes títulos.

"d) Definir y organizar sus labores formativas, académicas, docentes, científicas, culturales y de extensión.

"e) Seleccionar y vincular a sus docentes, lo mismo que a sus alumnos.

"f) Adoptar el régimen de alumnos y docentes.

"g) Arbitrar y aplicar sus recursos para el cumplimiento de su misión social y de su función Constitucional" (art. 29).

Por último reconoce que es propio de las instituciones de educación superior la búsqueda de la verdad, el ejercicio libre y responsable de la crítica, de la cátedra y del aprendizaje de acuerdo con la mencionada ley (art. 30).

En el Título Segundo, Capítulo I, se crea el Consejo Nacional de Educación Superior (CESU), como un organismo del Gobierno Nacional vinculado al Ministerio de Educación Nacional, con funciones de coordinación, planificación, recomendación y asesoría y de carácter permanente (art. 34).

Dicho Consejo Nacional de Educación Superior, estará integrado de la siguiente manera:

a) El Ministro de Educación Nacional, quien lo preside;

b) El Jefe del Departamento Nacional de Planeación;

c) El Rector de la Universidad Nacional de Colombia;

d) El Director del Fondo Colombiano de Investigaciones Científicas y Proyectos Especiales "Francisco José de Caldas", Conciencias;

e) Un rector de la universidad estatal u oficial;

f) Dos rectores de universidades privadas;

g) Un rector de universidad de economía solidaria;

h) Un rector de una institución universitaria o escuela tecnológica, estatal u oficial;

i) Un rector de institución técnica profesional estatal u oficial;

j) Dos representantes del sector productivo;

k) Un representante de la comunidad académica de universidad estatal u oficial;

l) Un profesor universitario;

m) Un estudiante de los últimos años de universidad;

n) El Director del Icfes, con voz pero sin voto.

Para la escògencia de los representantes establecidos en los literales e), f), g), h), i), j), k), l) y m), el Gobierno Nacional debe establecer una completa reglamentación que asegure la participación de cada uno de los estamentos representados, los cuales tendrán un período de dos años (art. 35).

En virtud de dicho mandato legal y con fundamento en la potestad reglamentaria, el ejecutivo expidió el Decreto reglamentario 1229 de 1992, "por el cual se reglamenta la Ley 30 de 1992", cuyo artículo lo prevé que para la escogencia de los representantes previstos en el parágrafo del artículo 35 de la Ley 30 de 1992, se procederá así, en cada caso:

"i. **Representante de los estudiantes:** Cada universidad inscribirá ante el Director General del Icfes el nombre del representante de los estudiantes ante el Consejo Superior u organismo que haga sus veces, para que en la asamblea convocada por el Ministro de Educación Nacional por medio del Icfes, escoja de entre ellos, al representante ante el CESU, previsto en el apartado m del artículo 35.

"Dichos representantes deberán estar matriculados en postgrados o en cualquiera de los dos últimos años o cuatro últimos semestres de carrera".

Según el demandante el literal i del artículo 35, viola la autonomía de las universidades, reconocida en el artículo 69 de la C.P.

En verdad, la Sala no encuentra tal violación, en primer lugar, porque como ya quedó demostrado, la autonomía de las universidades según el mandato constitucional está circunscrita a dos eventos, darse sus propias directivas y regirse por estatutos propios, de acuerdo con la ley, y, esa concepción constitucional fue desarrollada por la Ley 30 de 1992. Pero además porque nada tiene que ver con las directivas ni con los estatutos y en consecuencia con la autonomía universitaria, la creación del CESU. En efecto el Consejo Nacional de Educación Superior, es un organismo del Gobierno Nacional vinculado al Ministerio de Educación Nacional, que desde luego, no puede ser objeto de reglamentación en los estatutos o

reglamentos internos de las universidades como lo pretende el accionante cuando afirma que es en dichos reglamentos internos donde la universidad determina la forma de participación del estudiantado en los organismos de dirección del centro docente.

Además, advierte la Sala que el argumento del demandante, está construido sobre un presupuesto falso, pues, como ya se precisó, el CESU no es un organismo de dirección de la universidad, es un organismo del Gobierno Nacional, con funciones de coordinación, planificación, recomendación y asesoría en materia de educación superior.

En cuanto a la acusación que formula el demandante al artículo 5°, numeral 7° del Decreto 1478 de 1994, la Sala observa lo siguiente:

El mencionado artículo 5° prescribe que los estatutos de la institución estarán en concordancia con los principios y objetivos determinados en los capítulos I y II del Título Primero de la Ley 30 de 1992. Su contenido será el siguiente:

"7. La descripción de la organización académica y administrativa básica, en especial la relativa a sus órganos de dirección y administración, sus funciones y el régimen de la participación de la comunidad educativa en la dirección de la institución, teniendo en cuenta que éste debe contemplar la representación por lo menos de un profesor y un estudiante en la Junta o Consejo Directivo o el organismo que haga sus veces".

Considera el demandante que el transcrito numeral 7° viola en forma manifiesta el artículo 69 de la C.P. y en sustento de dicha consideración, fundamentalmente afirma que "en ejercicio de su autonomía las universidades gozan de libertad para determinar cuáles habrán de ser sus estatutos".

La Sala no encuentra la alegada violación por las siguientes razones:

Tal como ya quedó advertido y precisado el artículo 69 de la C.P. garantiza la autonomía universitaria la cual debe ser ejercida de conformidad con la ley. Ahora bien, esa ley a la cual hace referencia la Carta Política lo es la Ley 30 de 1992 "por la cual se organiza el servicio público de la Educación Superior".

En materia de estatutos la mencionada ley reconoce que las instituciones universitarias, las escuelas tecnológicas y las instituciones técnicas profesionales pueden darse y modificar sus estatutos exigiendo notificación al Ministerio de Educación Nacional a través del Icfes (art. 29).

Para efectos del reconocimiento de personería jurídica de las instituciones privadas de Educación Superior, la ley en comento señala los documentos que se deben acompañar a la solicitud, entre ellos, los estatutos de la institución, precisando

que el contenido, la forma y requisitos que deberán reunir los documentos requeridos serán señalados por el Consejo Nacional de Educación Superior (CESU) (art. 100).

A este respecto recuerda la Sala tal como ya quedó precisado, que el CESU es un organismo del Gobierno Nacional vinculado al Ministerio de Educación Nacional, con funciones de coordinación, planificación, recomendación y asesoría.

En cumplimiento de las anteriores funciones, en especial de la de asesoría, el CESU señaló el contenido, forma y condiciones que deben reunir los documentos que hay que presentar con la solicitud de reconocimiento de personería jurídica que formula una institución privada de Educación Superior; de ello dan fe los considerandos del Decreto 1478 de 1994 los cuales no han sido controvertidos en este proceso y por lo mismo gozan de las presunciones de legalidad y veracidad.

Por lo anteriormente expuesto, y acogiendo la asesoría del CESU el Gobierno Nacional expide el Decreto 1478 de 1994.

Por consiguiente, huelga concluir que dentro de la autonomía universitaria que garantiza la Carta Política, las universidades pueden darse sus estatutos de acuerdo con la ley, que lo es la Ley 30 de 1992. Dicha ley prevé, que el contenido, la forma y los requisitos de esos estatutos serán señalados por el CESU, organismo que fijó esos requisitos los cuales fueron acogidos por decreto reglamentario, es decir, que de conformidad con el mandato constitucional las universidades se dan sus estatutos pero cumpliendo las exigencias que prevé la Ley 30 de 1992 y su Decreto reglamentario 1478 de 1994.

Por las anteriores razones no prospera el cargo.

Por consiguiente, al no prosperar el cargo formulado por el actor, serán denegadas 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. **DENIEGANSE** las súplicas de la demanda.

Segundo. **DEVUELVASE** la suma depositada para gastos ordinarios del proceso o su remanente.

Tercero. En firme esta sentencia, archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 16 de noviembre de 1995.

*Libardo Rodríguez Rodríguez,* Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Nubia González Cerón, Rodrigo Ramírez González.*

## TEORIA DE LOS MOTIVOS Y FINALIDADES / ACTO DE CARACTER PARTICULAR / ACCION DE NULIDAD - Improcedencia / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO / CADUCIDAD DE LA ACCION

**La demanda se dirige contra actos administrativos creadores de situaciones jurídicas particulares y concretas, en ejercicio de la acción de simple nulidad. La ley no ha previsto la procedencia de la citada acción de simple nulidad contra actos como los que son objeto de la demanda. En el caso de los actos demandados en este proceso, las situaciones jurídicas individuales y concretas a que ellos se refieren tampoco conllevan un interés para la comunidad, de tal naturaleza e importancia que afecte de manera grave y evidente el orden público o económico, que permitiera la procedencia de la acción de simple nulidad sin consagración legal expresa. Aun en el evento de que se interpretara la demanda en el sentido de que la acción ejercida fue la de nulidad y restablecimiento del derecho, tampoco podría considerarse como viable, por cuanto, como lo incluyó el Tribunal *a quo* en la sentencia recurrida, a lo cual se remite la Sala, ello se intentó luego de haber transcurrido el término de caducidad de la misma.**

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

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

Consejero Ponente: Doctor *Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Radicación número 3415.

Actor: Libardo Bravo Solarte.

Procede la Sección Primera a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sección Primera, el 16 de mayo de 1995.

## I. ANTECEDENTES

### a) El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda

El ciudadano Libardo Bravo Solarte, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicitó al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca la declaratoria de nulidad de las Resoluciones números 1149 de diciembre 30 de 1991, "por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede licencia para la Iniciación de Labores al Colegio IDEAS de la ciudad de Santiago de Cali", y 0221 de mayo 20 de 1993, "por la cual se aprueban estudios a nivel Preescolar, Básica Primaria, Básica Secundaria y Media Vocacional", expedidas por la Secretaría de Educación del departamento del Valle del Cauca. igualmente solicitó "que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se ordene la cancelación de la licencia de iniciación de labores y aprobación de estudios otorgados al señor Carlos Germán Duque Martínez, propietario del Colegio 'IDEAS', ubicado en la parcelación Los Mangos, prolongación de la Avenida Guadalupe, de la Ciudad de Santiago de Cali, y se disponga el envío de copia auténtica de la sentencia al señor Alcalde Municipal de Cali a efecto de que disponga el cierre del establecimiento mencionado por no reunir las exigencias de las normas legales".

### b) Los actos acusados

Mediante el primero de ellos, la Resolución N° 1149 de 1991, se adoptaron las siguientes determinaciones: revocar la Resolución N° 977 de octubre 30 de 1991 por medio de la cual se negó Licencia de Iniciación de Labores al Colegio "IDEAS" (art. 1°); otorgar Licencia de Iniciación de Labores para los Niveles de Pre escolar, Básica Primaria, Básica Secundaria y Media Vocacional, solicitada por el señor Carlos Germán Duque Martínez en calidad de propietario y rector de dicho centro educativo (art. 2°) y declarar agotada la vía gubernativa (art. 3°).

Mediante la Resolución N° 0221 de 1993 se dispuso "aprobar por dos (2) años lectivos 1991-1992, 1992-1993, los estudios correspondientes a los niveles de Preescolar, Básica Primaria, Básica Secundaria y Media Vocacional del Colegio IDEAS...", se le autorizó para otorgar el título de Bachiller Académico, se indicó que dicha aprobación "... procede en los términos de alcance y duración establecidos en el artículo primero de esta Resolución, en razón de la existencia del litigio a través del cual se dirime la propiedad sobre el bien inmueble en el que se presta el servicio educativo..." (art. 1°), se ordenó notificar dicho acto al interesado y se indicaron los recursos que procedían contra el mismo (arts. 2° y 3°).

### c) Los hechos de la demanda

Ellos son, en resumen, los siguientes (fls. 17 a 18 Cdno. Ppal.):

1. Mediante escrito de fecha 16 de agosto de 1991, el señor Carlos Germán Duque solicitó al Jefe del Distrito Educativo N° 1B de Cali la legalización de estudios

del Colegio IDEAS; y mediante Resolución N° 977 de 30 de octubre del mismo año la Secretaría de Educación del Departamento del Valle del Cauca negó el otorgamiento de Licencia de Iniciación de Labores. Dicho acto fue revocado por medio de la Resolución N° 1149 de 30 de diciembre de 1991 y, como consecuencia de ello, otorgó la licencia solicitada.

2. La citada Resolución N° 1149 de 1991 se expidió en favor de una persona natural, cuando debió serlo directamente en favor del centro de educación denominado IDEAS, como lo dispone el artículo 9° de Decreto 525 de marzo 6 de 1990.

3. El Ministerio de Educación Nacional, mediante oficio N° 018556 de mayo 28 de 1992, sugirió a la Secretaría de Educación no expedir autorizaciones, permisos y aprobaciones de estudios al Colegio IDEAS por haber nacido a la vida jurídica en forma ilegal e irregular.

4. El Colegio IDEAS carece de personería jurídica y en la Cámara de Comercio de Cali figura como simple establecimiento de comercio.

d) **Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación**

La parte actora considera que los actos cuya declaratoria de nulidad impetra incurren en violación de los artículos 6°, 8°, 9°, 27 "y concordantes" del Decreto 525 de 1990; 1° y concordantes del Decreto 1529 de 1990; 67 inciso quinto de la Carta Política y de la Resolución N° 11007 de 16 de agosto de 1990 expedida por el Ministerio de Educación Nacional, por las razones que, dada la dificultad para resumirlas, se transcriben a continuación en lo esencial:

> "Las resoluciones Nos. 1149 de 30 de diciembre de 1991 y 0221 de fecha 20 de mayo de 1993, emanadas de la Secretaría de Educación del departamento del Valle del Cauca, fueron expedidas siendo ella incompetente, en forma ilegal e irregular, pues de conformidad con el Decreto 525 de 6 de marzo de 1990, expedido por el señor Presidente de la República, el funcionamiento de un establecimiento de educación de la índole del que aquí se trata lo autoriza el señor Gobernador del Departamento, además de que no se obtuvo concepto previo del Centro Experimental Piloto (CEP), pretermisiones e inadvertencias que constituyen violación de los artículos 6° a 9° del Decreto antes citado, aparte de que dicho centro educativo carece de personería jurídica y solamente aparece inscrito en la Cámara de Comercio de Cali como "establecimiento de comercio", lo cual quebranta además el Decreto-ley 1529 fecha 12 de julio de 1990, artículo 1°, según el cual 'El reconocimiento y cancelación de personerías jurídicas de las asociaciones o corporaciones y fundaciones o instituciones de utilidad común que por competencia legal les corresponda a los Gobernadores, se regirán por las disposiciones del presente Decreto', ángulos en los cuales descansa el concepto de la violación base de esta acción ordinaria de nulidad".

"No sobra precisar que para la obtención de licencias para la iniciación de labores y aprobación de estudios de los institutos docentes de educación formal de conformidad con el artículo 6° del Decreto ley 525 de marzo 6 de 1990, se requiere el concepto previo del Centro Experimental Piloto (CEP) de la respectiva entidad territorial, concepto sobre el cual no se habla en ninguna de las resoluciones ameritadas; que de acuerdo con el artículo 8° *ibidem*, se entiende por licencia para iniciación de labores el acto administrativo por medio del cual el Gobernador, Intendente, etc., autoriza el funcionamiento de un instituto docente de educación formal".

"... Los actos administrativos acusados están viciados de nulidad por las siguientes razones legales: a) Se solicitó legalización de estudios y la Secretaría de Educación otorgó licencia de iniciación de labores al rector del colegio 'IDEAS'; b) No se escuchó el concepto previo del Centro Experimental Piloto, de conformidad con el artículo 6° del Decreto-ley 525 de marzo 6 de 1990; c) El Gobernador del departamento del Valle no ha concedido personería jurídica al Colegio 'IDEAS', y d) La Secretaría de Educación del departamento del Valle no atendió las recomendaciones que le hizo el Ministerio de Educación Nacional en el sentido de no expedir autorizaciones, permisos, aprobaciones de estudios a una entidad educativa como el colegio 'IDEAS' que nació a la vida jurídica en forma ilegal e irregular".

e) **Las razones de la defensa**

Ellas son, en síntesis, las siguientes (fls. 60 a 61 y 140 a 143 Cdno. Ppal.):

Los actos acusados se expidieron por la Secretaría de Educación Departamental en virtud de la delegación de funciones otorgadas por el Gobernador mediante Decreto 1186 de septiembre 19 de 1990, el cual se expidió en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 12 del Decreto 525 de 1990.

Al Colegio IDEAS se le otorgó licencia para iniciación de labores y aprobación de estudios por haberse cumplido a cabalidad con las exigencias, requisitos y documentos señalados en los artículos 2 a 7 y 10 a 16 de la Resolución N° 11007 de agosto de 1990, "por la cual se adoptan los procedimientos para la legalización de estudios e institutos docentes de educación formal", proferida por el Ministerio de Educación Nacional, como se constata en los antecedentes administrativos que dieron origen a la expedición de los actos acusados.

Para el otorgamiento de la licencia de iniciación de labores no se requería el concepto previo del Centro Experimental Piloto, por cuanto, como lo expresa el Director de dicho Centro mediante oficio N° 2739 de julio 18 de 1994, el "... plantel ofrece un bachillerato académico con los planes y programas oficiales vigentes... (...) ... (artículo 6° Decreto 525 de marzo 6 de 1990 y parágrafo 2°,

artículo 2° de la Resolución 11007 de agosto 16 de 1990) (Cdno. N° 3 folio 2 del expediente).

La circunstancia de que al Colegio IDEAS no se le haya concedido personería jurídica por parte de la Gobernación del Valle no invalida los actos acusados, por cuanto los institutos docentes privados pueden ser creados u organizados por personas naturales o jurídicas, como lo señala el artículo 2° del Decreto 525 de 1990.

Para la expedición de la Resolución N° 0221 de 1993 no se tuvieron en cuenta las recomendaciones del Ministerio de Educación Nacional, pues ellas "... tuvieron origen en el informe rendido por los inspectores designados por el Ministerio, quienes en gran parte de su gestión se dedicaron a intervenir en las controversias personales surgidas entre el señor *Libardo Bravo*, quien obra como demandante en este proceso, y el propietario del Colegio IDEAS, señor Carlos Germán Duque".

f) **La impugnación de la demanda**

Al proceso compareció en calidad de impugnante el señor Carlos Germán Duque Martínez, propietario y rctor del Colegio IDEAS; para solicitar la denegatoria de las súplicas de la demanda, en sustento de lo cual expresa similares argumentos a los expuestos por la entidad demandada. Manifiesta "... que no es viable legalmente ejercer la acción de nulidad invocada por el actor, porque en su demanda ejerce realmente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, simulando que ejerce solamente la acción de nulidad, para burlar el término de caducidad fijado por el C.C.A. ... (...) ... Los documentos aportados al proceso y las quejas, denuncias y demandas elevadas contra el Colegio IDEAS y contra el suscrito, por el doctor *Libardo Bravo Solarte,* sus abogados y sus asociados de la 'Corporación para la Ciencia y Cultura', entidad que él preside, demuestran que su verdadera pretensión al incoar este proceso no es la defensa del orden legal, que en su realidad no ha sido violado. Su propósito es el de conservar y mejorar sus particulares intereses y preeminencias derivados de su calidad de Presidente de la Corporación aludida" (fls. 100 a 107 y 128 a 139 Cdno. Ppal.).

g) **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 15 de febrero de 1994 se admitió la demanda y se ordenó darle el trámite de rigor (fls. 45 a 46 Cdno. Ppal.).

Mediante providencia de 2 de mayo del citado año se abrió el proceso a pruebas y se decretaron las solicitadas por las partes (fls. 66 a 68 *ibídem*).

Dentro del término de traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir su concepto todas ellas hicieron uso de sus derechos.

## II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante la sentencia recurrida, el tribunal *a quo* se declaró "inhibido para fallar en el fondo por caducidad de la acción", con fundamento en las razones que se indican a continuación (fls. 147 a 150 Cdno. Ppal.):

La causa planteada, por su antecedente administrativo y la prueba recaudada, es expresiva de la controversia o enfrentamiento suscitado entre el Presidente de la Corporación para la Ciencia y la Cultura, señor Libardo Bravo Solarte, y el señor Carlos Germán Duque Martínez, Rector del Colegio IDEAS.

En efecto, de la parte motiva de la Resolución Nº 0977 de 1991, por medio de la cual se negó licencia de iniciación de labores del Colegio IDEAS y de las conclusiones de la Dirección General de Administración Educativa del Ministerio de Educación Nacional en comunicación dirigida al señor Libardo Bravo Solarte, se infiere claramente que "... la SALA no asiste a un debate por un simple interés de la legalidad, sino que acompañan al actor fines y motivos legítimos pero particulares y concretos que lo acreditan con un interés directo en las resultas del proceso.

Por ello, concluye el tribunal, "... si la ley ha regulado una vía especial para el restablecimiento del derecho o el mantenimiento del imperio de la legalidad, no tendrá el administrado la opción para elegir y deberá someterse a ella, si así no lo hiciere, la escogencia de la simple nulidad o de la nulidad y restablecimiento del derecho dará al traste con sus aspiraciones. En la *litis* le correspondía al actor la opción consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, en este orden de ideas, se observa que en las voces del artículo 136 *ibidem*, la oportunidad procesal para acudir a esta jurisdicción para impugnar los actos acusados estaba más que caducada".

## III. LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El recurrente fundamenta su desacuerdo para con la sentencia de primera instancia en las razones que se sintetizan a continuación (fls. 152 a 153 Cdno. Ppal.).

El tribunal interpretó erróneamente la demanda, pues de sus pretensiones se obtiene la certidumbre de que la acción incoada fue la de nulidad con el fin de buscar el mantenimiento del orden jurídico. Por tanto, mal puede hablarse de interés particular y subjetivo, aunque ese supuesto interés en sentir del tribunal se vislumbre de los hechos de la demanda.

Según el tribunal, "...en eventos como este, la parte demandante estaría forzada a instaurar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, lo cual tampoco es cabal porque el demandante a su leal saber y entender elige la acción, correspondiéndole al fallador acogerla o desecharla mediante decisión de fondo, ya que tal aspecto nada tiene que ver con el ámbito formal de la contienda y por ello un

fallo inhibitorio no cabe en este caso, pues la controversia debió definirse mediante decisión de mérito, máxime si como se dijo en la parte motiva de la sentencia la acción de nulidad y restablecimiento del derecho había caducado...".

## IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Delegada ante esta Corporación no emitió concepto.

## V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Luego del estudio de la demanda y de los antecedentes administrativos que dieron origen a la expedición de los actos acusados, para la Sala no cabe duda alguna que mediante el ejercicio de la acción de nulidad el actor no pretende la tutela del orden jurídico y la legalidad abstracta, sino, por el contrario, la tutela de derechos particulares que considera vulnerados no solo por parte de la Administración, sino esencialmente por el ciudadano Carlos Germán Duque Martínez, en la condición de propietario y Rector del Colegio IDEAS, como se evidencia de la simple lectura del informe de la investigación realizada por funcionarios del Ministerio de Educación Nacional sobre "... la problemática de las Instituciones Educativas: Instituto de Educación Activa 'IDEA' y del Colegio IDEAS", obrante a folios 40 a 54 del Cuaderno N° 3, en el cual se destacan, entre otros aspectos, los siguientes:

> "El 3 de septiembre de 1991 inicia labores académicas el nuevo Colegio IDEAS, bajo la Dirección y propiedad del señor Carlos Germán Duque M., utilizando las instalaciones y dotación del Instituto de Educación Activa, IDEA, de propiedad de la Corporación para la Ciencia y la Cultura, sin autorización de su representante legal el señor Libardo Helí Bravo Solarte quien a su vez presenta demanda contra el Rector en mención".
>
> "Con fecha 12 de abril de 1991 el señor Libardo Bravo Solarte Presidente de la ya citada Corporación, inicia ante las autoridades competentes todo un proceso de quejas y denuncias contra Carlos Germán Duque M., Rector Colegio IDEAS, por sustracción de documentos, archivo académico del Colegio IDEAS, desviación de dineros por concepto de pensiones de alumnos, invasión de propiedad privada, manifestando además que como representante legal de la Corporación citada, no ha autorizado al señor Duque M. ni a los padres de familia del Colegio IDEAS para utilizar los bienes muebles e inmuebles y ofrecer servicio educativo, con el antecedente de haber sido desvinculado laboralmente del cargo de rector del Colegio IDEAS, el 3 de abril de 1991".
>
> Ahora bien, en lo referente a la acción de nulidad contra actos creadores de situaciones jurídicas particulares y concretas, como lo es en el caso *sub*

*examine,* en el cual se discute la legalidad de dos Resoluciones que otorgaron licencia de iniciación de labores y estudios del Colegio IDEAS, de propiedad del señor Carlos Germán Duque Martínez, y que afectan en forma directa los intereses individuales de dicho ciudadano, la jurisprudencia de esta Sección ha considerado que ella es procedente "... siempre y cuando la ley haya previsto el uso de ese contencioso objetivo contra el acto individual" (auto de 2 de agosto de 1990 y sentencia de 28 de agosto de 1992), o en los eventos en que esa situación jurídica particular y concreta"... conlleve un interés para la comunidad en general de tal naturaleza e importancia que desborde el simple interés de la legalidad en abstracto, por efectuar de manera grave y evidente el orden público social o económico" (sentencia de 26 de octubre de 1995, Consejero Ponente doctor Libardo Rodríguez Rodríguez, Actor: Rodolfo Vergara Hoyos, Exp. Nº 3332).

De acuerdo con lo anterior, la Sala observa y concluye lo siguiente:

a) La demanda se dirige contra actos administrativos creadores de situaciones jurídicas particulares y concretas, en ejercicio de la acción de simple nulidad;

b) La ley no ha previsto la procedencia de la citada acción de simple nulidad contra actos como los que son objeto de la demanda;

c) En el caso de los actos demandados en este proceso, las situaciones jurídicas individuales y concretas a que ellos se refieren tampoco conllevan un interés para la comunidad, de tal naturaleza e importancia que afecte de manera grave y evidente el orden público o económico, que permitiera la procedencia de la acción de simple nulidad sin consagración legal expresa;

d) Aun en el evento de que se interpretara la demanda en el sentido de que la acción ejercida fue la de nulidad y restablecimiento del derecho, tampoco podría considerarse como viable, por cuanto, como lo concluyó el tribunal *a quo* en la sentencia recurrida, a lo cual se remite la Sala, ello se intentó luego de haber transcurrido el término de caducidad de la misma.

Finalmente, al no ser potestativo del demandante ejercer la acción que él desee, como lo pretende en el caso de autos, puesto que es la ley la que expresa los supuestos sobre los cuales habrá de utilizarse la que corresponda, ello, aunado a lo anteriormente expuesto, fuerza a concluir que la decisión por adoptarse en el asunto *sub examine* no puede ser distinta que la de confirmar la sentencia recurrida en apelación, a lo cual se procederá en la parte dispositiva de este fallo.

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

## FALLA:

*Primero.* CONFÍRMASE la sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 16 de mayo de 1995.

*Segundo.* De conformidad con lo previsto por los artículos 171 del C.C.A. y 392-3 del C. P.C., condénase en costas de esta instancia a la parte actora. Tásense por Secretaría.

*Tercero.* En firme esta providencia, previas las anotaciones de rigor, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

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

*Libardo Rodríguez Rodríguez,* Presidente. *Ernesto Rafael Ariza Muñoz,* aclara voto; *Nubia González Cerrón; Rodrigo Ramírez González.*

**TEORIA DE LOS MOTIVOS Y FINALIDADES / ACTO PARTICULAR DE INTERES GENERAL / ACCION DE NULIDAD - Procedencia / FACULTAD DISCRECIONAL - Improcedencia / SEGURIDAD JURIDICA - Inexistencia / (Salvamento de Voto)**

**Estoy en desacuerdo con la adición que se hizo a la doctrina de los motivos y finalidades en sentencia de 26 de octubre de 1995 (Exp. 3332. Actor: Rodolfo Vergara Hoyos, Consejero Ponente: doctor Libardo Rodríguez Rodríguez), y que se recoge en presente providencia, en el sentido de que la acción de simple nulidad pueda proceder contra un acto creador de una situación jurídica individual y concreta, a pesar de que no haya sido expresamente prevista en la ley, "cuando esa situación conlleve un interés para la comunidad en general de tal naturaleza e importancia que desborde el simple interés de la legalidad en abstracto, para afectar de manera grave y evidente el orden público social y económico". Disiento de tal adición habida cuenta que el hecho de establecer si la situación conlleva un interés para la comunidad y afecta de manera grave y evidente el orden público social y económico queda sujeto al arbitrio judicial, a la discrecionalidad del juez. Dejar la procedencia de la acción de nulidad contra actos particulares al arbitrio judicial equivale, tal como se afirmó en el auto de 2 de agosto de 1990, a "dejar al garete, a la deriva y sin gobierno, los derechos individuales y quitarles a los actos administrativos particulares la virtud de ser ejecutorios. Es, sencillamente, acabar con el principio básico de la seguridad de las relaciones jurídicas que vertebra el derecho colombiano". Otra cosa bien diferente es que en aras de salvaguardar el fin esencial del Estado en garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución se puede ejecutar dicha acción para hacer valer derechos constitucionales en favor del Estado, como los que tiene éste sobre el subsuelo y los recursos naturales renovables, que por su carácter de inenajenables,**

**inembargables e imprescriptibles se pueden hacer valer en cualquier tiempo y ante cualquier autoridad. Tales derechos, por tener arraigo y validez reconocida en la Carta Política (arts. 2° y 332), gozan de la primacía que le es consustancial a la Constitución.**

Aclaración de voto.

Radicación número 3415.

Actor: Libardo Bravo Solarte.

Aun cuando comparto la decisión adoptada, estoy sin embargo en desacuerdo con la adición que se hizo a la doctrina de los motivos y finalidades en sentencia de 26 de octubre de 1995 (Expediente N° 3332, Actor: Rodolfo Vergara Hoyos, Consejero ponente, Libardo Rodríguez Rodríguez), y que se recoge en la presente providencia, en el sentido de que la acción de simple nulidad pueda proceder contra un acto creador de una situación jurídica individual y concreta, a pesar de que no haya sido expresamente prevista en la ley, "cuando esa situación conlleve un interés para la comunidad en general de tal naturaleza e importancia que desborde el simple interés de la legalidad en abstracto, por afectar de manera grave y evidente el orden público social y económico".

Disiento de tal adición habida cuenta que el hecho de establecer si la situación conlleva un interés para la comunidad y afecta de manera grave y evidente el orden público social o económico queda sujeto al arbitrio judicial, a la discrecionalidad del juez.

Dejar la procedencia de la acción de nulidad contra actos particulares al arbitrio judicial, equivale tal como se afirmó en el auto de 2 de agosto de 1990, a "dejar al garete, a la deriva y sin gobierno, los derechos individuales y quitarles a los actos administrativos particulares la virtud de ser ejecutorios.

Es, sencillamente, acabar con el principio básico de la seguridad de las relaciones jurídicas que vertebra el derecho colombiano".

Otra cosa bien diferente es que en aras de salvaguardar el fin esencial del Estado de garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución se pueda ejercitar dicha acción para hacer valer derechos constitucionales en favor del Estado, como los que tiene éste sobre el subsuelo y los recursos naturales renovables, que por su carácter de inenajenables, inembargables e imprescriptibles se pueden hacer valer en cualquier tiempo y ante cualquier autoridad. Tales derechos, por tener arraigo y validez reconocida en la Carta Política (artículos 2° y 332), gozan de la primacía que le es consustancial a la Constitución.

Por lo anterior, estimo que la tesis sostenida en el auto de 2 de agosto de 1990, aunada con la antes expuesta, dada su precisión, suministra certeza y seguridad

jurídicas al administrado y no queda éste así sujeto al arbitrio judicial, al vaivén de los cambios jurisprudenciales.

Fecha, *ut supra.*

*Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

**ISS - Reestructuración / CONSEJO DIRECTIVO DEL ISS - Facultades / SANCION - Normatividad / GERENTE SECCIONAL DEL ISS - Incompetencia / DELEGACION DE FUNCIONES - Improcedencia**

**Con la expedición del Decreto Nº 2148 de 30 de diciembre de 1992 "Por el cual se reestructura el Instituto de Seguros Sociales -ISS- (artículo 42), fueron derogados expresamente los artículos 35 y 57 del Decreto-ley 1650 de 1977 en lo que respecta a las funciones del Director General de dicho Instituto, y tácitamente el artículo 34 *ibidem,* el cual había sido reglamentado por el artículo 10 del Decreto Nº 2665 de 1988, que le atribuía a dicho funcionario la facultad de imponer sanciones y de delegar esa atribución conforme a los estatutos, porque por mandato del artículo 9º numeral 19 del referido Decreto Nº 2148 es al Consejo Directivo del Instituto a quien corresponde "Reglamentar la aplicación de las sanciones a que hubiere lugar de acuerdo con los artículos 28 y 29 y concordantes del Decreto-ley 1650 de 1977", sanciones dentro de las cuales se halla la de multa. De otra parte, el citado Decreto Nº 2148 del artículo 9º numeral 17 prevé como función del Consejo Directivo la de "Delegar funciones en el Presidente y autorizarlo para delegar aquellas que le estén atribuidas". Lo anterior pone en evidencia que la Gerente del Instituto de Seguros Sociales Seccional de Santander no podía fundamentarse para expedir los actos acusados en las atribuciones conferidas por la Resolución Nº 0474 de 9 de febrero de 1989, pues la delegación de funciones en ella contenida por parte del Director General de la entidad no podía producir efectos, habida cuenta que sólo el Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales es quien puede autorizar al Presidente de la entidad la delegación, conforme con lo preceptuado en el artículo 9º numeral 17 del Decreto Nº 2148 de 1992, siempre y cuando los estatutos de la misma faculten a éste para imponer el tipo de sanciones como a las que se contraen aquellos, ya que expresamente esta potestad no le fue atribuida en el artículo 11 de dicho decreto.**

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintitrés (23) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Radicación número 3390.

Recurso de apelación contra la sentencia de 17 de mayo de 1995, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander.

Actora: Universidad Autónoma de Bucaramanga.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por la Procuradora Judicial 17 contra la sentencia de 17 de mayo de 1995, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, en cuanto declaró la nulidad de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones Nos. 04376 de 11 de junio de 1993 y 06707 de 23 de agosto de 1993, expedidas por el Gerente del Instituto de Seguros Sociales Seccional Santander, mediante los cuales se sancionó a la actora, y como consecuencia de dicha declaración, y a título de restablecimiento del derecho, ordenó reintegrar en favor de ésta la suma de $13.700.131.60, debidamente indexada.

## I. ANTECEDENTES

I.1 La Universidad Autónoma de Bucaramanga, por medio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Santander tendiente a que mediante sentencia se hicieran las siguientes declaraciones:

1ª. Es nulo el acto administrativo contenido en las Resoluciones Nos. 04376 de 11 de junio de 1993 y 06707 de 23 de agosto del mismo año, expedidas por la Gerente del Instituto de Seguros Sociales Seccional Santander, mediante las cuales se sancionó a la actora con multas por valor de $9.647.568 por omisiones al régimen de liquidación de aportes a dicho Instituto.

2ª. Se condene al citado Instituto a reintegrar a la actora la suma antes señalada, junto con los intereses comerciales corrientes causados desde el 23 de junio de 1993, fecha en que ésta consignó en la Tesorería de dicho Instituto el valor de la multa impuesta.

I.2 En apoyo de sus pretensiones la parte actora adujo los siguientes cargos de violación:

*Primer cargo.* La Gerencia de la Seccional de Santander del Instituto de Seguros Sociales carece de competencia para sancionar con multa a la actora, pues

en virtud de la nueva normatividad que desde el 1° de enero de 1993 rige en el Instituto, corresponde al Consejo Directivo de la entidad (Empresa Industrial y Comercial del Estado), delegar funciones en el actual Presidente y autorizar a éste para que a su vez delegue, lo cual no ocurrió en este caso.

La Gerente Seccional de Santander del citado Instituto expidió las Resoluciones acusadas en virtud de la delegación de funciones que le hizo el Director General mediante Resolución N° 0474 de 9 de febrero de 1989, cargo que fue suprimido al entrar en vigencia el Decreto N° 2148 de 1992 y al producirse el cambio de naturaleza jurídica del Instituto de Seguros Sociales.

Hasta la fecha de presentación de la demanda el Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales no había reglamentado la aplicación de sanciones a que se referían los artículos 28 y 29 del Decreto-ley 1650 de 1977, tal como lo dispuso el artículo 9° numeral 19 del Decreto N° 2148 de 1992, y tampoco extendió la autorización a su Presidente para que delegara en los Gerentes Seccionales la aplicación de sanciones.

No existe en toda la legislación del Instituto de Seguros Sociales una norma especial que disponga que los reglamentos del Instituto promulgados con anterioridad a la reestructuración continuarán aplicándose hasta cuando entren en vigor los que se expidan para desarrollar las normas contenidas en el Decreto N° 2148 de 1992, como sí se hizo en el artículo 132 del Decreto-ley 1650 de 1977.

*Segundo cargo.* La competencia asignada por el artículo 10 del Decreto N° 2665 de 1988 al Director General del Instituto de Seguros Sociales para sancionar es indelegable, porque el decreto no contempla la posibilidad de delegar.

*Tercer cargo.* La Empresa Industrial y Comercial del Estado Instituto de Seguros Sociales no tiene competencia para sancionar con multa a la actora con fundamento en el Decreto N° 2665 de 1988 porque el artículo 10 de dicho decreto le asignó competencia para imponer sanciones al director general, pero este cargo desapareció con la reestructuración de la entidad y al Presidente de la nueva entidad no se le atribuyó de modo expreso esa competencia para sancionar directamente con multas a los contraventores de los reglamentos.

De otra parte, hay que admitir que todo el Decreto N° 2665 de 1988 está derogado tácitamente por el Decreto N° 2148 de 1992, porque éste derogó expresamente el artículo 30 del Decreto 1650 de 1977, que permitía y facilitaba al Presidente de la República el ejercicio de la potestad reglamentaria, que es la que tiene ahora el Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales, de acuerdo con el artículo 9° numeral 19 del Decreto N° 2148 de 1992.

Además, el artículo 44 de este último decreto citado deroga todas las disposiciones que le sean contrarias y todo el estatuto del Decreto N° 2665 de 1988 le es contrario puesto que dentro de la nueva estructura orgánica no existe funcionario competente para aplicar el tipo de sanciones allí tipificadas, como tampoco contiene una previsión análoga a la del artículo 132 del Decreto-ley 1650 de 1977.

*Cuarto cargo.* Se aplicó indebidamente el artículo 26 del Decreto N° 2665 de 1988 porque la actora no reportó salarios por valor superior o inferior al devengado por sus trabajadores. Tampoco dejó de reportar los cambios de remuneración ni los hizo de modo inexacto.

Además, no hay constancia de que algún trabajador, por lo cual se sancionó a la actora, haya recibido alguna prestación económica del Instituto de Seguros Sociales con ocasión o como consecuencia de los reportes que menciona el informe. A la actora se le sancionó porque reportó en el mismo mes los mayores valores recibidos por sus trabajadores sobre la remuneración fija y porque no lo hizo sobre promedios trimestrales. Pero si tal conducta hubiera sido sancionable ha debido dársele oportunidad de corregir su error de procedimiento en la próxima facturación.

I.3. A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, el cual culminó con la sentencia de 17 de mayo de 1995, que fue oportunamente apelada por la Procuradora 17 Judicial.

## II. LA SENTENCIA RECURRIDA

Para adoptar la decisión apelada el *a quo* razonó, principalmente, de la siguiente manera:

1. Asiste razón a la actora en el primer cargo debiendo prosperar por tanto la nulidad invocada en las pretensiones del libelo.

En efecto, cuando el Instituto de Seguros Sociales profirió los actos acusados se encontraba vigente el Decreto N° 2148 de 1992, el cual le adscribió al Consejo Directivo la facultad para reglamentar la aplicación de las sanciones a que hubiere lugar. Al no haber hecho uso de tal facultad el citado Consejo, mal podría continuar aplicándose para tales efectos el Decreto N° 2665 de 1988, expedido con fundamento en el artículo 30 del Decreto 1650 de 1977, expresamente derogado por el artículo 42 del Decreto N° 2148 de 1992.

2. Igualmente encuentra la Sala fundados los argumentos para la prosperidad del segundo cargo, pues de la atenta lectura del Decreto N° 2665 de 1988 no se puede derivar potestad alguna para que el Director General delegara en los Directores Seccionales la facultad sancionatoria.

Los artículos citados como fundamento de la Resolución N° 0474 de 1989 nada dicen al respecto. La genérica autorización contenida en el artículo 104 del citado Decreto N° 2665 mal podría convertirse por caminos de laxas interpretaciones en facultades delegatarias.

La referida Resolución 0474 surge a la vida jurídica en virtud de las normas consagradas en el Decreto N° 2665 de 1988, y éste, a su turno, reglamenta el Decreto-ley 1650 de 1977, en los aspectos concernientes a multas y sanciones. Por tanto, al expedirse el Decreto N° 2148 de 1992, que establece nuevas competencias en materia de sanciones y delegaciones, quedaron sin efecto las normas mencionadas debiéndose inaplicar las mismas respecto del caso controvertido.

## III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Los motivos de discrepancia de la recurrente se sustentan, en esencia, así:

1. Es desacertado admitir que porque el nuevo Presidente del Instituto de Seguros Sociales para la fecha de expedición de los actos sancionatorios objeto de censura no había delegado dicha facultad en los Gerentes Seccionales, automáticamente las anteriores delegaciones conferidas por el Director General desaparecieron del mundo jurídico, pues, de una parte, basta examinar que la potestad del Presidente para delegar en los Gerentes Seccionales y en general en el personal del Instituto el ejercicio de alguna de sus atribuciones, según el numeral 10 del artículo 11 del Decreto N° 2148 de 1992. la defiere a la previa autorización del Consejo Directivo; y, de otra parte, no puede pensarse que hasta tanto la autorización se produzca el Instituto ha perdido uno de los mecanismos que le permite cumplir a cabalidad con el objeto estipulado en el artículo 2° del Decreto de reestructuración atinente a dirigir, administrar, controlar, vigilar y garantizar tanto la prestación de los servicios de seguridad social, como la afiliación y el recaudo de los aportes.

2. El legislador en el nuevo régimen (artículo 9° numeral 19 del Decreto N° 2148 de 1992) al atribuir al Consejo Directivo como función la de "Reglamentar la aplicación de las sanciones a que hubiere lugar de acuerdo con los artículos 28, 29 y concordantes del Decreto ley 1650 de 1977", no hizo cosa distinta de la de facultar al naciente cuerpo plural para que realizara los ajustes necesarios y acordes con la nueva estructura empresarial, pero sin que por ese simple hecho la reglamentación existente que sirvió de sustento a la decisión cuestionada -Decreto N° 2665 de 1988- perdiera vigencia en la medida en que resulta necesario que efectivamente se haga uso de la nueva atribución sustituyendo la anterior normatividad a través del mecanismo de la derogatoria expresa, tácita y orgánica, fenómeno que sólo ocurrió de modo expreso respecto del artículo 30 del Decreto-ley 1650 de 1977 (artículo 42 del Decreto N° 2148 de 1992), mas no de la normatividad expedida en forma válida, la cual en razón de su firmeza y presunción de legalidad, no puede ni debe ser desconocida.

## IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Segunda Delegada en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado, en su vista de fondo se muestra partidaria de que se revoque la sentencia apelada, por cuanto considera que con la expedición del Decreto Nº 2148 de 1992 se colocó a la entidad demandada en un período de transición que le permitió expedir legalmente las resoluciones impugnadas, pues las normas preexistentes a la Constitución Política no son contrarias a ésta.

## V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala la sentencia apelada debe ser confirmada, por las siguientes razones:

Con la expedición del Decreto Nº 2148 de 30 de diciembre de 1992 "por el cual se reestructura el Instituto de Seguros Sociales, ISS." (artículo 42), fueron derogados expresamente los artículos 35 y 57 del Decreto-ley 1650 de 1977, en lo que respecta a las funciones del Director General de dicho Instituto, y tácitamente el artículo 34 *ibidem*, el cual había sido reglamentado por el artículo 10 del Decreto Nº 2665 de 1988, que le atribuía a dicho funcionario la facultad de imponer sanciones y de delegar esa atribución conforme con los estatutos, porque por mandato del artículo 9º numeral 19 del referido Decreto Nº 2148 es al Consejo Directivo del Instituto a quien corresponde "Reglamentar la aplicación de las sanciones a que hubiere lugar de acuerdo con los artículos 28, 29 y concordantes del Decreto-ley 1650 de 1977", sanciones dentro de las cuales se halla la de multa.

De otra parte, el citado Decreto Nº 2148 en el artículo 9º numeral 17 prevé como función del Consejo Directivo la de "Delegar funciones en el Presidente y autorizarlo para delegar aquellas que le estén atribuidas".

Lo anterior pone en evidencia que la Gerente del Instituto de Seguros Sociales Seccional de Santander no podía fundamentarse para expedir los actos acusados en las atribuciones conferidas por la Resolución Nº 0474 de 9 de febrero de 1989 (folio 133), pues la delegación de funciones en ella contenida por parte del Director General de la entidad no podía producir efectos, habida cuenta que sólo el Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales es quien puede autorizar al Presidente de la entidad la delegación, conforme a lo preceptuado en el artículo 9º numeral 17 del Decreto Nº 2148 de 1992, siempre y cuando los estatutos de la misma faculten a este para imponer el tipo de sanciones como a las que se contraen aquellos, ya que expresamente esta potestad no le fue atribuida en el artículo 11 de dicho decreto.

Cabe resaltar que, según se infiere del documento obrante a folios 128 a 131, desde antes de la fecha de expedición de los actos acusados ya el Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales se encontraba en pleno uso de las

atribuciones conferidas por el Decreto N° 2148 de 1992, autorizando al Presidente del mismo para delegar funciones en los Gerentes Seccionales, lo cual pone en evidencia que para esa época habían dejado de producir efectos los actos de delegación del antiguo Director General del referido Instituto.

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, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, publíquese en los ***Anales del Consejo de Estado*** y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 23 de noviembre de 1995.

*Ernesto Rafael Ariza Muñoz; Nubia González Cerón; Augusto Hernández Becerra,* Conjuez; *Rodrigo Ramírez González.*

**INTERPRETACION DE LA LEY / INTERPRETACION OFICIAL - Obligatoriedad / DOCTRINA / DIAN - Facultades / CIRCULAR - Obligatoriedad / FUNCION CONSULTIVA - Alcance**

**Es un hecho cierto e indiscutible que, conforme al art. 150 ordinal 1° de la Carta Política y 25 del C.C., sólo el legislador puede interpretar *con autoridad* de la ley. Pero también resulta evidente que en la labor de aplicación de la misma por parte de las autoridades está ínsita una interpretación, que puede traducirse en actos administrativos los cuales son susceptibles de enjuiciamiento ante esta jurisdicción cuando se consideren violatorios de normas superiores de derecho. En lo tocante a la censura que se endilga al numeral 3.3.4 de la Circular acusada, tampoco asiste razón al actor, pues una cosa es que, según el art. 25 del C.C.A., las respuestas a una consulta formulada en ejercicio del derecho de petición no comprometan la responsabilidad de la entidad que la atiende, ni sean de obligatorio cumplimiento o ejecución; y otra muy diferente es que los conceptos y criterios que se adopten para absolver una consulta sean de obligatorio cumplimiento para todos los funcionarios de la entidad, que es a lo que se refiere aquél. Si el objeto de la consulta de carácter general en materia jurídica es la interpretación para la aplicación de las normas aduaneras, según se lee en dicho numeral y su finalidad es "propender por la *unidad doctrinal*...", resulta lógico que los criterios o conceptos que se adopten para resolver una consulta en tal materia, que tiene que ver con la interpretación y alcance de una norma de derecho, sean obligatorios, ya que si cada funcionario interpreta de una manera diferente el alcance de esta disposición, ¿qué seguridad podrían tener los administrados? El art. 5° numeral b) del Decreto 1644 de 1991 le asignó a la oficina jurídica de la Dirección General de Aduanas de "Propender a la unidad doctrinal en la interpretación de las normas legales en el campo de acción de la Dirección General de Aduanas".**

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

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

Consejero Ponente: Doctor *Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Radicación número 3298.

Referencia: Acción: Nulidad.

Actor: Carlos Enrique Soto Medina.

El ciudadano *Carlos Enrique Soto Medina*, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 84 del C.C.A., ha presentado demanda tendiente a obtener la declaratoria de nulidad del parágrafo del artículo 57 del Decreto número 2117 de 29 de diciembre de 1992 "por el cual se fusionan la Dirección de Impuestos Nacionales y la Dirección de Aduanas Nacionales en la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y se dictan disposiciones complementarias", expedido por el Gobierno Nacional, y el numeral 3.3.4 de la Circular número 057 de 20 de agosto de 1992 "por la cual se adiciona la Circular de Procedimiento Administrativo número 0013 del 5 de abril de 1991", expedida por el Director General de Aduanas.

## I. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Hace consistir el actor los cargos de violación, en síntesis, así:

1°. Las normas acusadas violan el artículo 150 numeral 2° de la Constitución Política porque implican una modificación del artículo 25 del C.C.A. y usurpación de la potestad interpretativa de la ley con criterio de autoridad que sólo corresponde al legislador, como lo enseña el artículo 25 del C.C. Es decir, se están modificando las normas de esos dos códigos, lo cual sólo puede hacerlo el Congreso Nacional.

2°. Al hacer obligatorios los conceptos de la Subdirección Jurídica de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (como debe también entenderse de la Circular acusada, ante la creación de la DIAN por el Decreto número 2117, también demandado), resulta evidente la violación del artículo 25 del C.C.A., al establecer este que los conceptos no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

3°. La Subdirección Jurídica de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales al expedir conceptos obligatorios está interpretando las leyes tributarias y aduaneras, prerrogativas que sólo concierne al legislador, según el artículo 25 del C.C., lo cual implica su violación.

## II. TRAMITE DE LA ACCION

II.1. A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión, fijación en lista, probatoria y alegaciones.

### II.2. CONTESTACION DE LA DEMANDA

La Nación –Ministerio de Hacienda y Crédito Público–, a través de apoderada, contestó oportunamente la demanda, y para oponerse a la prosperidad de sus pretensiones adujo, principalmente, lo siguiente:

1°. Los conceptos que emite la Subdirección Jurídica de la Dirección General de Aduanas no son otra cosa que unas orientaciones a las consultas que son elevadas por particulares y en manera alguna son actos jurídicos ni crean situación jurídica alguna, por lo cual no se violan las normas que cita el actor.

2°. En relación con la Circular acusada dejó de tener idoneidad para producir efectos ante terceros en la medida en que el Decreto número 2117 de 1992 fusionó las diferentes dependencias administrativas de Impuestos y Aduanas Nacionales.

De otra parte, como lo reconoció el Consejo de Estado en providencia de 9 de noviembre de 1993 (Expediente número 2811, Actor: Edgar Guillermo Parra Camargo, Consejero Ponente, doctor Yesid Rojas Serrano), los conceptos no crean, ni modifican ni extinguen situaciones jurídicas, por lo cual el fallo en relación con la Circular acusada debe ser inhibitorio.

## III. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado de lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado en su vista de fondo se muestra partidario de que se denieguen las pretensiones de la demanda porque, conforme al artículo 26 del C.C., los funcionarios públicos pueden interpretar la ley por vía de doctrina y con la interpretación oficial a que aluden los actos administrativos acusados se busca la unidad de criterio, previo discernimiento de funcionarios de buen juicio, bajo los lineamientos del Director y Subdirector General de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

## IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El parágrafo del artículo 57 del Decreto número 2117 de 29 de diciembre de 1992, es del siguiente tenor:

"Sin perjuicio de lo consagrado en el parágrafo del artículo 76 los conceptos emitidos por la Subdirección Jurídica sobre la interpretación y aplicación de las leyes tributarias o de la legislación aduanera, que sean publicados, constituyen

interpretación oficial para los funcionarios de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y su desconocimiento podrá acarrear sanción disciplinaria".

El numeral 3.3.4 de la Circular número 057 de 20 de agosto de 1992 "por la cual se adiciona la Circular de Procedimiento Administrativo número 0013 del 5 de abril de 1991", expedida por el Director General de Aduanas, prevé:

"Obligatoriedad de los conceptos que resuelvan las consultas de carácter general: Los conceptos que emita la Oficina Jurídica de la Dirección General de Aduanas son de obligatoria observancia y cumplimiento por parte de todos los funcionarios de esta entidad, so pena de incurrir en sanciones disciplinarias de conformidad con el artículo 75 del Decreto-ley 1644 de 1991 y el Decreto-ley 1649 de 1991".

La apoderada de la Nación –Ministerio de Hacienda y Crédito Público– considera que en relación con la Circular acusada debe haber pronunciamiento inhibitorio.

Para la Sala el fallo que ha de proferirse debe ser de fondo, por las siguientes razones:

En primer término, el hecho de que con posterioridad a la expedición de la Circular acusada se hubiera dictado el Decreto número 2117 de 1992, que fusionó las entidades administrativas de la Dirección de Impuestos y la Dirección de Aduanas Nacionales, no significa que hubieran desaparecido los efectos que pudo producir dicho acto mientras estuvo vigente. Y es en razón de tales efectos que no puede aplicarse la sustracción de materia que pretende plantear la demandada. Además, no debe perderse de vista que las funciones asignadas a las entidades mencionadas antes de su fusión las cumple en los mismos términos el ente fusionado.

De otra parte, la Circular acusada no constituye un concepto y por lo mismo respecto de ella no cabe hacer las mismas consideraciones a que alude la providencia de esta Corporación, que señala la demandada.

Por lo demás, cabe resaltar que las precisiones que en dicha providencia se hicieron fueron rectificadas por la Sala en sentencia de 26 de octubre del presente año (Expediente número 3088, Actor: Edgar Guillermo Parra Camargo, Consejero ponente doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz).

En cuanto al fondo del asunto, cabe tener en cuenta que los cargos de la demanda no tienen vocación de prosperidad, por las siguientes razones:

Es un hecho cierto e indiscutible que, conforme al artículo 150 ordinal 1° de la Carta Política y 25 del C.C., sólo el legislador puede interpretar **CON AUTORIDAD** la ley. Pero también resulta evidente que en la labor de aplicación

de la misma por parte de las autoridades está ínsita una interpretación, que puede traducirse en actos administrativos, los cuales son susceptibles de enjuiciamiento ante esta Jurisdicción cuando se consideren violatorios de normas superiores de derecho.

Así se deduce inequívocamente de los artículos 25 y 26 del Código Civil, los cuales, en su orden, estatuyen:

> "La interpretación que se hace con autoridad para fijar el sentido de una ley oscura, de una manera general, solo corresponde al legislador.
>
> "Los jueces y los funcionarios públicos, en la aplicación de las leyes a los casos particulares y en los negocios administrativos, las interpretan por vía de doctrina, en busca de su verdadero sentido, así como los particulares emplean su propio criterio para acomodar las determinaciones generales de la ley a sus hechos e intereses peculiares.
>
> Las reglas que se fijan en los artículos siguientes deben servir para la interpretación por vía de doctrina".

De tal manera que lo que hacen los artículos 57 del Decreto 2117 del 1992 y el numeral 3.3.4 de la Circular acusada, no es más que reiterar el artículo 26 del C.C.

Por lo demás, como lo ha sostenido la Sala en innumerables pronunciamientos, teniendo el Decreto 2117 de 1992 la misma fuerza o entidad normativa que la ley, por haber sido expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de las atribuciones conferidas en el artículo transitorio 20 de la Carta Política, sus disposiciones se encuentran en el mismo orden jerárquico que los artículos 25 del C.C. y 25 del C.C.A., razón esta suficiente que impide exigirle subordinación respecto de éstos y, por ende, hablar de "violación de norma superior", lo cual deja sin sustento los cargos del libelo demandatorio, en lo que a estas normas legales concierne.

En lo tocante a la censura que se le endilga al numeral 3.3.4 de la Circular acusada, tampoco asiste razón al actor, pues una cosa es que, según el artículo 25 del C.C.A., las respuestas a una consulta formulada en ejercicio del derecho de petición no comprometan la responsabilidad de la entidad que la atiende, ni sean de obligatorio cumplimiento o ejecución; y otra muy diferente es que los conceptos o criterios que se adopten para absolver una consulta sean de obligatorio cumplimiento para todos los funcionarios de la entidad, que es a lo que se refiere aquél.

Si el objeto de la consulta de carácter general en materia jurídica es la interpretación para la aplicación de las normas aduaneras, según se lee en dicho numeral y su finalidad es "propender por la *unidad doctrinal*...", resulta lógico que los criterios o conceptos que se adopten para resolver una consulta en tal materia,

que tienen que ver con la interpretación y alcance de una norma de derecho, sean obligatorios, ya que si cada funcionario interpreta de una manera diferente el alcance de una disposición, ¿qué seguridad podrían tener los administrados?

Ahora, lo consagrado en dicho numeral no es más que el desarrollo de la función que el artículo 5° numeral b) del Decreto-ley 1644 de 1991 le asignó a la Oficina Jurídica de la Dirección General de Aduanas de "propender por la unidad doctrinal en la interpretación de las normas legales en el campo de acción de la Dirección General de Aduanas", norma esta que se encuentra también en el mismo orden de jerarquía que los artículos 25 del C.C. y 25 del C.C.A. y por lo mismo no puede predicarse su violación.

**En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,**

**FALLA:**

**DENÍENGASE** las pretensiones de la demanda.

Devuélvase al actor la suma de dinero depositada para gastos ordinarios del proceso, por no haber sido utilizada.

Cópiese, notifíquese, publíquese en los **Anales del Consejo de Estado** y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 23 de noviembre de 1995.

*Libardo Rodríguez Rodríguez*, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Nubia González Cerón, Rodrigo Ramírez González.*

NOTA DE RELATORIA: Reitera la jurisprudencia del 26 de octubre de 1995, Exp. 3088, Actor: Edgar Guillermo Parra Camargo, Consejero Ponente: Dr. *Ernesto Rafael Ariza Muñoz.* Por la cual se rectificó la jurisprudencia de 9 de noviembre de 1992; Exp. 2811; Actor: Edgar Guillermo Parra Camargo; Consejero Ponente: Dr. *Yesid Rojas Serrano*, sobre los efectos jurídicos de los conceptos emitidos por la DIAN.

**CORPORACION AUTONOMA REGIONAL / MULTAS - Imposición / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO / ESTATUTO FORESTAL - Violación / PREJUDICIALIDAD PENAL / FACULTAD DISCRECIONAL**

**Los cargos de la demanda descansan sobre la premisa de la Corporación Autónoma Regional del Cesar "CORPOCESAR" estaba obligada a suspender el trámite administrativo, que culminó con la expedición de los actos administrativos acusados por lo cual se impuso una multa, hasta tanto la justicia penal no decidiera sobre la investigación que por los mismos hechos estaba adelantado, conforme lo ordena el inciso 2º del art. 116 del Acuerdo número 057 de 14 de diciembre de 1987 "Por el cual se adopta el Estatuto Forestal de la Corporación Autónoma Regional del Cesar "CORPOCESAR", expedido por la Junta Directiva de dicha entidad. Del texto del art. 116 del Estatuto Forestal de Corpocesar se infiere que la autoridad administrativa en referencia tiene las siguientes opciones: a) Iniciar el trámite administrativo y en el curso del mismo, antes de su terminación, informar a la jurisdicción penal para que investigue la posible comisión de un hecho punible contra los recursos naturales. En este evento dicho trámite administrativo deberá suspenderse hasta tanto se decida la actuación penal. b) No iniciar el trámite administrativo sino acudir *directamente* ante la jurisdicción penal. c) Iniciar el trámite administrativo *y como resultado de la investigación*, es decir, una vez concluida ésta, acudir a la jurisdicción penal. El inciso segundo del art. 116 del citado Acuerdo número 057 sólo se aplica en la medida en que la actuación administrativa no haya concluido, lo cual, ya se vio, no aconteció en el presente caso y por ello los cargos en la demanda no están llamados a prosperar.**

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

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

Consejero Ponente: Doctor *Ernesto Rafael Ariza Muñoz*.

Radicación número 3450.

Referencia: Recurso de apelación contra la sentencia de 28 de julio de 1995, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar.

Actor: Fernando Matiz Espinosa.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado del actor contra la sentencia de 28 de julio de 1995, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, que denegó las súplicas de la demanda.

## I. ANTECEDENTES

I.1 *Fernando Matiz Espinosa*, por medio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Cesar tendiente a que mediante sentencia se hicieran las siguientes declaraciones:

1ª. Es nula la Resolución número 012 de 12 de mayo de 1994 **"Por medio de la cual se impone una multa"**, expedida por el Jefe de la División de Recursos Naturales de la Corporación Autónoma Regional del Cesar "Corpocesar"

2ª. Es nula la Resolución número 016 de 24 de junio de 1994 **"Por medio de la cual se decide un Recurso de Reposición"**, expedida por el Jefe de la División de Recursos Naturales de la Corporación Autónoma Regional del Cesar "Corpocesar".

3ª. Es nula la Resolución número 023 de 11 de agosto de 1994 **"Por medio de la cual se decide un Recurso de Apelación"**, expedida por el Subdirector Técnico de la Corporación Autónoma Regional del Cesar "Corpocesar".

I. 2 En apoyo de sus pretensiones el actor adujo los siguientes cargos de violación:

1°. Los actos acusados violan el artículo 29 de la Constitución Política porque no dieron cumplimiento al inciso 2° del artículo 116 del Acuerdo número 057 de 1987 (Estatuto Forestal de Corpocesar), que ordena suspender el trámite administrativo hasta tanto se decida la actuación penal, en este caso, la que se originó por el Oficio expedido por el Jefe de la División de Recursos Naturales de Corpocesar a través del cual se denunció penalmente al actor ante la Unidad Fiscal de Valledupar, por atentar contra los recursos naturales.

2°. Se violó el artículo 36 del C.C.A. porque la decisión adoptada no se adecuó a los fines de la norma que la autoriza ya que no se suspendió la actuación administrativa a pesar de haberse desatado la actuación penal por la misma causa.

3°. Se violó el artículo 69 del C.C.A. porque era la obligación legal de la demandada proceder a suspender la actuación administrativa mientras se aclaraba la situación penal, o archivar el caso, tal como lo expresa el inciso 2° del artículo 116 del Acuerdo número 057 de 1987 (Estatuto Forestal de Corpocesar).

4°. La violación de las normas antes citadas deja clara la violación del citado inciso 2° del artículo 116.

## II. LA SENTENCIA RECURRIDA

Para adoptar la decisión apelada el *a quo* razonó, principalmente, de la siguiente manera:

Cabe destacar que la sanción impuesta al demandante obedeció a la infracción de los literales a) y c) del artículo 113 del Acuerdo número 057 de 1987, esto es, el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones impuestas a los permisionarios en las respectivas resoluciones de otorgamiento de permisos; y cuando se efectúe una quema por la utilización de fuego con o sin el permiso del Ministerio de Salud, o de la autoridad sanitaria en quien éste delegue, con fines agrícolas o silviculturales, y no por aprovechamientos forestales ni talas sin autorización.

Resulta evidente el quebrantamiento del permiso por parte del permisionario, ya que solamente se le autorizó para erradicar la vegetación de segundo crecimiento, como espino, arañagato y pastos, y, sin embargo, como se estableció en la inspección ocular practicada por un funcionario de Corpocesar, también fueron erradicadas especies como puy, guásimo, campano, guamo, papayuelo, cañaguate, matarratón y trupillo.

Pretende enervar el actor dicha inspección con la inspección judicial y el informe técnico llevado a cabo por la Unidad Investigativa y el Cuerpo Técnico de la Fiscalía de Valledupar, pero estas pruebas trasladadas no cumplieron con lo preceptuado en el artículo 185 del C. de P. C., ya que no fueron practicadas a petición de Corpocesar, ni con la audiencia de esta entidad.

Además, tales pruebas ponen de presente que hubo remoción de la capa vegetal al parecer hecha con maquinaria pesada y que se encontraron vestigios de carbón por quema de árboles.

No se puede discutir en este asunto que no hubo quema sin permiso porque el infractor expresamente confiesa haberla ordenado y se ratifica en la responsabilidad del trabajo realizado en la finca "Nueva Alegría".

Constituyendo la quema sin permiso de Corpocesar una infracción que origina multa, fue atinada la medida adoptada por la entidad demandada.

En cuanto a que debió suspenderse el trámite administrativo mientras se decidía la actuación penal, es aspecto que no tiene cabida en la controversia, porque Corpocesar podía adelantar la actuación administrativa por las conductas que no son constitutivas de delito y paralelamente la justicia penal podía indagar si la conducta del actor era constitutiva de algún delito contra los recursos naturales (artículos 241 a 247 del Código Penal).

El Jefe de la División de Recursos Naturales de Corpocesar, al poner en conocimiento del Coordinador de la Unidad de Fiscalías los hechos llevados a cabo en la finca "Nueva Alegría", no hizo nada distinto de dar cumplimiento al inciso 2° del artículo 25 del Código Penal.

No era del caso dar cumplimiento al artículo 69 numeral 3° del C.C.A. porque la conducta que originó la multa es distinta de que la se puso en conocimiento de las autoridades penales.

## III. **FUNDAMENTOS DEL RECURSO**

Los motivos de discrepancia del recurrente se sustentan, en esencia, así:

1°. La entidad demandada dio motivo a la actividad judicial penal contra el actor debiendo, conforme al artículo 116 del Estatuto Forestal, suspender la actuación administrativa.

Además, la inspección judicial se realizó como consecuencia lógica de la denuncia de la demandada y por ello se puede aceptar como prueba trasladada.

## IV. **CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO**

El señor Procurador Primero Delegado en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado en su vista de fondo se muestra partidario de que se confirme la sentencia apelada por cuanto considera que no hay claridad en el desarrollo del concepto de la violación ni en la vulneración del debido proceso; además que, como lo sostuvo el *a quo*, es claro que Corpocesar podía adelantar la actuación administrativa por las conductas que no eran constitutivas de delito y paralelamente la justicia penal podía indagar si la conducta era constitutiva de algún delito contra los recursos naturales; y la investigación que culminó con la multa se originó en el incumplimiento de obligaciones impuestas en la resolución interna número 005 y no en hechos de competencia de la Jurisdicción Penal.

## V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los cargos de la demanda descansan sobre la premisa de que la Corporación Autónoma Regional del Cesar "CORPOCESAR" estaba obligada a suspender el trámite administrativo, que culminó con la expedición de los actos administrativos acusados hasta tanto la justicia penal decidiera sobre la investigación que por los mismos hechos estaba adelantando, conforme lo ordena el inciso 2° del artículo 116 del Acuerdo número 057 de 14 de diciembre de 1987 **"Por el cual se adopta el Estatuto Forestal de la Corporación Autónoma Regional del Cesar "Corpocesar""**, expedido por la Junta Directiva de dicha entidad.

Del alcance del concepto de la violación frente a tales cargos no se infiere que el actor esté controvirtiendo la existencia de las causales contenidas en los literales a) y c) del artículo 113 *ibidem*, que sirvieron de sustento para la expedición de los actos administrativos acusados. De tal manera que resulta irrelevante hacer cualquier análisis acerca de si deben aceptarse o no como pruebas trasladadas la inspección judicial y el informe técnico practicados por la Unidad Investigativa y el Cuerpo Técnico de la Fiscalía Seccional de Valledupar, a que se refieren la sentencia y el escrito contentivo del recurso.

Prescribe el artículo 116 del referido Estatuto Forestal:

> "Corpocesar podrá optar por iniciar el trámite administrativo que aquí se señala o solicitar ante la justicia penal, directamente o como resultado de la investigación administrativa, la aplicación de las sanciones contempladas en los artículos 242, 243, 245 y 246 y demás normas concordantes del Código Penal (Decreto número 100 de 1980).
>
> Cuando se haya iniciado una actuación penal relacionada con un trámite administrativo que se adelante en Corpocesar, éste se suspenderá hasta tanto se decida la actuación penal y se archivarán las diligencias, según el caso". (Las subrayas son de la Sala), (folio 76 cuaderno número 1).

Del texto de la disposición transcrita se infiere que la autoridad administrativa en referencia tiene las siguientes opciones:

a) Iniciar el trámite administrativo y en el curso del mismo, antes de su terminación, informar a la Jurisdicción Penal para que investigue la posible comisión de un hecho punible contra los recursos naturales. En este evento dicho trámite administrativo deberá suspenderse hasta tanto se decida la actuación penal;

b): No iniciar el trámite administrativo sino acudir **directamente**, ante la Jurisdicción Penal.

c): Iniciar el trámite administrativo y como resultado de la investigació, es decir, una vez concluida ésta, acudir a la Jurisdicción Penal.

En el caso *sub examine* la Resolución número 012 que impuso al actor la sanción de multa por valor de $2.467.500.00, una vez concluida la investigación administrativa, fue expedida el 12 de mayo de 1994.

Según certificación visible a folio 154, expedida por la Secretaría Administrativa de la Fiscalía General de la Nación –Unidad Especializada– el día 13 de mayo de 1994, esto es, un día después de concluida la investigación administrativa que impuso la multa al actor, el Jefe de la División de Recursos Naturales de CORPOCESAR presentó denuncia penal contra el actor para que se investigara el posible hecho punible contra los recursos naturales.

De lo anterior se colige que la demandada se acogió a la tercera opción y frente a la misma no estaba obligada a suspender la actuación administrativa, por cuanto ésta ya había concluido.

El inciso 2° del artículo 116 del citado Acuerdo número 057 sólo se aplica en la medida en que la actuación administrativa no haya concluido, lo cual, como ya se vio, no aconteció en el presente caso y por ello los cargos de la demanda no están llamados a prosperar imponiéndose así para la Sala la confirmación de la sentencia apelada.

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

**FALLA:**

**CONFÍRMASE** la sentencia apelada.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, publíquese en los **Anales del Consejo de Estado** y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 23 de noviembre de 1995.

*Libardo Rodríguez Rodríguez*, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Nubia González Cerón, Rodrigo Ramírez González.*

**SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Sanción por Fraude / SERVICIO DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO / ENTIDADES PRESTARIAS DEL SERVICIO - Facultades / SANCIONES PECUNIARIAS / SUSPENSION DE SERVICIO / ESTATUTO NACIONAL DE USUARIOS DE LOS SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS / QUEJA - Concepto / RECLAMACION - Concepto / EMPRESA DE SERVICIOS DOMICILIARIOS / COMITES DE RECLAMOS - Funciones**

**Cuando la entidad comprueba fraude en las conexiones o aparatos de medición, está facultada para suspender el servicio, sin previo aviso, e imponer una sanción, o simplemente imponer la sanción de orden pecuniario, sin que para esos efectos exista un procedimiento específico, por lo cual entiende la Sala, la sanción pecuniaria la conocerá el usuario o suscriptor al momento de recibir la factura. Ahora bien, el Decreto 1842 de 1991, "por el cual se expide el Estatuto Nacional de Usuarios de los Servicios Públicos Domiciliarios" prevé que todo suscriptor y/o usuario tiene derecho a presentar ante las empresas de servicios públicos domiciliarios las quejas y reclamaciones que considere necesarias (art. 44). La queja es el medio a través del cual el usuario o suscriptor pone de manifiesto su inconformidad con la actuación de uno o unos funcionarios o con la forma o condiciones en que se ha prestado el servicio (art. 45). La reclamación es una actuación preliminar mediante la cual la empresa revisa la facturación de los servicios públicos a solicitud del interesado, para tomar una decisión final, a cual debe adoptarse de conformidad con los procedimientos previstos en el C.C.A. (art. 46). El art. 49 del mencionado decreto consagra las causales de reclamación, entre ellas, las "que se funden en daños de los contadores o medidores de consumo". Tanto la queja como el reclamo pueden presentarse verbalmente o por escrito, no requieren de formalidades especiales ni autenticaciones (art. 50). Con las reclamaciones se podrán aportar toda clase de**

**documentos o pruebas y solicitar visitas técnicas o revisiones internas por parte de la empresa al inmueble respectivo para verificar los hechos constitutivos del reclamo (art. 53). La decisión que se adopte para resolver la reclamación debe notificarse en la forma prevista en los artículos 44 a 47 del C.C.A., y es susceptible de recursos en la vía gubernativa (arts. 56 y 57). Las empresas de servicios públicos domiciliarios cuentan con un comité de reclamos que entre su funciones tiene la de colaborar y coordinar con la empresa la tramitación de las reclamaciones individuales, colectivas generales que se presenten ante la empresa (arts. 61 y 62). El artículo 42 del Decreto 951 de 1989, impone a los usuarios o suscriptores, el pago del costo de la reposición, en caso de pérdida o destrucción del medidor o daño de la acometida por vandalismo. Acentúa aún más la responsabilidad del usuario al hecho de no haber sido una, sino tres las visitas en las cuales se registró adulteración del medidor, así como lo demuestran las actas e informes donde aparece tal anomalía.**

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

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

Consejera Ponente: Doctora *Nubia González Cerón.*

Radicación número 3486.

Referencia: Consulta de sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Actora: Sociedad Unicorp S. A.

Conoce la Sala del grado de consulta que debe surtirse dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho referenciado, respecto de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el primero de septiembre de 1995, en virtud de la cual decretó la nulidad de las Resoluciones Nos. 001 del 5 de noviembre de 1992; 002 del 12 de enero de 1993 expedidas por el Jefe de la División Comercial Centro de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, y 0620 de 1993 originaria de la Gerencia de la misma empresa, por medio de las cuales se impone una sanción y se hacen efectivos unos cobros. Mediante sentencia de septiembre 1° de 1995, el *a quo* ordena a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, devolver a la actora – Sociedad Textiles Miratex y Cía. Ltda., hoy Unicorp S. A.–, todas las sumas que ésta haya pagado, como consecuencia de los actos administrativos anulados e imputables a la sanción.

## I. ANTECEDENTES

El representante legal de la Sociedad Unicorp S. A., antes Miratex, mediante apoderado instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, contra la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, respecto de los actos administrativos referidos en el anterior párrafo. El trámite se surtió ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

### I.a) **Hechos**

En los hechos narrados por el actor, se destacan los siguientes:

1. La sociedad demandante, usuaria del servicio público de acueducto y alcantarillado, recibió la factura de cobro número 0053153337 de la EAAB, correspondiente al consumo de agua durante los meses de marzo a mayo de 1992, pertenecientes a la cuenta interna de la Empresa Distrital número 0531533, del inmueble ubicado en la Cra. 37 número 12 A 23 de esta ciudad, por un valor total de $21.292.101.00 moneda corriente, suma ésta que dobla el valor del consumo presentado en esa vigencia. Tal suma afectó el patrimonio de la demandante.

2. Durante la vigencia comprendida entre los días 21 de febrero de 1992 y 11 de marzo del mismo año, la usuaria registró un consumo de agua inferior al promedio presentado durante los anteriores últimos seis meses, lo cual para la EAAB, significó una disminución sensible en el consumo de agua registrado por la usuaria durante ese lapso, respecto de vigencias anteriores (19.634 M3, contra 27.108 M3).

3. La causa de la diferencia, en concepto de la usuaria, radica en que durante la vigencia en la cual se presentó la disminución en el consumo de agua, coincidió con el período de vacaciones colectivas del personal que en ella labora, habiendo, en consecuencia, una disminución de la actividad laboral y del empleo de maquinaria, lo que determinó el bajo consumo durante esa vigencia.

4. La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, al ser requerida por la usuaria para que explicara las razones de la diferencia facturada en el servicio de agua (el doble del consumo realmente presentado), manifestó que la causa de la misma radicaba en que al momento de practicarse una visita de trámite por parte de funcionarios de la EAAB, al predio de la usuaria (calificado como de alto consumo), cuyo contador se halla fuera de sus instalaciones, circunstancia que no permitió a la usuaria enterarse de tal visita y por ende, no presenciarla, se había encontrado adulterado intencionalmente por la usuaria. Esta afirmación temeraria que a la usuaria le fue hecha posteriormente, en forma verbal, se plasmó por escrito únicamente en la comunicación interna de la EAAB número 3-DT 0086, expedida por la División

de Taller de Medidores, con destino a la División de Lectura y Crítica, con fecha 11 de marzo de 1993. Copia de esta comunicación, nunca le fue enviada a la usuaria.

5. La EAAB, en una actitud verdaderamente desafiante a los principios constitucionales del derecho de defensa y del debido proceso, se limitó a hacer efectiva de una vez, *a priori*, sin que precediera acto administrativo alguno, presumiendo no la buena, sino la mala fe de la usuaria, la sanción establecida para los casos de fraude en las conexiones o aparatos de medición o de control, de acuerdo con el Decreto 951 del 4 de mayo de 1989.

6. La usuaria, en vista de la actuación adelantada por la EAAB, solicitó a esta última, que actuara de conformidad con lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo y en el Decreto 1842 de 1991, que contiene el Estatuto Nacional de Usuarios de los Servicios Públicos Domiciliarios.

7. La EAAB decidió la reclamación presentada a través de la Resolución número 001 del 5 de noviembre de 1992, en la cual resuelve imponer una sanción y hacer efectivos unos cobros, cuyo texto es el que sigue:

> **"Artículo primero: Ordénase el ajuste de los consumos afectados por la adulteración del medidor de *Textiles Miratex y Cía. Ltda.*, de acuerdo con lo que estime el Departamento de Crítica y Facturación. Artículo segundo: Impóngase una sanción a *Textiles Miratex y Cía. Ltda.* de $732.964.86, obrando según lo dispuesto en el artículo primero, literal b) de la Resolución 045/87. Artículo tercero: Ordénase el cobro del tren de piñones que resultó afectado por la manipulación del medidor, de acuerdo a la tasación que haga el taller de medidores..."**

8. La usuaria interpuso los recursos de reposición y apelación, solicitando que se practicaran algunas pruebas, como visitas técnicas, estudios de consumo bimensual y las que la Empresa considere pertinentes.

9. La EAAB, mediante Resolución número 002 del 12 de enero de 1993, resolvió negar las pretensiones interpuestas por el apoderado de la demandante, confirmar el acto recurrido y conceder la apelación interpuesta subsidiariamente.

10. La usuaria pagó, por el sistema de abonos por anticipo, las sumas acusadas por los consumos de agua de todas y cada una de las vigencias posteriores, descontando la suma reclamada por esta misma circunstancia.

11. Por acto administrativo número 0620 de fecha 12 de mayo de 1993, se agotó la vía gubernativa, negando las pretensiones del recurrente y confirmando el

acto administrativo del 5 de noviembre de 1992, proferido por el Jefe de la División Comercial Centro de la EAAB.

12. De la multa impuesta a la usuaria no hay liquidación ni comprobante alguno expedido por la Empresa de Acueducto, ya que ésta se limitó a incluir su monto $10.537.499.00 dentro de los recibos normales de cobro bimensuales, sin consignar en ellos los conceptos que en éstos se cobraban.

Como normas violadas, invoca la actora el artículo 29 de la Constitución Política, al desconocer el principio del debido proceso. También encuentra vulnerados los artículos 47, 48 y 50 del C.C.A., por no hacer, en su decisión, referencia alguna a los medios de prueba propuestos por la actora en su escrito de recurso. Además, invoca como transgredidos, los artículos 46 y 48 del Decreto-ley 1842 de 1991, por cuanto las resoluciones que resuelven los recursos, desatendieron la petición de pruebas formuladas por la actora, en el escrito de recurso.

I. b) **Contestación de la demanda**

Al contestar la demanda, la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, se opone a las pretensiones de la demandante, por las siguientes razones:

El servicio de acueducto y alcantarillado es un servicio público que tiene como finalidad satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice directa o indirectamente por el Estado o por personal privado.

En el caso concreto, este servicio se encuentra regulado en la Resolución 147 del 22 de octubre de 1987, por el Decreto 951 del 4 de mayo de 1989 y por el Decreto 1842 del 22 de julio de 1991. La última norma mencionada prescribe que corresponde a las empresas la instalación de los contadores o medidores, así como revisarlos cuando lo estime conveniente, para dar cuenta de alteraciones, interferencias, deterioros, mala calidad o rotura de sellos. Continúa la norma disponiendo que el costo de reparación o de reposición de las acometidas y medidores o contadores, será por cuenta del suscriptor y/o usuario, una vez expire el período de garantía dado por la entidad que suministra dichos elementos, que no podrá ser inferior a tres años. En caso de pérdida o destrucción del medidor, o daño en la acometida por vandalismo, el costo de la reposición será, en todo caso, por cuenta del suscriptor y/o usuario, a quien le está prohibido operar o trasladar los registros de corte o violar los sellos que la entidad coloque en los medidores.

La EAAB realizó, con personal idóneo y especializado para este tipo de casos, el once de marzo de 1992, una inspección de rutina al predio de la demandante y encontró que se había adulterado intencionalmente el tren de piñones del aparato medidor.

Como consecuencia de este hecho, mediante acto administrativo, reflejado en la factura de pago número 0053153337, correspondiente al consumo de agua durante los meses de marzo a mayo de 1992, la EAAB comunicó al usuario (demandante), la sanción establecida para estos casos, contemplada en el literal c) del artículo 116 del Decreto 951 de 1989 que prevé, que por fraude en las conexiones o aparatos de medición se cobrará, por primera vez, un valor equivalente a dos veces la diferencia entre el consumo real y el registrado en el medidor y cuatro veces, en caso de reincidencia.

En la factura nombrada aparecen los siguientes cargos:

| | |
|---|---|
| CARGO FIJO NO RESIDENCIAL..... | 32.429 |
| CONSUMO EN NO RESIDENCIAL ..... | 14.134.181 |
| ALCANTARILLADO ..... | 7.083.305 |
| TOTAL ACUEDUCTO ..... | 21.249.915 |

Agrega la apoderada la demanda que en la parte inferior del recibo se menciona el código de consumo, que para este caso corresponde a **"Medidor adulterado"**. En la Empresa se le explicó a la usuaria la situación, cuando se acercó a reclamar por el cobro contenido en la factura.

En este punto, la apoderada de la entidad demandada hace claridad en que "la adulteración de un aparato medidor tiene fines específicos y muy concretos, como son evitar que se midan los consumos reales mediante maniobras realizadas por personas que requieren indudablemente un conocimiento al respecto. No podría pensarse que un extraño con los conocimientos necesarios se pusiera en la tediosa tarea de adulterar un aparato medidor, labor que no le trae beneficios sino al usuario del predio, al tener que cancelar valores menores a los que corresponde por los consumos verdaderos".

Aduce que al practicar la visita el once de marzo de 1992, el que no se haya realizado con la presencia de la usuaria, no implica que se hayan violado los principios del debido proceso y el derecho de defensa de la demandante, dado que una de las funciones asignadas a la EAAB por el Decreto 1842 de 1991, es la revisión periódica de los aparatos medidores, con el fin de dar cuenta no sólo de las alteraciones, sino de las interferencias y demás anomalías, sin mencionar en momento alguno, que la presencia del usuario sea condición para llevarla a cabo, y esa la razón para que los aparatos medidores se encuentren ubicados en la calle, con el fin de que los funcionarios puedan llevar a cabos sus tareas.

"Tan evidente es la conducta irregular de la usuaria, que el aparato medidor del predio de la cra. 37 número 12 A 23, no ha sido adulterado una sola vez, sino

que insiste en esta práctica, como hemos visto en las diferentes visitas efectuadas por la EAAB, la del 22 de septiembre de 1992 y la última, realizada el 13 de abril de 1993, ésta, con la presencia del señor de mantenimiento de la entidad demandante, de donde quedaron los informes respectivos, que dan razón de las irregularidades que presenta el medidor".

La sanción impuesta por la EAAB, se efectuó de conformidad con lo ordenado por el literal c) del artículo 116 del Decreto número 951 de 1989.

Finalmente, la apoderada propone la excepción de AUSENCIA DE CAUSA, fundamentada en el hecho de que la sociedad demandante, tal como quedó demostrado en la contestación de los hechos de la demanda, carece de razón y de argumentos legales válidos que respalden su solicitud de declarar nulas las Resoluciones Nos. 001 de 1992; 02 de 1993 y 620 de 1993. La administración, luego de verificar la situación ilícita existente en el aparato medidor del inmueble ubicado en la carrera 37 número 12 A 23 de esta ciudad, lo cual significa una clara violación a los reglamentos ya nombrados, comunica, mediante factura de pago, los valores que debe cancelar por servicio de acueducto, el cual incluye el de la sanción por adulteración del medidor y demás sumas por concepto del servicio de alcantarillado y EDIS.

La actora ha sido responsable de las constantes adulteraciones intencionales al aparato medidor, que desde 1991 ya presentaba graves indicios, tal como se prueba en la comunicación 3DT-0191 del 10 de octubre de 1991, emanada de la División Taller de Medidores y la de abril 4 de 1993.

En virtud de estas conductas reiteradas, la EAAB sancionó a la demandante de conformidad con las normas ya transcritas, quien a su vez interpuso los recursos correspondientes, los cuales fueron atendidos y resueltos oportunamente.

## II. EL FALLO CONSULTADO

El primero de septiembre de 1995, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, profirió el fallo que se consulta, en los siguientes términos:

> **"1°. *Decrétase* la nulidad de las Resoluciones 001 de 5 de noviembre de 1992 y 002 de 12 de enero de 1993, expedidas por el Jefe División Comercial Centro de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá y 0620 de 12 de mayo de 1993 originaria de la Gerencia de la misma Empresa. 2°. Como consecuencia de lo anterior, ordénase a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá devolver a la Sociedad *Textiles Miratex y Cía. Ltda.*, hoy *Unocorp S. A.* todas las sumas que la aludida sociedad haya**

**pagado como consecuencia de los actos administrativos anulados e imputables a sanción."**

Los argumentos del *a quo*, para proferir el fallo consultado, en síntesis son los siguientes:

De las infracciones alegadas, se estudia únicamente lo atinente a los artículos 46 y 48 del Decreto 1842 de 1991, contentivo del Estatuto Nacional de Usuarios de los Servicios Públicos Domiciliarios, por ser este cargo el llamado a prosperar.

Dice al respecto el accionante que ante la actuación adelantada por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá previa a los actos acusados, procedió mediante escrito de 2 de septiembre de 1992 a hacer uso del mecanismo de la reclamación, normas que la empresa ignoró, como se evidencia del contenido de la Resolución 001 de 5 de noviembre del mismo año, en la que para nada se refiere la administración a su solicitud de que se practicara una nueva visita técnica con presencia del usuario a fin de que se adelantara un estudio acerca de los promedios de consumo por parte de la usuaria durante los dos últimos años para confirmar así los niveles de consumo mensual.

El ya citado Decreto regula en su Capítulo IV el procedimiento para la reclamación y, en su artículo 46, dispone que esta "es una actuación preliminar mediante la cual la Empresa revisa la facturación de los servicios públicos a solicitud del interesado, para tomar una posterior decisión final o definitiva del asunto, en un todo de conformidad con los procedimientos previstos en el Código Contencioso Administrativo y las disposiciones contenidas en el presente decreto".

Y el artículo 48 *ibidem* dispone que "Ninguna empresa de servicios públicos podrá exigir la cancelación de las cuentas de cobro como requisito para atender un reclamo relacionado con la facturación... hasta tanto haya practicado las visitas y pruebas de carácter técnico que se requieran para identificar la causa que originó la reclamación y haya comunicado por escrito al usuario y/o suscriptor, el resultado de las mismas y de los recursos de reposición y apelación, que hubieren sido interpuestos.

Analiza el *a quo* la parte considerativa de la Resolución número 001 de 1992, la que no hace referencia alguna a la práctica de las pruebas solicitadas por el recurrente: Tan sólo, en el trámite de la apelación, y en forma extemporánea, vino la Empresa a dar curso a la reclamación y así, en el acta 003 de febrero 1° de 1993, del Comité de Reclamos de la EAAB, se lee a folio 209 que el recurrente "solicitaba una revisión del medidor en presencia del usuario, pero como el caso estaba siendo decidido por la Gerencia Jurídica, era la indicada para abrir a pruebas y dar curso a esta petición".

En efecto, por auto de fecha 12 de marzo de 1993, emanado de la Gerencia, dispuso abrir a pruebas por el término de diez días y ordenó la práctica de una visita

técnica con presencia del usuario, sobre el medidor del predio ubicado en la cra. 37 número 12 A 23, inmueble de propiedad de *Miratex y Cía. Ltda.*

La visita fue practicada el día 13 de abril de 1993, según consta en documento visible en el folio 217, que da razón del resultado de la visita, efectuada en presencia de un representante del usuario.

Todo lo anterior evidencia que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, al proferir el acto definitivo, plasmado en la Resolución 001 de noviembre 5 de 1992, omitió en forma absoluta la actuación previa de la reclamación exigida por el artículo 46 del Decreto 1842 de 1991, lo cual vicia de nulidad el acto en cuestión, por pretermisión del procedimiento precedente exigido por la norma en estudio, nulidad que obviamente cobija toda la actuación posterior, pues el curso que se dio a la reclamación, concretada en la visita de 13 de abril de 1993, no podía tener ya la virtualidad de subsanar el derecho constitucional de defensa y del debido proceso, irremisiblemente quebrantado, como con toda razón lo denuncia el accionante al invocar el artículo 29 de la Carta.

Sostiene la parte impugnadora en el escrito de contestación de la demanda que no es cierto que la Empresa no hubiera atendido la petición de la usuaria contenida en el escrito del 3 de septiembre de 1992 ya que, agrega, "aparece claramente en los archivos de la EAAB, en fecha 22 de septiembre de 1992, la División Taller de Medidores realizó visita de control y revisión altos consumos, al predio de la cra. 37 número 12 A 23, Cuenta Interna 00531533, que aparece con el 3-DT-0240, presenta observaciones acerca del mal estado del medidor".

Son suficientes las consideraciones que preceden para concluir que ha de prosperar la nulidad deprecada y así se decidirá, con el consiguiente restablecimiento del derecho.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sea lo primero analizar la actuación de la EAAB, para imponer la sanción contenida en los actos acusados, para efectos de determinar si se violó el debido proceso y el derecho de defensa, tal como lo argumenta el demandante.

Efectivamente, la EAAB, en ejercicio de la obligación y a la vez facultad contenida en la Resolución 1279 de noviembre 21 de 1991, efectuó visitas de rutina al medidor del predio de propiedad de la demandante, encontrando anomalías en el mismo y destrucción parcial de sus piezas, lo que condujo a la imposición de unas cargas pecuniarias en contra de *Textiles Miratex*, hoy *Unicorp S. A.*, de conformidad con la Resolución Interna número 045 de 1987, cuya copia no se arrimó al proceso.

El Decreto 951 de 1989 "por el cual se establece el reglamento general para la prestación de los servicios de acueducto y de alcantarillado en todo el territorio nacional", autoriza a la entidad para suspender el servicio, sin previo aviso, porrazones de sanidad, de orden público, o peligro en la estabilidad de las construcciones y cuando el usuario incurra entre otras conductas, en realizar fraude en las conexiones o aparatos de medición o de control (art. 111). En este evento, la entidad dejará en el inmueble una constancia indicando la causa de la suspensión del servicio.

Además de la posibilidad que tiene la entidad de suspender o cortar el servicio de acueducto, el suscriptor deberá pagar a la entidad por el uso irregular, la sanción pecuniaria que ésta le imponga de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del decreto en comento.

De la anterior regulación legal, es lógico deducir que cuando la entidad comprueba fraude en las conexiones o aparatos de medición, está facultada para suspender el servicio, sin previo aviso, e imponer una sanción, o simplemente imponer la sanción de orden pecuniario, sin que para estos efectos exista un procedimiento específico, por lo cual entiende la Sala, la sanción pecuniaria la conocerá el usuario o suscriptor al momento de recibir la factura.

Ahora bien, el Decreto 1842 de 1991, "por el cual se expide el Estatuto Nacional de Usuarios de los Servicios Públicos domiciliarios" prevé que todo suscriptor y/o usuario, tiene derecho a presentar ante las empresas de servicios públicos domiciliarios las quejas y reclamaciones que considere necesaria (art. 44).

La queja es el medio a través del cual el usuario o suscriptor pone de manifiesto su inconformidad con la actuación de uno o unos funcionarios o con la forma y condiciones en que se ha prestado el servicio (art. 45).

La reclamación es una actuación preliminar mediante la cual la empresa revisa la facturación de los servicios públicos a solicitud del interesado, para tomar una decisión final, la cual debe adoptarse de conformidad con los procedimientos previstos en el C.C.A. (art. 46).

El art. 49 del mencionado decreto consagra las causales de reclamación, entre ellas, las "que se funden en daños de los contadores o medidores de consumo".

Tanto la queja como el reclamo pueden presentarse verbalmente o por escrito, no requieren de formalidades especiales ni autenticaciones (art. 50).

Con las reclamaciones se podrán aportan toda clase de documentos o pruebas y solicitar visitas técnicas o revisiones internas por parte de la empresa al inmueble respectivo para verificar los hechos constitutivos del reclamo (art. 53). La decisión que se adopte para resolver la reclamación debe notificarse en la forma prevista en

los artículos 44 a 47 del C.C.A. y es susceptible de recursos en la vía gubernativa (arts. 56 y 57).

Las empresas de servicios públicos domiciliarios cuentan con un comité de reclamos que entre sus funciones tiene la de colaborar y coordinar con la empresa la tramitación de las reclamaciones individuales, colectivas o generales que se presenten ante la empresa (arts. 61 y 62).

Trasladados los anteriores presupuestos legales al caso *sub examine* se tiene lo siguiente:

Al recibir la factura contentiva de las sanciones impuestas por la EAAB, previstas en las normas reguladoras de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, la sociedad usuaria, mediante apoderado, presentó el 3 de septiembre de 1992, reclamación por el valor facturado, que sobrepasaba considerablemente las facturaciones normales de los últimos períodos cobrados (fl. 35).

La EAAB, según los procedimientos establecidos en los Decretos Nos. 951 de 1989 y 1842 de 1991, reguladores de la prestación de servicios públicos domiciliarios y de acueducto y alcantarillado, expidió la Resolución número 001 el 5 de noviembre de 1992, por la cual, atendiendo la reclamación de la usuaria, ordenó el ajuste de los consumos afectados por la adulteración del medidor e impuso una sanción de $732.964.86, ordenó igualmente el cobro del tren de piñones que resultó afectado por la manipulación del medidor, según la tasación que para que el efecto haga el Taller de Medidores (fl. 18).

En los términos del Código Contencioso Administrativo, tal decisión se le notificó personalmente al representante legal de la demandante, quien interpuso en tiempo, los recursos de reposición y apelación (fl. 34).

El recurso de reposición fue resuelto mediante Resolución número 002 del 12 de enero de 1993, que confirma la Resolución 001 de 1992 y a su vez concedió el recurso de apelación (fls. 19 a 24).

El Comité de Reclamos de la EAAB analizó el caso de Textiles Miratex y determinó por unanimidad que "el predio debía ser sancionado" (fls. 207 a 210).

Mediante auto de fecha 12 de marzo de 1993, la Gerencia de la EAAB, ordenó abrir a pruebas el proceso de reclamación iniciado por el representante legal de la sociedad Textiles Miratex y Cía. Ltda. por el término de diez días, para practicar una visita al medidor del predio de propiedad de la recurrente, en presencia de un representante suyo (fl. 112).

El 13 de abril se efectuó la visita ordenada y en informe del 15 del mismo mes, aparece que el registrador de alta se encontró trabado y golpeado, con el vidrio roto y con lectura devuelta (fls. 217 a 219).

Para resolver el recurso de apelación, la Gerencia de la EAAB, expidió la Resolución número 0620, el 12 de mayo de 1993, por la cual negó las pretensiones del recurrente y confirma en todas sus partes los actos impugnados. Esta resolución fue notificada personalmente al apoderado de la usuaria el 18 de mayo del mismo año, en los términos del C.C.A. (fls. 25 a 33).

No encuentra la Sala la violación alegada por el apoderado de la demandante, al expresar que la EAAB, con las resoluciones acusadas, atentó contra el principio constitucional del debido proceso, contemplado en el artículo 29 de la Carta. Por el contrario, del resumen cronológico que precede, se infiere un desarrollo del procedimiento administrativo, ajustado en un todo a las prescripciones sobre la materia en el C.C.A. y en las normas invocadas por la demandante.

Sí observa la Sala que la EAAB no ordenó la prueba solicitada por el usuario al presentar la reclamación antes de resolverla, y que sólo vino a practicarla con ocasión de la resolución del recurso de apelación, con lo cual si bien es cierto la EAAB no cumplió con la oportunidad de practicar la prueba antes de resolver la reclamación, finalmente lo hizo al decidir dicho recurso y con ello no violó el debido proceso.

La violación al artículo 48 del Decreto 1842 de 1994, según el cual ninguna empresa de servicios públicos podrá exigir la cancelación de las cuentas de cobro como requisito para atender un reclamo relacionado con la facturación, no se configura para la Sala, por las siguientes razones: El demandante canceló la factura según constancia, el 12 de agosto de 1993 (fl. 52), y el acto que puso fin a la reclamación, es decir, el que resolvió el recurso de apelación es de mayo 12 de 1993. Por consiguiente es claro que pagó después de haberse concluido la reclamación y por lo mismo resulta obvio que no se le exigió la cancelación de las cuentas de cobro como requisito para atender la reclamación.

Ahora, en cuanto a la sanción decretada y a la "presunción de mala fe", alegada en la demanda, se observa que tal "presunción de mala fe" no existe, justamente porque la imposición de la sanción pecuniaria admite que el usuario reclame e interponga recursos contra la decisión que resuelva la reclamación.

Por último, observa la Sala, que el artículo 42 del Decreto 951 de 1989, impone a los usuarios o suscriptores, el pago del costo de la reposición, en caso de pérdida o destrucción del medidor o daño de la acometida por vandalismo. Acentúa aun más la responsabilidad del usuario el hecho de no haber sido una, sino tres las visitas en las cuales se registró adulteración del medidor, así como lo demuestran las actas e informes donde aparece tal anomalía.

Justamente, el Ingeniero *Ceferino Rodríguez*, Jefe de la División de Talleres, tanto en sus informes, como en la declaración rendida ante el Magistrado Sustanciador del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, fue reiterativo al señalar que tal adulteración no beneficia sino al usuario, por los efectos mismos de la manipulación, que se traducen en una merma en la marcación del consumo, reportando igualmente, menor valor por ese concepto. La explicación técnica expuesta por el Ingeniero en su declaración demuestra que el desgaste que se detectó en las piezas del medidor no se sufre en forma tan irregular y descoordinada como se presentó en el medidor correspondiente al predio de propiedad de la demandante (fls. 283 a 289).

Precisamente, por la responsabilidad que la ley le entrega al usuario sobre las piezas necesarias e instaladas en su inmueble para la medición de consumo de los servicios públicos domiciliarios, y por ser aquellos los guardianes de tales medidores, les cae el peso de la responsabilidad, aún por hechos de vandalismo, como ya quedó dicho.

Esta misma Sala, en providencia del 11 de octubre de 1994, proferida en el Expediente número 2761, actora *Incubadora de Pollos Emperador*, con ponencia del Doctor Yesid Rojas Serrano, 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 1°).**

**"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 animal o 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 la cosa y el daño que en virtud de ella ha sufrido". Peirano Facio, Jorge. Responsabilidad extracontractual; 3ª Ed. Temis, Bogotá, 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, resulta totalmente injusto 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 número 416) (Person et DE VILLE Traité. T. 1.; pág. 13 número 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... 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... (La responsabilidad civil extracontractual en Colombia, de Gilberto Martínez Rave).**

Como consecuencia de lo anterior, habrá de revocarse el fallo consultado.

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:**

1°. **Revócase** en todas sus partes la sentencia consultada y en su lugar deniéganse las pretensiones de la demanda.

2°. En firme la presente providencia, vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 23 de noviembre de 1995.

*Libardo Rodríguez Rodríguez*, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Nubia González Cerón, Rodrigo Ramírez González.*

NOTA DE RELATORIA: Reiteración jurisprudencial en la sentencia de 11 de octubre de 1994, Exp. 2761, Actora: Incubadora de Pollos Emperador. Ponente Dr: *Yesid Rojas Serrano.*

**ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Improcedencia / LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA - Inexistencia / COMPETENCIA ILEGAL - Adquisición de Vehículos / MONOPOLIO DE TRANSPORTE - Inexistencia**

**Los términos de la apelación, tratándose como en el presente caso de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la Sala debe atender esencialmente a la posible lesión en que se pudo haber incurrido con la expedición del acto acusado, de los derechos del demandante; derechos amparados por una norma jurídica, como lo exige el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, regulador de la acción de restablecimiento del derecho. Y en cuanto hace referencia a la falta de legitimación del demandante, debe darse la razón al fallador de primera instancia cuando afirma que "no es fácil predicar perjuicios del hecho puro y simple de la compra de unos vehículos", que en la demanda sólo se habla de competencia ilegal y de que se violaron los derechos legítimos de la actora, pero en ningún momento acredita tal derecho, "no existe demostración que le asistía el derecho excluyente a que otros transportadores adquirieran vehículos de transporte público"; concluyendo que no hay certeza alguna de la forma en que se vulneraron sus intereses, en cambio sí es evidente que la Constitución y la ley proscriben los monopolios y propician la libre empresa.**

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

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

Consejero Ponente: Doctor *Rodrigo Ramírez González.*

Radicación número 3365.

Referencia: Autoridades Municipales.

Actora: Empresa Transportes Puerto Santander S. A. –Trasan S. A.–

Entra la Sala a conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 27 de marzo de 1995, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, mediante la cual declaró no probadas las excepciones de indebida representación procesal del demandante e indebida acumulación de pretensiones; declaró probada la excepción de falta de legitimación del demandante; y denegó las súplicas de la demanda.

## ANTECEDENTES

La empresa Transportes Puerto Santander S. A. –Trasan S. A.–, a través de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, tendiente a obtener la nulidad de las Resoluciones números 0540 del 30 de marzo de 1990 y 1331 del 25 de julio del mismo año, mediante las cuales, respectivamente, la Alcaldía Municipal de Cúcuta autorizó a la Empresa de Transportes Guasimales S. A. la compra de 36 vehículos colectivos microbús destinados al transporte de pasajeros dentro de las rutas urbanas autorizadas a dicha empresa, y rechazó, por improcedente, el recurso de reposición interpuesto contra la resolución inicialmente citada.

En los hechos se narra que la Regional del Intra Norte de Santander autorizó a Trasan S. A. La prestación del servicio público de transporte urbano en Cúcuta, en vehículo tipo taxi colectivo.

Dicha empresa demandante ha sufrido grandes pérdidas económicas desde la fecha de expedición de la Resolución número 0540 (30 de marzo de 1990) por cuanto Transguasimales S. A. ha venido prestando en forma ilegal y propiciada por la Administración, el servicio público de transporte en el radio de acción urbano en vehículo tipo microbús.

Como normas violadas se señalan:

a) El artículo 16 de la Constitución Política de 1886, al autorizar la Alcaldía de Cúcuta, en forma irregular, la compra de 36 microbuses, con lo cual no protegió los derechos legítimos de la demandante, como era su deber, sino que patrocinó la competencia ilegal de Transguasimales S. A;

b) Los artículos 14, 44, 46, 47 y 48 del C.C.A., por cuanto la demanda da en el trámite administrativo correspondiente no citó a Trasan S. A. Como tercero interesado que se hiciera parte y defendiera sus derechos. La Resolución número 0540 de 1990 no fue notificada personalmente al respresentante legal de la sociedad

actora, como tampoco fue publicada su parte resolutiva en el diario o registro oficial municipal y en un periódico de amplia circulación en Cúcuta, ni informó ante qué autoridad debía interponerse el recurso de reposición y el plazo para hacerlo, por lo cual dicha decisión no produce efectos legales;

c) La Resolución número 0540 de 1990 se encontraba impedida para nacer a la vida jurídica y producir efectos legales, toda vez que su fundamento, esto es, la Resolución número 0534 de 30 de marzo de 1990 no se encontraba ejecutoriada por haber sido interpuesto contra ella, por parte de Trasan S. A., el recurso de reposición. Ello impedía tener la fuerza requerida para que otro acto administrativo se apoyase en ella.

Las Resoluciones números 0534 y 0540 tienen la misma fecha de expedición (30 de marzo de 1990), luego no se puede hablar de ejecutoria o firmeza de la primera respecto de la segunda;

d) El Decreto-ley 80 de 1987 fue violado por los actos acusados, dado que ninguno de sus artículos establece la figura jurídica de autorización previa de compra o fijación de cupos;

e) El Decreto-ley 1066 de 1988 también fue transgredido, ya que en su articulado no aparece reglamentada la autorización previa o fijación de cupos. Por lo tanto, las facultades legales esgrimidas por la Alcaldía de Cúcuta son inexistentes.

## EL FALLO APELADO

En sentencia del 27 de marzo de 1995 el Tribunal Administrativo de Norte de Santander declaró no probadas las excepciones de indebida representación e indebida acumulación de pretensiones: declaró probada la excepción de falta de legitimidad del demandante; y denegó las pretensiones de la demanda.

Para tomar la anterior decisión el *a quo* se pronuncia en primer término frente a la excepción de indebida representación propuesta por la sociedad Transguasimales S. A. en su calidad de tercero interesado, en cuanto el poder fue presentado ante Notario y no ante la Secretaría del Tribunal.

El fallador de primera instancia desestimó dicha excepción en razón a que el artículo 228 de la Constitución Política señala que prevalece lo sustancial sobre lo formal. En consecuencia, la presentación de poder no afecta el curso del proceso pues se tiene la certeza de que la persona que lo firmó es quien dice ser.

Respecto de la excepción de indebida acumulación de pretensiones esgrimida por el funcionario que expidió el acto y el cual fue demandado en responsabilidad conexa, el Tribunal tampoco la encuentra probada por cuanto aquella se sustenta en el hecho de que se pretende la condena total de perjuicios para cada uno de los

demandados, cuando lo cierto es que en el numeral 4° del acápite de condenas se dice: "...sin perjuicio de que el mismo municipio repita contra él por lo que le correspondiere pagar".

Frente a la excepción de falta de legitimidad de la demandante, el Tribunal considera que por tratarse en el presente caso de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, aquella debe demostrar plenamente que tiene un interés jurídico legítimo para intervenir en el proceso.

La parte actora afirma que para la fecha de expedición de los actos acusados tenía autorización para prestar el servicio público de transporte urbano en Cúcuta en vehículo tipo taxi colectivo, razón por la cual, al autorizarse a Transguasimales S. A. la compra de vehículos tipo microbús, los cuales entrarían a operar en rutas previamente autorizadas, la Administración propició la competencia ilegal, ocasionándole grandes pérdidas económicas. La demandante agrega que no se protegieron sus derechos ni se respetó el trámite administrativo que debía incluirla como tercera interesada y por lo tanto, notificarle las decisiones y aceptarle los recursos interpuestos.

En el acápite del concepto de la violación se afirma que antes de la expedición de la Resolución número 540 de 30 de marzo de 1990 se había expedido la Resolución número 534 de la misma fecha autorizando a Transguasimales S. A. la adición del tipo de vehículo microbús y fijándole como capacidad transportadora un mínimo de 30 unidades de microbuses y un máximo de 36, lo cual lleva al Tribunal a concluir que la Resolución número 540 en el inciso 4 de la parte motiva se toma como fundamento de la número 534.

Como quiera que en la presente demanda se demandó la Resolución número 540 y no así la número 534, es sobre aquella que deberá determinarse si existe real interés jurídico de la parte actora para incoar la acción.

Cree el Tribunal que no es fácil predicar perjuicio del hecho puro y simple de la compra de unos vehículos, además de que en la demanda sólo se habla de competencia ilegal y de violación de los derechos legítimos de la demandante, sin que exista demostración de que a ésta le asistía el derecho excluyente a que otros transportadores adquiriesen vehículos de transporte público.

En consecuencia, no hay certeza alguna de la forma en que se vulneran sus intereses, mientras que sí es evidente que la Constitución y la ley proscriben los monopolios y propician la libre empresa.

Se concluye que el actor no demostró tener interés jurídico para promover el proceso, elemento indispensable para acudir en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Como quiera que el Tribunal ha considerado la falta de legitimación como un problema sustancial y no meramente formal, denegará las súplicas de la demanda.

## SUSTENTACION DEL RECURSO

El apoderado de la parte actora apeló el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, solicitando sea revocado, para lo cual expuso lo siguiente:

El fallo recurrido niega las pretensiones de la demanda con la simple consideración de que el actor no demuestra interés jurídico para promover el proceso, sin que en manera alguna entre a considerar, así fuera por estudio, la legalidad de los actos administrativos demandados.

La empresa Trasan S. A. demostró que se encuentra autorizada por la autoridad competente para la prestación del servicio público de transporte de pasajeros con radio de acción urbano en la ciudad de Cúcuta, lo cual es suficiente para legitimarla como interesada en las decisiones contenidas en los actos administrativos acusados, pues a quién puede interesar la compra de vehículos para la prestación del servicio público de transporte colectivo en Cúcuta, si no es a las empresas legítimamente constituidas en el mismo municipio para tal fin.

A la demandante no le asiste el derecho excluyente a que otros transportadores adquieran vehículos de transporte público, pero sí le asiste el derecho a ser tratada en igualdad de condiciones, lo cual no se hizo.

En efecto, a Trasan S. A. se le exigió por las autoridades competentes la presentación de un estudio técnico, publicación respectiva y oposición para la adjudicación de rutas, horarios y capacidad transportadora en el radio de acción urbano de Cúcuta. Sin embargo, la empresa favorecida con los actos impugnados no cumplió con el mínimo requisito legal para que se le fijara y autorizara la compra de su capacidad transportadora. Esta irregularidad vulnera el derecho adquirido por Trasan S. A. a ser tratada en condiciones de igualdad ante la ley.

Es cierto que la Constitución y la ley proscriben el monopolio y propician la libertad de empresa, pero también es cierto que proscriben y reprimen los favoritismos de los funcionarios públicos que propician libertinaje de empresa.

Cualquiera empresa de transporte público urbano colectivo de Cúcuta estaba plenamente legitimada para demandar las resoluciones acusadas, por cuanto la capacidad transportadora autorizada propicia competencia desleal con el consabido perjuicio económico, el cual para la empresa demandante se encuentra debidamente acreditado mediante prueba técnica eficaz y en firme.

En cuanto a la legalidad de los actos demandados debe decirse que ninguna de las normas jurídicas esgrimidas como fundamento para su expedición contemplan la fijación de la capacidad transportadora de hecho y, por el contrario, la proscribe, pues para otorgarla exigen el cumplimiento de diversos requisitos como son la petición, la presentación de estudio técnico y social, la publicación, la oposición, etc., ninguno de los cuales fue cumplido por Transguasimales S. A.

Además, no debe olvidarse que la Resolución número 540 de 30 de marzo de 1990, se fundamentó en la Resolución número 534 de la misma fecha, la cual no tenía firmeza jurídica por no encontrarse debidamente ejecutoriada.

## CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación, al corrérsele traslado para que emitiera su concepto de fondo, guardó silencio.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

El objetivo principal de estas consideraciones está demarcado por los términos de la apelación pues, tratándose como en el presente caso de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la Sala debe antender esencialmente a la posible lesión en que se pudo haber incurrido con la expedición del acto acusado, de los derechos del demandante; derechos amparados por una norma jurídica, como lo exige el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, regulador de la acción de restablecimiento del derecho.

Ahora bien: manifiesta el recurrente que el fundamento principal de la providencia impugnada es que el honorable Tribunal Contencioso considera que el actor no demuestra tener interés jurídico o legitimación para promover el proceso (folio 182).

Refuta el razonamiento del Tribunal afirmando que Trasan S. A. demostró que es una empresa legítimamente autorizada para la prestación del servicio público de pasajeros para el servicio colectivo en Cúcuta. Además, que la irregularidad que vulnera el derecho adquirido por Trasan S. A. a ser tratada con igualdad ante la ley es el habérsele exigido a ella "para la adjudicación de rutas, horarios y capacidad transportadora" una serie de requisitos, y que "la empresa de transporte favorecida con los actos impugnados no cumplió con el mínimo requisito legal para que se le fijara y autorizara en ellos (sic) la compra de capacidad (sic) transportadora".

Estima la Sala que este último argumento es esgrimido por la parte actora en el memorial de apelación, solamente con miras a lograr la revocatoria de la sentencia recurrida, pero no fue ese el motivo ni fundamento en la demanda y, por lo tanto, no pudo ser considerado por el *a quo* en el momento de fallar. Es por

consiguiente improcedente tenerlo en cuenta para una decisión en la segunda instancia.

Debe observarse, de todas maneras, que el recurrente parte de una premisa que nada tiene que ver con la proposición cuya comparación pretende pues, los primeros requisitos aluden a la "adjudicación de rutas, horarios y capacidad transportadora"; los segundos, cosa bien distinta, es la autorización para la compra de unos vehículos, comparación que difícilmente puede dar como resultado el tratamiento discriminatorio de una empresa respecto a la otra.

Ya, en cuanto hace referencia a la falta de legitimación del demandante, debe darse la razón al fallador de primera instancia cuando afirma que "no es fácil predicar perjuicios del hecho puro y simple de la compra de unos vehículos", que en la demanda sólo se habla de competencia ilegal y de que se violaron los derechos legítimos de la actora, pero en ningún momento acredita tal derecho, "no existe demostración de que le asistía el derecho excluyente a que otros transportadores adquirieran vehículos de transporte público"; concluyendo que no hay certeza alguna de la forma en que se vulneraron sus intereses, en cambio sí es evidente que la Constitución y la ley proscriben los monopolios y propician la libre empresa.

Considera esta Sala las apreciaciones del Tribunal y entiende que, cuando en el acto *sub judice* se autoriza a la Empresa de Transportes Guasimales a comprar los vehículos en cuestión, se precisa que están destinados "al transporte de pasajeros dentro de las rutas urbanas autorizadas a dicha Empresa". Esto es, no hay autorizaciones ni modificaciones a las rutas y horarios en forma que puedan interponerse al servicio prestado por Trasan S. A. Se tiene en cuenta por lo demás que esta empresa tiene autorizadas sus rutas y horarios, para "la prestación del servicio público de transporte urbano en automóvil colectivo", mientras que el acto acusado se refiere a microbuses, según las estipulaciones del artículo 2º del Código Nacional deTránsito, Decreto 1344 de 1970.

No se están por ende interfiriendo en lo más mínimo, al menos por lo que aparece en el expediente, las labores de servicio de la accionante, no se le están variando ni disminuyendo sus rutas y horarios, que si así fuese serían demandables las resoluciones que conllevaran tales disposiciones y no se colige, para concluir, cuál pueda ser el derecho que se pretende restablecer ni cuáles los perjuicios que, eventualmente se deban resarcir.

No alcanza en consecuencia el recurrente a desvirtuar las razones del fallo impugnado.

Motivada así la decisión a tomar, 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* el fallo apelado.

*Condénase* en costas de ambas instancias, a la parte demandante. Liquídense por las respectivas Secretarías.

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 23 de noviembre de 1995.

*Libardo Rodríguez Rodríguez,* Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Nubia González Cerón, Rodrigo Ramírez González.*

**SERVICIO PUBLICO DE RADIODIFUSION - Licencia Especial / CAUCION PARA OTORGAMIENTO DE LICENCIA SERVICIO DE RADIODIFUSION - Parámetros para su fijación/ CONTRATO DE CONCESION DE SERVICIO DE RADIODIFUSION - Prórroga/ PRORROGA AUTOMATICA DE CONTRATO DE CONCESION DE SERVICIO DE RADIODIFUSION - Formalización /REGLAMENTACION - Alcances / DERECHO A LA IGUALDAD**

**Pues mientras que en la Ley 74 de 1996 se establece como requisito para la transmisión de programas informativos o periodísticos el otorgamiento de una licencia especial expedida en favor de su director, previo el otorgamiento de una caución, cuya cuantía "...no podrá exceder de $20.000.00 ni ser inferior a cinco mil pesos ($5.000.00)" el acto acusado establece que dicha cuantía "... se determinará teniendo como base un valor de veinte mil pesos ($20.000.00) por cada emisión del programa cuya licencia se solicita", excediendo en un todo el marco de la norma reglamentada, que sólo exige el otorgamiento de una caución para transmitir los mencionados programas, dentro de los parámetros monetarios que allí se indican, independientemente del número de emisiones que de ellos se realice. El requisito que se consagra en el acto acusado no lo es para efectos de la prórroga del contrato de concesión, como erróneamente se plantea en la demanda, sino para formalizar la misma, a lo cual debe procederse dentro del año siguiente a su prórroga automática, en los términos del art. 36 de la Ley 80 de 1993 y, en segundo lugar, por cuanto, como lo ha reiterado la Sala en diversas oportunidades, la reglamentación general de los derechos y las actividades a que se refiere el art. 84 de la Carta Política no es solamente la contenida en las disposiciones de orden legal, sino que también hacen parte de ella las reglamentaciones que se expidan a través de otras normas que las desarrollen, como es precisamente el caso de los decretos reglamentarios. La Sala no advierte la violación del principio de igualdad en el acceso al uso del espectro electromagnético, dado que el citado inciso no se refiere a sujeto alguno destinatario especialmente beneficiado**

**de la regulación allí prevista, razón por la que se descarta la violación a dicho principio constitucional.**

**SERVICIO PUBLICO DE RADIODIFUSION - Emisora Clandestina / EMISORA CLANDESTINA - Improcedencia de Legalización**

**Efectivamente la última contraría en forma manifiesta la primera, pues es evidente que en cumplimiento de tales normas citadas como legales la administración tiene la obligación de proceder a la suspensión del servicio considerado clandestino y a decomisar los equipos, sin perjuicio de las demás sanciones a que hubiere lugar y sin posibilidad de legalización, mientras que el sentido de la norma acusada es la de permitir la continuación del funcionamiento de esos servicios que han venido prestándose sin sujeción a las disposiciones legales, la cual va en contravía de las leyes reglamentadas.**

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

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

Consejero Ponente: Doctor *Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Radicación número 3177.

Actor: Jorge Enrique Gutiérrez Avila.

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 Jorge Enrique Gutiérrez Avila, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., contra los artículos 27, 39, 85, 93, 97, 101, 116, 120 y 131 del Decreto número 1480 de 13 de julio de 1994 expedido por el Gobierno Nacional, "por el cual se reglamenta el servicio de radiodifusión sonora".

## I. ANTECEDENTES

a) **Los actos acusados**

Son los siguientes:

1°. "Artículo 27. Los concesionarios del servicio de radiodifusión sonora estarán obligados a transmitir gratuitamente, sin comentarios y de manera inmediata las rectificaciones o aclaraciones a que dieren lugar las informaciones

inexactas divulgadas al público, en el mismo horario y con idéntica importancia a la del programa o programas que las hayan originado. Esta obligación se extiende a los directores de programas informativos o periodísticos.

"La transmisión de rectificaciones deberá hacerse en condiciones de igualdad y equidad, de conformidad con la Constitución y las disposiciones legales que desarrollen este derecho".

2°. "Artículo 39. Para la expedición de licencias especiales a directores de programas informativos o periodísticos, el correspondiente director deberá otorgar una caución o garantía por el término solicitado y tres meses más, a favor del Ministerio de Comunicaciones para asegurar el cumplimiento de las eventuales responsabilidades que le pudieren ser atribuidas por infracción de las disposiciones legales que regulan el servicio.

"La caución o garantía de que trata el inciso anterior, podrá ser hipotecaria, prendaria, bancaria o una póliza de cumplimiento a favor de entidades oficiales otorgada por una compañía de seguros legalmente constituida en Colombia y su cuantía se determinará teniendo como base un valor de veinte mil pesos ($20.000) por cada emisión del programa cuya licencia se solicita".

3°. El parágrafo del artículo 85 del Decreto 1480 de 1994 que establece:

"Parágrafo. Para formalizar la prórroga de la concesión será necesario concepto favorable de la Dirección General de Telecomunicaciones y Servicios Postales, en que conste que el servicio se está prestando en debida forma; el pago de los derechos correspondientes a favor del Fondo de Comunicaciones y el correspondiente ajuste de la garantía.

"Si por causa imputable al concesionario, no fuere posible formalizar la prórroga, el Ministerio de Comunicaciones podrá cancelar la respectiva licencia o terminar los contratos de concesión".

4°. "Artículo 93. El Ministerio de Comunicaciones iniciará el procedimiento de selección objetiva para la concesión del servicio, con base en un estudio técnico de disponibilidad de frecuencias en las bandas de radiodifusión sonora de Amplitud Modulada (A.M.) y Frecuencia Modulada (F.M.), teniendo en cuenta las siguientes limitaciones de población:

"1. Para el servicio de radiodifusión sonora en Amplitud Modulada (A.M.):

"a) Estaciones en la sub-banda preferencial, una por cada trescientos mil (300.000) habitantes en el municipio o distrito en que se origine el servicio;

"b) Estaciones en la sub-banda regional, una por cada cien mil (100.000) habitantes en el municipio o distrito en que se origine el servicio.

"c) Estaciones en la sub-banda local, una por cada trescientos mil (300.000) habitantes en el municipio o distrito en que se origine el servicio;

"2. Para el servicio de radiodifusión sonora en Frecuencia Modulada (F.M.):

"a) Estaciones de primera clase, una por cada trescientos mil (300.000) habitantes en el municipio o distrito en que se origine el servicio:

"b) Estaciones de segunda clase, una por cada cien mil (100.000) habitantes en el municipio o distrito en que se origine el servicio;

"c) Estaciones de tercera clase, una por cada cincuenta mil (50.000) habitantes en el municipio o distrito en que se origine el servicio.

"Parágrafo. Para conceder el servicio de radiodifusión sonora en aquellos municipios o distritos que no tengan autorizada ninguna estación en Amplitud Modulada o en Frecuencia Modulada, o en los que sólo opere la Radiodifusora Nacional, no se tendrán en cuenta los límites de población establecidos en este artículo, para la primera estación en Amplitud Modulada (A.M.) sub-banda local y la primera estación en Frecuencia Modulada (F.M.) de tercera categoría.

"Tampoco se tendrán en cuenta los límites de población previstos en este artículo, cuando se trate de concesiones a entidades de derecho público, para la prestación del servicio de radiodifusión sonora en cualquiera de sus modalidades".

5°. "Artículo 97. Los límites de población establecidos en los artículos 95 y 96 del presente Decreto, no se tendrán en cuenta cuando se trate de concesiones a entidades de derecho público".

6°. "Artículo 101. La Radiodifusora Nacional y las instituciones oficiales de carácter cultural, tendrán prioridad en la asignación de frecuencias dentro de la disponibilidad en Amplitud Modulada (A.M.) y Frecuencia Modulada (F.M.).

7°. "Artículo 116. Los concesionarios de los servicios de radiodifusión sonora en Amplitud Modulada (A.M.) y Frecuencia Modulada (F.M.), deberán pagar por concepto de servicios de radiocomunicaciones complementarios, en anualidades anticipadas a favor del Fondo de Comunicaciones, de acuerdo con los siguientes conceptos:

"1. Por el uso de frecuencias asignadas una suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual.

"2. Por ancho de banda protegido o su equivalente, con separación de veinticinco (25) khz, una suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual, por sistemas que tengan una capacidad hasta de doce (12) canales y un (1) salario mínimo legal diario por cada canal adicional.

"3. Por concepto de potencia de operación:

"a) Cada equipo de transmisión auxiliar del servicio de radiodifusión sonora con potencia de hasta cincuenta (50) vatios, pagará una suma equivalente a quince (15) salarios mínimos legales diarios;

"b) Cada equipo de transmisión auxiliar del servicio de radiodifusión sonora con potencia mayor a cincuenta (50) vatios, pagará una suma equivalente a veinticinco (25) salarios mínimos legales diarios.

"Parágrafo. Para los efectos de este artículo se entienden por servicios de radiocomunicaciones complementarios de las estaciones de radiodifusión sonora, los equipos de radiotransmisión destinados a complementar la operación de las estaciones de radiodifusión sonora, tales como los equipos para transmóviles y los sistemas de enlaces entre estudios y transmisores".

8°. "Artículo 120. El Ministerio de Comunicaciones podrá establecer mediante resolución motivada, tarifas preferenciales para las entidades de derecho público e instituciones que presten el servicio de radiodifusión sonora con fines exclusivos de asistencia social y prevención de desastres".

9°. "Artículo 131. Las personas que han venido prestando el servicio de radiodifusión sonora sin sujeción a las disposiciones legales vigentes sobre la materia, podrán solicitar al Ministerio de Comunicaciones, dentro de los sesenta días siguientes a la fecha de publicación del presente decreto, la iniciación del procedimiento de selección objetiva para prestar el servicio en el municipio o distrito donde haya venido operando.

"Para el efecto, el Ministerio de Comunicaciones tendrá en cuenta el estudio de disponibilidad de frecuencias, los criterios previstos en el Plan General de Radiodifusión Sonora y demás requisitos establecidos en el presente Decreto".

b) **Las normas presuntamente violadas y el concepto de la violación**

De orden constitucional: artículos 2°; 13; 20; 25; 75; 84; 189 numeral 11; y 209.

De orden legal: artículo 7°, de la Ley 74 de 1966; y 36 de la Ley 80 de 1993.

*Primer cargo.* El Ejecutivo desbordó la facultad reglamentaria al prever en el artículo 27 del Decreto 1480 de 1994, la obligación para los concesionarios del servicio de radiodifusión sonora de transmitir gratuitamente "las rectificaciones o aclaraciones que originan las informaciones inexactas divulgadas al público, cuando el artículo 20 de la Constitución Política no prevé las "aclaraciones".

*Segundo cargo.* En el artículo 39 del decreto acusado se fija la suma de veinte mil pesos ($20.000.00) para el otorgamiento de la póliza de cumplimiento, por cada emisión, contrariando el artículo 7° de la Ley 74 de 1966, que lo fijó en un mínimo de cinco mil pesos ($5.000.00) y un máximo de veinte mil pesos ($20.000.00), lo que conlleva a la violación del numeral 11 del artículo 189 de la Carta.

*Tercer cargo.* El parágrafo del artículo 85 acusado vulnera el artículo 84 de la Constitución y el artículo 36 de la Ley 80 de 1993 al exigir entre otros requisitos adicionales, el concepto de la Dirección General de Telecomunicaciones y Servicios Postales, lo que evidencia la violación del numeral 11 del artículo 189 de la Carta.

*Cuarto cargo.* El parágrafo del artículo 93 demandado viola el artículo 75 de la Constitución, al impedir el acceso en igualdad de condiciones a las personas privadas frente a las de derecho público, promoviendo con ello un monopolio de este servicio que se encuentra prohibido por dicha norma superior desbordando, además, la potestad reglamentaria.

Igualmente la norma citada vulnera el artículo 209 de la Constitución Política, por cuanto desconoce el interés general como función primordial de la administración, el cual debe desarrollarse con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, etc.

*Quinto cargo.* El artículo 97 infringe los artículos 13 y 209 de la Constitución Política, por cuanto no se les aplica a las entidades de derecho público los límites de población exigidos para la difusión privada en los artículos 95 y 96 del reglamento.

*Sexto cargo.* El artículo 101 viola los artículos 13, 20, 75 y 209 de la Carta, al dar prioridad en la asignación de Frecuencias de Amplitud Modulada (A.M.) y Frecuencia Modulada (F.M.) cuando se trata de la Radiodifusora Nacional y de las instituciones de carácter oficial, en desventaja de las empresas de radiodifusión privada.

*Séptimo cargo.* El artículo 116 vulnera el artículo 84 de la Constitución Política, al fijar a las empresas de radiodifusión privada gravámenes no previstos en las disposiciones que reglamenta.

De otra parte, al gravar los equipos de transmisión auxiliar del servicio de radiodifusión sonora con la potencia allí indicada, reincide en el exceso de la facultad reglamentaria, por cuanto los servicios complementarios hacen parte integral de las estaciones radiales, a las cuales se refiere la concesión.

*Octavo cargo.* El artículo 120 desconoce los artículos 2°, 13, 20, 75 y 209 de la Carta, al establecer tarifas preferenciales para las entidades de derecho público e instituciones que presten el servicio de radiodifusión sonora con finalidad de asistencia social y prevención de desastres, en desventaja de las entidades privadas que cubren la mayoría del servicio en los eventos citados.

*Noveno cargo.* El artículo 131 vulnera el artículo 13 de la Constitución, al autorizar que legalicen su actividad las personas que han venido prestando el servicio de radiodifusión sonora al margen de la ley, desconociendo la prohibición contenida en el artículo 10 de la Ley 72 de 20 de diciembre de 1989 y el artículo 50 del Decreto 1900 de 1990, que disponen una sanción a quienes operen clandestinamente, decomisando los elementos con que vienen operando.

c) **Razones de la defensa**

1. De la Nación-Ministerio de Comunicaciones (fls. 64 a 72 y 172 a 180):

Si bien es cierto que el artículo 20 de la Constitución Política se refiere solamente al derecho de rectificación, no debe olvidarse que gramaticalmente el verbo rectificar en una de sus acepciones es definido como "volver exacto". El término rectificación puede llevar implícita la palabra "aclaración", por cuanto de lo que se trata es de volver exacto un concepto u opinión que se ha emitido.

Frente al artículo 39 acusado, suspendido provisionalmente por considerar la Sala que contraría manifiestamente el inciso final del artículo 7° de la Ley 74 de 1966, cabe observar que ello no es así, toda vez que en dicha ley se establece que habrá licencia para la emisión de programas informativos o periodísticos, pero no establece un número, razón por la cual el Gobierno Nacional consideró que esa caución corresponda a cada programa que se emita. Además, es comprensible que una licencia expedida por dos o tres años con la posibilidad de emitir el programa varias veces al día haría ridícula la norma en cuanto no existiría posibilidad de que esa garantía pueda satisfacer los posibles daños y perjuicios que la emisión de tales programas pueda ocasionar a los habitantes del territorio nacional. Por ello es necesario que la garantía sea por cada programa, entendiéndose que la licencia es para cada programa que se emita.

El cargo atribuido al artículo 85 demandado no procede, ya que el Decreto-ley 1901 de 1990 "por el cual se establece la estructura orgánica del Ministerio de Comunicaciones y se determinan las funciones de sus dependencias y se dictan

otras disposiciones", en su artículo 19, señala como función de la Dirección General de Telecomunicaciones y Servicios Postales, "controlar la debida aplicación de las políticas y normas técnicas en los proyectos de instalación, ensanche o renovación de redes de telecomunicaciones, de servicios de telecomunicaciones y del espectro radioeléctrico...", razón por la cual el director debe emitir concepto favorable en donde conste que el servicio se está prestando en debida forma. A juicio de la entidad demandada, esta actividad es una de las manifestaciones del ejercicio del control de los servicios de telecomunicaciones asignado por el Decreto-ley 1901 de 1990 a la Dirección de Telecomunicaciones y Servicios Postales.

No puede pretenderse que exista prórroga de un contrato respecto del cual un funcionario del Ministerio de Comunicaciones concluya que no se ha prestado en debida forma, por lo cual no se está estableciendo ningún requisito adicional a los que la normatividad y la lógica imponen en las relaciones contractuales Nación-Ministerio de Comunicaciones y concesionario.

Si esta función se asignó con posterioridad a la Ley 74 de 1966, es lógico que sea incluida en la nueva reglamentación para que se dé la consonancia entre toda la normatividad vigente.

En cuanto al artículo 93 acusado, es de observar que no puede concluirse, como lo hace el demandante, que por vía de reglamento se encuentren en igualdad los operadores estatales, particulares o comunitarios, cuando por su naturaleza son diferentes, predicándose la igualdad solamente entre cada uno de esos grupos que conforman la diversidad que integra el servicio de radiodifusión sonora.

Respecto del artículo 97, cuya nulidad solicita el actor con el argumento de que a las entidades de derecho público no se les aplican los límites de población exigidos para la difusión privada, debe aclararse que el servicio público de radiodifusión que prestan las entidades de derecho público de ninguna manera puede considerarse como competencia de la actividad privada. El Estado debe hacer presencia en las zonas geográficamente apartadas y menos favorecidas donde para los particulares no resulta rentable. Es por ello que el factor de los límites de población no se aplica a los medios de radiodifusión públicos.

Frente al artículo 101 deben ser tenidos en cuenta los planteamientos anteriores para desechar el cargo a él atribuido.

Para el estudio del artículo 116 demandado, es de observar que los artículos 7° de la Ley 72 de 1989 y 20 y 59 del Decreto 1900 de 1990, disponen que para el uso de frecuencias radioeléctricas el Ministerio de Comunicaciones fijará las tarifas, tasas y contribuciones que deberán pagarse por concepto de las concesiones, autorizaciones y permisos que se otorguen. En consecuencia, cuando se hace la

discriminación de los diferentes conceptos, se está simplemente cumpliendo con los objetivos que la ley señala, sin que se establezcan reglamentos adicionales.

De otra parte, los servicios auxiliares no son utilizados en igual cantidad por todas las emisoras, ni todas ellas usan transmóviles y sistemas de enlace entre estudios y transmisores, pero cuando utilizan dicho sistemas de enlace hacen uso del espectro electromagnético, debiendo pagar por ello de conformidad con el artículo 20 del Decreto 1900 de 1990.

Cuando el artículo 120 acusado dispone que mediante resolución motivada se podrán establecer tarifas preferenciales para las entidades de derecho público que presten el servicio de radiodifusión sonora con fines exclusivos de asistencia social y prevención de desastres, pretende proteger el interés general sobre el particular, en cumplimiento de los artículos 3° de la Ley 72 de 1989 y 3° y 6° del Decreto 1900 de 1990, además que siendo el género el servicio de radiodifusión sonora, el cual comprende tres especies (la prestada por los particulares, la del Estado en forma directa y la del servicio comunitario), el tratamiento que puede predicarse respecto de cada una de las anteriores es igual entre iguales y no como lo pretende el actor en el sentido de que todos los operadores de radiodifusión sonora sean iguales.

Por último, el término de sesenta (60) días a que se refiere el artículo 131 demandado, no es ni pretende ser la legalización de los posibles infractores. Es la oportunidad dentro de la cual las personas que han venido prestando el servicio de radiodifusión sonora sin sujeción a las disposiciones legales vigentes sobre la materia pueden solicitar al Ministerio de Comunicaciones la iniciación de la selección objetiva para prestar el servicio en el municipio o distrito donde haya venido operando.

A la persona interesada sólo se le otorga el derecho de solicitar la iniciación del procedimiento de selección objetiva, no derivándose de allí ninguna expectativa distinta a la de participar en dicho procedimiento de selección en igualdad de condiciones y oportunidades que las demás personas que presenten oferta. En consecuencia, no existe un derecho de preferencia para aquella persona que ha venido operando clandestinamente para que legalice la emisora y, mucho menos, se han desconocido los artículos 10 de la Ley 72 de 1989, 50 del Decreto 1900 de 1990 y 3° numeral 8 del Decreto 1901 de 1990, en cuanto no se ha pretendido la "subrogación" de la ley mediante un decreto, ni desconocer la prevalecida y vigencia de la ley frente a los reglamentos.

2. Del ciudadano Herney Ramírez Alcalde (impugnante, fls. 147 a 155):

Del estudio armónico y coordinado de los principios constitucionales contenidos en los artículos 2°, 70, 71, 75, 365 y 366, se extrae que la Constitución

Política consagra el interés público y social del espectro electromagnético, buscando el interés general, el mejoramiento del nivel de vida de los habitantes, la difusión de nuestra cultura a través de la libertad económica de fundar medios masivos de comunicación y el acceso al uso con función social del mencionado bien público.

De otra parte, de los artículos 3°, 4°, 6° y 13 del Decreto 1480 de 1994 y 35 de la Ley 80 de 1993, se colige que corresponde al Ministerio de Comunicaciones, a través de sus dependencias, además del control y vigilancia en la gestión y operación del servicio de comunicaciones, garantizar la prosperidad general, la promoción de la cultura y la información.

El cargo atribuido al artículo 27 del Decreto acusado debe desecharse, toda vez que no hay contradicción entre el sentido de las palabras rectificar y aclarar, pues ambas en circunstancias similares tienen por finalidad determinar el sentido de un dato o información, proveyendo su recto y claro discernimiento e inteligencia.

Frente a los cargos segundo y séptimo en los que el demandante argumenta la violación del artículo 84 de la Carta Política por parte de los artículos 39 y 116 del Decreto 1480 de 1994, es de advertir que la caución fijada asegura el cumplimiento de las eventuales responsabilidades por infracción en el cumplimiento de la actividad periodística, lo cual dista de violar el precepto constitucional citado, pues precisamente el derecho y la actividad de información y periodismo están siendo reglamentados de manera general por este decreto, estableciéndose en él los requisitos sustanciales y formales para su ejercicio, los cuales no pueden acusarse de "adicionales", como lo hace el actor.

La Sala en providencia de 20 de enero de 1995 suspendió provisionalmente el artículo 39 del Decreto 1480 de 1994, al confrontar éste con el inciso final del artículo 7° de la Ley 74 de 1966, cuando se trata de dos disposiciones distintas. La primera tiene que ver con la emisión de cada programa y la segunda con la categoría del área del servicio. Los valores consignados no han sufrido en casi 30 años el reajuste que la realidad económica impone. Además, es absurdo argumentar que el Estado debe permitir el uso gratuito de sus bienes sin que pueda cobrar derechos, tasas o tarifas, con el argumento de que se trata de requisito adicional.

En lo que toca con el concepto favorable de la Dirección General de Telecomunicaciones y Servicios Postales exigido en el artículo 85 del decreto demandado, es menester diferenciar entre la solicitud de concesión de una frecuencia radiofónica por primera vez y la solicitud para "formalizar la prórroga de la concesión... en que conste que el servicio se está prestando en debida forma". No debe olvidarse que corresponde al Ministerio la permanente vigilancia, no sólo de la prestación del servicio, sino de su calidad, así como del cumplimiento de la función social que la actividad comunicadora debe desarrollar. Sólo a través del concepto

favorable puede la entidad demandada desarrollar eficientemente las labores enunciadas, tanto mas, si el Decreto 1901 de 1990 que reestructuró el Ministerio de Comunicaciones, otorgó a la Dirección General de Telecomunicaciones y Servicios Postales dichas atribuciones de vigilancia, las cuales no existían cuando se expidió la Ley 74 de 1966 que se considera violada.

En cuanto a la violación de los artículos 75 y 209 de la Constitución a que se refiere el actor en los cargos cuarto, quinto, sexto y octavo de la demanda, debe insistirse en que no es cierto que el espectro electromagnético se divide entre personas públicas y privadas, sino entre personas capaces de prestar un servicio adecuado, objetivo y eficiente de radiodifusión, sobre todo teniendo en cuenta el amplio espectro de frecuencias en A.M. y F.M. que aun están sin utilizar y cuyo cubrimiento ha determinado la ley.

Finalmente, frente al cargo esgrimido en contra del artículo 131 del Decreto 1480 de 1994 por violar la legislación que contiene las sanciones que se le impondrían a quienes operen en la clandestinidad el servicio de radiodifusión, es preciso referirse a la realidad socio-económica que se vivencia en pequeños municipios, veredas y poblados de nuestro país, siendo un contrasentido que se hable de actividad "clandestina", cuando por definición, radiodifundir es una actividad que sólo se desarrolla en la medida en que es conocida y reconocida por la comunidad a la que se dirige.

Cuando en una población pequeña una persona toma la decisión de crear un medio de comunicación que promueva el intercambio de bienes, servicios, actividades, cultura, etc., debe invertir apreciables sumas de dinero en equipos, instalaciones, técnicos y personal especializado para poner a funcionar su naciente empresa, arriesgando mucho más que unas sanciones de orden administrativo, policivo o penal. Estas emisoras, por lo general de corto alcance, se convierten en la voz de la región y, por ello, no puede considerarse que estén interesadas en desarrollar el servicio de radiodifusión por fuera de los requisitos establecidos en la ley y el reglamento.

Cuando las leyes en su texto contemplan circunstancias sociales abstractas que contradicen la realidad de un país, dejan de prestar el servicio de armonización y coordinación de sus fuerzas vivas en aras de la prosperidad y el bien común, razón por la cual en eventos como el que nos ocupa donde se entorpece el natural y adecuado acceso de todas las personas a bienes públicos, como lo es el espectro electromagnético, debe aplicarse el principio de excepción de inconstitucionalidad para "legalizar", si así puede decirse, la situación laboral de muchos colombianos que prestan el mencionado servicio público sin sujeción integral a normas vigentes pero que cumplen con creces la finalidad de función social que su propiedad tiene inherente conforme la Constitución.

En las circunstancias descritas adquieren especial importancia los principios de la supremacía e integralidad de la Constitución, pues no es lógico que si la misma aspira a que entre el Estado y particulares se construya un futuro más próspero, aquél no pueda crear los instrumentos para facilitar al servicio de radiodifusión sonora, la formalización de su calidad ya activa de concesionario.

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 del 20 de enero de 1995 se admitió la demanda, se decretó la suspensión provisional de la expresión "y su cuantía se determinará teniendo como base un valor de veinte mil pesos ($20.000) por cada emisión del programa cuya licencia se solicita" contenida en el artículo 39 del Decreto 1480 de 1994, así como la del artículo 131 *ibidem,* se denegó la del resto del articulado demandado y se ordenó darle el trámite correspondiente (fls. 18 a 35).

Mediante proveído de 10 de marzo de 1995 se resolvió el recurso de reposición interpuesto por el demandante contra el auto de 20 de enero del mismo año con el fin de obtener su revocatoria parcial en cuanto denegó la suspensión provisional de algunas de las normas acusadas del Decreto 1480 de 1994, en el sentido de confirmarlo (fls. 47 a 57).

Dentro del término de traslado para alegar de conclusión, hicieron uso de tal derecho la parte demandante (fl. 160) y la parte demandada (fl. 172).

## II. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación manifiesta que se trata aquí del uso del espectro electromagnético, bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado, y de las telecomunicaciones y la radiodifusión que constituyen un servicio público a cargo del Estado, el cual puede ser prestado en forma directa por entidades públicas o indirectamente mediante concesión otorgada a personas naturales o jurídicas, bajo la inspección y vigilancia del Ministerio de Comunicaciones.

En aquellos casos en que el servicio es prestado directamente por el Estado, es apenas lógico que éste como responsable y garante de dicho servicio, conserve para sí las mínimas prerrogativas, de manera que el principio de igualdad contenido en el artículo 75 de la Constitución Política tiene operancia frente a las personas o entidades privadas interesadas en acceder al uso del espectro electromagnético y no entre estas entidades y el Estado. Se responde así negativamente el argumento del actor para impugnar los artículos 93, 97, 101, 116 y 120 del decreto demandado.

Tampoco tiene relevancia el argumento esgrimido contra el artículo 27 *ibidem*, ya que la expresión "aclaración" bien puede ser una forma parcial de lograr la "rectificación".

En cuanto al monto de la garantía contemplada en el artículo 39 del Decreto 1480 de 1994, debe decirse que la norma reglamentada (artículo 7° de la Ley 74 de 1966) señala que la cuantía de la caución ha de fijarse teniendo en cuenta la categoría del área del servicio de la estación o estaciones de radiodifusión que transmitan el servicio, entre el máximo y el mínimo allí previsto, ajustándose la norma reglamentaria al máximo indicado, por lo cual no puede hablarse de extralimitación. Como la norma reglamentada no precisa que la caución ha de otorgarse por una sola vez durante toda la vigencia de la conexión o licencia, nada impide que el reglamento la señale para cada emisión del programa cuya licencia se solicita.

Sobre el artículo 85 acusado, al cual se le atribuye exigir requisitos adicionales no contemplados en las disposiciones reglamentadas, cabe recordar que el poder de gestión y control sobre el espectro electromagnético y el servicio de radiodifusión sonora se ejerce a través del Ministerio de Comunicaciones, siendo el trámite de cada prórroga de la licencia o concesión la oportunidad precisa para que la entidad estatal reexamine los términos de aquellas y verifique si el concesionario se ajusta a las exigencias del servicio público a él confiado (artículos 34 y ss., 49 y ss. y 58 y ss. del Decreto 1900 de 1990).

Finalmente, le asiste razón al actor cuando afirma que el artículo 131 demandado viola los artículos 10 de la Ley 72 de 1989 y 50 del Decreto 1900 de 1990, en cuanto aquél convalida en favor de las personas que han venido prestando el servicio de radiodifusión sonora sin sujeción a las disposiciones legales vigentes sobre la materia, situaciones ilegales previstas y sancionadas por las normas señaladas como transgredidas.

En síntesis, procede la anulación del artículo 131 del Decreto 1480 de 1994 y la denegación de las demás pretensiones de la demanda.

## III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En relación con el primer cargo. El hecho de que la norma demandada se refiera a "rectificaciones o aclaraciones" no implica por sí mismo que se esté ampliando la figura de la "rectificación" contenida en el artículo 20 de la Constitución, pues es claro que una aclaración puede implicar en el fondo, por lo menos, una rectificación parcial.

Aun dentro del contexto comparativo del significado literal de las dos expresiones que trae a colación el demandante, la Sala encuentra que ambas son compatibles con la finalidad de rectificación que consagra la norma constitucional,

pues nada se opone a considerar razonablemente que "mejorar una información" pueda contribuir en un momento dado a salvaguardar el citado derecho a rectificar informaciones que no sean total o parcialmente veraces.

De otra parte, la Sala encuentra pertinente transcribir el artículo 9° de la Ley 74 de 1966, "por la cual se reglamenta la transmisión de programas por los servicios de radiodifusión":

> "Artículo 9°. Los titulares de licencias para funcionamiento de servicios de radiodifusión y los directores de programas informativos o periodísticos, están obligados a transmitir gratuitamente y sin comentarios, en la programación siguiente al recibo de la solicitud, **las rectificaciones o aclaraciones** a que dieren lugar las noticias, comentarios, conferencias o discursos transmitidos y que las personas afectadas consideren injuriosos, calumniosos o **inexactos**. Tal transmisión deberá hacerse a la misma hora en que se transmitió la que dio lugar a la aclaración" (negrillas fuera del texto).

La norma transcrita evidencia que desde la fecha de expedición de la ley que la contiene (1966), ya se hablaba de rectificación o aclaración como términos semejantes.

Además, dicha norma habla de comentarios, noticias, etc.. que las personas afectadas consideren inexactos, por lo cual y teniendo en cuenta que el Diccionario de la Lengua Española le otorga entre otras acepciones al verbo rectificar la de "2. Procurar uno reducir a la conveniente **exactitud** y certeza los dichos o hechos que se le atribuyen", esta Corporación estima que cuando se procede a aclarar alguna información, en últimas lo que se pretende es que ésta sea exacta, lo cual corrobora que el artículo 27 del decreto demandado no viola el artículo 20 de la Carta Política al incluir el término "aclaración".

En consecuencia, el cargo no prospera.

En relación con el segundo cargo. El demandante considera que el artículo 7° de la Ley 74 de 1966 fue violado por parte del artículo 39 del Decreto 1480 de 1994, en cuanto el primero dispuso que el valor de la caución que deberán otorgar los directores de los programas informativos o periodísticos oscilará entre cinco y veinte mil pesos, en tanto que el segundo fijó como base de dicha caución la suma de veinte mil pesos ($20.000.00), por cada emisión del programa.

> El artículo 7° de la Ley 74 de 1966, cuya violación se plantea en este cargo, dispone lo siguiente:
>
> "Artículo 7°. La transmisión de los programas informativos o periodísticos por los servicios de radiodifusión, requieren licencia especial otorgada por el

Ministerio de Comunicaciones, expedida en favor de su director, la cual será concedida, previo cumplimiento de los siguientes requisitos:

"a) Registro de los nombres del programa y del director, ante la Dirección de Propiedad Intelectual y Prensa del Ministerio de Gobierno;

"b) Determinación de las características de la emisión y del horario de la transmisión;

"c) Otorgamiento de caución para responder de las sanciones administrativas o de las indemnizaciones civiles que puedan deducirse contra el director del programa por infracción a las disposiciones legales;

"d) Indicación de la estación de radiodifusión por donde será transmitido el programa;

"e) Prueba de que el director del programa es nacional colombiano, ciudadano en ejercicio y que presente el respectivo certificado de policía;

"f) Prueba de idoneidad profesional, que puede consistir en un título expedido por una entidad docente de periodismo, debidamente aprobada y reconocida por el gobierno colombiano, o en un título académico universitario aprobado por el Ministerio de Educación Nacional, o en una constancia de que se ha ejercido por lo menos durante tres años la profesión de periodista, constancia que podrán expedir los directores de periódicos, radionoticieros o radioperiódicos o las organizaciones gremiales de periodistas legalmente constituidas.

"La caución de que trata el ordinal c) de este artículo deberá ser bancaria, hipotecaria, prendaria o de una compañía de seguros y se constituirá ante el Ministerio de Comunicaciones. Su cuantía se fijará teniendo en cuenta la categoría del área del servicio de la estación o estaciones de radiodifusión que transmiten el servicio y no podrán exceder de veinte mil pesos ($20.000.00) ni ser inferior a cinco mil pesos ($5.000.00)".

Ahora bien, luego del estudio de las acusaciones formuladas en contra del artículo 39 del Decreto 1480 de 1994, la Sala considera que, en efecto como lo concluyó en el auto admisorio de la demanda, dicho acto incurre en infracción de la indicada norma legal, pues mientras que en ellas se establece como requisito para la transmisión de programas informativos o periodísticos el otorgamiento de una licencia especial expedida en favor de su director, previo el otorgamiento de una caución, cuya cuantía "... no podrá exceder de veinte mil pesos ($20.000.00) ni ser inferior a cinco mil pesos ($5.000.00)", el acto acusado establece que dicha cuantía "... se determinará teniendo como base un valor de veinte mil pesos ($20.000.00)

por cada emisión del programa cuya licencia se solicita", excediendo en un todo el marco de la norma reglamentada, que sólo exige el otorgamiento de una caución para transmitir los mencionados programas, dentro de los parámetros monetarios que allí se indican, independientemente del número de emisiones que de ellos se realice. Es decir, que al establecerse en el acto acusado como "base" para determinar el monto de la caución la suma de $20.000.00, por cada emisión, la cuantía de la misma siempre excederá el tope máximo señalado en el artículo 7º de la Ley 74 de 1966 pues, se hace depender del número de programas que se emitan durante el término de la licencia.

En consecuencia, en la parte dispositiva de este fallo se procederá a declarar la nulidad de la expresión: "... y su cuantía se determinará teniendo como base un valor de veinte mil pesos ($20.000.00) por cada emisión del programa cuya licencia se solicita", contenida en el inciso segundo del artículo 39 del decreto parcialmente acusado.

En relación con el tercer cargo. El actor considera que el parágrafo del artículo 85 del decreto parcialmente acusado incurre en violación de los artículos 84 de la Carta Política y 36 de la Ley 80 de 1993, pues en él se señala como requisito para la prórroga en las concesiones el concepto favorable de la Dirección General de Telecomunicaciones y Servicios Postales, el cual no se contempla en la indicada disposición legal, así como tampoco en los demás ordenamientos que reglamenta el Decreto 1480 de 1994.

Para la Sala es evidente que dicho cargo formulado adolece de vocación de prosperidad, pues, en primer término, el requisito que se consagra en el acto acusado no lo es para efectos de la prórroga del contrato de concesión, como erróneamente se plantea en la demanda, sino para formalizar la misma, a lo cual debe procederse dentro del año siguiente a su prórroga automática, en los términos del artículo 36 de la Ley 80 de 1993 y, en segundo lugar, por cuanto, como lo ha reiterado la Sala en diversas oportunidades, la reglamentación general de los derechos y las actividades a que se refiere el artículo 84 de la Carta Política no es solamente la contenida en las disposiciones de orden legal, sino que también hacen parte de ella las reglamentaciones que se expidan a través de otras normas que las desarrollen, como es precisamente el caso de los decretos reglamentarios, como el acusado, mediante el cual, en el parágrafo de su artículo 85, se reglamenta la formalización de la prórroga automática de las concesiones para la prestación de los servicios y actividades de telecomunicaciones, a que se refiere el citado artículo 36 de la Ley 80 de 1993.

En relación con el cuarto cargo. En él se plantea que el parágrafo del artículo 93 del decreto parcialmente acusado infringe los artículos 75 y 209 de la Constitución, por cuanto rompe el principio de igualdad de oportunidades en el acceso al uso del

espectro electromagnético, al establecer que aquellos municipios que no tengan autorizada ninguna estación de Amplitud Modulada o Frecuencia Modulada o en las que sólo opere la Radiodifusora Nacional, quedan exonerados de los límites de población establecidos en la disposición reglamentaria, y que si se trata de concesiones a entidades de derecho público tampoco se tienen en cuenta dichos límites de población.

Sobre el particular, la Sala observa y considera lo siguiente:

a) La "igualdad de oportunidades" en el acceso al uso del espectro electromagnético está condicionada por la misma Constitución (art. 75), a "los términos que fije la ley";

b) Como quiera que el artículo 209 de la Carta Política se refiere al principio de igualdad, en general, para lo relacionado específicamente con el acceso al uso del espectro electromagnético debe entenderse referido a la norma especial del artículo 75 *ibidem,* el cual, como ya se dijo, condiciona la aplicación de este principio a los términos de la ley;

c) El inciso segundo del artículo 6° del Decreto-ley 1900 de 1990 preceptúa que "...el Gobierno Nacional promoverá la cobertura nacional de los servicios de telecomunicaciones y su modernización, y propenderá porque los grupos de población de menores ingresos económicos, los residentes en áreas urbanas y rurales marginales o de frontera, las etnias culturales y en general los sectores más débiles o minoritarios de la sociedad accedan al uso de esa clase de servicios, a fin de propiciar su desarrollo socioeconómico, la expresión de su cultura y su integración a la vida nacional";

d) En cuanto a lo dispuesto en el inciso primero del parágrafo del artículo 93 del decreto parcialmente acusado, en el sentido de que para conceder el servicio de radiodifusión sonora en aquellos municipios o distritos que no tengan autorizada ninguna estación en Amplitud Modulada o en Frecuencia Modulada, o en los que sólo opere la Radiodifusora Nacional, no se tendrán en cuenta los límites de población señalados en dicha norma, la Sala no advierte la violación del principio de igualdad en el acceso al uso del espectro electromagnético, dado que el citado inciso no se refiere a sujeto alguno destinatario especialmente beneficiado de la regulación allí prevista, razón por la que se descarta la violación a dicho principio constitucional;

e) Por lo que concierne a lo dispuesto en el inciso segundo del parágrafo del artículo 93, acusado, en el sentido de que tampoco se tendrán en cuenta los límites poblacionales señalados en la norma cuando se trate de concesiones a entidades públicas para la prestación del servicio de radiodifusión sonora en cualquiera de sus modalidades, respecto de lo cual el actor alega la violación de los artículos 75 y 209

de la Carta Política, la Sala considera que en virtud de la mencionada referencia la ley, el quebrantamiento de los indicados preceptos constitucionales sólo podría darse de manera indirecta, en la medida en que el acto acusado desconociera las disposiciones legales que desarrollan el principio de igualdad de oportunidades en el acceso al uso del espectro electromagnético, y como quiera que en la demanda no se indican cuáles de ellos podrían resultar contrariados, a esta Corporación no le corresponde suplir la inercia de la parte actora en este aspecto, en virtud del carácter rogado de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En consecuencia, el cargo no prospera.

En relación con los cargos quinto, sexto y octavo. El demandante considera que los artículos 97, 101 y 120 del Decreto 1480 de 1994 desconocen el principio de igualdad contenido en los artículos 13, 20, 75 y 209 de la Carta Política, por cuanto señalan en su orden, que los límites de población establecidos en los artículos 95 y 96 no se tendrán en cuenta cuando se trate de concesiones a entidades de derecho público; que la Radiodifusora Nacional y las instituciones oficiales de carácter cultural, tendrán prioridad en la asignación de frecuencias dentro de la disponibilidad en Amplitud Modulada y Frecuencia Modulada; y que el Ministerio de Comunicaciones, mediante resolución motivada, podrá establecer tarifas preferenciales para las entidades de derecho público e instituciones que presten el servicio de radiodifusión sonora con fines exclusivos de asistencia social y prevención de desastres.

Como quiera que en los anteriores cargos se discute la violación del principio de igualdad, específicamente en lo relacionado con la "igualdad de oportunidades" en el acceso al uso del espectro electromagnético, el cual está condicionado por la misma Constitución (art. 75) a "los términos que fije la ley", la Sala considera que por las mismas razones expresadas en el literal e) del cargo precedentemente analizado, estos adolecen de vocación de prosperidad.

En relación con el séptimo cargo. En él se plantea que el artículo 116 del Decreto 1480 de 1994 vulnera el artículo 84 de la Carta Política, al establecer gravámenes no previstos en las disposiciones legales que reglamenta, por concepto de servicios de radiocomunicaciones complementarias, los cuales hacen parte de las estaciones radiales.

Para la Sala es evidente que para la referida acusación adolece de vocación de prosperidad, por cuanto, como se expresó en el análisis del tercer cargo de la demanda, la reglamentación general a que se refiere el artículo 84 de la Carta Política no es solamente la contenida en las leyes sino en los decretos reglamentarios de estas últimas, como es el caso del Decreto 1480 de 1994, del cual hace parte la norma acusada.

En relación con el noveno cargo. En él se discute que el artículo 131 del Decreto 1480 de 1994 incurre en violación de los artículos 13 de la Carta Política, 10 de la Ley 72 de 1989 y 58 del Decreto-ley 1900 de 1990, en razón a que sus disposiciones permiten que las personas que venían prestando el servicio de radiodifusión sonora al margen de la ley legalicen su actividad.

Las siguientes fueron las consideraciones que, consignadas en el auto admisorio de la demanda, fundamentaron la decisión de decretar la suspensión provisional del acto al cual se contrae este cargo.

"En cuanto al artículo 10 de la Ley 72 de 1989, dice lo siguiente:

'Artículo 10. Cualquier servicio de telecomunicaciones que opere sin previa autorización del Gobierno, es considerado clandestino y el Ministerio de Comunicaciones y las autoridades militares y de policía procederán a suspenderlo y a decomisar los equipos, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones de orden administrativo o penal a que hubiere lugar conforme a las normas legales y reglamentarias vigentes.

"Los equipos decomisados serán depositados en el Ministerio de Comunicaciones, el cual les dará la aplicación y destino que fijen las normas pertinentes'.

"A su vez, el artículo 50 del Decreto-ley 1900 de 1990 repite en su esencia la norma anterior.

"Al hacer la comparación entre las dos normas legales citadas por el peticionario y la disposición reglamentaria acusada, la Sala encuentra que efectivamente la última contraría en forma manifiesta la primera, pues es evidente que en cumplimiento de las citadas normas legales la administración tiene la obligación de proceder a la suspensión del servicio considerado clandestino y a decomisar los equipos, sin perjuicio de las demás sanciones a que hubiere lugar y sin posibilidad de legalización, mientras que el sentido de la norma acusada es la de permitir la continuación del funcionamiento de esos servicios que han venido prestándose sin sujeción a las disposiciones legales, lo cual va en contravía de las leyes reglamentadas".

Ahora bien, en cuanto al argumento de la parte demandada, en el sentido de que con la norma reglamentaria cuya nulidad se impetra no se pretende desconocer la prevalencia de la ley frente a los reglamentos, sino otorgar a la persona interesada el derecho de solicitar la iniciación del procedimiento de selección objetiva en igualdad de condiciones y oportunidades que las demás, la Sala considera que éste no desvirtúa en manera alguna las conclusiones que se transcribieron en el párrafo precedente, puesto que, indudablemente, mediante el acto acusado se pretende dar un plazo a las citadas personas que han venido prestando el servicio de radiodifusión sonora

sin sujeción a las disposiciones legales vigentes sobre la materia, para que tengan la oportunidad de legalizar situaciones ilegales previstas como tales y sancionadas en las normas cuya violación invoca el demandante.

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 artículo 131 acusado, tal como se declarará en la parte resolutiva de este fallo.

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.** DECLÁRASE la nulidad de las siguientes disposiciones del Decreto 1480 de 1994:

a) De la expresión "y su cuantía se determinará teniendo como base un valor de veinte mil pesos ($20.000) por cada emisión del programa cuya licencia se solicita", contenida en el inciso segundo del artículo 39;

b) Del artículo 131, en su integridad.

**Segundo.** DENIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

**Tercero.** DEVUÉLVASE la suma depositada para gastos ordinarios del proceso o su remanente.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

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

*Libardo Rodríguez Rodríguez,* Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Nubia González Cerón, Rodrigo Ramírez González.*

**REGISTRO MARCARIO - Abandono de la petición / DESGLOSE - Efectos / IRREGISTRABILIDAD DE MARCA - Causales / REGISTRO MARCARIO - Objeto / STOR JEANS**

**La resolución que declara infundada una oposición por sí sola no pone fin a la actuación administrativa y por esta razón no es demandable. Lo será en la medida en que como consecuencia de dicha declaratoria, y en el mismo acto, se conceda el registro marcario, pues con este último acto es que culmina el trámite administrativo y respecto del mismo es que cabe predicar su expedición irregular o causales de irregistrabilidad, todo ello tendiente a obtener su cancelación. El abandono se infiere de la inactividad absoluta de una de las partes, lo cual no aconteció en este caso, pues como lo reconoció la propia demandante, la apoderada de dicha sociedad contestó la demanda de oposición. El desglose simplemente consiste en el retiro de documentos del expediente, pero al dejarse copia auténtica de los mismos con ella puede proseguirse el trámite. Observa así la Sala que en el evento *sub lite* la Superintendencia de Industria y Comercio, al expedir el acto de registro de la marca STOP JEANS, incurrió en las causales de irregistrabilidad previstas en el artículo 58 literales c), d) y f) de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, vigente cuando se expidió tal acto. No podrán ser objeto de registro como marcas: las denominaciones descriptivas o genéricas, en cualquier idioma y los signos que puedan servir para designar la especie, la calidad, la cantidad, el destino, el valor, o la época de la producción de los productos o la prestación de los servicios; las palabras que en el lenguaje corriente, o en las costumbres comerciales de los países miembros se hayan convertido en una designación usual de los productos o servicios que se trate y su equivalente en otros idiomas; y las que sean confundibles con otras ya registradas o solicitadas con anterioridad por un tercero**

**o solicitadas posteriormente con reivindicación válida de una prioridad para productos o servicios comprendidos en una misma clase.**

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Radicación número 2532.

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho.

Actora: Sociedad Rivera G. y Cía. S. C. A. Manufacturas Stop.

La sociedad **Rivera G. y Cía. S.C.A. Manufacturas Stop,** a través de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., ha ocurrido ante esta Corporación a fin de que mediante sentencia se hagan las siguientes declaraciones:

1ª. Es nula la Resolución número 000503 de 6 de febrero de 1990, por medio de la cual se declaró infundada la oposición promovida por el apoderado de la actora frente al registro de la marca "STOP JEANS" (etiqueta) para distinguir productos comprendidos dentro de la clase 25 del Decreto número 755 de 1972, expedida por la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio.

2ª. Es nula la Resolución número 07877 de 8 de octubre de 1991, por medio de la cual se concedió el registro de la referida marca en favor de la sociedad Latin Sport Limitada, expedida por la misma entidad.

3ª. Es nula la Resolución número 04159 de 30 de noviembre de 1992, por medio de la cual se desestimaron los recursos de reposición y de apelación interpuestos contra la Resolución citada en el numeral anterior, expedida por la misma entidad.

4ª. Como consecuencia de las declaraciones anteriores se decrete la nulidad y se ordene la cancelación del certificado de registro correspondiente a la marca STOP JEANS (etiqueta), para distinguir productos comprendidos en la clase 25 del Decreto número 755 de 1972.

## I. HECHOS

Como hechos relevantes de la demanda se señalan los siguientes:

a) La sociedad LATIN SPORT LIMITADA solicitó ante la Superintendencia de Industria y Comercio el registro de la MARCA STOP JEANS (etiqueta) para distinguir productos comprendidos en la clase 25 del Decreto 755 de 1972. Dicha solicitud se tramitó bajo el expediente número 171.518;

b) La sociedad Rivera G. y Cía. S.C.A. MANUFACTURAS STOP, acreditando mejores derechos marcarios sobre el signo STOP, se opuso al registro de la marca;

c) La apoderada de la sociedad LATIN SPORT LIMITADA solicitó el desglose del poder y del certificado de existencia y representación legal de la misma para adjuntarlos en la tramitación del registro de una nueva marca, entendiéndose con ello desistida, renunciada, abandonada o retirada la petición de registro de la marca STOP JEANS. No obstante ello, dicha apoderada contestó la demanda de oposición;

d) En forma oficiosa la Superintendencia de Industria y Comercio decretó pruebas y dispuso que se tuvieran como tales, en favor de la opositora, los hechos 1 y 5 de la demanda de oposición, esto es, la prioritaria solicitud de registro de la marca STOP y la primera solicitud de depósito de la enseña comercial STOP (etiqueta), para distinguir establecimientos comerciales dedicados a actividades propias de los artículos listados en las clases 23, 24 y 25 de la clasificación internacional de marcas.

La entidad también ordenó a la Oficina de Registro que informara si se encontraban en trámite las citadas solicitudes;

e) La Oficina de Registro informó que el 4 de noviembre de 1978 se concedió en favor de Alberto Rivera Giraldo y Cía. C.X.A. (hoy Rivera G. y Cía. S.C.A. Manufacturas Stop) el depósito de la enseña comercial STOP (etiqueta), para distinguir productos comprendidos en las clases 24 y 25. En cuanto a la marca Stop dicha Oficina comunicó, sin ser cierto, que no se encontraba registrada ni en trámite;

f) La Superintendencia de Industria y Comercio, olvidando que ella misma había concedido el registro de la citada marca en favor de aquella sociedad, concedió el registro de la marca STOP JEANS a la sociedad LATIN SPORT LIMITADA y declaró infundada la oposición argumentando que el depósito de la enseña STOP en nombre de la opositora, por constituir una presunción legal de uso, requería la prueba de dicho uso y que correspondía a aquélla identificar el número del expediente mediante el cual se registró la marca.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

En apoyo de sus pretensiones, adujo la actora, en síntesis, los siguientes cargos de violación:

1. Se violaron los artículos 61 literales b) y c) de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (que guarda relación con el artículo 82 literales a) y e) de la Decisión 344, en concordancia con el literal e) del artículo 14 del Decreto número 117 del 14 de enero de 1994) y 77 literales a) y e) de la Decisión 313 *ibidem* (que guarda relación con el artículo 88 literales a) y e) de la Decisión 344), por cuanto la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio le dio trámite a una solicitud incompleta, ya que la apoderada de la sociedad LATIN SPORT LIMITADA obtuvo desglose del poder y del certificado de existencia y representación legal de dicha sociedad, que se requerían para regular la continuación de la actuación administrativa.

2. Se violó el artículo 8 del C.C.A. por cuanto la Superintendencia de Industria y Comercio en forma oficiosa continuó la actuación administrativa sin ser necesaria para el interés público, pero sí perjudicial para el interés particular de la actora.

3. Se violaron los artículos 544 y 597 del C. de Co. por cuanto la Superintendencia de Industria y Comercio no tuvo en cuenta que el poder conferido por Latin Sport Limitada a la doctora Anacarsis Cardona de Salonia, para solicitar el registro de la marca Stop Jeans, no fue protocolizado, y, antes, por el contrario, fue desglosado del expediente administrativo en el cual reposaba. Lo propio sucedió con el certificado de existencia y representación legal de la sociedad.

De otra parte, la demandada no dio cumplimiento al artículo 597 del C. de Co., sobre documentos que deben acompañarse con la solicitud, abandono de solicitudes incompletas, examen de expedientes y renuncia del derecho.

4. Se quebrantaron los artículos 58 literales c) y d) de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (que guarda relación con el artículo 82 literales d) y e) de la Decisión 344) y 72 literales d) y e) de la Decisión 313 *ibidem* (que guarda relación con los literales d) y e) del artículo 82 de la Decisión 344), porque excluida la expresión STOP, el vocablo Jeans es un signo, indicación o denominación descriptiva y genérica que designa la especie, calidad, destino, valor y otros datos, características e informaciones de los productos para los cuales se usa.

La palabra JEANS es originaria del idioma inglés y significa ropa, especialmente pantalones hechos de tal tela y fue trasladada al idioma español en donde goza de aceptación general. El vocablo JEANS en el lenguaje corriente y en el uso comercial es una designación común y usual de los productos para los cuales se emplea, esto es, productos de la clase 25 del Decreto 755 de 1972.

La palabra JEANS tiene su significado concreto y generalizado en el consenso de las personas que adquieren vestuario y calzado y por lo mismo tiene su propia identidad mercantil.

Al ser parte integral de una marca que distingue productos para los cuales se usa dentro del común de las personas, injustamente excluye su uso por parte de terceros dedicados a la misma actividad, violándose así el principio de la igualdad, en virtud del cual todos los comerciantes dedicados a la explotación de un mismo ramo de negocios tienen idéntico derecho a emplear libremente las denominaciones que permitan distinguir los productos a cuya comercialización se dedican, en este caso, la expresión JEANS, que no es otra cosa que la significación de ropa, especialmente pantalones.

5. Se violaron los artículos 58 literal f) de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (que guarda relación con el artículo 83 literal a) de la Decisión 344) y 73 literal a) de la Decisión 313 (que guarda relación con el artículo 83 literal a) de la Decisión 344), de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, por cuanto la expresión STOP, que es parte esencial se la marca STOP JEANS, corresponde a una marca registrada con anterioridad por la actora para distinguir productos de la misma y otras clases similares.

6. Se vulneraron los artículos 58 literal k) de la Decisión 85 (que guarda relación con el artículo 82 literales d) y e) de la Decisión 344) y 72 literales d) y e) de la Decisión 313 (que guarda relación con el artículo 82 literales d) y e) de la Decisión 344), porque las palabras genéricas en otro idioma, en este caso, el inglés, son equivalentes a su traducción genérica al español, ya que el público las entiende en su significado preciso y al valorarlas lo hace como cualquier otro vocablo de nuestro propio idioma.

7. Se violó el artículo 586 numeral 3 del C. de Co., en concordancia con el literal b) del artículo 73 de la Decisión 313 porque el signo STOP, que es parte esencial de la marca STOP JEANS, corresponde al nombre comercial STOP, usado y depositado con anterioridad por Alberto Rivera y Cía. C.X.A. (hoy Rivera G. y Cía. S.C.A. Manufacturas Stop), para distinguir establecimientos de comercio dedicados a la producción, distribución, comercialización y venta de artículos comprendidos en las clases 24 y 25.

8. Se violaron los artículos 64 de la Decisión 85 (que guarda relación con el artículo 96 de la Decisión 344) y 85 de la Decisión 313 (que guarda relación con el artículo 96 de la Decisión 344), por cuanto la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio debió rechazar el registro de la marca STOP JEANS (etiqueta), previa información a la solicitante sobre el incumplimiento de los requisitos señalados en los literales c), d), f) y k) del artículo 58 de la Decisión 85, que corresponden a los literales d) y e) del artículo 72 y a), d) y e) del artículo 73 de la Decisión 313.

9. Se violó el inciso 2 del artículo 605 del C. de Co. porque la demandada desconoció que una vez depositado como nombre comercial de la actora el signo STOP (etiqueta) se presumía que éste comenzó a usarse desde la fecha en que fue radicada la solicitud de depósito. Por tal desconocimiento estimó que tal uso, por tratarse de una presunción legal, requería prueba por parte del beneficiario para ser demostrado.

10. Se violaron los incisos 2 y 6 a 8 del artículo 3 del C.C.A. al no observar la demandada los siguientes principios:

a) Economía, al exigir a la actora que acreditara el mejor derecho que le asistía sobre la marca STOP, prueba innecesaria ya que la misma reposaba y reposa aún en los archivos de la entidad;

b) Imparcialidad, al no enviarle a la actora citación previa para notificarle personalmente la Resolución número 000503 de 6 de febrero de 1990, que declaró infundada la oposición;

c) Publicidad, por cuanto la demandada no dio a conocer mediante el sistema de notificación ordenado en el C.C.A., la decisión adoptada en la Resolución antes citada.

d) Contradicción, al no habérsele dado oportunidad a la actora de conocer y controvertir por los medios legales la referida Resolución.

11. Se violó el artículo 44 del C.C.A. porque la demandada nunca envió a la actora la citación previa para la notificación personal de la mencionada Resolución número 000503, no obstante aparecer en el expediente la dirección para tales efectos.

12. Se violó el artículo 45 *ibidem* porque la demandada habiendo podido hacer la notificación personal de la Resolución número 00503 efectuó la notificación por edicto.

13. Se violó el artículo 48 *ibidem* por cuanto no obstante las irregularidades anotadas le dio plenos efectos a la citada Resolución sin que la actora hubiera interpuesto contra la misma los recursos de ley.

## III. **TRAMITE DE LA ACCION**

III.1 A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión, fijación en lista, probatoria y alegaciones.

## III.2 CONTESTACION DE LA DEMANDA

La Nación –Superintendencia de Industria y Comercio–, a través de apoderado, contestó la demanda, y para oponerse a la prosperidad de las pretensiones adujo, en esencia, lo siguiente:

1. En los documentos obrantes en el expediente número 171.518 no aparece renuncia expresa por parte de la doctora Anacarsis Cardona de Salonia al poder conferido por la sociedad Latin Sport Limitada. Por el contrario, de los escritos presentados ante la Superintendencia de Industria y Comercio el 5 de diciembre de 1980 y el 7 de febrero de 1984 se ratifica su actuación como apoderada en lo que respecta a la solicitud de registro de la marca STOP JEANS.

2. El desglose de los documentos no constituye desistimiento, renuncia, abandono o retiro de la solicitud.

3. La enseña comercial depositada por la actora y la marca solicitada por Latin Sport Limitada no guardan semejanzas habida cuenta del tipo de letra y las formas de las etiquetas cotejadas.

4. Para la notificación de la Resolución número 00503 de 6 de febrero de 1990 se envió marconi al apoderado de la actora, como consta en el expediente número 171.518, y como no compareció al despacho se surtió debidamente la notificación por edicto.

## IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradura Novena Delegada en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado estima que deben denegarse las súplicas de la demanda, por las siguientes razones:

1. El hecho de la solicitud de desglose, contrario a lo que concluye el actor, en ningún momento constituye desistimiento, abandono o retiro de la solicitud de registro de la marca STOP JEANS pues el desistimento debe ser expreso, además que la apoderada de la sociedad Latin Sport Limitada prosiguió su actuación, como se deduce de los memoriales que presentó, e igualmente dio respuesta a la demanda de oposición presentada por la actora.

2. La enseña comercial depositada por la actora y la marca solicitada por la sociedad Latin Sport Limitada no guardan semejanzas, pues la una está integrada por un solo vocablo y la otra acompañada por el vocablo Jeans.

3. La notificación de la Resolución número 000503 de 6 de febrero de 1990 se surtió conforme a la ley. En efecto, en la misma Resolución hay un sello de 30 de noviembre de 1990 que expresa que en esa fecha se envió un marconi al apoderado

de la actora para que compareciera a notificarse de la misma. Además, existe constancia de que se hizo la notificación por edicto.

## V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Advierte la Sala, en primer término, que la Resolución que declara infundada una oposición por sí sola no pone fin a la actuación administrativa y por esta razón no es demandable. Lo será en la medida en que como consecuencia de dicha declaratoria, y en el mismo acto, se conceda el registro marcario, pues con este último acto es que culmina el trámite administrativo y respecto del mismo es que cabe predicar su expedición irregular o causales de irregistrabilidad, todo ello tendiente a obtener su cancelación.

En consecuencia, la Sala se abstendrá de hacer pronunciamiento alguno respecto de la Resolución número 000503 de 6 de febrero de 1990, y, por ende, en relación con los cargos 10 literales b) a d) y 11 a 13.

No asiste razón al apoderado de la actora en cuanto afirma que la solicitud de desglose de documentos, en este caso, del poder y del certificado de existencia y representación legal por parte de la apoderada de la sociedad LATIN SPORT LIMITADA, ante la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, implicó el desistimiento o abandono de la petición de registro de la marca STOP JEANS, para distinguir productos de la clase 25 del Decreto número 755 de 1972, pues el desistimiento debe ser expreso. Y el abandono sólo se infiere de la inactividad absoluta de una de las partes, lo cual no aconteció en este caso, pues como lo reconoció la propia demandante en el hecho contenido en el literal c), la apoderada de dicha sociedad contestó la demanda de oposición.

El desglose simplemente consiste en el retiro de documentos del expediente, pero al dejarse copia auténtica de los mismos con ella puede proseguirse el trámite.

Observa sí la Sala que en el evento *sub lite* la Superintendencia de Industria y Comercio, al expedir el acto de registro de la marca STOP JEANS, incurrió en las causales de irregistrabilidad previstas en el artículo 58 literales c), d) y f) de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, vigente cuando se expidió tal acto.

En efecto, conforme a las citadas disposiciones no podrán ser objeto de registro como marcas: las denominaciones descriptivas o genéricas, en cualquier idioma y los signos que puedan servir para designar la especie, la calidad, la cantidad, el destino, el valor, o la época de la producción de los productos o de la prestación de los servicios; las palabras que en el lenguaje corriente, o en las costumbres comerciales de los países miembros se hayan convertido en una designación usual de los productos o servicios de que se trate y su equivalente en otros idiomas; y las

que sean confundibles con otras ya registradas o solicitadas con anterioridad por un tercero o solicitadas posteriormente con reivindicación válida de una prioridad para productos o servicios comprendidos en una misma clase.

En el caso *sub exámine* la marca objeto de controversia es la compuesta por las expresiones STOP JEANS, para la clase 25 del Decreto número 755 de 1972.

En cuanto a la expresión STOP, según consta a folio 43 fue concedido su registro, por la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, en favor de la actora, mediante la Resolución número 00315 de 10 de mayo de 1983, para distinguir productos comprendidos en la clase 25, por un término de cinco años, es decir, hasta el 10 de mayo de 1988.

De tal manera que cuando se rindió el informe obrante a folio 35, el 4 de febrero de 1987, proveniente de la misma entidad, en el sentido de que la citada expresión no se encontraba registrada, ni en trámite, para la clase 25, ello condujo a error a la misma para denegar la oposición y, a la postre, para conceder el registro marcario, pues, como ya se vio, la marca STOP sí estaba registrada en favor de un tercero antes de expedirse el acto acusado y era confundible con la que fue objeto de éste, dada su identidad desde el punto de vista fonético y conceptual.

El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena profirió interpretación prejudicial en este proceso en razón de la solicitud que se le formuló en tal sentido por haberse invocado en la demanda como quebrantadas algunas normas comunitarias, y al fijar el alcance de las mismas, expresó:

> "... Igualmente el Tribunal en reiterada jurisprudencia se ha referido a que no pueden ser objeto de registro como marcas las denominaciones genéricas o descriptivas (Art. 58, de la Decisión 85, inciso c) y d) que abarca a las palabras que en el lenguaje corrientes o en las costumbres comerciales de los Países Miembros se hayan convertido en una denominación usual COMO ES EL CASO DE LA PALABRA DEL IDIOMA INGLES **JEANS**, USADA ESPECIALMENTE PARA DESIGNAR PANTALONES HECHOS ESPECIALMENTE DE UN TIPO DE TELA-LONA AZULADA. PROHIBICION QUE CONCEPTUALMENTE APARECE IMPLICITA EN LAS DECISIONES POSTERIORES HASTA LA ACTUALMENTE VIGENTE..." (Resalta la Sala fuera de texto) (folios 311 y 312).

Las consideraciones precedentes conducen a la Sala a acceder a las pretensiones de la demanda, en cuanto al acto de registro se refiere.

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

**FALLA:**

1. INHÍBESE de hacer pronunciamiento alguno respecto de la Resolución número 000503 de 6 de febrero de 1990, expedida por la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio.

2. DECLÁRASE la nulidad de las Resoluciones números 07877 de 8 de octubre de 1991 y 04159 de 30 de noviembre de 1992, expedidas por la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio.

3. Como consecuencia de las anteriores declaraciones la citada entidad deberá cancelar el certificado de registro correspondiente a la marca STOP JEANS (etiqueta), conferido en favor de la sociedad LATIN SPORT LIMITADA, bajo el expediente número 171.518, para distinguir productos comprendidos dentro de la clase 25 del Decreto número 755 de 1972.

4. PUBLÍQUESE la parte resolutiva de esta sentencia en la Gaceta de Propiedad Industrial.

5. DEVUÉLVASE a la actora la suma de dinero depositada para gastos ordinarios del proceso, por 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 30 de noviembre de 1995.

*Libardo Rodríguez Rodríguez,* Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Nubia González Cerón, Rodrigo Ramírez González.*

**TARIFAS AEREAS - Improcedencia de Descuento / DESCUENTO DE TARIFAS AEREAS - Improcedencia / FUNCIONARIOS DE AERONAUTICA - Descuento Tarifas Aéreas / DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE AERONAUTICA CIVIL - Funciones / EMPRESA DE TRANSPORTE AEREO - Tiquetes**

**Luego de un cuidadoso examen de la Ley 3ª de 1977 y del Decreto 2332 de 1977, la Sala evidencia que en ninguna de ellas se atribuye al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil o su Director, ni de su texto se desprende, la facultad de solicitar a las empresas de transporte aéreo descuentos en la expedición de tiquetes o boletos de viaje en porcentajes del 100% o del 75% sobre el valor de las tarifas establecidas, según el caso, para los funcionarios de ese organismo del Estado. Tampoco es posible derivar la competencia del Director del DAAC para proferir el acto acusado de las reglamentaciones internacionales, los cuales, dada su naturaleza, en ningún momento pueden tener la calidad de normas legales atributivas por sí mismas de competencia, como lo pretende la parte actora, de tal manera que su "desarrollo" o reglamentación por parte de una autoridad colombiana sólo será posible en la medida en que dicha autoridad tenga competencia sobre la materia, atribuida por una norma de carácter interno. Si bien de la redacción del inciso primero del acto acusado podría pensarse que la facultad de solicitar a las empresas de transporte aéreo los ya indicados descuentos sobre las tarifas establecidas no implicarían necesariamente la correlativa obligación de acceder a ello, tal eventualidad se desvanece frente al hecho de que la formulación de solicitud se convierte en la práctica en una especie de orden para que se proceda de conformidad.**

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., treinta de noviembre de mil novecientos noventa y cinco.

Consejero Ponente: Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.

Radicación número 1920.

Actor: Andrés Rodríguez Pizarro.

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 Andrés Rodríguez Pizarro en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., con la finalidad de obtener la declaratoria de nulidad del artículo 5° de la Resolución número 15542 de 21 de noviembre de 1991, "por la cual se modifica el procedimiento para fijar tarifas en el transporte aéreo nacional y se dictan otras disposiciones", expedida por el señor Director del entonces denominado Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil (hoy Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil).

## I. ANTECEDENTES

a) **El acto acusado**

El texto de la norma cuya declaratoria de nulidad se impetra es el siguiente:

"Artículo 5°. El Director del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, o el funcionario delegado, podrá solicitar a las empresas de transporte aéreo los siguientes descuentos para funcionarios del Departamento:

"1. Ciento por ciento 100%), cuando viajen en comisión de servicio, con derecho a reservación y cupo.

"21. Setenta y cinco por ciento (75%), para un trayecto de ida y regreso por calamidad doméstica, enfermedad o disfrute de vacaciones debidamente comprobadas ante el Jefe de personal o Administrador de Aeropuerto".

b) **Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación**

El actor transcribe y cita como violadas por el acto acusado las siguientes normas: el preámbulo y los artículos 1°, 2°, 13, 25, 34, 58, 121, 150-12, 209, 333 y 334 de la Carta Política, por las razones que en forma resumida se expresan a continuación en forma de cargos, dentro de los cuales se hace referencia a otras normas adicionalmente violadas:

*Primer cargo.* Incompetencia por razón de la materia, pues con la expedición del acto acusado el Director del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil (en adelante el Director del DAAC) desconoció los artículos 6°, 121, 122 y 123 de

la Carta Política que prohíben a las autoridades y servidores públicos ejercer funciones distintas de las que les atribuyen la Constitución y la ley, toda vez que ninguna disposición de dichas normas facultan al mencionado funcionario para que pueda solicitar y, en la práctica imponer, a las empresas de transporte aéreo la obligación de expedir tiquetes gratis o con descuento para los empleados de tal dependencia.

En efecto, si de acuerdo con los artículos 333 y 334 de la Carta Política, la intervención del Estado en la economía debe ejecutarse por mandato de la Ley 3ª de 1977 (por la cual se provee a la reorganización del Sector Aeronáutico y Civil) y por el Decreto Extraordinario 2332 de 1977 (por el cual se reorganiza el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil), los cuales se invocan como fundamento para la expedición del acto acusado, y en ninguno de tales ordenamientos, en especial en el artículo 1° del citado decreto, se faculta al Director del DAAC para solicitar a las compañías de transporte aéreo tiquetes gratis o con descuento que permitan a sus funcionarios obtener prebendas que atentan contra principios éticos y morales, de ello resulta que el mencionado funcionario no tenía competencia para expedir normas como la demandada, que no se subsume de manera alguna en las otorgadas por la ley, por lo cual se impone su declaratoria de nulidad. Añade el actor que "es increíble e inmoral que un ente del orden estatal que ejerce inspección y vigilancia sobre una entidad dedicada al transporte aéreo, donde la seguridad es un valor supremo, pueda pedir y aun exigir beneficios de aquellas personas jurídicas a las cuales tiene el deber de controlar".

*Segundo cargo.* El acto acusado constituye una violación al derecho de propiedad privada que garantizan los artículos 58 y 333 de la Constitución Nacional y una burla al derecho de que todo trabajo realizado genera una retribución justa; por ello, "en el presente caso tenemos que con la aplicación de la norma acusada el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil afecta el derecho de propiedad que tiene todo transportador aéreo de disponer según sus necesidades de la capacidad de los aviones, ya que de un lado se ve obligado a transportar pasajeros gratis, con derecho a reservación y cupo, y de otro lado a pasajeros con el pago de un solo cuarto de la tarifa real. Ello es ilegal y carente de ética".

En razón de que el contrato de transporte aéreo es fundamentalmente oneroso, disponerse en el acto acusado que el transportador, con desmedro de su patrimonio, en unos casos efectúe el transporte de pasajeros y equipajes de manera gratuita y, en otros, con un pago ínfimo, implica "...una violación flagrante del derecho de propiedad privada y equivale a una confiscación en el caso de los viajes en comisión de servicio y a una modalidad de expropiación en los demás casos".

De otra parte, el artículo 209 de la Carta Política establece que la función administrativa se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad,

eficacia, etc., principios éstos que por haber sido incorporados a la Constitución no quiere decir que sean de novísima aplicación. Son principios que emanan del derecho natural; en especial el de la moralidad, el cual "...para el presente caso sintetizamos como el referente a que una autoridad valiéndose de la figura de intervencionismo estatal no puede ni debe obtener prebendas para sus propios funcionarios, de la actividad que está intervenida; ello atenta contra dicho principio y afecta uno de orden superior, como es el de la autoridad".

En los escritos de demanda y de alegato de conclusión, el actor manifiesta llamar la atención sobre los términos del concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación el 21 de mayo de 1987, publicado en los Anales del Consejo de Estado de dicho año y "...de una jurisprudencia del año de 1913 expedida (sic) por la Corte Suprema de Justicia..." que aparece publicada en la Gaceta Constitucional número 23 de 1915, las cuales transcribe parcialmente.

c) **Las razones de la defensa**

A pesar de la falta de claridad de los argumentos expresados por el apoderado judicial de la entidad demandada en defensa de la legalidad del ato cuya declaratoria de nulidad se impetra, la Sala, haciendo un esfuerzo de interpretación, considera que ellos son básicamente los siguientes (fls. 68 a 71 y 81 a 98):

La Aeronáutica Civil fue declarada de utilidad pública (art. 1776 del C. de Co.), esto es, que el interés público o social es premisa fundamental de su actividad.

El DAAC presta un servicio público del cual se benefician las empresas aéreas, "...e impedir su desarrollo constituiría un atentado contra la seguridad aérea, pues no se puede permitir que un funcionario de la entidad que precisamente se transporta con el fin de reparar una radioayuda o un radiofaro, o un ingeniero que debe revisar personalmente el estado de la infraestructura aeroportuaria no puede realizar su derecho al trabajo, cerrándole las puertas, obligándolo a desplazarse por medios más lentos contrarios a la celeridad y eficacia de la función administrativa... (...) ... pues el trabajador de la aeronáutica se desplaza con el fin de desarrollar una función social en beneficio de la seguridad de la navegación aérea, y en el otro caso en beneficio de la vida misma del funcionario, pues el descanso y la salud son elementos que van para su bienestar familiar y social con proyección hacia su trabajo, que no es cosa distinta del bien común de que tratan los artículos 333 y 334 de la Constitución Nacional". Además, "trabajadores del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, se sabe que sus sueldos y salarios no son los mejores del sector público, como para obligarlos a pagar los gastos que ocasionen los pasajes aéreos para desarrollar sus funciones, por eso mismo y no sólo para estos funcionarios sino para las personas menos favorecidas de las clases económicas y sociales de nuestro país o sea los que se encuentran en estado de pobreza absoluta, el inciso tercero

del artículo 13 de la actual Constitución consagra que el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física y mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta".

De otra parte, no es válida la apreciación del demandante, en el sentido de que el Director del DAAC carecía de competencia porrazón de la materia para expedir el acto acusado, pues ella se encuentra consagrada en el numeral 9 del artículo 1° del Decreto 2332 de 1977, en el cual se consagra como función de dicho organismo la de "fijar las tarifas del transporte aéreo nacional".

Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta que "el artículo 137 de la convención de aviación civil de Chicago aprobada por Colombia mediante la Ley 12 de 1947, dispone que todo Estado contratante se compromete a colaborar con el fin de lograr el mayor grado de uniformidad posible en los reglamentos, normas y procedimientos, así como todas las demás cuestiones relacionadas con la seguridad, regularidad y eficiencia de la navegación aérea que en su oportunidad se consideren convenientes", y que a nivel internacional existe una reglamentación sobre las órdenes de los gobiernos para que las empresas de transporte aéreo les expidan pasajes libres de precio o tarifa o con descuentos, conocida como la "GOVERNMENT ORDERS FORM FREE REDUCED FARE OR RATE TRANSPORTATION" Y LA "RESOLUTION 200G FILING OF GOVERNMENT REQUIREMENTS AND AUTORIZATIONS", cuya vigencia es indefinida y se encuentran adoptadas por los países miembros de la AOIC y de la IATA, lo cual significa que si dentro de la unificación de las reglamentaciones de la aviación civil internacional existen disposiciones como las mencionadas, a nivel interno los países miembros pueden desarrollar tales preceptos, "...por lo cual no es ilegal que en la República de Colombia se haya expedido una disposición..." como la acusada.

Finalmente se proponen como excepciones la de "falta de legitimación en la causa de la parte actora" y la de "carencia de causa y de acción". La primera de ellas se hace consistir en que el demandante no demostró "...vínculo alguno con las empresas de transporte aéreo cuyos intereses económicos pretende defender" y, la segunda, en que "...lo pretendido por el actor con la presente nulidad sobre los pasajes libres de tarifa o con descuentos de los funcionarios del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil solicitados por el Director a las empresas aéreas, es factor que tienen que ver con el bienestar social y laboral de estos empleados y el bien común, a más de los demás argumentos base de la presente defensa aquí expuestos".

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 13 de febrero de 1992 se admitió la demanda, se ordenó darle el trámite correspondiente y se denegó la solicitud de decretar la suspensión provisional del acto acusado (fls. 45 a 49), decisión esta última que, recurrida como fue, se confirmó mediante proveído de 19 de marzo del mismo año (fls. 57 a 60).

Mediante providencia visible a folios 151 a 153 se abrió el proceso a pruebas, se decretaron como tales la y ... testimonial solicitadas por la parte demandada y se denegaron las peticiones por el actor.

Dentro del término de traslado a las partes para alegar de conclusión y al Agente del Ministerio Público para emitir su concepto, sólo hizo uso de su derecho la parte actora (fls. 362 a 365).

## III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En lo relativo a las excepciones de "falta de legitimación en la causa de la parte actora" y de "carencia de causa y de acción", la Sala considera que adolecen de vocación de prosperidad, toda vez que mediante la acción pública de nulidad, como lo fue la ejercida por el demandante, se persigue la tutela del orden jurídico abstracto en relación con un acto de carácter general sobre la base del principio de la jerarquía normativa, sin tener en cuenta la protección ni la garantía de derechos privados civiles o administrativos frente a sujetos determinados, que pudieren ser violados por los actos de la Administración, y sin que, por lo mismo, su ejercicio implique litigio o contraposición de pretensiones de índole particular. En consecuencia, el actor no tenía la obligación de expresar ni demostrar un interés para el ejercicio de la acción.

En relación con la pretendida excepción de "carencia de causa y de acción", los argumentos esbozados por el excepcionante son realmente razones de la defensa en cuanto al fondo del asunto, por lo cual no constituyen propiamente una excepción y deberán analizarse a la luz de los cargos planteados en la demanda.

En consecuencia, en la parte dispositiva de este fallo se declarará la no prosperidad de las excepciones propuestas por la parte demandada.

De acuerdo con lo anterior, se procede al estudio y definición de los cargos formulados en la demanda.

En relación con el primer cargo, en el cual se cuestiona la legalidad del acto acusado con el argumento de la incompetencia del Director del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil (hoy Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, Decreto 2171 de 1992) para proceder a su expedición, por cuanto, según el actor, ninguna norma de las invocadas en dicho acto lo faculta para solicitar a las empresas de transporte aéreo la expedición de tiquetes gratis o con

descuento para los funcionarios de dicha dependencia del Estado, la Sala observa y considera lo siguiente:

1. La Resolución número 15542 de 21 de noviembre de 1991, "por la cual se modifica el procedimiento para fijar tarifas en el transporte aéreo nacional y se dictan otras disposiciones", contentiva del acto cuya declaratoria de nulidad se impetra, se expidió por el Director del DAAC "...en uso de las facultades legales, en especial de las que le confieren la Ley 3ª de 1977 y el Decreto 2332 de 1977", previas las siguientes consideraciones:

"1. Que corresponde al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil formular y adelantar la política aeronáutica del país, dentro del marco de los planes generales de desarrollo.

"2. Que es función del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil dirigir, regular, coordinar y controlar las actividades de Aeronáutica Civil que se desarrollen en espacios sometidos a la soberanía nacional.

"3. Que en el marco general de una política de transporte aéreo doméstico más flexible y acorde con el proceso de apertura, es procedente propiciar un régimen tarifario que se adecue a los anteriores conceptos".

2°. Mediante el artículo 15 de la Ley 3ª de 1977, "por la cual se provee a la reorganización del sector Aeronáutico Civil", se concedieron facultades extraordinarias al Presidente de la República para, entre otros aspectos, "reorganizar el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, para lo cual podrá crear, suprimir o fusionar dependencias y asignar funciones", y en su artículo 3° se dispuso que "para el cumplimiento de su objeto, el Departamento ejercerá las siguientes funciones:

"1. Dirigir, regular, coordinar y controlar las actividades de aeronáutica civil privada o estatal, nacional o internacional, que se desarrollen en espacios sometidos a la soberanía nacional.

"2. Dirigir, organizar y operar las comunicaciones aeronáuticas, con exclusividad.

"3. Ejecutar, directamente o mediante la celebración de contratos, los estudios y las obras necesarias para conformar y mantener la infraestructura aeronáutica de la Nación, para lo cual contará con la financiación del Fondo Aeronáutico Nacional.

"4. Administrar, operar y vigilar los aeródromos y demás instalaciones y servicios constitutivos de la infraestructura aeronáutica nacional.

"5. Prestar los servicios necesarios para garantizar la seguridad y eficacia del transporte aéreo.

"6. Imponer sanciones a quienes infrinjan los reglamentos por él expedidos, sanciones que podrán consistir en multas, suspensión o cancelación de permisos, licencias o autorizaciones, conforme lo determine el Gobierno Nacional.

"7. Establecer las tasas y tarifas que deben pagar las personas naturales o jurídicas por los servicios que les preste la Aeronáutica Civil.

"8. Determinar los derechos que deban pagarse por las autorizaciones para la construcción y operación de aeródromos de propiedad privada.

"9. Fijar las tarifas del transporte aéreo nacional.

"10. Las demás que le señale la ley".

3. Los artículos 1° y 3° del Decreto 2332 de 7 de octubre de 1977, "por el cual se reorganiza el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil", expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 3ª de 1977, señalaron como funciones del DAAC y del Jefe del Departamento, las siguientes:

"Artículo 1°. *De las funciones del Departamento.* Al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil corresponde la formulación y adelanto de la política aeronáutica del país, dentro del marco de los planes generales de desarrollo.

"Para el cumplimiento de su objetivo, el Departamento tendrá las siguientes funciones:

"1. Dirigir, regular, coordinar y controlar las actividades de Aeronáutica Civil, privada o estatal, nacional o internacional, que se desarrollen en espacios sometidos a la soberanía nacional.

"2. Dirigir, organizar y operar las comunicaciones aeronáuticas, con exclusividad.

"3. Ejecutar, directamente o mediante la celebración de contratos, los estudios y las obras necesarias para conformar y mantener la infraestructura aeronáutica de la Nación, para lo cual contará con la financiación del Fondo Aeronáutico Nacional.

"4. Administrar, operar y vigilar los aeródromos y demás instalaciones y servicios constitutivos de la infraestructura aeronáutica nacional.

"5. Prestar los servicios necesarios para garantizar la seguridad y eficacia del transporte aéreo.

"6. Imponer sanciones a quienes infrinjan los reglamentos por él expedidos, sanciones que podrán consistir en multas, suspensión o cancelación de permisos, licencias o autorizaciones, conforme lo determine el Gobierno Nacional.

"7. Establecer las tasas y tarifas que deben pagar las personas naturales o jurídicas por los servicios que les preste la Aeronáutica Civil.

"8. Determinar los derechos que deben pagarse por las autorizaciones para la construcción y operación de aeródromos de propiedad privada.

"9. Fijar las tarifas del transporte aéreo nacional.

"10. Sin perjuicio de lo dispuesto sobre la materia en tratados internacionales, aprobar las tarifas del transporte aéreo internacional.

"11. Las demás que le señale la ley".

"Artículo 3°. *De las funciones del Jefe del Departamento.* Son funciones del Jefe del Departamento:

"1. Dirigir y coordinar el trabajo de las dependencias que integran el Departamento de acuerdo con la política y planes de acción adoptados.

"2. Preparar los proyectos de decreto o de resolución ejecutiva y expedir las resoluciones orgánicas reglamentarias o de carácter general que sean de su competencia.

"3. Presentar al Consejo Superior de Aeronáutica Civil los planes y programas del ramo y ejecutar las recomendaciones de dicho Consejo que considere convenientes.

"4. Colaborar con el Ministerio de Relaciones Exteriores en la atención de los negocios internacionales de aviación y, cuando así lo disponga el Presidente de la República, representar al país en conferencias multi o bilaterales.

"5. Suscribir los contratos, que conforme a las leyes vigentes puedan celebrar el Departamento y el Fondo Aeronáutico Nacional.

"6. Dictar los Reglamentos Aeronáuticos.

"7. Imponer sanciones a quienes infrinjan los reglamentos aeronáuticos, sanciones que podrán consistir en multas, suspensión o cancelación de permisos, licencias o autorizaciones, todo de conformidad con las disposiciones vigentes sobre la materia.

"8. Autorizar las matrículas de aeronaves, conceder licencias de vuelo a personas naturales y permisos de operación a empresas y reglamentar el cobro de derechos por tales conceptos, todo de conformidad con lo previsto en los Reglamentos Aeronáuticos.

"9. Establecer las tasas y tarifas que deben pagar las personas naturales o jurídicas por los servicios que les preste la Aeronáutica Civil.

"10. Determinar los derechos que deben pagarse por las Autorizaciones para la construcción y operación de aeródromos de propiedad privada.

"11. Fijar o aprobar según el caso, las tarifas del transporte aéreo de acuerdo con lo previsto en este Decreto.

"12. Revisar y aprobar el proyecto de presupuesto del Departamento y el de inversión del Fondo Aeronáutico Nacional antes de ser sometidos a la consideración de la Dirección General de Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y del Departamento Nacional de Planeación, y

"13. Las demás que le asigne la ley".

Luego de un cuidadoso examen de las disposiciones de orden legal que se transcriben en los ordinales precedentes, la Sala evidencia que en ninguna de ellas se atribuye al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil o a su Director, ni de su texto se desprende, la facultad de solicitar a las empresas de transporte aéreo descuentos en la expedición de tiquetes o boletos de viaje en porcentajes del 100% o del 75% sobre el valor de las tarifas establecidas, según el caso, para los funcionarios de ese organismo del Estado.

De consiguiente, para la Sala no es de recibo el argumento del apoderado judicial de la entidad demandada, en el sentido de que el fundamento del acto acusado se deriva de la función atribuida al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil para "fijar las tarifas del transporte aéreo nacional", contenida en el artículo 1° numeral 9 del Decreto Extraordinario 2332 de 1977", pues si de acuerdo con el artículo 1° de la Resolución número 15542 de 1991, contentiva de la norma cuya nulidad se impetra. "... se entiende por tarifa para el transporte de pasajeros, el precio que se cobra por su transporte... (...) ... y comprende las comisiones y condiciones de pago a las agencias de viaje y en general a los intermediarios, y todas las normas y condiciones que configuran o influyen sobre el precio final que paga el usuario, así como cualquier beneficio significativo asociado con el transporte...", tal concepto pugna de por sí con cualquier disposición que compela a las empresas de transporte aéreo a conceder descuentos para sus funcionarios sobre las tarifas fijadas por el mismo Departamento Administrativo de Aeronáutica

Civil para el transporte aéreo nacional o aprobadas por él en los términos que señala el artículo 1° numeral 10 del mencionado Decreto 2332 de 1977, como en efecto sucede con el acto acusado.

De otra parte, la Sala considera que tampoco es posible derivar la competencia del Director del DAAC para proferir el acto acusado de las reglamentaciones internacionales a que alude la parte demandada en su escrito de contestación de la demanda, las cuales se decretaron como prueba del proceso con el valor legal que les correspondiere y cuya traducción al español obra a folios 232 a 234 del expediente, por la sencilla y potísima razón de que las mismas son simples determinaciones adoptadas por la Asociación Internacional de Transporte Aéreo (I.A.T.A.), "...que es una agrupación de empresas de aviación independientemente de que sean privadas o estatales...", como se precisa en la prueba testimonial que obra a folios 185 a 190 del expediente, y cuya sigla aparece impresa en la parte superior de dichos documentos, los cuales, dada su naturaleza, en ningún momento pueden tener la calidad de normas legales atributivas por sí mismas de competencia, como lo pretende la parte actora, de tal manera que su "desarrollo" o reglamentación por parte de una autoridad colombiana sólo será posible en la medida en que dicha autoridad tenga competencia sobre la materia, atribuida por una norma de carácter interno.

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala considera que si bien de la redacción del inciso primero del acto acusado podría pensarse que la facultad de solicitar a las empresas de transporte aéreo los ya indicados descuentos sobre las tarifas establecidas no implicaría necesariamente la correlativa obligación de acceder a ello, tal eventualidad se desvanece frente al hecho de que la formulación de solicitud se convierte en la práctica en una especie de orden para que se proceda de conformidad, como se infiere del testimonio rendido en este proceso por el señor Hernán Heilbron, Jefe de Asuntos IATA en Avianca, cuando al preguntársele si "en definitiva la expedición de tiquete y la movilización del funcionario de la Aeronáutica está a criterio de la Empresa", contestó en los siguientes términos: "Bueno, en el sentido liberal sí está a criterio de la empresa, pero desde el punto de vista de la empresa ante la entidad aeronáutica o de gobierno le puede a usted decir no. Es muy difícil decir no... porque si en un momento dado la autoridad nos requiere uno no quiere crear enemigos en una industria tan compleja como lo es la aviación" (fls. 188 a 189).

La anterior conclusión se reafirma si se tiene en cuenta que en el numeral ° de la norma acusada se determina que en los casos de viajes en comisión de servicio, los funcionarios del Departamento tienen "derecho a reservación y cupo", y en el artículo 8° de la misma Resolución número 15542 de 1991 se señalan "las sanciones

a que da lugar la violación de cualesquiera de las normas contenidas en la presente Resolución".

De otro lado, también carece de absoluto fundamento el pretender la legalidad del acto acusado en que los sueldos y salarios de los funcionarios del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil "...no son los mejores del sector público, como para obligarlos a pagar los gastos que ocasionen los pasajes aéreos para desarrollar sus funciones...", pues es evidente, de una parte, que las erogaciones que se causen por dicho concepto no son de cargo de los mencionados servidores públicos sino de la entidad que los debe comisionar para efecto de cumplir con una de sus principales funciones, como es la de "prestar los servicios necesarios para garantizar la seguridad y eficacia del transporte aéreo" (artículo 1° -5 del Decreto 2332 de 1977) y, de la otra, que lo que en el fondo se discute en este proceso, y con lo cual está de acuerdo la Sala, es la inexistencia de norma atributiva de competencia para adoptar las decisiones contenidas en el artículo 5° de la Resolución 15542 de 1991.

Todo lo anterior lleva a la Sala a concluir que al haberse demostrado el vicio de incompetencia que se alega en el cargo *sub examine,* ello impone la declaratoria de nulidad el acto enjuiciado, tal como se declarará en la parte dispositiva de esta sentencia, por violación de los artículos 121 y 122 de la Constitución, citados como violados, y sin que haya necesidad de analizar las restantes censuras que se formulan en su contra.

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

**FALLA:**

Primero. Declárase la no prosperidad de las excepciones propuestas por la entidad demandada.

Segundo. DECLÁRASE la nulidad del artículo 5° de la Resolución número 15542 de 21 de noviembre de 1991, "por la cual se modifica el procedimiento para fijar tarifas en el transporte aéreo nacional y se dictan otras disposiciones", expedida por el Director del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil

Tercero. Devuélvase la suma depositada para gastos ordinarios del proceso o su remanente.

Cuarto. 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 treinta de noviembre de mil novecientos noventa y cinco.

*Libardo Rodríguez Rodríguez,* Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Nubia González Cerón, Rodrigo Ramírez González.*

**EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES DE BARRANQUILLA - Supresión / SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA - Creación / ALCALDE - Accionista Sociedad Economía Mixta Municipal / CONCEJO MUNICIPAL - Funciones / SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Prestación a través de Sociedad Economía Mixta**

**El artículo 23 del Acuerdo 24 de 1960 "por el cual se constituyen las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla, y se dictan otras disposiciones", que se invoca como de la norma acusada, Acuerdo 023 de 6 de junio de 1991, y que se considera violado, autoriza al alcalde mayor de Barranquilla para que, en representación del municipio, participe como accionista en la creación de una sociedad anónima de economía mixta del orden municipal, "cuyo objeto social principal sea la prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo..." se infiere que el sentido del precepto demandado es la supresión de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla y autorizar a la vez al Alcalde para que participe, en nombre del municipio, en la creación de una sociedad anónima de economía mixta, cuyo objeto social principal, básicamente, es el mismo que prestaba aquella empresa. Debe entenderse pues que dicha norma acusada, en concordancia con el citado artículo 1°, derogó tácitamente el artículo 23 que se considera vulnerado, al trasladar la prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo, a la sociedad de economía mixta "A.A.A. de B/Q S.A.", servicios estos que, como ya se dijo, eran prestados por las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla. No existiendo duda alguna en cuanto a la competencia constitucional que les asiste a los concejos municipales para adoptar decisiones, como a las que se contrae la norma en estudio, estima la Sala que asistió razón al *a quo* al denegar las pretensiones de la demanda en cuanto a dicha disposición se refiere, y, en consecuencia, el cargo no está llamado a prosperar, ya que las normas en supuesto conflicto son de igual jerarquía (acuerdos), lo cual impide que la una le deba a la otra.**

**RECURSO DE APELACION - Contenido / CARGO NUEVO - Improcedencia**

**Cabe resaltar que el recurrente formula nuevos cargos de violación de parte de la norma acusada frente a los artículos 14 de la Carta Política y 669 del Código Civil. Al respecto la Sala observa que no puede hacer pronunciamiento alguno en relación con los mismos, como quiera que esta no es la oportunidad procesal para ampliar los cargos del libelo demandatorio.**

**CONCEJAL - Inhabilidad / JUNTA DIRECTIVA DE ENTIDAD DESCENTRALIZADA MUNICIPAL - Inhabilidad de Concejales / INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVINIENTE - Configuración**

**Asiste razón al recurrente en cuanto a que el Presidente del Concejo Municipal de Barranquilla no puede hacer parte de juntas directivas de entidades descentralizadas, en efecto, conforme con el artículo 292 de la Constitución Política, entre otros, los concejales "...no podrán formar parte de la juntas directivas de las entidades descentralizadas del respectivo departamento, distrito o municipio...". Según el artículo 1° del Decreto 3130 de 1968, las sociedades de economía mixta son entidades descentralizadas. En consecuencia, no obstante que la norma acusada es anterior a la Constitución Política de 1991, y que de acuerdo con el artículo 159 del Código de Régimen Municipal, vigente al momento de su expedición, "los representantes de los concejos en las juntas directivas de que trata el presente Título podrán ser concejales..." por ser contraria al precepto constitucional antes mencionado, y en aplicación del artículo 4° ibídem es del caso decretar su nulidad por inconstitucionalidad sobreviniente.**

**SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA TERRITORIAL - Régimen Aplicable / JUNTA DIRECTIVA DE ENTIDAD DESCENTRALIZADA- Conformación / GOBIERNO NACIONAL - Representación Junta Directiva de Entidad Descentralizada por servicios**

**El artículo 28 del Decreto 1050 de 1968, que se invocó como vulnerado en la demanda, si bien es cierto no prevé la posibilidad de que el Gobierno Nacional tenga representación ante las juntas directivas de las sociedades de economía mixta del orden territorial, no por ello se puede inferir que las asambleas departamentales o los concejos municipales no puedan incluir válidamente como**

**integrantes de las juntas directivas "...delegados a representantes del Gobierno Nacional en las entidades descentralizadas por servicios por ellos creadas aun en el evento hipotético de que la Nación no hubiere efectuado aporte dinerario o de otra índole en el capital social del ente que se constituye...", ya que el citado decreto regula solamente la organización y funcionamiento de la administración nacional, por lo cual, salvo en lo referente a principios generales, como el ya mencionado concepto de "entidades descentralizadas", no puede entenderse aplicable textualmente a los entes territoriales.**

**EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS - Directivos / JUNTA DIRECTIVA DE EMPRESA DE SERVICOS PUBLICOS - Conformación / USUARIO DE SERVICIOS PUBLICOS- Participación en Junta Directiva**

**La Sala considera ajustada a derecho la decisión contenida en la norma acusada de establecer la participación de tres miembros principales de la junta directiva escogidos en asamblea general por los accionistas clase B de la empresa de prestación de servicios públicos municipales que actúen como delegados de los usuarios, teniendo en cuenta que de conformidad con el literal c) del artículo 5° del mismo Acuerdo acusado las acciones del sector privado serán de la clase B y que todo usuario tendrá derecho a adquirir acciones de esa clase, según lo prevé el artículo 8°. De esa manera, la Sala considera que a través de ese mecanismo el concejo municipal, al expedir la norma aquí acusada, acogió la disposición contenida en el artículo 164 del Código de Régimen Municipal de "buscar" dar cumplimiento al artículo 157 del mismo estatuto en cuanto a la participación de los usuarios en la administración de la entidad.**

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

Santa Fe de Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia : Expediente número 2288.

Actores: Joaquín Romero Calle y otros.

La Sección Primera procede a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por el señor Agente del Ministerio

Público contra la sentencia de 29 de marzo de 1995, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

## I. ANTECEDENTES

### a) El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda

Los ciudadanos y abogados Joaquín Romero Calle, Arturo García Medrano, Alejandro Orjuela Hernández y Pedro Pérez Orozco, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demandaron ante el Tribunal Administrativo del Atlántico la nulidad de los artículos 3°, 4°, 5°, literal b), 6° parágrafo primero, 7° y 8° del Acuerdo 023 de 6 de junio de 1991 "por el cual se autoriza al municipio de Barranquilla, para participar en la creación de un sociedad de Economía Mixta, del orden municipal, encargada de la prestación de servicios públicos y se dictan otras disposiciones", expedido por el Concejo Municipal de Barranquilla.

### b) El acto acusado

El texto de los artículos demandados del Acuerdo 023 de 6 de junio de 1991, es el siguiente:

"Artículo 3°. En desarrollo de lo establecido en el artículo 23 del Acuerdo 24 de 1960, los bienes muebles e inmuebles de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla destinados directa o indirectamente a la prestación de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, pasan a propiedad del municipio para que participe en la conformación de la Sociedad Anónima de Economía Mixta, de que trata el artículo primero del presente Acuerdo".

"Artículo 4°. El aporte municipal, previo inventario y avalúo realizado por las partes, se llevará a cabo, mediante concesión, en los términos del artículo 463 del Código de Comercio".

"Artículo 5°. El aporte del municipio se regulará de acuerdo a los siguientes términos:

a).....

b) El aporte del municipio estará representado en la concesión de prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo y el uso de los bienes muebles e inmuebles, vinculados directa o indirectamente a la prestación de los precitados servicios, se estimará, calculando los rendimientos de su uso, a valor presente, previo avalúo efectuado de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 132 del Código de Comercio".

"Artículo 6°.....

Parágrafo 1°. Los estatutos de la Sociedad de 'A.A.A. de B/Q S.A.' sólo podrán ser reformados con el voto favorable de no menos del 70% de los accionistas clase A y con el voto favorable de no menos del 70% de los accionistas clase B, presentes o representados en la reunión".

"Artículo 7°. La Junta Directiva de la Sociedad de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Barranquilla S.A., cumplirá las funciones establecidas en los artículos 434, 438, 439 del Código de Comercio y los (sic) adicionales que establezcan los estatutos de la misma sociedad. Y estará conformada por seis (6) miembros principales de la siguiente manera:

"El Alcalde Mayor de Barranquilla quien la presidirá.

"El Presidente del Concejo Municipal de Barranquilla.

"Un Representante del Presidente de la República.

"Tres (3) miembros principales escogidos en la Asamblea General por los accionistas clase B quienes actuarán como delegados de los usuarios de los segmentos industrial, comercial y residencial".

"Artículo 8°. Todo usuario tendrá derecho a adquirir acciones Clase B, mediante la cancelación del valor de las mismas en el recibo donde se le facturan los servicios prestados por la Sociedad de Economía Mixta y cumpliendo los requisitos legales.

"El usuario podrá autorizar el cobro de una o más acciones Clase B, mediante una carta dirigida a la sociedad. El hecho de tener una sola acción, le permitirá al usuario ejercer los derechos que los estatutos le consagren al accionista clase B".

c) **Las normas presuntamente violadas y el concepto de su violación**

La parte actora considera que con la expedición del acto acusado se violaron los artículos 23 del Acuerdo 24 de 1960, expedido por el Concejo Municipal de Barranquilla; 92 numeral 4° del Decreto 1333 de 1986; 381, 421 y 434 del Código de Comercio; 1° inciso 2° de la Ley 19 de 1982; 28 del Decreto 1050 de 1968; y 292 y 313 numeral 6, aparte final, de la Constitución Política, por las razones que, bajo la forma de cargos, en forma resumida se expresan a continuación (fls. 2 a 7 del Cdno. Ppal.):

Primer cargo. El artículo 3° demandado quebranta el artículo 23 del Acuerdo 24 de 1960, por cuanto pasa los bienes muebles e inmuebles de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla, pese a que esta última posee personería jurídica

con capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y por lo tanto responde cabalmente a las prescripciones de los artículos 633 del Código Civil y 5° y 6° del Decreto 1050 de 1968.

De conformidad con el artículo 22 del Acuerdo 24 de 1960, la duración de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla es de 40 años contados a partir de la puesta en vigencia de dicho Acuerdo. A su turno, el artículo 23 prescribe que al producirse la terminación o suspensión de aquellas, los servicios que administran volverán a quedar a cargo del municipio de Barranquilla y su patrimonio se reincorporará al mismo, razón por la cual fue violado, ya que el término de duración de las Empresas no ha precluido ni ha sido suspendida su personería jurídica (por otro acto de igual categoría).

Segundo cargo. El artículo 3° acusado viola el artículo 92 del Decreto 1333 de 1986, por cuanto pese a que es fundamento del acuerdo acusado, este no confiere atribución a los concejos municipales para despojar de sus bienes a personas jurídicas, aun cuando las mismas pertenezcan al orden municipal.

El numeral 4 permite la creación de entidades descentralizadas, pero no faculta para desconocer los derechos de las personas jurídicas.

El artículo 127 del Código de Régimen Municipal dispone que la revocación de un acuerdo debe hacerse por medio de otro acuerdo, bien sea tácita o expresamente, cuestión que en el presente caso no ha sucedido, toda vez que el acuerdo acusado, ni en una ni en otra forma, deroga los artículos 1° y 22 del Acuerdo 24 de 1960, que engendran jurídicamente la existencia de las empresas en el tiempo.

Pese a que el artículo 17 del Acuerdo 23 de 1991 deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, se tiene que sólo el artículo 1° de aquel y 2° de éste chocan entre sí, pues respectivamente, el primero encomienda la prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo a las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla, y el segundo, a la sociedad de economía mixta que se constituya con el municipio.

Tercer cargo. Los artículos 3° y 4° del acto demandado vulneran el artículo 1°, inciso 2° de la Ley 19 de 1982, al decretar que el municipio de Barranquilla, con los bienes muebles e inmuebles de las Empresas Públicas, participe mediante concesión en la conformación de una sociedad de economía mixta.

La concesión es la autorización para que determinada persona preste un servicio público a cargo del concedente, como lo es el Municipio según el inciso 2 del artículo 367 de la Carta política, responsable directo de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo (Decreto 1842 de 1991).

La concesión de bienes como aporte de capital en sociedades de economía mixta es figura que no se ajusta a los lineamientos definidos en el artículo 1° inciso 2 de la Ley 19 de 1982.

Cuarto cargo. El parágrafo primero del artículo 6° del Acuerdo 023 de 1991 al disponer que los estatutos de la sociedad de economía mixta sólo podrán reformarse con el voto favorable de no menos del 70% de los accionistas tanto de la clase A como de la B, viola el artículo 421 del Código de Comercio, pues dicha norma habla simplemente de acciones, sin distinguir entre clases A y B.

El artículo 468 del Código de Comercio enseña que en lo no previsto en el título de las sociedades de economía mixta, estas se seguirán por las reglas del libro segundo de las sociedades, dentro del cual se encuentra contenido el artículo 421.

Quinto cargo. El artículo 7° acusado, al disponer que uno de los miembros de la junta directiva de la sociedad de economía mixta es el Presidente del Concejo Municipal de Barranquilla, desconoce el artículo 292 de la Constitución Política, ya que esta norma prohíbe a los concejales formar parte de las juntas directivas de las entidades descentralizadas del respectivo municipio.

El Decreto Extraordinario 1050 de 1968 señala que las empresas industriales son de tres tipos: establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, todas las cuales se denominan genéricamente "entidades descentralizadas".

En suma, la sociedad de economía mixta es una entidad descentralizada, razón por la cual no puede haber concejales en su junta directiva, al tenor del canon constitucional comentado.

Sexto cargo. Al establecer el artículo 7° del acuerdo demandado que en la junta directiva habrá un representante del Presidente de la República o un miembro agente del mismo, de libre nombramiento y remoción de este, carácter que sólo tienen los directivos de la sociedad de economía mixta del orden nacional, contraviene el artículo 28 del Decreto 1050 de 1968.

Séptimo cargo. El artículo 7° ibídem integra la junta directiva con tres miembros escogidos en Asamblea General por los accionistas de la clase B para que actúen como delegados de los sectores industrial, comercial y residencial.

Por mandamiento del artículo 164 inciso final del Código de Régimen Municipal, en los actos que autoricen o creen sociedades de economía mixta, para la prestación de servicios locales, se buscará dar cumplimiento a los artículos del citado código, relacionados con la participación de los usuarios en la administración de las entidades correspondientes.

En consecuencia, el artículo 7° infringe el artículo 157 del Código de Régimen Municipal, por cuanto este dispone que son las entidades cívicas o de usuarios de los servicios, las que habrán de designar a sus delegados en esas juntas directivas, y no los citados accionistas.

Octavo cargo. El artículo 8° del acto acusado, al dictar reglas para la adquisición de acciones clase B de parte de los usuarios de la "A.A.A. B/Q S.A.", viola el artículo 385 del Código de Comercio, el cual indica que las acciones emitidas con posterioridad a la constitución de la sociedad anónima deberán someterse al reglamento de suscripción.

Luego es ese reglamento, de conformidad con el artículo 386 ibídem, el que fijará las condiciones de emisión, suscripción y pago de las acciones de la sociedad.

La autorización del alcalde para constituir la sociedad se circunscribe a las condiciones en las cuales participará el municipio y no para imponer el régimen de emisión de acciones.

d) **Las razones de la defensa**

El Municipio de Barranquilla no contestó la demanda, así como tampoco lo hizo la Sociedad de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Barranquilla S.A., quien fue llamada a integrar el litis consorcio necesario (fl. 106 del Cdno. Ppal.)

e) **La actuación surtida**

De conformidad con las normas correspondientes 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 22 de octubre de 1992 se admitió la demanda y se denegó la suspensión provisional de los efectos del acto acusado (fls. 40 y 41 del Cdno. Ppal.).

Por auto de 24 de febrero de 1993 (fl. 56 del Cdno. Ppal.), se corrió traslado a la partes y al señor Agente del Ministerio Público para alegar de conclusión, derecho del cual sólo hizo uso el Agente del Ministerio Público (fls. 60 a 63 del Cdno. Ppal.).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al desatar la controversia planteada, el Tribunal de primera instancia denegó las súplicas de la demanda, con fundamento en la siguientes consideraciones principales (fls. 126 a 133 del Cdno. Ppal.):

No es de recibo la acusación de violación del artículo 23 del Acuerdo 24 de 1960 de parte del artículo 3° del Acuerdo 23 de 1991, pues si dos normas del mismo grado se contrarían entre sí se entiende que la última dejó sin efectos la primera.

Respecto de la violación del artículo 92 del Decreto 1333 de 1986 que prescribe que corresponde a los concejos municipales crear, a iniciativa del alcalde,

los establecimientos públicos, las sociedades de economía mixta y las empresas industriales y comerciales del Estado conforme a las normas que determine la ley, no observa el Tribunal que aquella se haya configurado, máxime si la parte actora no probó que la sociedad de economía mixta cuya creación fue autorizada por el acuerdo demandado, no lo fue a iniciativa del ejecutivo como lo exige la norma en comento.

En cuanto al quebrantamiento de los artículos 385 y 386 del Código de Comercio, por parte del artículo 8° demandado, el a quo hace suyas las consideraciones de esta Corporación, cuando mediante auto de 5 de marzo de 1993 confirmó la denegatoria de la suspensión provisional de los efectos del acto acusado, en los siguientes términos:

"d. En relación con el artículo 8°.

"Porque tampoco se evidencia que dicho acto incurra en violación directa del artículo 9° del Decreto 130 de 1976, ni de los artículos 385 a 386 del Código de Comercio, por la sencilla razón de que él trata sobre el derecho que tienen los usuarios del servicio a adquirir acciones de la sociedad, a la forma como pueden ser canceladas y a los derechos que por ello adquieren, aspectos estos a los cuales no parecen referirse de manera concreta tales disposiciones superiores, pues ellas tratan, entre muchos otros, lo concerniente a la emisión, suscripción y colocación de acciones y del reglamento que con este último fin apruebe la Junta Directiva".

De otra parte, para el Tribunal no se presenta la infracción a que alude el actor respecto del artículo 1° inciso 2 de la Ley 19 de 1982, puesto que la misma consagraba principios orientadores de la contratación administrativa, mas no casos como el de autos, donde se trata de la constitución de una sociedad de economía mixta del orden municipal encargada de la prestación de un servicio público. De conformidad con el artículo 463 del Código de Comercio, los aportes estatales pueden consistir, entre otros, en el aporte de concesiones, que fue lo que efectivamente aconteció en el sub examine.

El artículo 28 del Decreto 1050 de 1968, si bien es cierto no prevé la posibilidad de que el Gobierno Nacional tenga representación ante las juntas directivas de las sociedades de economía mixta del orden territorial, no por ello se puede inferir que las asambleas departamentales o los concejos municipales no puedan incluir válidamente como integrantes de las juntas directivas "...delegados a representantes del Gobierno Nacional en las entidades descentralizadas por servicios por ellos creadas aun en el evento hipotético de que la Nación no hubiere efectuado aporte dinerario o de otra índole en el capital social del ente que se constituye".

Finalmente, el fallador de primera instancia no advierte cómo se presenta violación del artículo 157 del Código de Régimen Municipal, cuando dicha disposición contempla la manera como han de integrarse las juntas directivas de los establecimientos públicos, de las empresas industriales y comerciales del Estado del orden municipal, mas no las de las sociedades de economía mixta.

## III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En la sustentación del recurso de apelación, el recurrente fundamenta su desacuerdo con la sentencia de primera instancia en cuanto no accedió a la nulidad de los artículos 3° y 7° del Acuerdo 023 de 1991, por las razones que se sintetizan a continuación (fls. 135 a 139 del Cdno. Ppal.):

Primer cargo. El Acuerdo 24 de 1960 creó las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla, previendo para ellas una duración de 40 años. En consecuencia, mientras no se cumpla este lapso, estas siguen existiendo como persona jurídica, gozando del pleno derecho a la propiedad.

Si bien es cierto que la personería jurídica puede ser extinguida o suspendida en forma expresa por un acuerdo del Concejo de Barranquilla o serlo en forma tácita mediante un acuerdo que derogue la creación misma de dichas empresas, ocurre que ninguna de las normas contenidas en el acuerdo demandado extingue, suspende o deroga, en forma expresa o tácita, la personería jurídica de las Empresas Públicas de Barranquilla.

Al persistir dicha entidad en su existencia es imposible jurídicamente desposeerla del dominio de sus bienes.

El artículo 3° demandado viola los artículos 14 de la Constitución Política, que garantiza el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, y 633 del Código Civil, el cual establece el derecho de las personas jurídicas a ejercer derechos, en consonancia con el 669 ibídem, que reconoce la propiedad o dominio como el derecho real para disponer de las cosas.

El artículo en estudio infringe las normas en que debió fundarse y se expidió con desviación de las funciones propias de la Corporación, causales de nulidad contempladas en el artículo 84 del C.C.A.

Como lo sostiene la parte actora, el artículo 3° viola el artículo 23 del Acuerdo 24 de 1960, que prescribe que solamente a la terminación de las empresas públicas, su patrimonio se reincorporará al del municipio.

Segundo cargo. El artículo 7°, cuya nulidad se demanda, integra la junta directiva de la Sociedad de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Barranquilla S.A., con seis miembros:

a) El Alcalde de Barranquilla;

b) El Presidente del Concejo Municipal de dicha ciudad;

c) Un representante del Presidente de la República, y

d) Tres miembros escogidos por la Asamblea General entre los accionistas clase B.

La inclusión del Presidente del Concejo Municipal como miembro de la junta directiva en efecto vulnera el inciso 1° del artículo 292 de la Constitución Política, según el cual ningún concejal puede formar parte de la junta directiva de una entidad descentralizada del respectivo municipio, y como quiera que los artículos 1° del Decreto Extraordinario 1050 de 1968 y 1° del Decreto 3130 de 1968, en consonancia con la Ley 65 de 1967, establecen que las sociedades de economía mixta son entidades descentralizadas, resulta manifiesto que el Presidente del Concejo (que es un concejal) no puede hacer parte de la Sociedad de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Barranquilla S.A.

Por una razón obvia que se verá más adelante, tampoco un representante del Presidente de la República puede ser miembro de la referida sociedad.

En cuanto a los representantes de que trata el literal d) del artículo en estudio, debe decirse que el artículo 157 del Código de Régimen Municipal dispone que las juntas directivas de los establecimientos públicos y de las empresas comerciales e industriales del Estado estén integradas en una tercera parte por delegados de entidades cívicas o de usuarios del servicio que presten, disposición extendida por el artículo 164 del mismo código a todas las entidades descentralizadas que tengan a su cargo la prestación de servicios públicos locales, y por tanto extendida a la Sociedad Triple A.

Es por lo tanto ilegal que quienes actuaron como delegados de los usuarios no hayan recibido tal delegación de estos sino que hayan sido escogidos por accionistas de la sociedad.

En el literal d) aparecen dos contradicciones con la ley:

La primera consiste en que quienes designan a los integrantes de la junta directiva no son los usuarios sino los accionistas, siendo que lo más opuesto en la relación del servicio que presta la sociedad son los accionistas dueños de la sociedad y los usuarios que reciben el servicio.

La segunda contradicción estriba en que la delegación ordenada por la ley no se da, ya que no son los usuarios quienes delegan sino que esa delegación es sustituida por una elección de los accionistas.

Lo anterior conlleva a que los usuarios no estén representados en la junta directiva de la sociedad.

De contera, puede agregarse que el artículo 7° del acuerdo demandado viola el artículo 157 del Código de Régimen Municipal, al no integrar las terceras partes de la junta directiva como dicha norma ordena.

En efecto, los tres miembros a que hace alusión el literal d) son la mitad de los seis miembros de la junta directiva y no la tercera parte que ordena la ley. Igualmente el Alcalde de Barranquilla no conforma la tercera parte de los seis miembros de la junta, aunque la ley establece que los funcionarios de la Administración municipal constituirán una tercera parte de dicha junta.

La razón obvia para que la junta directiva no pueda contar dentro de sus miembros con un representante del Presidente de la República es simplemente que ninguna de las tres terceras partes contempladas por el artículo 157 del Decreto 1333 de 1986 incluye representante alguno del Presidente de la República.

## IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado ante esta Corporación manifiesta que prohíja parcialmente los argumentos del apelante, y solicita que el fallo apelado sea revocado parcialmente, en el sentido de que se declare la nulidad de los artículos 3° y 7° del acto acusado, este último parcialmente.

Lo anterior, por cuanto considera que los bienes dados a las Empresas Públicas de Barranquilla debieron ser transferidos de conformidad con las reglas establecidas para el efecto en el Código Civil (artículos 740 y s.s.), es decir, que no basta la intención del municipio de Barranquilla de transferir el dominio de unos bienes para la prestación de los servicios públicos y la capacidad e intención de la sociedad para adquirirlos, sino que se requiere el título traslaticio de dominio y en tratándose de bienes inmuebles, de la inscripción de dicho título en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

Frente al artículo 7° demandado comparte la posición del recurrente en el sentido de que se está violando el artículo 292 de la Constitución Política, al incluir como miembro de la junta directiva al Presidente del Concejo de Barranquilla.

Por el contrario, no comparte lo expresado por el apelante respecto de que la norma en estudio vulnera también el artículo 157 del Código de Régimen Municipal, por cuanto este no señala la forma como deben integrarse las juntas de las sociedades de economía mixta; luego es el acuerdo el que debe determinar su composición, como lo dispone el artículo 156 del Decreto 1333 de 1986.

De otra parte, el artículo 164 del mismo ordenamiento busca que no se vaya a desconocer la participación de los usuarios en la administración de las entidades correspondientes, pero no como lo entiende el apelante, que su representación tenga que ser exactamente la tercera parte de la junta.

Finalmente, tampoco puede afirmarse que es ilegal que los delegados de los usuarios no hayan sido escogidos por estos, pues el artículo 8° del acto acusado prescribe que "...todo usuario, tendrá derecho a adquirir acciones clase B...", y el artículo 7°, inciso final, en cuanto a la conformación de la junta directiva, habla de tres miembros principales escogidos en la asamblea general por los accionistas clase B, quienes actuarán como delegados de los usuarios. Consecuentemente se tiene que quienes eligen efectivamente a los representantes de los usuarios son los mismos usuarios.

## V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer término advierte la Sala que el estudio que corresponde efectuar en esta etapa procesal se circunscribe exclusivamente a los cargos relativos a los artículos 3° y 7° del Acuerdo número 023 de 1991, habida cuenta que el escrito contentivo del recurso de apelación sólo hace referencia a ellos.

Frente al primer cargo:

Dispone el citado artículo 3°:

> "En desarrollo de lo establecido en el artículo 23 del Acuerdo 24 de 1960, los bienes muebles e inmuebles de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla destinados directa o indirectamente a la prestación de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, pasan a propiedad del municipio para que participe en la conformación de la Sociedad Anónima de Economía Mixta, de que trata el artículo primero del presente Acuerdo".

A su turno, el artículo 23 del Acuerdo 24 de 1960 "por el cual se constituyen las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla, y se dictan otras disposiciones", que se invoca como sustento de la norma acusada, y que se considera violado, dispone:

> "Al producirse la terminación o suspensión de las Empresas, los servicios públicos que administran, volverán a quedar a cargo del municipio de Barranquilla, y su patrimonio se reincorporará al del municipio quedando sometido a las disposiciones ordinarias que sobre manejo de bienes municipales se encuentren vigentes al tiempo de la terminación o suspensión".

Del contenido de las normas transcritas, en concordancia con el artículo 1° del Acuerdo número 023 de 1991, que autoriza al alcalde mayor de Barranquilla para que, en representación del municipio participe como accionista en la creación de una sociedad anónima de economía mixta del orden municipal, "cuyo objeto social principal sea la prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo..." se infiere que el sentido del precepto demandado es la supresión de las

Empresas Públicas Municipales de Barranquilla y autorizar a la vez al alcalde para que participe, en nombre del Municipio, en la creación de una sociedad anónima de economía mixta, cuyo objeto social principal, básicamente, es el mismo que prestaba aquella empresa.

Debe entenderse pues que dicha norma acusada, en concordancia con el citado artículo 1°, derogó tácitamente el artículo 23 que se considera vulnerado, al trasladar la prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo, a la sociedad de economía mixta "A.A.A. de B/Q S.A.", servicios estos que, como ya se dijo, eran prestados por las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla.

No existiendo duda alguna en cuanto a la competencia constitucional que les asiste a los concejos municipales para adoptar decisiones, como a las que se contrae la norma en estudio, estima la Sala que asistió razón al a quo al denegar las pretensiones de la demanda en cuanto a dicha disposición se refiere, y, en consecuencia, el cargo no está llamado a prosperar, ya que las normas en supuesto conflicto son de igual jerarquía (acuerdos), lo cual impide que la una le deba subordinación a la otra.

Cabe resaltar que el recurrente formula nuevos cargos de violación de parte de la norma acusada frente a los artículos 14 de la Carta Política y 669 del Código Civil.

Al respecto la Sala observa que no puede hacer pronunciamiento alguno en relación con los mismos, como quiera que esta no es la oportunidad procesal para ampliar los cargos del libelo demandatario.

De otra parte, en relación con las acusaciones contenidas en el primer cargo de la demanda, en el escrito de impugnación sólo se reitera la violación del artículo 23 del Acuerdo número 24 de 1960 que ya se analizó, lo cual releva a la Sala de hacer un estudio respecto de las demás censuras que se le endilgaron al artículo 3° demandado, y que dieron respondidas por el Tribunal de Primera Instancia.

Frente al segundo cargo:

Preceptúa el artículo 7° acusado:

"La Junta Directiva de la Sociedad de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Barranquilla S.A. cumplirá las funciones establecidas en los artículos 434, 438, 439 del Código de Comercio y los (sic) adicionales que establezcan los estatutos de la misma sociedad. Y estará conformada por seis (6) miembros principales de la siguiente manera:

"El Alcalde Mayor de Barranquilla quien la presidirá.

"El Presidente del Concejo Municipal de Barranquilla.

"Un Representante del Presidente de la República.

Tres (3) miembros principales escogidos en la Asamblea General por los accionistas clase B quienes actuarán como delegados de los usuarios de los segmentos Industrial, Comercial y Residencial".

Frente a la norma anterior son cuatro los cargos que le imputa el recurrente, respecto de los siguientes puntos:

a) La inclusión del Presidente del Concejo Municipal como miembro de la junta directiva;

b) La inclusión de un representante del Presidente de la República en la misma junta;

c) La inclusión de tres miembros escogidos por los accionistas clase B, y

d) La no integración de la junta por terceras partes, una de ellas conformada por funcionarios de la administración municipal, otra por representantes del concejo, y la última por delegados de entidades cívicas o de usuarios del servicio.

En ese orden de ideas, la Sala considera lo siguiente:

a) Asiste razón al recurrente en cuanto a que el Presidente del Concejo Municipal de Barranquilla no puede hacer parte de juntas directivas de entidades descentralizadas.

En efecto, conforme al artículo 292 de la Constitución Política, entre otros, los concejales "...no podrán formar parte de las juntas directivas de las entidades descentralizadas del respectivo departamento, distrito o municipio...".

Según el artículo 1° del Decreto 3130 de 1968, las sociedades de economía mixta son entidades descentralizadas.

En consecuencia, no obstante que la norma acusada es anterior a la Constitución Política de 1991, y que de acuerdo con el artículo 159 del Código de Régimen Municipal, vigente al momento de su expedición, "los representantes de los concejos en las juntas directivas de que trata el presente Título podrán ser concejales..." por ser contraria al precepto constitucional antes mencionado, y en aplicación del artículo 4° ibídem, es del caso decretar su nulidad por inconstitucionalidad sobreviniente.

b) Respecto de la participación en la junta directiva de un representante del Presidente de la República, la Sala prohíja los argumentos del fallador de primera instancia en cuanto a que el artículo 28 del Decreto 1050 de 1968, que se invocó como vulnerado en la demanda, si bien es cierto no prevé la posibilidad de que el Gobierno Nacional tenga representación ante las juntas directivas de las sociedades

de economía mixta del orden territorial, no por ello se puede inferir que las asambleas departamentales o los concejos municipales no puedan incluir válidamente como integrantes de las juntas directivas "...delegados a representantes del Gobierno Nacional en las entidades descentralizadas por servicios por ellos creadas aun en el evento hipotético de que la Nación no hubiere efectuado aporte dinerario o de otra índole en el capital social del ente que se constituye...", ya que el citado decreto regula solamente la organización y funcionamiento de la administración nacional, por lo cual, salvo en lo referente a principios generales, como el ya mencionado concepto de "entidades descentralizadas", no puede entenderse aplicable textualmente a los entes territoriales.

En las anteriores circunstancias, debe entenderse que la disposición acusada encontraba su fundamento, en la época de su expedición, en los artículos 197-1 y 197-4 de la Constitución Política de 1886, según los cuales eran atribuciones de los concejos municipales, "ordenar, por medio de acuerdos, lo conveniente para la administración del distrito" y "crear, a iniciativa del alcalde, los establecimientos públicos, sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales, conforme a las normas que determine la ley", sin que se hubiera expedido norma legal aplicable a los municipios sobre el punto concretamente cuestionado. Además, de acuerdo con el artículo 156 del citado estatuto municipal, "las entidades descentralizadas municipales se someten a las normas que contenga la ley y a las disposiciones que dentro de sus respectivas competencias expidan los concejos y demás autoridades locales en lo atinente a su ... organización, funcionamiento...", etc.

c) En relación con la participación de tres miembros principales de la junta directiva, escogidos en la asamblea general por los accionistas clase B, la Sala hace notar, en primer lugar, que la acusación contenida en la demanda sobre este punto se limita a cuestionar el hecho de que sea la asamblea de accionistas la que designe las personas que van a actuar como delegados de los usuarios y no las entidades cívicas o de usuarios del servicio quienes los designen, como lo preveía el artículo 157 del Código de Régimen Municipal, el cual, por lo mismo se entiende violado, en concordancia con el inciso final del artículo 164 del mismo estatuto, en lo cual también insiste el recurrente.

Al respecto, la Sala advierte que efectivamente el artículo 7° del Acuerdo acusado prevé que formarán parte de la junta directiva de la sociedad "tres miembros principales escogidos en la Asamblea General por los accionistas clase B quienes actuarán como delegados de los usuarios de los segmentos industrial, comercial y residencial".

A su vez, la parte pertinente de las normas del Código de Régimen Municipal que se dicen contrariadas son del siguiente tenor:

"Artículo 157. –Las juntas o consejos directivos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales o comerciales encargados de la prestación directa de los servicios municipales estarán integrados así: ...y la tercera parte restante, delegados de entidades cívicas o de usuarios del servicio o servicios cuya prestación corresponda a los citados establecimientos o empresas".

"Artículo 164. –... En los actos que autoricen o creen sociedades de economía mixta para la prestación de servicios locales, también se buscará dar cumplimiento a los artículos del presente Código, relacionados con la participación de los usuarios en la administración de las entidades correspondientes".

Al hacer el análisis de las anteriores normas, la Sala encuentra que la primera de las transcritas (art. 157) se refiere solamente y de manera expresa a los establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales, sin incluir por consiguiente a las sociedades de economía mixta, por la cual sus mandatos no pueden entenderse simple y llanamente aplicables a las entidades de esta última naturaleza, como es la prevista en la norma demandada.

De otra parte, si bien la segunda de las normas transcritas (art. 164) sí se refiere expresamente a las sociedades de economía mixta, lo hace para expresar que en relación con ellas "se buscará dar cumplimiento a los artículos del presente Código, relacionados con la participación de los usuarios en la administración de las entidades correspondientes", lo cual debe entenderse en el sentido de que se procurará aplicar esas normas, como el citado artículo 157, pero no con carácter obligatorio, como no podría serlo por la naturaleza de las sociedades de economía mixta, que implican la presencia de socios particulares que necesariamente deben intervenir en la administración.

Por lo anterior la Sala considera ajustada a derecho la decisión contenida en la norma acusada de establecer la participación de tres miembros principales de la junta directiva escogidos en asamblea general por los accionistas clase B para que actúen como delegados de los usuarios, teniendo en cuenta que de conformidad con el literal c) del artículo 5° del mismo Acuerdo acusado las acciones del sector privado serán de la clase B y que todo usuario tendrá derecho a adquirir acciones de esa clase, según lo prevé el artículo 8°.

De esa manera, la Sala considera que a través de ese mecanismo el concejo municipal, al expedir la norma aquí acusada, acogió la disposición contenida en el artículo 164 del Código de Régimen Municipal de "buscar" dar cumplimiento al artículo 157 del mismo estatuto en cuanto a la participación de los usuarios en la administración de la entidad.

En consecuencia, este cargo no prospera.

d) En cuanto a la no integración de la junta por terceras partes, como lo preveía el artículo 157 del Código de Régimen Municipal, la Sala hace notar que dicho cargo no fue planteado en la demanda por lo cual no fue objeto de la decisión de primera instancia; por lo mismo, no puede ser objeto de análisis en esta segunda instancia, de acuerdo con el principio general según el cual el marco de la controversia está dado por la demanda y no les es posible a los intervinientes ampliar los cargos contenidos en ella. Sin perjuicio de lo anterior, la Sala hace notar que a esta acusación también serían aplicables las razones expresadas frente al cargo anterior, en cuanto el artículo 164 del citado estatuto, al referirse a las sociedades de economía mixta, sólo prevé que respecto de ellas "se buscará" dar cumplimiento a las normas relacionadas con la participación de los usuarios en la administración, sin que de allí pueda concluirse que deba cumplirse exactamente la distribución proporcional entre funcionarios, representantes de los concejos y delegados de entidades cívicas o de usuarios prevista en el artículo 157, pues se trata de una entidad de naturaleza societaria que no permite esa distribución rígida prevista para las entidades de naturaleza exclusivamente pública.

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. **REVOCASE** parcialmente la sentencia recurrida en apelación, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico el 29 de marzo de 1995, y, en su lugar, se dispone: **DECLARASE** la nulidad de la expresión "El Presidente del Concejo Municipal de Barranquilla", contenida en el artículo 7° del Acuerdo 023 de 6 de junio de 1991.

Segundo. **CONFIRMASE** la citada sentencia en cuanto denegó las demás pretensiones de la demanda.

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 treinta de noviembre de mil novecientos noventa y cinco.

*Libardo Rodríguez Rodríguez,* Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Nubia González Cerón, Rodrigo Ramírez González.*

**JUEGO DE SUERTE Y AZAR / TRIBINGO - Reglamentación / ECOSALUD - Funciones Administrativas**

**Mediante el acto acusado no se creó el juego de suerte y azar denominado "*Tribingo*", como erróneamente lo plantea el actor sino sencillamente se reglamenta su funcionamiento para efecto de su explotación por parte de la sociedad "su encomienda Ltda.", de acuerdo con la solicitud que para tal fin presentó el 9 de noviembre de 1993, en razón de lo dispuesto por los artículos 21 y 22 inciso 1° del Acuerdo número 04 de marzo 16 de 1993, expedido por el Consejo Directivo de Ecosalud. Del artículo 43 de la Ley 10 de 1990, se desprende que Ecosalud S. A. no es solamente una entidad operativa o comercial, sino que de dicha ley y de sus decretos reglamentarios resulta que a ella corresponden funciones administrativas, como las mencionadas de fijar la política general de explotación del monopolio a su cargo y regular su operación.**

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente número 3214.

Actora: Federación Colombiana de Empresarios de Juegos y Apuestas (FECEAP).

Procede la Sección Primera a dictar sentencia de única instancia para resolver la demanda que ha dado lugar al proceso de la referencia, instaurada mediante apoderado por la Federación Colombiana de Empresarios de Juegos y Apuestas (FECEAP), en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C. C. A., con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de la Resolución número 0870 de 10 de

agosto de 1994, "por la cual se reglamenta el funcionamiento de un juego o apuesta de suerte y azar denominado 'TRIBINGO'", expedida por la Empresa Colombiana de recursos para la Salud S. A. –ECOSALUD S. A.–

## I. ANTECEDENTES

### a) Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación

La actora considera que con la expedición del acto acusado se violaron las siguientes normas, por las razones que se indican a continuación (fls. 29 a 31):

Primer cargo. Violación del artículo 43 de la Ley 10 de 1990, pues dicha norma atribuyó a ECOSALUD S. A. "...facultades exclusivamente ECONÓMICAS, mas no de fijación de políticas para juegos y loterías... (...) ... . En otras palabras, ECOSALUD sólo administra ciertos juegos de suerte y azar, pero no está facultada para definir sus políticas y, menos aún, para CREAR nuevos juegos, su verdadera misión consiste en arbitrar recursos con destino a la salud, sin que por ello pueda suplir al legislador".

Segundo cargo. ECOSALUD S. A. carecía de facultades para establecer la política general de los juegos de suerte y azar y regular su operación, pues los literales a) y c) del artículo 2° del Decreto Reglamentario 2433 de 1991, que le asignaron tales funciones, fueron suspendidos provisionalmente por la Sección Primera del Consejo de Estado mediante auto de junio 30 de 1994, recaído dentro del expediente número 2957. Es decir, a pesar de que dicha determinación se adoptó el 30 de junio de 1994, ECOSALUD S. A. procedió a expedir el acto acusado en fecha 10 de agosto del mismo año.

### b) Las razones de la defensa

En la contestación de la demanda y en su alegato de conclusión, la parte demandada expresa, en síntesis, lo siguiente (fls. 204 a 218 y 312 a 320):

En relación con el primer cargo. Como quiera que el artículo 42 de la Ley 10 de 1990 constituyó a favor de la Nación el monopolio sobre todas las modalidades de juegos de suerte y azar en beneficio del sector salud y, a su tumo, el artículo 43 ibidem constituyó y organizó una sociedad de capital público cuyo objeto es la administración y explotación de dicho monopolio, de ello resulta que ECOSALUD S. A. tiene la obligación legal de producir recursos para los fines que dispone el artículo 336 de la Constitución, esto es, la atención del servicio público de salud.

No es correcto afirmar que ECOSALUD S. A. carezca de facultades para fijar la política general de explotación de juegos de suerte y azar y regular su operación, pues ellas "... se encuentran incluidas dentro del objeto general previsto en el artículo 43 de la Ley 10 de 1990 para la entidad que allí se ordena crear...",

como lo concluyó la Sección Primera del Consejo de Estado en sentencia de 22 de marzo de 1995 (Expediente número 2957), mediante la cual se denegó la solicitud de declaratoria de nulidad de los literales a) y c) del artículo 2° del Decreto 2433 de 1991.

El acto acusado no crea un nuevo juego, pues la creación o invención de juegos de suerte y azar proviene de quienes están dedicados a su práctica y a Ecosalud S. A. le corresponde estudiar su viabilidad, la que una vez definida es objeto de la respectiva reglamentación y posterior otorgamiento del permiso de explotación u operación. Por consiguiente si la Ley 10 de 1990 prescribió que el monopolio de arbitrio rentístico recae sobre todas las modalidades de juegos de suerte y azar, la regulación de su operación en virtud de lo dispuesto por el literal c) del artículo 2° del Decreto 2433 de 1991 no excede el ámbito de la ley que reglamenta, pues el monopolio se constituyó precisamente, sobre todas las modalidades de juegos de suerte y azar que existían antes de entrar en vigencia la Ley 10 de 1990 y los que llegaren a organizarse o crearse a partir de ese momento. Siendo ello así, "sólo a una entidad que administre el monopolio compete fijar las políticas sobre la explotación de los juegos de suerte y azar y regular su operación, como es el caso de ECOSALUD S. A."

Finalmente se advierte que las facultades de ECOSALUD S. A. para reglamentar el funcionamiento de los juegos de suerte y azar no sólo deviene del Decreto 2433 de 1991, sino de las funciones de su Consejo Directivo atribuidas por el Decreto 271 de 1991, aprobatorio de los Estatutos de la entidad y, adicionalmente, "...de las facultades otorgadas al Presidente de ECOSALUD S. A. por el Acuerdo número 04 de 1993, emanado del Consejo Directivo de la entidad, y por medio del cual se regula la explotación de modalidades de juegos de suerte y azar a través de terceros".

En relación con el segundo cargo. A pesar de que "...el presidente de ECOSALUD S. A. en desarrollo de los artículos 21, 22 y 42 del Acuerdo número 004 de 1993, emanado del Consejo Directivo, está facultado para dictar el reglamento de cualquier modalidad de juego de suerte y azar", como se consigna en la parte motiva del acto acusado, y si en gracia de discusión se aceptara que dicho acto se expidió en ejercicio de las facultades consagradas en los literales a) y c) del Decreto 2433 de 1991, el hecho de que tales disposiciones hubieran sido suspendidas provisionalmente por el Consejo de Estado mediante auto de 30 de junio de 1994 no era óbice para reglamentar el juego de suerte y azar denominado "TRIBINGO", toda vez que dicha providencia "...quedó en firme el 5 de septiembre de 1994, con el auto que confirmó la suspensión provisional", es decir, "...sólo a partir de la ejecutoria del auto que confirmó aquel que había decretado la suspensión provisional, es decir, a partir del 5 de septiembre de 1994 dejaron de aplicarse o de surtir

efectos los literales a) y c) del artículo 2° del Decreto 2433 de 1991, recobrando su plena efectividad con el levantamiento de la medida temporal según lo dispuesto en la sentencia de marzo 22 de 1995 (expediente número 2957). Por lo tanto, la Resolución 0870 de agosto 10 de 1994 se expidió bajo el amparo e imperio de normas existentes y con plenos efectos, bien por el Acuerdo 04 de 1993 o por el Decreto 2433 de 1991".

c) **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 27 de abril de 1995 demanda y se denegó la solicitud de decretar provisional del acto acusado (fls. 51 a 56).

Mediante proveído de 4 de agosto del citado año se abrió a pruebas el proceso y se decretaron y/o denegaron tales las solicitadas por la entidad demandada (fl. 303).

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 sus derechos la parte demandada y el mencionado funcionario (fls. 312 a 320 y 321 a 324).

## II. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En el escrito que lo contiene, la señora Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación estima que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, "...pues como el argumento de la impugnación del acto acusado se limita al hecho de haber sido suspendidos los literales a) y c) del artículo 2° del Decreto 2433 de 1991 y dicha suspensión sólo vino a confirmarse el 5 de septiembre de 1994, la resolución acusada, que fue expedida el 10 de agosto de ese año, bien podía fundamentarse en aquellas normas...".

De otra parte, la señora Agente del Ministerio Público hace notar que mediante sentencia de 22 de marzo de 1995, con ponencia del Consejero doctor Libardo Rodríguez Rodríguez, la Sección Primera de esta Corporación denegó las pretensiones de la demanda instaurada en contra de los literales a) y c) del Decreto 2433 de 1991 y, consecuencialmente, se levantó la suspensión provisional de las normas acusadas.

## III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En relación con el primer cargo. En él se plantea la violación del artículo 43 de la Ley 10 de 1990, debido a que, según el actor, dicha norma no faculta a ECOSALUD S. A. para fijar la política de explotación de los juegos de suerte y azar ni para crear nuevos juegos de tal naturaleza.

Como marco de referencia para la decisión que habrá de tomarse, la Sala adopta las siguientes consideraciones de la sentencia de 13 de marzo de 1995, Expediente número 2906, Actor: José James Cháves Muñoz, Consejero Ponente: Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez:

> "El artículo 43 de la Ley 10 de 1990 autorizó la constitución y organización de una sociedad de capital público con la participación de la Nación y las entidades territoriales, o sus entidades descentralizadas, titulares de los monopolios rentísticos de las loterías existentes, cuyo objeto sería la explotación y administración del monopolio rentístico de todas las modalidades de juegos de suerte y azar, diferentes de las loterías y apuestas permanentes existentes, declarado como de la Nación por el artículo 42 de la misma ley.
>
> "Con fundamento en los artículos 42 y 43 de la citada Ley 10 de 1990 y en el Decreto 130 de 1976, se constituyó la sociedad denominada Empresa Colombiana de Juegos de Suerte y Azar Ltda. COLJUEGOS, la cual posteriormente se transformó en la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud S. A., ECOSALUD S. A., cuyos estatutos sociales fueron aprobados por el Gobierno Nacional mediante Decreto 271 de 1991.
>
> Por su parte, el Decreto 2433 de 29 de octubre de 1991, "por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 43 de la Ley 10 de 1990", establece:
>
> "Artículo 1°. La Empresa Colombiana de Recursos para la Salud S. A., Ecosalud S. A., podrá realizar todas las operaciones comerciales que comporta la explotación económica del monopolio rentístico creado por virtud del artículo 42 de la Ley 10 de 1990, en forma directa o a través de terceros.
>
> "Artículo 2°. Corresponde a la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud S. A, Ecosalud S. A., en relación con la administración del monopolio rentístico constituido por la Ley 10 de 1990:
>
> "a) Fijar la política general de explotación de juegos de suerte y azar de que trata la Ley 10 de 1990;
>
> "b) Celebrar contratos con personas naturales o jurídicas para que exploten alguna modalidad de juego o apuesta de suerte y azar u otorgar a las mismas permiso para su explotación;
>
> "c) Regular su operación".
>
> "A su vez, los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 336 de la Constitución Política, señalan:

"La ley que establezca un monopolio no podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una actividad económica lícita.

"La organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley de iniciativa gubernamental.

"Las rentas obtenidas en ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud".

"De las normas anteriormente citadas y transcritas, la Sala deduce lo siguiente:

"a) Como a partir de la vigencia de la Constitución de 1991, 'la organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley de iniciativa gubernamental', ello implica que se trata de una ley especial no sólo respecto de su iniciativa sino de su contenido, en cuanto ella debe regular necesariamente lo referente a las actividades mencionadas de organización, administración, control y explotación.

"b) Sin embargo, ello no quiere decir que las leyes dictadas sobre la materia con anterioridad a la nueva Constitución hayan perdido vigencia automáticamente si fueron expedidas de acuerdo con el régimen anterior y su contenido no es incompatible con la nueva disposición, pues si ello no fuera así implicaría, entre otros efectos, que se produciría un vacío legal que haría inaplicable la nueva Constitución mientras se dicta la nueva ley prevista en ella.

"c) En ese orden de ideas, la Sala no encuentra que la Ley 10 de 1990 sea incompatible con el inciso tercero del artículo 336 de la Constitución, pues ella regula, así sea de manera muy genérica, tanto la organización como la administración y la explotación del monopolio de todas las modalidades de suerte y azar diferentes de las loterías y apuestas permanentes. En efecto, respecto de la organización del monopolio el artículo 43 de la ley establece que ella se traduce en la existencia de una sociedad de capital público con participación de la Nación y las entidades territoriales o sus entidades descentralizadas, titulares de los monopolios rentísticos de las loterías existentes. En cuanto a la explotación y administración del monopolio, la misma norma legal establece que esas actividades corresponden precisamente a la sociedad que se ordena crear y que actualmente es la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud S. A., ECOSALUD S. A.

"d) En consecuencia, mientras no se dicten una ley más específica sobre esos aspectos, de iniciativa gubernamental, el régimen legal propio a que se refiere el inciso tercero del artículo 336 de la Constitución es el previsto en el artículo 43 de la Ley 10 de 1990.

"a) Y como es natural a toda ley, con mayor razón cuando apenas contiene normas muy generales como la Ley 10 de 1990, su contenido es desarrollado a través de decretos reglamentarios, como es el caso de los Decretos 271 y 2433 de 1991, de tal manera que ellos, a través de sus normas reglamentarias, que se enmarcan dentro de la ley, contribuyen a configurar el régimen propio que la Constitución prevé para la organización, administración, control y explotación del monopolio citado.

"f) Como consecuencia de lo anterior, la Sala rectifica la posición asumida en la sentencia de 25 de febrero de 1994 (Exp. número 2407, Actor: José James Chávez Muñoz, Consejero Ponente: Ernesto Rafael Ariza Muñoz) y en los autos del 30 de junio y 5 de septiembre de 1994 (Exp. número 2957, Actor: Jaime Vidal Perdomo, Consejero Ponente: Miguel González Rodríguez), en cuanto en la citada sentencia, a pesar de no haberse declarado la nulidad del artículo 2° de la Resolución 207 de 1992, igualmente aquí demandada, se expresó que sólo una ley especial puede fijar el régimen propio de los monopolios en lo referente a organización, administración, control y explotación de los mismos, dando a entender, como lo plantea el actor en el presente proceso, que los artículos 42 y 43 de la Ley 10 de 1990, no constituyen el régimen propio del monopolio de los juegos de suerte y azar. A su vez, en los autos citados se decretó la suspensión provisional de los literales a) y c) del artículo 2° del decreto reglamentario 2433 de 1991, considerando que los aspectos allí previstos debían estar regulados en la ley especial, mientras que después de este nuevo análisis la Sala considera que ellos constituyen desarrollo normal de las normas muy generales contenidas en los artículos 42 y 43 de la Ley 10 de 1990".

De acuerdo con las consideraciones anteriores, la Sala no encuentra que el acto acusado incurra en violación del artículo 43 de la Ley 10 de 1990, por las siguientes razones:

1°. Porque como lo concluyó esta Sección en sentencia de 22 de marzo de 1995 al resolver la demanda instaurada en contra de los literales a) y c) del Decreto 2433 de 1991, "por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 43 de la Ley 10 de 1990", y lo reitera en esta oportunidad, "sí, como quedó dicho, la Ley 10 de 1990 en su artículo 43 no es incompatible con el artículo 336 de la Constitución de 1991, por lo cual mientras no se dicte una ley más específica sobre la organización, administración y explotación del monopolio a que aquella se refiere, el régimen legal

propio previsto en la Constitución es el contenido en el citado artículo 43 de la Ley 10 de 1990 y, si 'como es natural a toda ley, con mayor razón cuando apenas contiene normas muy generales como la Ley 10 de 1990, su contenido es desarrollado a través de decretos reglamentarios como es el caso de los Decretos 271 y 2433 de 1991, de tal manera que ellos, a través de sus normas reglamentarias, y que se enmarcan dentro de la ley, contribuyen a configurar el régimen propio que la Constitución prevé para la organización, administración, control y explotación del monopolio citado', ello quiere decir que las facultades de 'fijar la política general de explotación de juegos de suerte y azar' y 'regular su operación', se encuentran incluidas dentro del objeto general previsto en el artículo 43 de la Ley 10 de 1990 para la entidad que allí se ordena crear, por lo cual la Sala no encuentra que las normas demandadas infrinjan el artículo 43 de la Ley 10 ni el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución". (Consejero Ponente: Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez. Actor: Jaime Vidal Perdomo, expediente número 2957).

2°. Porque mediante el acto acusado no se creó el juego de suerte y azar denominado "TRIBINGO", como erróneamente lo plantea el actor, sino sencillamente se reglamenta su funcionamiento para efecto de su explotación por parte de la Sociedad "Su Encomienda Ltda.", de acuerdo con la solicitud que para tal fin presentó el 9 de noviembre de 1993 (fl. 190), en razón de lo dispuesto por los artículos 21 y 22 inciso primero del Acuerdo número 04 de marzo 16 de 1993, expedido por el Consejo Directivo de Ecosalud, los cuales disponen lo siguiente:

"ARTICULO 21. DEL REGLAMENTO. Toda modalidad de juego o de apuesta de suerte y azar que pretenda ser explotada, tendrá un reglamento aprobado por resolución de ECOSALUD S. A. dicho acto hará parte integrante de la autorización otorgada".

"Artículo 22. DE LA OBLIGACION DE ADJUNTAR EL REGLAMENTO. Toda persona que presente una solicitud para explotar una modalidad de juego o de apuesta de suerte y azar debe adjuntar a la misma el proyecto de reglamento correspondiente, si se trata de una modalidad que aún no ha sido reglamentada por Ecosalud S. A.

"...".

En relación con el segundo cargo. Como quiera que el mismo se fundamenta en la circunstancia de que los literales a) y c) del artículo 2° del Decreto 2433 de 1991, que atribuyeron a Ecosalud S. A. las facultades para fijar la política general de explotación de los juegos de suerte y azar y regular su operación fueron suspendidos por esta Sección mediante providencia de 30 de junio de 1994, para denegar su prosperidad es suficiente llamar la atención del actor acerca de que dicha suspensión sólo quedó en firme el 5 de septiembre de 1994, fecha en que se

resolvió el recurso de reposición interpuesto contra ella y que mediante sentencia de 22 de marzo de 1995 fue levantada la suspensión provisional de las indicadas disposiciones, precisamente por considerar, entre otros aspectos, que (del artículo 43 de la Ley 10 de 1990 se desprende que ECOSALUD S. A. no es solamente una entidad operativa o comercial, sino que de dicha ley y de sus decretos reglamentarios resulta que a ella corresponden funciones administrativas, como las mencionadas de fijar la política general de explotación del monopolio a su cargo y regular su operación).

En consecuencia, el no prosperar ninguna de las acusaciones formuladas en contra del acto acusado, ha de procederse a denegar las súplicas de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Primera, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

Primero. DENIEGANSE las pretensiones de la demanda instaurada por la Federación Colombiana de Empresarios de Juegos y Apuestas (Feceap).

Segundo. Devuélvase la suma depositada para gastos ordinarios del proceso o su remanente.

Tercera. 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 veintitrés de noviembre de mil novecientos noventa y cinco.

*Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Salva el voto; Nubia González Cerón, Rodrigo Ramírez González.*

NOTA DE RELATORIA: Reitera la jurisprudencia sobre la vigencia del artículo 43 de la Ley 10 de 1990, sobre la fijación de políticas para la explotación del monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar, como función administrativa propia de Ecosalud contenida en la Sentencia de 13 de marzo de 1995, exp. 2906; C. P. Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez; Actor: José James Chávez Muñoz y sentencia del 22 de marzo de 1995; expediente 2957; Actor Jaime Vidal Perdomo; C. P. Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez relacionada con el control constitucional de legalidad del Decreto 2433 de 1991.

## SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto debido por la opinión mayoritaria de la Sala me he separado de la anterior decisión, ya que estimo que ha debido declararse la nulidad de la Resolución número 0870 de 10 de agosto de 1994 "por la cual se reglamenta el funcionamiento de un juego o apuesta de suerte y azar denominado 'TRIBINGO', expedida por el Presidente de la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud S. A. -ECOSALUD-, por las siguientes razones:

1. A través de la resolución acusada se reglamenta por ECOSALUD S. A. el funcionamiento de un juego o apuesta de suerte y azar denominado "TRIBINGO".

2. Sobre el particular he considerado que ECOSALUD S. A., no tiene facultades para señalar qué modalidades de juegos de suerte y azar y apuestas permanentes son objeto del monopolio rentístico a que se refiere el artículo 43 de la Ley 10 de 1990, pues esta ley no confiere facultad a organismo alguno para que las determinara, así como tampoco para que regulara su operación o funcionamiento.

Para fundamentar este aserto resultan válidas las consideraciones que hice en el salvamento de voto a la sentencia de 22 de marzo de 1995 (Expediente número 2957, actor: Jaime Vidal Perdomo, Consejero ponente, doctor Libardo Rodríguez Rodríguez), que son del siguiente tenor:

"...Con el respeto debido por la opinión mayoritaria de la Sala, me he separado de la anterior decisión, ya que, a mi juicio, ha debido declararse la nulidad del artículo 2º literal c) del Decreto número 2433 de 29 de octubre de 1993, "por el cual se reglamenta el artículo 43 de la Ley 10 de 1990", expedido por el Gobierno Nacional, y acogerse a este respecto la ponencia que le fue negada al señor Consejero, doctor Miguel González Rodríguez, por las siguientes razones:

1. Según el artículo 336 de la Constitución Política ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley (inciso 10); la organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley de iniciativa gubernamental (inciso 3º).

Es del caso resaltar que la regulación consagrada en el inciso 1° antes citado correspondía a la del artículo 31 de la Constitución de 1886. En cambio la preceptiva del inciso 3 es nueva en materia constitucional.

2. El artículo 42 de la Ley 10 de 1990 declaró como arbitrio rentístico de la Nación la explotación monopolística, en beneficio del sector salud, de todas las modalidades de juegos de suerte y azar, diferentes de las loterías y apuestas permanentes existentes.

El artículo 43 de la misma autorizó la constitución y organización de una sociedad especial de capital público, cuyos socios debían ser la Nación y las entidades territoriales, o sus entidades descentralizadas, titulares de los monopolios rentísticos de las loterías existentes, habiéndose creado para ello Ecosalud S. A., sociedad ésta cuyo objeto es la explotación y administración del monopolio rentístico creado en el artículo 42.

El citado artículo 43 en lo relativo al expresado monopolio contiene además regulaciones sobre los costos y gastos de inversión, producción, administración, venta y publicidad, la forma de distribuir el producto resultante de las ventas netas y las utilidades que pueda obtener Ecosalud S. A.

De lo anterior se infiere que la Ley 10 de 1990 en los preceptos enunciados estableció el monopolio, autorizó la constitución y organización de la sociedad especial de capital público encargada de su administración y explotación y reguló algunos aspectos atinentes a dicha administración y explotación, pero no señaló qué modalidades de juegos de suerte y azar y apuestas permanentes eran objeto de dicho monopolio ni confirió facultad a organismo alguno para que las determinara, así como tampoco para que regulara su operación.

Es de advertir además, que implicando el monopolio la privación del ejercicio de una actividad económica lícita para los particulares, la Constitución Política atribuyó el señalamiento del ámbito del mismo al legislador y fue muy clara en precisar las actividades propias de aquel que serían objeto de regulación por éste.

3. Considero, por tanto, que cuando el literal c) del artículo 2° del Decreto Reglamentario acusado faculta a la Empresa Colombiana de Recursos para la Salud S. A., Ecosalud S. A., en lo tocante al monopolio rentístico creado en la Ley 10 de 1990 para "Regular su operación", está excediendo el ámbito de la ley reglamentada, pues ésta no lo facultó para ello, y preceptuando sobre aspectos que son propios de la ley de iniciativa gubernamental, con claro quebranto de los artículos 43 de la Ley 10 de 1990, 189 numeral 11 y 336 inciso 3° de la Constitución Política, razón de suyo suficiente para que se decretara su nulidad, y no denegarse la súplica de la demanda, en cuanto a este aspecto se refiere, como se hizo en la decisión mayoritaria.

4 En lo concerniente al literal a) del Decreto número 2433 también acusado, estimo que no quebranta los preceptos invocados en la demanda ya que cuando en él se dispone "Fijar la política general de explotación de juegos de suerte y azar de que trata la Ley 10 de 1990", se está sujetando a la preceptiva de la ley reglamentada, además de que es función que compete al Consejo Directivo de Ecosalud S.A., por mandato del artículo 26 literal a) del Decreto-ley 1050 de 1968.

Por estas razones, y no por las expuestas en la decisión mayoritaria, es que, según mi concepto, no ha debido accederse a decretar la nulidad del citado literal a)".

Fecha, *ut supra.*

El Consejero, *Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

NOTA DE RELATORIA: El salvamento de voto del doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz es el mismo suscrito en sentencia de 22 de marzo de 1995, exp. 2957; Actor: Jaime Vidal Perdomo, Consejero Ponente, Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.

**SISTEMA NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Reglamentación del Plan de Beneficios / DECRETO REGLAMENTARIO - Vigencia /SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD - Efectos /DECAIMIENTO DEL ACTO - Inexistencia**

**El Decreto que parcialmente se demanda en este proceso, distinguido con el número 1938 de 1994 expedido por el Gobierno Nacional para reglamentar el plan de beneficios en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud, tiene como fundamentos constitucionales y legales el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y los artículos 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55 y 56 del Decreto-ley 1298 de 1994. La parte actora, en sus alegatos de conclusión, le plantea a esta Corporación, como una de las soluciones que se le pueden dar al problema jurídico que debe resolverse en esta providencia, declarar la no vigencia del Decreto 1938 de 1994, y en particular la de su artículo 15, ya que, mediante la sentencia C-255 del 7 de junio de 1995, la Corte Constitucional declaró inexequible el Decreto-ley 1298 de 1994, por considerar que las facultades extraordinarias que le dieron vida violaron la prohibición contenida en el inciso 3 del numeral 10 del artículo 150 de la Constitución, según la cual dichas facultades "no se pueden conferir para expedir código". Hubo, pues, según el alegante, decaimiento del acto administrativo contenido en el Decreto Reglamentario 1938 de 1994, pérdida de su eficacia, por desaparecimiento del fundamento de derecho en el que se cimentaba. Si bien es cierto lo anterior, opta la Sala por considerar que el Decreto parcialmente demandado sigue vigente, toda vez que, como *ut supra* se señaló, éste tiene también su basamento constitucional en el numeral 11 del artículo 189 de la Carta Política.**

**SISTEMA NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD / PLAN OBLIGATORIO DE SALUD - Exclusión**

**Mediante el Acuerdo 008 de 1994 y, más concretamente, en el artículo 7º, se aprueban "las exclusiones y limitaciones del Plan Obligatorio de Salud que no contribuyan al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como**

**cosméticos, estéticos, suntuarios, y aquello que expresamente defina el Consejo en el futuro, más los que se describen a continuación: (...)". Hace seguidamente el artículo un listado de dichos tratamientos y rehabilitaciones exactamente igual al que aparece en el artículo acusado (15 del Decreto 1938 de 1994), pues éste es tomado literalmente de aquél. En efecto, las quince exclusiones y limitaciones, además de aquellos procedimientos, actividades, intervenciones y guías de atención integral que "no contribuyan al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos y suntuarios y aquellos que expresamente defina el Consejo en el futuro" cuya "nulidad total" es impetrada por el demandante se encuentran unidas, en una simbiosis jurídica cuya relación es de causa y efecto entre el Acuerdo Número 008 de 1994 y el artículo 15 del Decreto 1938 del mismo año. Por otra parte, como claramente se puede leer en las normas transcritas de la Ley 100 de 1993, ésta contempla como punto de partida un plan básico o "primer nivel" y estipula que los servicios de segundo y tercer nivel se irán incorporando progresivamente a ese plan "de acuerdo con su aporte a los años de vida saludables". Y en los parágrafos subsiguientes, que forman parte del artículo 162 se reglamenta que en el período de transición, la población del régimen subsidiado obtendrá servicios de mayor complejidad.**

**LEY DE SEGURIDAD SOCIAL - Aplicación / PLAN OBLIGATORIO DE SALUD - Cobertura / SERVICIO DE SALUD - Limitaciones / ENFERMEDAD CRONICA EN FASE TERMINAL - Exclusión del Plan Obligatorio de Salud**

**La posibilidad de mejorar los servicios y de ampliar la cobertura de los mismos, como meta propuesta en la Ley 100 para que el Sistema General de Seguridad de Salud cree las condiciones de acceso a un Plan Obligatorio de Salud para todos los habitantes del territorio nacional antes del año 2001, está igualmente considerada desde la expedición del Decreto-ley 1650 de 1977 cuando en los literales b) y h) del artículo 55 asigna como función de la "Junta Administradora" la de "Preparar los proyectos sobre ampliación de los Seguros de Salud a nuevas contingencias, y sobre extensión de la cobertura de dichos seguros teniendo en cuenta la capacidad de los servicios, las posibilidades financieras, el grado de necesidades, el mejor empleo de los recursos y su conformidad con los planes y programas de desarrollo económico y social. Dichos proyectos deberán ser sometidos a la aprobación del**

**Consejo Nacional, previo concepto favorable del Superintendente de Seguros de Salud". Quiere ello decir que no solamente mejorarán para la fecha fijada en la Ley 100, las condiciones de acceso, sino también la ampliación de los servicios de salud que pueda comprender muchas de las actividades, procedimientos e intervenciones que ahora son excluidas y limitadas en el artículo cuestionado. Finalmente, es digna de tenerse en cuenta la apreciación del Ministerio Público cuando en su intervención expresa que "a excepción de los procedimientos cosméticos que, obviamente, no responden a los objetivos del cuidado y la recuperación de la salud, frente a las declaraciones programáticas de las concepciones legales de la Seguridad Social no tiene cabida un reglamento de excepciones y limitaciones que eventualmente pueda dejar a un ser humano abandonado al dolor y a la desesperación de una enfermedad que en un momento dado se repute incurable". A este propósito, considera la Sala que si bien, en una medida pragmática que se debe entender en beneficio de la prestación del servicio de todos los usuarios, en el literal m) de la norma acusada se excluyen las actividades, procedimientos e intervenciones de tipo curativo para las enfermedades crónicas, degenerativas, carcinomatosis, traumática o de cualquier índole en su fase terminal, o cuando para ellas no existe posibilidades de recuperación, también se estatuye allí mismo el soporte sicológico, la terapia de mantenimiento, atenciones estas que eliminan la posibilidad de dejar al ser humano abandonado al dolor y a la desesperación de su enfermedad reputada como incurable.**

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., primero (1°) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Rodrigo Ramírez González.*

Radicación número 3261.

Referencia: Decretos del Gobierno.

Actor: Defensor del pueblo.

Procede la Sala a dictar sentencia de única instancia, dentro de la acción pública de nulidad instaurada por el Dr. Jaime Córdoba Triviño, Defensor del Pueblo, en su condición de ciudadano en ejercicio, a fin de que se declare la *"nulidad total"* del artículo 15 del Decreto Reglamentario 1938 de 5 de agosto 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".

## NORMAS QUE SE CITAN COMO VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

En el libelo de la demanda se citan como violados, en primer término, los artículos 152, 153 y 162 de la Ley 100 de 1993 y los artículos 3° y 49 del Decreto-ley 1298 de 1994.

Todas las enfermedades o estados patológicos que alteren la salud, esto es, el estado de bienestar o la integridad física, funcional y síquica de las personas, en cualquiera de las fases indicadas deberán ser objeto de atención por parte de las empresas promotoras de salud e instituciones prestadoras de servicios de salud y cobijadas en su integridad por el Plan Obligatorio de Salud.

El conjunto de servicios en salud a que tiene derecho la población afiliada al Plan Obligatorio de Salud, es de carácter universal en cuanto implica protección a todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida, y además, integral, porque su cobertura debe abarcar todas las contingencias que afectan la salud, en las fases de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación.

El Gobierno Nacional, sin respaldo normativo superior, a través del acto acusado, estableció una excepción al carácter de integralidad y universalidad que debe tener el Plan Obligatorio de Salud, al institucionalizar un plan de exclusiones y limitaciones.

Las exclusiones y limitaciones constituyen una extralimitación en la potestad reglamentaria, al establecer a priori que hay enfermedades y patologías que pueden ser catalogadas como no objeto de diagnóstico, tratamiento o rehabilitación y por ende, ajenas a cualquier tratamiento médico, quirúrgico, odontológico, sicológico, farmacéutico o educativo.

Se extralimita también la potestad reglamentaria cuando se le asigna al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud la función de determinar de manera expresa las exclusiones y limitaciones al Plan Obligatorio de Salud, desbordando el contenido del numeral 1° del artículo 172 de la Ley 100 de 1993, que señaló de manera taxativa las funciones que le correspondían en este campo y entre las que no se encuentra la reglamentada.

Las limitaciones y exclusiones previstos en la norma acusada, restringen severamente los servicios médicos y asistenciales generales a que tienen hoy derecho todos los colombianos, señalados en el Decreto-ley 1650 de 1977 y sus reglamentaciones, el cual contiene el Plan Obligatorio de Salud, según lo establecen los artículos 162 de la Ley 100 de 1993 y 49 del Decreto-ley 1298 de 1994.

La asistencia médica, quirúrgica, odontológica, farmacéutica y de servicios auxiliares de diagnóstico y tratamiento de los beneficiarios, contemplados en el numeral

1, literal a) del artículo 75 del Decreto-ley 1650 de 1977, no excluye ni limita el tratamiento para la infertilidad; el transplante de órganos; el tratamiento de periodoncia, ortodoncia y prótesis en la atención odontológica; ni las actividades, procedimientos e intervenciones de tipo curativo para las enfermedades crónicas, degenerativas, carcinomatosis, traumáticas o de cualquier índole en su fase terminal, o cuando para ellas no existan posibilidades de recuperación. Tampoco el tratamiento con medicamentos, drogas o sustancias experimentales para cualquier tipo de enfermedades.

La ejecución de programas de rehabilitación física y readaptación psicosocial, contemplado en el numeral 1, literal b) del artículo 75 del Decreto-ley 1650 de 1977, no excluye ni limita la implementación o utilización de recursos humanos para el tratamiento o cura de reposo o del sueño; recursos tecnológicos o físicos en el suministro de medias elásticas de soporte, corsés, fajas, sillas de ruedas, plantillas, zapatos ortopédicos y lentes de contacto, para restaurar la función física del enfermo; para restaurar la función psicológica para los tratamientos con psicoterapia individual, psicoanálisis o psicoterapia individual; ni la implementación de programas de readaptación psicosocial de carácter educativo durante el proceso de rehabilitación del enfermo.

También se citan en la demanda como infringidos los artículos 172 y 248 de la Ley 100 de 1993 y el 722 del Decreto-ley 1298 de 1994, porque el acto acusado en cuanto hace relación a las limitaciones y exclusiones, desconoció y desbordó el contenido de la función que al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud le asignó el numeral 1° del artículo 172 de la Ley 100 de 1993.

Se acusan, a su vez, el artículo 15 del Decreto 1938 de 1994, por violación de los artículos 164 de la Ley 100 de 1993 y 52 del Decreto 1298 de 1994, porque rompe con el principio según el cual, el Sistema General de Seguridad en Salud, las empresas promotoras de salud no podrán aplicar preexistencias a sus afiliados. La existencia anterior de enfermedades o patologías, no impide de manera alguna que éstas sean objeto de atención por el Plan Obligatorio de Salud desde el momento en que una persona entre a participar del servicio público esencial de salud, en su condición de afiliado al régimen contributivo o subsidiado.

Si bien las exclusiones y limitaciones son restricciones de atención en salud dentro de ciertos límites, bien se puede equiparar por sus efectos a las llamadas preexistencias, ya que ambas conducen al mismo resultado de no atender a la persona que sufre una alteración física, funcional o psíquica que comprometen su vida o funcionalidad.

Finalmente, se citan como transgredidos los artículos 48 y 49 de la Constitución Nacional y los artículos 22 y 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU del 10 de diciembre de 1948.

En este punto expresa el actor que la Constitución Nacional en materia de derechos a la salud y de atención en salud, contiene unos principios que le son aplicables

y que son de carácter imperativo, que dicen relación con su obligatoriedad y con su carácter colectivo e irrenunciable, los cuales son desnaturalizados por las exclusiones y las limitaciones, en razón a que desamparan ciertas contingencias que afectan la salud, desprotegiendo a un grupo importante de colombianos que hoy se encuentran en las situaciones concretas descritas en la norma que se demanda, lo que conduciría a desconocer el carácter universal e integral que sirve de soporte a la reforma del Sistema General de Seguridad Social, contenida en la Ley 100 de 1993.

## RAZONES DE LA DEFENSA

Son expuestas por el apoderado del Ministerio de Salud tanto en la contestación de la demanda como en el alegato de conclusión. La Sala las resume así:

De la comparación de la norma legal y de la norma reglamentaria, se puede establecer que ésta ni limitó ni excluyó a ninguna persona ni a ninguna enfermedad, sino que excluyó unos determinados procedimientos o tratamientos que consideró costosos o insuficientes para la cura de enfermedades. El decreto demandado, limita y excluye tratamientos, medidas, sustancias no autorizadas, actividades, procesos e intervenciones, pero no se excluyen personas ni patologías.

El decreto acusado no extralimita la potestad reglamentaria, pues no hace nada distinto de precisar el contenido del Plan Obligatorio de Salud, excluyendo procedimientos revaluados por la técnica o tratamiento que no conducen propiamente a la recuperación de la salud, como es el caso de los cosméticos, estéticos, suntuarios u otras como la cura de reposo o del sueño.

La norma acusada no limita ni excluye a ninguna persona; en consecuencia no hay violación de la universalidad.

La norma acusada, no limita ninguna de las fases de la atención en salud, por el contrario, autoriza para que mediante el plan obligatorio se determine la calidad y eficiencia del tratamiento y rehabilitación de la enfermedad.

La disposición demandada desarrolla los artículos 21 numeral 1 y 22 numeral 2 del Decreto 1298 de 1994, junto con el artículo 49 *ibidem*, sin que pueda establecerse extralimitación alguna, pues allí se definieron los tratamientos e intervenciones, estableciendo el principio de que todos son válidos con excepción de los expresamente excluidos, para lo cual se atendió a criterios financieros, tecnológicos y de eficacia de los tratamientos.

El Decreto 1650 de 1977 no se ocupa de ninguna limitación a las patologías o enfermedades, permite que se obedezcan determinados tratamientos, que el Consejo excluyó por razones financieras, técnicas y de eficacia, de conformidad con la autorización de los artículos 22 y 23 del Decreto-ley 1298 de 1994, norma especial y posterior.

No vulnera la prohibición de excluir del servicio las preexistencias, porque como se ha dicho, la norma acusada no excluye ninguna enfermedad, mucho menos en razón a que ésta se sufra con anterioridad a la creación del sistema.

El artículo 48 de la Constitución Nacional autoriza que la prestación de servicios de seguridad social en salud se vayan ampliando progresivamente, lo cual implica necesariamente la exclusión de determinados servicios.

## ALEGATOS DE CONCLUSION DE LA PARTE ACTORA

Se fundamenta en los argumentos que a continuación se resumen:

El Gobierno Nacional a través del Decreto 1938 de 1994 reglamentó el régimen o plan de beneficios establecido en la Ley 100 de 1993 y en el Decreto-ley 1298 de 1994, consagrando un régimen de exclusiones y limitaciones para el Plan Obligatorio de Salud no previsto en los estatutos precitados, violando además los principios de universalidad e integralidad, rectores del espíritu de la reforma y sin los cuales ésta no tendría ningún sentido.

Por sentencia C-255 del 7 de junio de 1995 la Corte Constitucional declaró inexequible el Decreto-ley 1298 de 1994, por considerar que las facultades extraordinarias que le dieron vida violaron la prohibición contenida en el inciso 3 numeral 10 del artículo 150 de la Constitución, según la cual "no se pueden conferir para expedir códigos".

Si de acuerdo con su encabezamiento el Decreto 1938 de 1994 fue expedido "en uso de las facultades otorgadas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y los artículos 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55 y 56 del Decreto-ley 1298 de 1994", la declaratoria de inconstitucionalidad o de inexequibilidad de éste último, conllevaría a la pérdida de eficacia del mencionado decreto reglamentario.

El derecho a la seguridad social, dentro de la cual se encuentra el derecho a la salud y el de atención en salud, desarrollados por la Ley 100 de 1993, consagra una serie de principios rectores tales como la universalidad, integralidad, obligatoriedad e irrenunciabilidad que son oponibles a las restricciones y limitaciones que consagra el artículo 15 del Decreto 1938 de 1994.

## INTERVENCION DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Segunda Delegada en lo Contencioso ante esta Corporación, al aportar su concepto sobre la acción en estudio, solicita que se acceda a decretar la nulidad de la norma demandada, tal como lo impetra el Defensor del Pueblo. Fundamenta su solicitud, entre otros, en los siguientes argumentos:

"...los artículos 162 de la Ley 100 de 1993 y 49 del Decreto-ley 1298 de 1994 prevén para los afiliados cotizantes del régimen contributivo, como plan de

atención básica, el contemplado por el Decreto-ley 1650 de 1977 que, como bien lo anota el demandante, no contempla exclusiones ni limitaciones en la atención integral a la salud de sus beneficiarios.

"Estima este Despacho que hubo entonces desbordamiento de la potestad reglamentaria y extralimitación de funciones por parte del Gobierno al consagrar exclusiones y limitaciones al plan de beneficios, por lo menos en cuanto al régimen contributivo de los afiliados cotizantes se refiere".

"Por otra parte cabe admitir también que la norma que se acusa aparece concebida a espaldas de los postulados básicos de la universalidad, eficiencia y solidaridad llamados a orientar el Sistema de Seguridad Social que rediseñan los nuevos estatutos (Ley 100 de 1993 y Decreto-ley 1298 de 1994) en desarrollo de mandatos constitucionales que definen la Seguridad Social y la atención de la salud como un servicio público y el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población como finalidades sociales del Estado".

"A excepción de los procedimientos cosméticos que, obviamente, no responden a los objetivos del cuidado de la recuperación de la salud, frente a las declaraciones programáticas de las concepciones legales de Seguridad Social no tiene cabida un reglamento de excepciones y limitaciones que eventualmente puede dejar a un ser humano abandonado al dolor y a la desesperación de una enfermedad que en un momento dado se reputa incurable".

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

El decreto que parcialmente se demanda en este proceso, distinguido con el número 1938 de 1994, expedido por el Gobierno Nacional para reglamentar el plan de beneficios en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud, tiene como fundamentos constitucionales y legales el numeral 11 del artículos 189 de la Constitución Política y los artículos 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55 y 56 del Decreto-ley 1298 de 1994.

La parte actora, en sus alegatos de conclusión, le plantea a esta Corporación, como una de las soluciones que se le pueden dar al problema jurídico que debe resolverse en esta providencia, declarar la no vigencia del Decreto 1938 de 1994, y en particular la de su artículo 15, ya que, mediante la sentencia C-255 del 7 de junio de 1995, la Corte Constitucional declaró inexequible el Decreto-ley 1298 de 1994, por considerar que las facultades extraordinarias que le dieron vida violaron la prohibición contenida en el inciso 3 numeral 10 del artículo 150 de la Constitución, según la cual dichas facultades "no se pueden conferir para expedir códigos". Hubo pues, según el alegante, decaimiento del acto administrativo contenido en el Decreto Reglamentario 1938 de 1994, pérdida de su eficacia, por desaparecimiento del fundamento de derecho en el que se cimentaba.

Si bien es cierto lo anterior, opta la Sala por considerar que el decreto parcialmente demandado sigue vigente, toda vez que, como *ut supra* se señaló, éste tiene también su basamento constitucional en el numeral 11 del artículo 189 de la Carta Política. Con ese criterio, se hará el análisis de la norma cuya nulidad se solicita debiendo tenerse en cuenta además, que, como el mismo accionante lo observa, las normas integradas al Estatuto Orgánico de Salud correspondientes al régimen de beneficios contenidos en los artículos 47 a 56, siguen vigentes en la Ley 100 de 1993, artículos 162 a 169, entre otros.

El artículo 15 del Decreto Reglamentario 1938 de 1994, establece un régimen de exclusiones y limitaciones al Plan Obligatorio de Salud, contenido en el siguiente texto:

> "**De las exclusiones y limitaciones**. 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, intervenciones 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 aquellas de carácter experimental;
>
> "e) Tratamientos o curas de reposo o del sueño;
>
> "f) Medias elásticas de soporte, corsés, fajas, sillas de ruedas, plantillas, zapatos ortopédicos y lentes de contacto. Se autoriza el suministro de lentes para anteojos una vez cada cinco años en los adultos y una vez cada año en los niños, para la corrección de defectos de refracción que disminuyan la capacidad de visión, siempre que por razones médicas sea necesario su cambio en razón de la modificación del defecto padecido;
>
> "g) Medicamentos o sustancias que no se encuentren expresamente autorizados en el Manual de Medicamentos y Terapéutica;
>
> "h) Tratamiento con drogas o sustancias experimentales para cualquier tipo de enfermedad;

"i) Transplante de órganos. No se excluyen el trasplante renal, de médula ósea, de corazón y el de córnea. Su realización estará sujeta a las condiciones de elegibilidad y demás requisitos establecidos en las respectivas Guías de Atención Integral;

"j) Tratamiento con psicoterapia individual, psicoanálisis o psicoterapia prolongada. No se excluye la psicoterapia individual de apoyo en la fase crítica de la enfermedad y sólo durante la fase inicial. Tampoco se excluyen las terapias grupales. Se entiende por psicoterapia prolongada aquella que sobrepasa los treinta (30) días de tratamiento una vez hecho el diagnóstico;

"k) Tratamientos de periodoncia, ortodoncia y prótesis en la atención odontológica;

"l) Tratamiento de várices con fines estéticos;

"m) Actividades, procedimientos e intervenciones de tipo curativo para las enfermedades crónicas, degenerativas, carcinomatosis, traumáticas o de cualquier índole en su fase terminal, o cuando para ellos no existan posibilidades de recuperación. Podrá brindarse soporte psicológico, terapia paliativa para el dolor, la disfuncionabilidad y la incomodidad o terapia de mantenimiento. Todas las actividades, intervenciones y procedimientos deben estar contempladas en las respectivas Guías de Atención Integral;

"n) Actividades, procedimientos e intervenciones de carácter educativo, instruccional o de capacitación que se llevan a cabo durante el proceso de rehabilitación, distintos a aquellos necesarios estrictamente para el manejo médico de la enfermedad y sus secuelas;

"ñ) Actividades, intervenciones y procedimientos no autorizados expresamente en el respectivo manual".

Antes de adentrarse la Sala en el análisis del acto demandado, teniendo como punto de referencia las normas superiores señaladas por el accionante como vulneradas con su expedición y a fin de concluir si debe o no ser objeto de la nulidad que se implora, hace la siguiente observación que considera cardinal para el resultado de la pretensión:

El Decreto 1938 de agosto 5 de 1994, "Por el cual se reglamenta el plan de beneficios en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud" fue expedido, como ya se indicó al inicio de estas consideraciones, en las disposiciones de estirpe constitucional y legal enunciadas.

Ocurre sin embargo, que en el encabezamiento del decreto, en el enunciado que le da su identidad y la razón de su nacimiento a la vida jurídica, se estatuye que 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"*. (Resalta la Sala).

Ahora bien, el mencionado Acuerdo número 008 fue expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social el día 6 de julio de 1994 y mediante él "se adopta el Plan Obligatorio de Salud para el Régmen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud". El acuerdo está suscrito por el Ministro de Salud en su calidad de Presidente de ese Consejo.

Mediante el Acuerdo 008 de 1994 y, más concretamente, en el artículo 7°, se aprueban "las exclusiones y limitaciones del Plan Obligatorio de Salud que no contribuyan al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos, suntuarios, y aquellos que expresamente defina el Consejo en el futuro, más los que se describen a continuación: (...)".

Hace seguidamente el artículo un listado de dichos tratamientos y rehabilitaciones exactamente igual al que aparece en el artículo acusado (15 del Decreto 1938 de 1994), pues éste es tomado literalmente de aquél.

En efecto, las quince exclusiones y limitaciones, además de aquellos procedimientos, actividades, intervenciones y guías de atención integral que "no contribuyan al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos y suntuarios y aquellos que expresamente defina el Consejo en el futuro", cuya "nulidad total" es impetrada por el demandante se encuentran unidas, en una simbiosis jurídica cuya relación es de causa a efecto entre el Acuerdo número 008 de 1994 y el artículo 15 del Decreto 1938 del mismo año.

La íntima relación y dependencia del segundo, respecto del primero, se tipifica en el artículo 21 del Acuerdo en el que se fija su vigencia así: "Este Acuerdo rige a partir de la publicación del Decreto que expida el Gobierno Nacional acogiendo las disposiciones de este Acuerdo".

Es pues necesario comparar el contenido del artículo 7° del Acuerdo número 008 de 1994 y del artículo 15 del Decreto 1938 de 1994 con el Decreto 1650 de 1977, "Por el cual se determinan el régimen y la administración de los seguros sociales obligatorios, y se dictan otras disposiciones". Tal parangón se debe hacer, esencialmente, con los artículos 74 y 75 en concordancia con el artículo 55 literales b) y h) de esta reglamentación.

La razón del obligante análisis en torno a estas normas, obedece a que el artículo 162 de la Ley 100 de 1993 dispone en sus incisos segundo y tercero:

> "Para los afiliados cotizantes según las normas del régimen contributivo, el contenido del Plan Obligatorio de Salud que defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud será el contemplado por el Decreto-ley 1650 de

1977 y sus reglamentaciones, incluyendo la provisión de medicamentos esenciales en su presentación genérica. Para los otros beneficiarios de la familia cotizante el Plan Obligatorio de Salud será similar al anterior pero en su financiación concurrirán los pagos moderadores, especialmente en el primer nivel de atención, en los términos del art. 188 de la presente ley.

"Para los afiliados según las normas del régimen subsidiado, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud diseñará un programa para que sus beneficiarios alcancen el Plan Obligatorio del Sistema Contributivo, en forma progresiva antes del año 2001. En su punto de partida, el plan incluirá servicios de salud del primer nivel por un valor equivalente al 50% de la unidad de pago por capacitación del sistema contributivo. Los servicios del segundo y tercer nivel se incorporarán progresivamente al plan de acuerdo con su aporte a los años de vida saludables".

Se tiene entonces, que el artículo 74 del Decreto 1650 de 1977 dispone que "la prestación de los servicios se hará mediante unidades de atención primaria y de urgencias, consulta especializada, hospitalización, rehabilitación y salud ocupacional, así como de servicios auxiliares de diagnóstico y tratamientos".

Y el artículo 75 *ibidem* contempla una lista de los servicios médicos y asistenciales, ninguno de los cuales está excluido en el texto de la norma demandada, esto es, del artículo 15 del Decreto 1938 de 1994. *Contrario sensu*, la exhaustiva gama de actividades, procedimientos e intervenciones que no tienen por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de las enfermedades que figuran en el detallado elenco descrito en el mismo artículo acusado, no tienen su consagración legal, ni sanción o autorización en la norma guía enunciada y no puede decirse por tanto que la contradiga o agreda.

Por otra parte, como claramente se puede leer en las normas transcritas de la Ley 100 de 1993, ésta contempla como punto de partida un plan básico o "primer nivel" y estipula que los servicios de segundo y tercer nivel se irán incorporando progresivamente a ese plan "de acuerdo con su aporte a los años de vida saludables". Y en los parágrafos subsiguientes, que forman parte del artículo 162 se reglamenta que en el período de transición, la población del régimen subsidiado obtendrá servicios de mayor complejidad y se dispone que,

"Los servicios de salud incluidos en el Plan Obligatorio de Salud serán actualizados por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con los cambios en la estructura demográfica de la población, el perfil epidemiológico nacional, la tecnología apropiada disponible en el país y las condiciones financieras del sistema" (parágrafo 2).

La posibilidad de mejorar los servicios y de ampliar la cobertura de los mismos, como meta propuesta en la Ley 100 para que el Sistema General de Seguridad Social en Salud cree las condiciones de acceso a un Plan Obligatorio de Salud para todos los habitantes del territorio nacional antes del año 2001, está igualmente considerada desde la expedición del Decreto-ley 1650 de 1977 cuando en los literales b) y h) del artículo 55 asigna como función de la "Junta Administradora" la de "Preparar los proyectos sobre ampliación de los Seguros de Salud a nuevas contingencias, y sobre extensión de la cobertura de dichos seguros teniendo en cuenta la capacidad de los servicios, las posibilidades financieras, el grado de necesidades, el mejor empleo de los recursos y su conformidad con los planes y programas de desarrollo económico y social. Dichos proyectos deberán ser sometidos a la aprobación del Consejo Nacional, previo concepto favorable del Superintendente de Seguros de Salud".

Quiere ello decir que no solamente mejorarán para la fecha fijada en la Ley 100, las condiciones de acceso, sino también la ampliación de los servicios de salud que pueda comprender muchas de las actividades, procedimientos e intervenciones que ahora son excluidas y limitadas en el artículo cuestionado.

Finalmente, es digna de tenerse en cuenta la apreciación del Ministerio Público cuando en su intervención expresa que "a excepción de los procedimientos cosméticos que, obviamente, no responden a los objetivos del cuidado y la recuperación de la salud, frente a las declaraciones programáticas de las concepciones legales de la Seguridad Social no tiene cabida un reglamento de excepciones y limitaciones que eventualmente pueda dejar a un ser humano abandonado al dolor y a la desesperación de una enfermedad que en un momento dado se repute incurable".

A este propósito, considera la Sala que si bien, en una medida pragmática que se debe entender en beneficio de la prestación del servicio para todos los usuarios, en el literal m) de la norma acusada se excluyen las actividades, procedimientos e intervenciones de tipo curativo para las enfermedades crónicas, degenerativas, carcinomatosis, traumáticas o de cualquier índole en su fase terminal, o cuando para ellas no existe posibilidades de recuperación, también se estatuye allí mismo el soporte sicológico, la terapia de mantenimiento, atenciones éstas que eliminan la posibilidad de dejar al ser humano abandonado al dolor y a la desesperación de su enfermedad reputada como incurable.

Debe anotarse además, en orden a la claridad de conceptos, sobre la interpretación teórica que aporta el accionante en cuanto a las preexistencias que, según él, podrían equipararse al régimen de exclusiones y limitaciones contempladas en el artículo bajo acusación, éstas no alcanzan a configurar una violación del artículo 164 de la Ley 100 de 1993, que en su inciso primera habla claramente de las

preexistencias sin dar campo a la especulación sobre asimilaciones o aplicaciones oblicuas.

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 súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y en firme, archívese el expediente. Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 30 de noviembre de 1995.

*Libardo Rodríguez Rodríguez*, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Nubia González Cerón, Rodrigo Ramírez González.*

**SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL - Cobertura / PRINCIPIO DE LA OBLIGATORIEDAD - Sistema de Seguridad Social en Salud/ PLAN OBLIGATORIO DE SALUD - Modalidades**

**La ley ha señalado como obligatorio para los habitantes en Colombia el estar vinculados al Sistema General de Seguridad Social de Salud, pero como es bien sabido la cobertura desde el punto de vista económico y de infraestructura, no es posible en su totalidad, por lo que el Gobierno ha determinado las partes de la población a los que cobija el principio de la obligatoriedad del sistema, señalando como quien dice, los primeros afiliados al sistema, los que servirán de base para la aplicación del sistema con el cual se busca tener una cobertura total hacia el año 2001. La idea del Estado como se ve, es llegar en poco tiempo al mayor número posible de habitantes con una cobertura básica de servicios de salud que la ley denomina Plan Obligatorio de Salud (art. 162). El plan, según el mismo artículo permitrá la protección integral de las familias, lo referente a la maternidad y a la enfermedad en general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías. Debe observarse que la Ley 100 fijó como afiliados al sistema dos modalidades de tipos: mediante régimen contributivo (quienes pueden aportar) y mediante régimen subsidiado (sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización). En la primera clase se encuentran las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. La ley ordena aquí (artículo 157, literal a, numeral 1) que estas personas deberán afiliarse al sistema mediante las normas del régimen contributivo de que trata el Capítulo I del Título II de la misma ley.**

**SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL - Afiliación /REGIMEN CONTRIBUTIVO - Afiliados Obligatorios / COTIZACION OBLIGATORIA AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL - Monto / FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTIA - Recaudo de Cotizaciones/ PRINCIPIO DE LA UNIVERSALIDAD - Sistema de Seguridad Social en Salud**

El artículo 202 de la Ley 100/93 al definir la vinculación por el sistema contributivo expresa que ésta se da cuando se hace a través del pago de una cotización o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador. Advierte el artículo 203 que serán afiliados obligatorios a este régimen los indicados en el literal a) del artículo 157, esto es, se reitera, quienes estén vinculados a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Como se ve, las normas citadas en la Ley 100 imponen una obligación a determinados sectores de la población, obligación que es ineludible, pues la ley quiere que dichos sectores que tienen capacidad de pago reciban por lo menos la asistencia en salud del Plan Obligatorio de Salud. La Ley 100 ha dispuesto que la cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al Sistema es del 12% del salario base de cotización, porcentaje del cual un punto se trasladará al Fondo de Solidaridad y Garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. Se tiene entonces que, para lograr el principio de la universalidad del sistema, le interesa al Estado que la base contributiva sea la mayor posible con el objeto de poder recaudar más recursos con destino al régimen subsidiado que cubre la capa de población que se encuentra en las condiciones descritas en el numeral 2 del literal a) del artículo 157.

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-EPS / PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-POS / PLAN DE ATENCION COMPLEMENTARIA EN SALUD-PACS / MEDICINA PREPAGADA - Plan Complementario / CONTRATO DE SEGURO DE SALUD

Las EPS deben garantizar a sus afiliados el Plan Obligatorio de Salud ofreciendo a los mismos varias alternativas de Instituciones Prestadoras de Salud. Adicionalmente y de conformidad con el artículo 169, las EPS, podrán ofrecer planes complementarios al Plan Obligatorio de Salud, los que serán financiados por el afiliado en su totalidad, con recursos distintos a las cotizaciones obligatorias. Como se observa, las mismas EPS pueden ofrecer los planes complementarios, que como su nombre lo indica son adicionales y complementos de la atención básica que el afiliado recibe en el Plan Obligatorio de Salud. Nunca estos planes pueden ser prioritarios u ofrecerse preferentemente al dicho Plan Obligatorio de Salud. En este sentido deben interpretarse

las normas comentadas, esto es, los afiliados obligatorios o forzosos en primer lugar deben acceder al servicio básico o Plan Obligatorio de Salud y luego pueden optar por un plan adicional o complementario bien sea prestado por las mismas EPS o por entidades distintas, como lo son las empresas de medicina prepagada o seguros de salud. La Ley 100 ha puesto entonces una limitante o cortapisa a la contratación de planes complementarios en relación con los afiliados obligatorios, pero no con aquellos que no lo son, o por lo menos no lo son en la actualidad. Vale decir, que aquellas personas que no están obligadas a la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, como sería el caso de un rentista de capital, que es independiente, que contrata los servicios de salud de manera también independiente con entidades o profesionales de la salud, puede perfectamente contratar con las empresas de medicina prepagada sus servicios o los Seguros de Salud.

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD - Cobertura / MEDICAMENTO ESENCIAL - Suministro

El Plan Obligatorio de Salud (POS), según el artículo 162 de la Ley 100 "permitirá la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan". Este plan incluye el suministro de medicamentos esenciales en su denominación genérica.

PLAN DE ATENCION COMPLEMENTARIA EN SALUD PACS - Costo Exclusivo del Afiliado

Los planes de atención complementaria en salud PACS de acuerdo con el artículo 3, literal d) del Decreto 1938 de 1994 "son conjuntos de servicios de salud contratados mediante la modalidad de prepago que garantizan la atención en el evento de requerirse actividades, procedimientos o intervenciones no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud o que garanticen condiciones diferentes o adicionales de hotelería o tecnología o cualquier otra característica en la protección de un servicio incluido en el POS que podrán ser ofrecidos por las EPS o por las entidades que sin convertirse en EPS deseen hacerlo, siempre y cuando cumplan con los requisitos establecidos en la normatividad vigente para las empresas de medicina prepagada".

**Se observa que el POS comprende la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de todas las patologías. Es pues un tratamiento integral de la enfermedad, de cualquier enfermedad. Lo que la ley ha querido es que todos los habitantes de Colombia y por lo menos los afiliados obligatorios y subsidiados al Sistema tengan dicho servicio básico que garantice su salud. Los PACS que corren de cuenta exclusiva del afiliado tienden a darle mayores comodidades durante el tratamiento, o mejores tecnologías que por ser más avanzadas o novedosas dentro de los tratamientos, son bastante costosas para su aplicación, de tal manera que no es posible prestarlas dentro del tratamiento básico de las enfermedades por lo que se permite su contratación como complementaria al tratamiento básico pero que no puede ser sustituvo del mismo.**

## PLAN OBLIGATORIO EN SALUD Y PLAN DE ATENCION COMPLEMENTARIA EN SALUD - Diferencias / SERVICIO PUBLICO DE LA SALUD - Acceso

**El Plan Obligatorio de Salud está garantizando a todos los afiliados su acceso a los servicios públicos de la salud, en tanto que los Planes de Atención Complementaria ayudan a reforzar los logros de la atención básica para los afiliados que están en capacidad de sufragarlos. Es un contrasentido interpretar que por ordenar que se impida el acceso a los planes complementarios sin tener la atención básica para el tratamiento de la patología, se esté violando el libre acceso a la salud, antes por el contrario, se está dando cumplimiento al precepto constitucional de garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.**

## SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Afiliado Voluntario

**Hay afiliados obligatorios al Sistema de Seguridad Social en Salud y personas que no están cobijadas ni obligadas a entrar al Sistema, por lo que la restricción que aparece en el numeral 12 del artículo 14 del Decreto 1485 se aplica a las personas que de acuerdo con la ley deben estar afiliadas al Sistema, pero no se aplica a los demás usuarios quienes de acuerdo con el artículo 8 transcrito tienen el derecho a la renovación de sus contratos de medicina prepagada.**

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., once (11) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Rodrigo Ramírez González.*

Radicación número 3324.

Referencia: Decretos del Gobierno.

Actora: Natalia Aguirre Gómez.

La ciudadana *Natalia Aguirre Gómez,* en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., ha solicitado de esta Corporación la nulidad del numeral 12 del artículo 14 del Decreto 1485 de 13 de julio de 1994, expedido por el Presidente de la República, "Por el cual se regula la organización y funcionamiento de las Entidades Promotoras de Salud y la protección al usuario en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud".

## ANTECEDENTES

### 1. **Fundamentación fáctica de la demanda**

La actora expone así los hechos de su demanda:

La C.N. en su artículo 150-10 determina que corresponde al Congreso hacer las leyes y por medio de ellas revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje.

La Ley 100 de 1993 en su artículo 248 numeral 5 reviste al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para expedir un Estatuto Orgánico del Sistema de Salud, con el objeto de sistematizar, integrar, incorporar y armonizar en un solo cuerpo jurídico las normas vigentes en materia de salud y las que contemplen las funciones y facultades asignadas a la Superintendencia Nacional de Salud.

En virtud de estas facultades el señor Ministro de Gobierno, delegatario de las funciones presidenciales expidió el Decreto 1298 de 22 de junio de 1994, Estatuto Orgánico del Sistema General de Seguridad Social en Salud, decreto que fue reglamentado mediante el Decreto 1485 de 13 de julio de 1994, por el cual se regula la organización y funcionamiento de las Entidades Promotoras de Salud y la protección al usuario en el Sistema Nacional de Seguridad Social.

Dicho Decreto 1485 consagró en su artículo 14 numeral 12, la reglamentación respectiva a la contratación de los planes adicionales ordenando que los contratos de planes complementarios de la medicina prepagada o seguros de salud, no se podrán celebrar ni renovar, a partir del 1º de junio de 1995 a menos que, de conformidad con la información que posea la Superintendencia Nacional de Salud,

existan restricciones en la oferta del sistema, restricciones que exceden la materia de la norma reglamentada y violan de manera flagrante el derecho a la vida y el acceso a la salud de que gozan todas las personas.

2. **El acto acusado**

Concretamente la norma acusada es el numeral 12 del artículo 14 del Decreto 1485 de 13 de julio de 1994 que dispone:

"Artículo decimocuarto. *Régimen General de la libre escogencia.* El régimen de la libre escogencia estará regido por las siguientes reglas:

"12. *Contratación de Planes Adicionales.* Los contratos de planes complementarios de medicina prepagada o Seguros de Salud con las personas que no se encuentren afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud, estando obligadas a ello de conformidad con la ley, no se podrán celebrar ni renovar, a partir del 10 de junio de 1995, a menos que, de conformidad con la información que posea la Superintendencia Nacional de Salud, existan restricciones en la oferta del sistema. La Superintendencia evaluará semestralmente esta situación por un término máximo de tres (3) años, al cabo de los cuales operará en todo caso la restricción de que trata este artículo".

3. **Normas violadas concepto de la violación**

La actora considera que la norma acusada ha violado los artículos 11, 49 inciso 1, 121, 150 y 334 de la Constitución Política y concreta la violación en tres cargos, así:

*Primero.* El acto fue expedido por funcionario incompetente, en este caso por el Presidente de la República, cuando el agente facultado para hacerlo era el Congreso. El Presidente actuó con base en las facultades del artículo 189, numeral 11 de la Constitución Política (potestad reglamentaria) siendo que al tenor del artículo 334 inciso 1 es al Estado, a través de la ley a quien corresponde la dirección general de la economía y por ende de los servicios públicos.

Argumenta la demandante que tratándose del régimen de contratación de las entidades de medicina prepagada y siendo ésta un servicio público, su fundamento legal debiera ser una norma de intervención, cuyo fundamento es el artículo 334 y que de acuerdo con el artículo 150 numeral 21, le corresponde su expedición al Congreso. Por tanto, hubo usurpación de poderes de parte del Ejecutivo y en consecuencia la norma atacada y el Decreto 1485 son nulos. Concluye afirmando que es evidente que se está frente a una violación de los artículos 121, 150 numeral 21 y 334 de la Constitución Política.

*Segundo.* El acto es nulo e ilegal por haber sido expedido en forma irregular.

Se argumenta que el Decreto 1485 de 1994 siendo reglamentario del Decreto 1298 de 1994, estableció restricciones que el reglamentado no contempló, ya que

la última norma citada no prevé ninguna intervención en la libertad de empresa y en la libertad de contratación. No podía, en consecuencia, el Decreto 1485 prohibir la celebración o renovación de los contratos de planes complementarios de medicina prepagada con las personas que no se encuentren afiliadas al Sistema de Seguridad Social en Salud, estando obligadas a ello.

Se hace una confrontación de lo establecido en el artículo 4 numeral 15 del Decreto 1298 de 1994 en el que se expresan los fines que debe tener la intervención del Estado en el servicio público de seguridad social en salud, con lo dispuesto en el numeral 12 del artículo 14 del Decreto 1485 de 1994, en el cual se plasma de manera directa la restricción aludida.

Sostiene la actora que la cláusula general de competencia que consagra el artículo 150 de la Constitución no puede ser derogada por la facultad reglamentaria, de manera que es a la ley y no al ejecutivo a quien corresponde regular la libertad de empresa y de contratación.

*Tercero*. Se hace consistir este cargo en que el precepto demandado es nulo porque desconoce normas constitucionales fundamentales como el derecho a la vida y al libre acceso a los servicios públicos de salud.

Expresa la demandante que los artículos 11 y 49 de la Constitución Política que consagran el derecho a la vida y el derecho al acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, son violados por la norma contenida en el artículo 14, numeral 12 del Decreto 1485 de 1994, pues al imponer restricciones o establecer prohibiciones de celebrar contratos sobre salud, impide el libre acceso a los servicios de salud.

Fuera de lo anterior, se viola el derecho a la vida, puesto que la salud es requisito indispensable para su conservación.

4. **Coadyuvancia**

A la solicitud de nulidad se adhirió como coadyuvante el ciudadano Fernando Alvarez Rojas, quien sustentó su intervención con el argumento de que la norma demandada, numeral 12 del artículo 14 del Decreto 1485 de 1994, fue derogada por el artículo 8° del Decreto 1486 de 1994 (julio 13), decreto que no sólo es posterior sino que es especial.

El artículo 8° del Decreto 1486 dice:

"El numeral 2 del artículo 15 del Decreto 1570 de 1993, quedará así:

"2. *Renovación.* Las entidades, dependencias o programas deberán renovar los contratos a los usuarios a menos que medie incumplimiento de éstos".

Siendo el Decreto 1486 especial, pues reglamenta la organización y funcionamiento de la medicina prepagada, tiene primacía sobre el 1485 que regula

la organización y funcionamiento de las EPS. Se concluye que si el Decreto 1486 ordena a las entidades de medicina prepagada la renovación de los contratos, queda sin validez la prohibición de renovación contemplada en el 1485.

Dice el coadyuvante que debe aplicarse la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de que en el presente caso hay sustracción de materia, puesto que habiendo desaparecido el acto acusado, no hay objeto sobre el cual pueda resolverse, "al desaparecer el acto demandado, también desaparece la presunción de legalidad que lleva implícito el acto, dejando así de existir el acto que violenta el ordenamiento jurídico".

5. **Suspensión provisional**

El actor solicitó en el libelo de demanda la suspensión provisional del acto acusado. La Sala no accedió a la petición teniendo en cuenta que no se daba la violación flagrante y ostensible de las normas citadas como violadas.

6. **Contestación de la demanda**

El Ministerio de Salud actuando a través de apoderado judicial, se opuso a la declaratoria de nulidad solicitada refutando los cargos así:

*Primero.* El legislador al expedir la Ley 100 de 1993, reguló la intervención del servicio público de salud de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 154 de la misma. La intervención no es ejercida por el Congreso con exclusión del Presidente, sino que se establece un marco armónico de competencias; interpreta que el artículo 334 lo que determina es la intervención del Estado por mandato de la ley, lo que es distinto a que todas las medidas de intervención tengan que estar plasmada en la ley.

*Segundo.* La intervención en el servicio público de salud en los términos definidos por el legislador, sí se puede desarrollar por el Presidente y así está previsto en la Ley 100 de 1993 que permite que el Gobierno intervenga para garantizar la observancia de los principios consagrados en la Constitución.

La Ley 100 con los planes de beneficios y la adopción del sistema de financiación mixta cumple con el objetivo de garantizar el cubrimiento universal y la atención integral. Para asegurar la universalidad del sistema podía el Gobierno determinar que a las personas no afiliadas al sistema no se les prestarán planes complementarios, lo contrario sería permitir que se violara la norma sobre obligatoriedad de afiliación, lo que además implicaría una disminución de los aportes de los particulares. Adicionalmente las entidades de medicina prepagada según el artículo 152, inciso 3, están dentro del sistema de salud y por tanto deben contribuir a la prestación de los servicios de salud mediante la integración de funciones, acciones y recursos, por lo que no pueden considerar que sólo se relacionan con el sistema de salud en lo que ellas prestan, pero sin relación con el sistema esencial que regula

la Ley 100, pues se estaría en contra de la armonía del sistema y de la solidaridad, principios básicos del Estado Social de Derecho.

*Tercero.* No se ha violado el derecho a la vida y a la salud. Ambos son derechos que constitucionalmente se tratan de manera separada. El primero como derecho fundamental y el segundo como derecho programático o de segunda generación.

La Ley 100 regula el servicio público esencial de salud y desarrolla los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, así como la organización de la prestación de los servicios, aspectos que constituyen el desarrollo del artículo 49 de la Constitución.

La Ley 100 busca la universalidad del servicio de salud como efecto de la norma constitucional, norma que no se desarrolla con las empresas de medicina prepagada. Los planes complementarios son adicionales, complemento de lo esencial y prestan servicio a aquellas personas con capacidad de pago.

7. **Alegatos de conclusión**

**Intervención del Ministerio Público**

En los alegatos de conclusión las partes reafirmaron sus posiciones.

Por su parte, la Procuraduría Segunda Delegada en su Concepto número 501 es del parecer que el Ejecutivo actuó dentro de las facultades del artículo 189, numeral 11 de la Constitución y por las concedidas por la Ley 100, el Presidente se ocupó de regular una situación transitoria ocasionada por el cambio de legislación y ejerció la potestad reglamentaria con miras a la cumplida ejecución de las leyes, especialmente en lo relacionado con el carácter obligatorio de la afiliación al sistema general de salud. Afirma que en la norma acusada se advierte la flexibilidad que permite la celebración y renovación de contratos sobre planes adicionales o complementarios, cuando a juicio de la Superintendencia Nacional de Salud existan restricciones en la oferta del sistema. Termina considerando que no es procedente acceder a las súplicas de la demanda.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

Dice la norma acusada:

"Artículo decimocuarto. **Régimen general de la libre escogencia**. El régimen de la libre escogencia estará regido por las siguientes reglas:

"12. **Contratación de planes adicionales.** Los contratos de planes complementarios de medicina prepagada o Seguros de Salud con las personas que no se encuentren afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud,

estando obligadas a ello de conformidad con la ley, no se podrán celebrar ni renovar, a partir del 1º de junio de 1995, a menos que, de conformidad con la información que posea la Superintendencia Nacional de Salud, existan restricciones en la oferta del sistema. La Superintendencia evaluará semestralmente esta situación por un término máximo de tres (3) años, al cabo de los cuales operará en todo caso la restricción de que trata este artículo".

El artículo decimocuarto hace parte del Título Tercero (de la regulación de la libre escogencia en Entidades Promotoras e Instituciones Prestadoras) del Decreto 1485 de 1994, expedido el 13 de julio, "por el cual se regula la organización y funcionamiento de las Entidades Promotoras de Salud y la protección al usuario en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud".

La Ley 100 de 1993 o Ley de Seguridad Social contempla en el Libro Segundo, el Sistema General de Seguridad Social en Salud cuyos objetivos son regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso de toda la población al servicio en todos los niveles de atención.

Según el artículo 152 de la mencionada ley, fuera de establecerse el sistema, desarrolla los fundamentos que lo rigen, determina su dirección, organización y funcionamiento, sus normas administrativas, financieras y de control y las obligaciones que se derivan de su aplicación.

El Título II del Libro Segundo trata de la organización del sistema, la cual comprende las Entidades Promotoras de Salud (EPS) y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPSS). Uno de los fundamentos del Sistema de Seguridad Social en Salud es la obligatoriedad; al respecto el artículo 153 establece que la afiliación al sistema es obligatoria para todos los habitantes en Colombia.

La anterior idea se refuerza con lo señalado en el literal b) del artículo 152 que dispone que todos los habitantes de Colombia deberán estar afiliados al sistema, previo el pago de la cotización reglamentaria o a través del subsidio. Dispone el literal c) del mismo artículo que todos los afiliados al sistema recibirán un plan integral de protección de la salud que se denomina Plan Obligatorio de Salud.

El artículo 157 de la Ley 100 fue reglamentado parcialmente por el Decreto 695 de 1994 y por él quedaron afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud:

a) Las personas vinculadas a través de contrato de trabajo;

b) Los servidores públicos;

c) Los pensionados y jubilados;

d) Los trabajadores independientes con capacidad de pago que a 1º de abril de 1994 se encontraban vinculados al ISS o a cualquier entidad administradora de servicios de salud obligatorio.

De acuerdo con lo anterior, se tiene que la ley ha señalado como obligatorio para los habitantes en Colombia el estar vinculados al Sistema General de Seguridad Social de Salud, pero como es bien sabido la cobertura desde el punto de vista económico y de infraestructura, no es posible en su totalidad, por lo que el Gobierno ha determinado las partes de la población a los que cobija el principio de la obligatoriedad del sistema, señalando como quien dice, los primeros afiliados al sistema, los que servirán de base para la aplicación del sistema con el cual se busca tener una cobertura total hacia el año 2001.

La idea del Estado como se ve, es llegar en poco tiempo al mayor número posible de habitantes con una cobertura básica de servicios de salud que la ley denomina Plan Obligatorio de Salud (art. 162). El plan, según el mismo artículo, permitirá la protección integral de las familias en lo referente a la maternidad y a la enfermedad en general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías.

Debe observarse que la Ley 100 fijó como afiliados al sistema dos modalidades de tipos: mediante régimen contributivo (quienes pueden aportar) y mediante régimen subsidiado (sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización). En la primera clase se encuentran las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. La ley ordena aquí (artículo 157, literal a), numeral 1) que estas personas deberán afiliarse al Sistema mediante las normas del régimen contributivo de que trata el Capítulo I del Título II de la misma ley.

El artículo 202 de la Ley 100 de 1993 al definir la vinculación por el sistema contributivo expresa que ésta se da cuando se hace a través del pago de una cotización, o un aporte económico previo, financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador. Advierte el artículo 203 que serán afiliados obligatorios a este régimen los indicados en el literal a) del artículo 157, esto es, se reitera, quienes estén vinculados a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago.

Como se ve, las normas citadas de la Ley 100 imponen una obligación a determinados sectores de la población, obligación que es ineludible, pues la ley quiere que dichos sectores que tienen capacidad de pago reciban por lo menos la asistencia en salud del Plan Obligatorio de Salud.

Fuera de lo anterior, la Ley 100 ha dispuesto que la cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al Sistema es del 12% del salario base de cotización, porcentaje del cual un punto se trasladará al Fondo de Solidaridad y Garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. Se tiene entonces que, para

lograr el principio de la universalidad del sistema, le interesa al Estado que la base contributiva sea lo mayor posible con el objeto de poder recaudar más recursos con destino al régimen subsidiado que cubre la capa de población que se encuentra en las condiciones descritas en el numeral 2 del literal a) del artículo 157.

La aplicación de las políticas que se han descrito se hace a través de las Entidades Promotoras de Salud (EPS) y las demás entidades autorizadas por la ley que cumplan los requisitos exigidos por ella misma (arts. 180 y 181). Las EPS deben garantizar a sus afiliados el Plan Obligatorio de Salud ofreciendo a los mismos varias alternativas de Instituciones Prestadoras de Salud. Adicionalmente y de conformidad con el artículo 169, las EPS podrán ofrecer planes complementarios al Plan Obligatorio de Salud, los que serán financiados por el afiliado en su totalidad, con recursos distintos a las cotizaciones obligatorias.

Como se observa, las mismas EPS pueden ofrecer los planes complementarios, que como su nombre lo indica son adicionales y complementos de la atención básica que el afiliado recibe en el Plan Obligatorio de Salud. Nunca estos planes pueden ser prioritarios u ofrecerse preferentemente al dicho Plan Obligatorio en Salud.

En este sentido deben interpretarse las normas comentadas, esto es, los afiliados obligatorios o forzosos en primer lugar deben acceder al servicio básico o Plan Obligatorio de Salud y luego pueden optar por un plan adicional o complementar bien sea prestado por las mismas EPS o por entidades distintas, como lo son las empresas de medicina prepagada o seguros de salud.

La Ley 100 ha puesto entonces una limitante o cortapisa a la contratación de planes complementarios en relación con los afiliados obligatorios, pero no con aquellos que no lo son, o por lo menos no lo son en la actualidad. Vale decir, que aquellas personas que no están obligadas a la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, como sería el caso de un rentista de capital, que es independiente, , que contrata los servicios de salud de manera también independiente, que contrata los servicios de salud de manera también independiente con entidades o profesionales de la salud, puede perfectamente contratar con las empresas de medicina prepagada sus servicios o los Seguros de Salud.

En el caso del Decreto Reglamentario 1485 del 13 de julio de 1994, cuando el numeral 12 del artículo decimocuarto impide la renovación o celebración de contratos de planes complementarios de medicina prepagada con aquellas personas que debiendo estar afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud, no lo están, lo único que hace el decreto es aplicar, por vía de deducción, la normatividad contenida en la Ley 100 de 1993 sobre la obligatoriedad de la afiliación al Sistema General de Salud.

No observa pues la Sala que exista contradicción entre la norma reglamentaria y la ley reglamentada, pues si existe restricción en la contratación, ésta fue impuesta por la ley y no por el Decreto Reglamentario 1485 de 1994.

Visto lo anterior, la Sala analiza los cargos así:

*Primer cargo.* Se hace recaer en el hecho de que tratándose de un servicio público que tiene que ver de manera directa en la economía, la dirección general de acuerdo al artículo 334 de la Constitución Política le corresponde al Estado, que intervendrá por mandato de la ley y no al Presidente de la República según el artículo 152 de la Ley 100 "Los objetivos del Sistema General de Seguridad Social en Salud son regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso de toda la población al servicio en todos los niveles de atención".

Si la Ley 100 establece el Sistema General de Seguridad Social en Salud para regular el servicio público esencial de salud, es evidente que el Congreso por medio de dicha ley está interviniendo en la economía como lo autoriza el artículo 150, numeral 21 de la Constitución Política.

La mencionada ley en el artículo 154 dispone la intervención del Estado en el servicio público de seguridad social "conforme a las reglas de competencia de que trata esta ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 48, 49, 334 y 365 a 370 de la Constitución Política". El parágrafo del mismo artículo dispone que "Todas las competencias atribuidas por la presente ley al Presidente de la República y al Gobierno Nacional, se entenderán asignadas en desarrollo del mandato de intervención estatal de que trata este artículo". Por el artículo 156 de la ley, "El Gobierno Nacional dirigirá, orientará, regulará, controlará y vigilará el servicio público esencial de salud que constituye el Sistema General de Seguridad Social en Salud".

Es claro entonces que habiéndose dado la intervención autorizada por la Constitución al legislador y habiendo señalado la ley las características de las atribuciones del Gobierno Nacional en el manejo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la actuación del Presidente de la República fue evidentemente una acción reglamentaria, consagrada en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución. No hubo pues usurpación de funciones por parte del Presidente de la República en detrimento del Congreso y por tanto el cargo no prospera.

*Segundo cargo.* Se hace consistir en el hecho de que la restricción impuesta por el numeral 12 del artículo 14 del Decreto 1485 de 1994 no está autorizada ni se encuentra en la norma reglamentada, Decreto 1298 de 1994 que contenía el Estatuto Orgánico del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Aunque el citado decreto fue declarado inexequible mediante Sentencia 255 de 7 de junio de 1995 de la Corte Constitucional, la inexequibilidad se concretó al hecho de la codificación de las normas mas no a las normas individualmente

consideradas, las cuales conservan su validez y su vigencia. En dicha codificación no se estaban introduciendo normas nuevas puesto que las facultades otorgadas por la ley no lo autorizaban. Uno de los estatutos incorporados en la codificación fue la Ley 100 de 1993 en la cual se encuentran previstas las EPS, en su artículo 160, así:

"**Integrantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud.** El Sistema General de Seguridad Social en Salud está integrado por:

"...

"2. Los organismos de administración y financiación:

"a) Las Entidades Promotoras de Salud...".

El encabezamiento del Decreto 1485 de 1994 dice "por el cual se regula la organización y funcionamiento de las Entidades Promotoras de Salud y la protección al usuario en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud".

Como se ve el decreto reglamenta disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, que como antes se analizó, dado que se desarrolla el principio de obligatoriedad de afiliación al sistema, la restricción del numeral 12 del artículo 14 respecto de la contratación de planes complementarios lo que hace es dar cabal aplicación a los postulados de la Ley 100 de 1993.

No es cierta la afirmación de que la restricción no está contemplada en la norma reglamentada, pues se deduce de su interpretación lógica y armónica lo que hace que este segundo cargo tampoco prospere.

*Tercer cargo.* Se hace basar en que la restricción contractual que tiene el numeral 12 del artículo 14 del Decreto 1485 viola los derechos constitucionales a la vida y de acceso a los servicios públicos de salud.

Se comenta: El Plan Obligatorio de Salud (POS), según el artículo 162 de la Ley 100 "permitirá la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan". Este plan incluye el suministro de medicamentos esenciales en su denominación genérica.

Los planes de atención complementaria en salud, PACS de acuerdo con el artículo 3º, literal d) del Decreto 1938 de 1994 "son conjuntos de servicios de salud contratados mediante la modalidad de prepago que garantizan la atención en el evento de requerirse actividades, procedimientos o intervenciones no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud o que garantizan condiciones diferentes o adicionales de hotelería o tecnología o cualquier otra característica en la protección de un servicio incluido en el POS, que podrán ser ofrecidos por las EPS o por las entidades que sin convertirse en EPS deseen hacerlo, siempre y cuando cumplan con los requisitos

establecidos en la normatividad vigente para las empresas de medicina prepagada". Se observa que el POS comprende la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de todas las patologías. Es pues un tratamiento integral de la enfermedad, de cualquier enfermedad.

Lo que la ley ha querido es que todos los habitantes de Colombia y por lo menos los afiliados obligatorios y subsidiados al sistema tengan dicho servicio básico que garantice su salud.

Los PACS que corren de cuenta exclusiva del afiliado tienden a darle mayores comodidades durante el tratamiento, o mejores tecnologías que por ser más avanzadas o novedosas dentro de los tratatamientos, son bastante costosas para su aplicación, de tal manera que no es posible prestarlas dentro del tratamiento básico de las enfermedades por lo que se permite su contratación como complementaria al tratamiento básico pero que no puede ser sustitutivo del mismo.

El Plan Obligatorio en Salud está garantizando a todos los afiliados su acceso a los servicios públicos de la salud, en tanto que los planes de atención complementaria ayudan a reforzar los logros de la atención básica para los afiliados que están en capacidad de sufragarlos.

Es un contrasentido interpretar que por ordenar que se impida el acceso a los planes complementarios sin tener la atención básica para el tratamiento de la patología, se esté violando el libre acceso a la salud, antes por el contrario, se está dando cumplimiento al precepto constitucional de garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, por este aspecto, el cargo no puede prosperar.

En cuanto que la restricción en la contratación de atención complementaria viola el derecho fundamental a la vida es exagerado.

El derecho a la vida como lo señala el artículo 11 de la Constitución, debe tomarse en sentido absoluto. Cuando se señala que el derecho a la vida es inviolable, se quiere decir que nadie puede, ni debe arrebatarla a las personas bajo ningún pretexto, así sea legal, por lo mismo la norma agrega que "no habrá pena de muerte". Esta expresión del derecho a la vida como derecho fundamental es equiparable al quinto mandamiento de la Ley Mosaica "No matarás". Este derecho a la vida incluye lógicamente evitar todas las acciones que puedan menoscabar la salud.

La restricción para contratar servicios complementarios de medicina prepagada para aquellas personas que debiendo estar afiliadas por disposición legal al Sistema General de Seguridad Social en Salud, no lo están, no viola el derecho fundamental a la vida, pues considera la Sala que la restricción en la contratación de planes complementarios de salud y la inviolabilidad de la vida son asuntos diferentes. No prospera, en consecuencia, el cargo por este aspecto.

En cuanto a la argumentación del coadyuvante, se considera:

Los Decretos 1485 y 1486 fueron expedidos el 13 de julio de 1994, pero en tanto el primero reglamenta las Entidades Promotoras de Salud, el segundo lo hace en cuanto a la organización y funcionamiento de la medicina prepagada.

El artículo 8° del Decreto 1486 dispone que las entidades, dependencias o programas deberán renovar los contratos a los usuarios a menos que medie incumplimiento de éstos.

Como antes se analizó hay afiliados obligatorios al Sistema de Seguridad Social en Salud y personas que no están cobijadas ni obligadas a entrar al sistema, por lo que la restricción que aparece en el numeral 12 del artículo 14 del Decreto 1485 se aplica a las personas que de acuerdo con la ley deben estar afiliadas al sistema pero no se aplica a los demás usuarios quienes de acuerdo con el artículo 8° transcrito tienen el derecho a la renovación de sus contratos de medicina prepagada.

En consecuencia, las dos disposiciones no son contradictorias ni la del numeral 12 del artículo 14 del Decreto 1485 de 1994 fue derogada tácitamente por el artículo 8° del Decreto 1486 del mismo año.

Por este aspecto queda sin fundamento la sustracción de materia de que habla el coadyuvante, lo que hace que no se pueda acceder a su solicitud de nulidad.

En líneas generales el señor apoderado del Ministerio de Salud coincide con el análisis e interpretación que la Sala ha efectuado de la norma acusada y los distintos aspectos que informan el Sistema de Seguridad Social en Salud.

La Procuraduría Delegada ante el Consejo de Estado, también es de opinión que debe negarse la nulidad solicitada.

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

**FALLA:**

DENIÉGANSE 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 anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 7 de diciembre de 1995.

*Libardo Rodríguez Rodríguez*, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Rodrigo Ramírez González, Manuel S. Urueta Ayola.*

NOTA DE RELATORIA: Menciona la Sentencia C-255 del 7 de junio de 1995 de la Corte Constitucional sobre la inexequibilidad de la codificación del Decreto 1298 de 1994, y sobre plan obligatorio de salud, puede consultarse el Exp. 3261, sentencia del 1° de diciembre de 1995, Ponente: Dr. *Rodrigo Ramírez González*, Actor: Defensor del Pueblo.

**ACCION DE NULIDAD - Improcedencia / POTESTAD REGLAMENTARIA -Presidente de la República / EXCEPCION DE COSA JUZGADA / MATRICULAS Y PENSIONES - Reajustes**

**De la lectura de los actos acusados la Sala no encuentra que ellos incurran en las violaciones normativas que se les atribuye, puesto, que sus disposiciones en momento alguno fueron el producto del ejercicio indebido de la potestad reglamentaria atribuida al Presidente de la República por el artículo 189-11 de la Carta Política, sino sencilla y llanamente en ellas se contiene 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", como se expresa en el encabezamiento de la Resolución número 8480 de 1994, para lo cual el artículo 202 inciso tercero de la Ley 115 de 1994 atribuyó competencia al Ministerio de Educación Nacional, en los siguientes términos: "El Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Educación Nacional y atendiendo los anteriores criterios, reglamentará y autorizará el establecimiento o reajuste de matrículas, pensiones y cobros periódicos...".**

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., once (11) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Radicación número 3258.

Actora: María Cristina Velásquez Galarza.

La ciudadana María Cristina Velásquez Galarza, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C. C. A., solicita de esta corporación la declaratoria

de nulidad del artículo 2° de la Resolución número 8480 de 18 de noviembre de 1994, expedida por el Ministerio de Educación Nacional, "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", y de las siguientes disposiciones del "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", anexo a la Resolución 8480 de 1994: literal A del Capítulo I; literales a) a f) del numeral 1 del literal C del Capítulo I; literales a), b) y f) del numeral 2 del literal C del Capítulo I; numeral 3 del literal C del Capítulo I; literal E del capítulo I; y el Capítulo III. Igualmente solicita la declaratoria de nulidad de la Resolución 130 de 26 de enero de 1995, expedida por el Ministro de Educación Nacional, mediante la cual se modificó el numeral 3 del literal C del Capítulo I y el literal E del Capítulo I del mencionado Reglamento General.

En consideración al número de disposiciones cuya declaratoria de nulidad se impetra y por razones de índole metodológica, la Sala hará primero referencia a la actuación surtida y al concepto del Ministerio Público y luego, en el análisis de los cargos, transcribirá el texto del acto o actos que en ellos se acusa, según el caso, y hará las consideraciones pertinentes después de resumir los argumentos de la actora y las razones de la defensa.

## I. LA ACTUACION 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 marzo de 1995 se dispuso la admisión de la demanda, se ordenó el trámite de rigor y se denegó la solicitud de decretar la suspensión provisional de los actos acusados (fls. 41 a 46), decisión esta última que, recurrida como lo fue, se confirmó mediante providencia de 15 de junio del mismo año (fls. 158 a 163).

Dentro del término de traslado a las partes para alegar de conclusión y al Agente del Ministerio Público para emitir su concepto, la parte demandada y el mencionado funcionario presentaron los escritos que obran a folios 181 a 182 y 177 a 180, respectivamente. La parte actora lo hizo extemporáneamente.

## II. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En el escrito que lo contiene, el señor Procurador Primero Delegado ante esta Corporación manifiesta, en resumen, lo siguiente:

Si bien es cierto que el artículo 202 de la Ley 115 de 1995 consagra las pautas que deben tenerse en cuenta para autorizar el reajuste de las tarifas de matrículas, pensiones y demás cobros periódicos a los establecimientos educativos, y que dentro de las mismas no se hace referencia explícita al índice de inflación, es razonable estimar que la norma, por su intrínseco carácter genérico, no exige adoptar criterios rígidos.

Comoquiera que la mencionada norma en su literal b) contiene el criterio según el cual "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", de ello resulta evidente que el factor (tasa de inflación) establecido por el Ministerio de Educación Nacional en los actos cuestionados refleja el propósito del legislador de considerar elementos de naturaleza socioeconómica en la fijación de los incrementos de los costos educativos.

En razón a que la nueva Carta Política comportó un cambio de tendencias, priorizando el carácter solidario inherente al Estado Social de Derecho, e impuso la obligación de satisfacer en forma eficiente los servicios que garanticen una mejor calidad de vida de los asociados, fue que, precisamente, "...el Gobierno Nacional dispuso adoptar el denominado 'pacto social' como su política, fijando el aspirado tope inflacional del 18%, lo cual resulta acorde con la orientación que la propia Ley 115 en el citado literal b) del artículo 202 consigna, más aún cuando los costos educativos en el país tienen definitiva incidencia en el valor final de la canasta familiar. Por lo tanto, el objetivo perseguido con la expedición de los actos demandados, fue el de cumplir de la mejor forma con los postulados de la norma supuestamente violada, y de esa manera desarrollar los cometidos estatales (artículo 2° de la Constitución Política)".

Por lo anterior se solicita no acceder a las pretensiones de la demanda.

## III. ANALISIS DE LOS CARGOS

Primer cargo

a) **Los actos acusados**

1°. Artículo 2° de la Resolución número 8480 de 1994, cuyo tenor es el siguiente:

> "Artículo 2°. 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".

2°. Literales a), b) y f) del numeral 2 del literal C del Capítulo I del Reglamento General anexo a la Resolución número 8480 de 1994, que disponen:

"2. Los valores a cobrar en los establecimientos educativos 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 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. La suma resultante será devidida 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 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) **Resumen de las acusaciones**

Los actos acusados incurren en violación del artículo 202 de la Ley 115 de 1994, por cuanto adoptan como criterio para autorizar reajustes de tarifas de matrículas, pensiones y cobros periódicos a los establecimientos educativos privados la tasa de inflación del 18% proyectada por el Gobierno Nacional para 1995, el cual no se encuentra prevista en la indicada norma superior, pues ella vincula la definición de las tarifas de matrículas y pensiones a los registros contables que deben llevar dichos establecimientos educativos para establecer los costos y determinar los cobros correspondientes.

Pretender que las tarifas para un año determinado se fijen atendiendo no a los costos sino a la tasa de inflación esperada puede llevar a la ruina a los promotores educativos, pues dicha tasa puede resultar una muy distinta al cabo del año cuando no sea posible recabar de nadie el reembolso de la diferencia resultante. Si esto ocurriere, tendría que ser el Estado, a través del mecanismo de indemnización, el obligado a responderle al educador por los perjuicios materiales causados.

c) **Resumen de los argumentos de la defensa**

El actual Gobierno presentó al país su proyecto de gobierno, el cual fue aprobado dentro del plan de desarrollo sometido a la aprobación del Congreso y del Departamento de Planeación Nacional, encontrándose dentro de los diferentes

sectores que conforman el Proyecto de Desarrollo Nacional, el de Desarrollo Social, uno de cuyos segmentos más importantes es el de la educación.

El Proyecto de Desarrollo Social ha sido llamado "Pacto Social", cuyo criterio esencial ha sido acordar un incremento de costos no superior al 18% para regular el precio de los productos y servicios, que fue la tasa de inflación proyectada por el Gobierno para 1995, tope que no excluye al sector educativo.

La razón de ser de la demanda es sustraer de la reglamentación el factor tasa de inflación y reducir a un único criterio la fijación de costos: el registro institucional de los mismos. Lo anterior implicaría dejar sin control los costos educativos, pues cada propietario de colegio aplicaría a su arbitrio los "precios" del servicio, quedando muy cómodo llevar el registro de sus imposiciones.

De acuerdo con la norma cuya violación predica el demandante, los registros contables que llevan los colegios privados no son un "criterio" para fijar los costos, sino un presupuesto obligatorio que debe llevar toda institución seria y organizada.

La tercera parte del artículo 202 de la Ley 115 de 1994 contiene el orden al Ministro de Educación para reglamentar los criterios generales señalados en la segunda parte; corresponde entonces a este Ministerio concretar los criterios generales para que sean operativos y aplicables en la práctica.

Las disposiciones demandadas lo que han hecho es cumplir con el mandato del legislador, pues de otra manera la ley se tornaría inaplicable. Además, no es entendible que el Ministerio de Educación no intervenga en la política educativa nacional para reglamentar criterios que habrán de limitar y controlar los apetitos económicos de los establecimientos educativos privados.

d) **Consideraciones de la Sala**

Frente a la pretensión anulatoria a que se contrae este cargo, la Sala observa que mediante sentencia de 26 de octubre de 1995, proferida por esta misma Sección con ponencia de la honorable Consejera Nubia González Cerón, Actor: Federación Nacional de Centros Docentes, Conaced, expediente número 3271, se denegaron las súplicas de la demanda que en ejercicio de la acción pública de nulidad se planteó en contra del artículo 2° de la Resolución número 8480 de 18 de noviembre de 1994 y de los literales a) , b) y f) del numeral 2 del literal C del Capítulo I del reglamento general anexo a dicha resolución, entre otras de sus disposiciones.

En los considerandos del fallo en mención se expresa, entre otros aspectos lo siguiente:

"La Sala observa que la parte actora cita como violados los artículos 202 de la Ley 115 de 1994 y 61 del Decreto Reglamentario número 1860 del mismo

año, pero solamente emitió el concepto de violación frente al primero de los citados luego frente a él serán analizados los cargos esgrimidos.

"El artículo 202 de la Ley 115 de 1994 reza:

'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 al sector 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 correspondientes. 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'".

"En primer término la Sala encuentra que le asiste razón a la parte actora cuando afirma que del texto del artículo 2° de la Resolución número 8480 de 1994 se infiere que el Ministerio de Educación Nacional tuvo en cuenta para efectos del reajuste de matrículas, pensiones y cobros periódicos, la tasa de inflación del 18% proyectada por el Gobierno Nacional para 1995, pero considera que con ello, antes que desconocer el artículo 202 de la Ley 115 de 1994, por el contrario, pone en práctica el criterio fijado en su literal b), esto es, 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'.

"En efecto, de no haber sido establecido el límite del 18% se tendría que para la población de bajos y medianos ingresos el acceso a los planteles de educación privada sería cada vez más lejano. En consecuencia, dicho límite se encuentra en perfecta consonancia con el postulado arriba transcrito que propende por la prestación del servicio de educación a los sectores de menores ingresos, al igual que con el artículo 67 de la Carta Política, según el cual, la educación es un servicio público que tiene una función social.

"Lo anterior lleva a la Sala a concluir que el artículo 2° de la Resolución número 8480 de 1994 no viola el artículo 202 de la Ley 115 de 1994, así como tampoco lo hace el numeral 2° literales a), b) y f) del aparte C del documento anexo a dicha resolución, que se refieren igualmente a la tasa de inflación proyectada por el Gobierno Nacional para 1995 (18%)".

En cuanto al fenómeno de la cosa juzgada respecto de sentencias que deniegan la declaratoria de nulidad de los actos administrativos, el artículo 175 inciso segundo del C. C. A. dispone:

"la que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada *erga omnes* pero sólo en relación con la causa *petendi* juzgada".

Las precedentes constataciones, a la luz de lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 175 del C. C. A., llevan a la Sala a concluir a las solicitudes de nulidad impetradas en este cargo se configura plenamente el fenómeno jurídico de la cosa juzgada, pues la "causa petendi" en cuanto a la violación del artículo 202 de la Carta Política fue "juzgada" en el fallo de 26 de octubre de 1995, e impone, como consecuencia de ello, que en los términos del artículo 164 inciso segundo del C. C. A. en la parte dispositiva de esta sentencia se declare oficiosamente como probada la excepción de cosa juzgada.

**Segundo cargo**

a) **El acto acusado**

Literal A del Capítulo I del Reglamento General anexo a la Resolución número 8480 de 1994, en el cual se dispone lo siguiente:

"I. CRITERIOS PARA LA ADOPCION DE COSTOS EDUCATIVOS POR PARTE DE LOS ESTABLECIMIENTOS PRIVADOS DE EDUCACION FORMAL

"A. 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 REGIMEN CONTROLADO definido en el numeral 3 del artículo 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 vigencias las disposiciones que anteriormente regulaban esta materia y que le fueran contrarias".

b) **Resumen de las acusaciones**

El literal transitorio viola el numeral 3 del inciso tercero del artículo 202 de la Ley 115 de 1994, pues en él se prevé que el Régimen Controlado, según el cual la autoridad competente fija las tarifas al establecimiento educativo privado, sólo se aplicará por sometimiento voluntario de uno o más colegios o cuando el Ministerio

de Educación lo considere necesario para evitar abusos al régimen de libertad. Es decir, que la aplicación de dicho régimen presupone la preexistencia de otro de libertad, regulada o vigilada, en que se encuentre previamente el establecimiento, y precisa o bien de un acto de libre sometimiento de esta al expresado régimen o de un acto administrativo de carácter particular en que el Ministerio adopte la medida en vista de la necesidad de evitar los abusos que al régimen de libertad se hubieren presentado o se tema que se presenten. Por consiguiente, no existe una autorización de la ley para establecer el Régimen Controlado por vía general a todos los establecimientos ni tampoco para hacerlo con carácter transitorio.

Además de lo anterior, si el Régimen Controlado es de por sí una medida excepcional, restrictiva, sancionatoria, debe concluirse que al extenderla a todo el universo educativo se violó el principio general de derecho según el cual no está permitido aplicar sanciones o medidas restrictivas en forma análogas o de manera general, sino que en uno y otro caso debe procederse caso por caso frente a hechos concretos, con observancia del debido proceso y permitiendo al inculpado el ejercicio del derecho de defensa. Por este aspecto, el acto acusado viola el artículo 31 del Código Civil y el artículo 29 de la Constitución que establece el debido proceso.

c) **Las razones de la defensa**

"El numeral tercero del artículo 202 de la Ley 115/94, dice que el Ministerio de Educación puede establecerlo (el Régimen Controlado) 'cuando lo considere necesario para evitar abusos del régimen de libertad'". Además, "las disposiciones acusadas son provisionales, mientras se normatiza sobre costos educativos".

d) **Consideraciones de la Sala**

En lo relativo al cargo de violación del artículo 202 inciso tercero numeral 3 de la Ley 115 de 1994 que se atribuye al acto acusado, la Sala considera que adolece de vocación de prosperidad, pues si bien es cierto que en los numerales 1 y 2 de dicho inciso se consagran los regímenes de Libertad Regulada y de Libertad Vigilada para el establecimiento o reajuste de matrículas, pensiones y cobros periódicos originados en la prestación del servicio educativo, en las mismas disposiciones se supedita la aplicación de esos regímenes a que los establecimientos educativos se ajusten a las criterios que fije el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Educación Nacional y a que los diferentes servicios que ofrezcan sean evaluados y clasificados en categorías por dicho Ministerio, lo cual no había tenido ocurrencia al momento de expedirse el acto acusado y para cuya realización la ley no señaló un plazo determinado o perentorio. Por consiguiente, al no existir la reglamentación de dichos regímenes, el Ministerio de Educación Nacional, atendiendo a la tasa de inflación del 18% proyectada por el Gobierno Nacional

para el año de 1995 para efecto del reajuste de matrículas, pensiones y cobros periódicos, a la cual se refirió la Sala en el estudio del cargo precedente, determinó el ingreso temporal de los establecimientos educativos privados al Régimen Controlado, con el fin de evitar que los mismos estableciesen tarifas superiores a las señaladas con base en dicho criterio.

De otra parte, el haberse determinado el ingreso temporal de los establecimientos educativos privados de educación preescolar en el grado obligatorio, educación básica en los ciclos de primaria y secundaria y de educación media al Régimen Controlado para efectos de la autorización de reajustes de tarifas de matrículas, pensiones y cobros periódicos, no conduce a predicar la violación de los artículos 31 del Código Civil y 29 de la Carta Política, por cuanto el numeral 3 del inciso tercero del artículo 202 de la Ley 115 de 1994, en el cual se consagra el aludido Régimen, faculta al Ministerio de Educación Nacional para adoptar tal medida cuando a su juicio la estime necesaria para evitar abusos en el régimen de libertad, y sin que la misma pueda considerarse como sancionatoria, sino sencillamente de carácter preventivo.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Tercer cargo

a) **El acto acusado**

Literales a) a f) del numeral 1 del literal C del Capítulo I del Reglamento General anexo a la Resolución número 8480 de 1994, que disponen lo siguiente:

"C. Los valores de matrícula, pensión mensual, cobros periódicos y otros cobros serán fijados por el establecimiento educativo privado, aplicando las siguientes reglas:

"1. La base tarifaria estará constituida:

"a. Para el valor de la matrícula, por el valor cobrado en el año académico, inmediatamente anterior;

"b. Para la pensión mensual, por el monto cobrado por este concepto durante la totalidad del año académico inmediatamente anterior;

"c. Para cobro periódico de transporte escolar, por el valor mensual cobrado en el año académico inmediatamente anterior;

"d. Para el cobro periódico de alojamiento escolar, por el valor mensual cobrado en el año académico inmediatamente anterior;

"e. Para el cobro periódico de alimentación, por el valor mensual cobrado en el año académico inmediatamente anterior;

"f. Para otros cobros por el valor cobrado por tales conceptos en el año inmediatamente anterior".

b) **Resumen de las acusaciones**

El actor considera que "el numeral 1 del literal C, con todos sus ordinales, a) a f), en cuanto pretende tomar como base para determinar los valores de matrícula, pensión y otros costos educativos en los establecimientos privados de educación lo cobrado por los mismos conceptos en el año inmediatamente anterior, viola el artículo 202 de la Ley 115 de 1994 que no establece dicho parámetro sino otros y analizados, los cuales hacen referencia a los costos reales de prestación del servicio, que pueden tener o no relación con los del año inmediatamente anterior".

c) **Las razones de la defensa**

La parte demandada guardó silencio respecto de este cargo.

d) **Consideraciones de la Sala**

Para la Sala es evidente que el cargo no está llamado a prosperar, pues si bien asiste razón a la actora en sostener que en el artículo 202 de la Ley 115 de 1994 no se señala como criterio para determinar la base tarifaria por concepto de matrícula, pensión y otros costos educativos lo cobrado por los mismos conceptos en el año anterior, no lo es menos que en el numeral 2 del literal C del Capítulo I del Reglamento General, cuya legalidad no se discute en este proceso, se determina que los valores a cobrar en los establecimientos educativos privados por dichos conceptos, entre otros, serán el resultado de "...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", respecto de la cual se pronunció esta Sección en sentencia de 26 de octubre de 1995, como se consignó en el estudio del primer cargo.

Por lo anterior, el cargo no prospera.

Cuarto cargo

a) **El acto acusado**

Numeral 3 del literal C del Capítulo I del Reglamento General anexo a la Resolución número 8480 de 1994, en la forma como fue modificado por el artículo 1° de la Resolución número 130 de 26 de enero de 1995, en el cual se dispone lo siguiente:

"3. 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, de acuerdo con las instrucciones que para el efecto otorgue el Ministerio de Educación Nacional siempre y cuando ello se justifique para mejorar significativamente la calidad del servicio educativo que presta y facilita 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 de dicho órgano del Gobierno Escolar.

"Para tomar esta decisión el Consejo Directivo del establecimiento educativo, deberá acreditar el cumplimiento de las siguientes condiciones:

"a. Tener como referencia para fijar el incremento, los lineamientos generales del Pacto Social relacionados con las mejoras en la productividad y en la calidad;

"b. Determinación de los costos que hacen necesario el aumento porcentual adicional y registros contables que acrediten la totalidad del aumento definido para matrícula, pensión mensual, cobros periódicos y otros cobros;

"c. Demostrar las mejoras institucionales conducentes a la organización del Gobierno escolar y a la preparación del proyecto educativo institucional;

"d. Propuestas económicas, curriculares y pedagógicas para mejorar la calidad del servicio educativo ofrecido.

"La decisión adoptada por el Consejo Directivo, deberá ser remitida a las secretarías de educación departamentales y distritales para su revisión de acuerdo con los procedimientos que se establecen en el literal E de este capítulo".

b) **Resumen de las acusaciones**

El acto acusado viola el artículo 202 de la Ley 115 de 1994, por cuanto esta disposición, que es la que regula la fijación de costos y reajustes, no condiciona un incremento porcentual por encima de la tasa de inflación ya comentada a un mejoramiento significativo de la calidad del servicio educativo que se presta, pues es claro que cuando los colegios han cumplido con las exigencias que en materia del mejoramiento de la calidad de la educación introdujo la Ley 115, sus costos se aumentan de manera cierta y considerable, lo cual debe reflejarse en las tarifas de matrículas y pensiones en la forma como aparezca en los registros contables que menciona el artículo 202 de la citada ley.

Asimismo, el acto acusado viola los artículos 142 y 144 de la Ley 115 de 1994 en cuanto condiciona a que el incremento de la matrícula y de la pensión

debe 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, pues se está confiriendo una facultad a un órgano que no la tiene por ley y un derecho de veto a unos integrantes de dicho Consejo que no fueron dotados de él, pues dichas normas legales sólo les da a los Consejos Directivos facultades para presentar iniciativas en aspectos de organización de actividades sociales, deportivas, culturales, etc. y para presentar sugerencias tendientes a la toma de decisiones de carácter financiero y administrativo, entre otras, pero de ninguna manera la ley les otorga facultades decisorias en materia de tarifas de matrículas y pensiones, por lo cual el Ministerio de Educación viola el artículo 211 de la Carta Política al subdelegar una facultad conferida a él por la ley.

c) **Resumen de los argumentos de la defensa**

Algo muy positivo en la política del Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Educación, es estimular la buena calidad del servicio educativo, permitiendo que se ajusten los costos hacia arriba cuando el plantel mejore significativamente la calidad del servicio. "¿Qué podrá oponerse sanamente a este criterio?".

El Ministerio no está delegando funciones, sino sencillamente mientras se produce la reglamentación se ordena que ciertos incrementos de costos se justifiquen ante el Consejo Directivo, que es la síntesis de la comunidad educativa, quien debe participar en la buena marcha del establecimiento.

d) **Consideraciones de la Sala**

En cuanto a la primera censura que se formula al acto acusado por violación del artículo 202 de la Ley 115 de 1994, la Sala considera que la autorización conferida a los establecimientos educativos privados para aplicar a las bases tarifarias del valor de la matrícula y de la pensión mensual un moderado incremento porcentual por encima de la tasa de inflación del 18% proyectada para 1995, cuando ello se justifique para mejorar significativamente la calidad de servicio educativo, en nada contradice dicha norma legal y, por el contrario, se adecua a la misma, por cuanto si en el literal a) de la indicada disposición se determina que "las tarifas no podrán trasladar a los usuarios los costos de una gestión ineficiente", de ello se deriva la necesaria conclusión de que el incremento que prevé el acto acusado debe guardar una justa proporción con el mejoramiento de la calidad del servicio educativo que se preste, más aún si se tiene en cuenta que uno de los fines esenciales del ejercicio de la suprema inspección y vigilancia que corresponde al Estado sobre la educación es el de "velar por su calidad", como se dispone en el artículo 67 inciso quinto de la Carta Política.

Por lo que respecta a la segunda censura del actor, la Sala, como fundamento para denegar su prosperidad, se remite y reitera las consideraciones plasmadas en

la sentencia de 26 de octubre de 1995, a que se aludió en el estudio del primer cargo, y en la cual se analizó y definió una acusación sustancialmente idéntica a la formulada en este proceso respecto del numeral 3 del literal C del Capítulo I del Reglamento General anexo a la Resolución número 8480 de 1994. En dicha providencia la Sala expresó lo siguiente:

> "De otra parte, la demandante considera que ni el Consejo Directivo ni los representantes de los padres de familia del respectivo establecimiento educativo son competentes para aprobar el incremento a que se hizo referencia en el párrafo anterior, razón por la cual debe la Sala analizar los artículos 142, 143 y 144 de la Ley 115 de 1994 que aluden a dichos miembros del gobierno escolar, los cuales son del siguiente tenor:
>
> 'ART. 142. **Conformación del gobierno escolar**. Cada establecimiento educativo del Estado tendrá un gobierno escolar conformado por el Rector, el Consejo Directivo y el Consejo Académico.
>
> '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...
>
> 'Los voceros de los estamentos constitutivos de la comunidad educativa, podrán presentar sugerencias para la toma de decisiones de carácter financiero, administrativo y técnico-pedagógico (negrilla fuera del texto).
>
> 'Tanto en las instituciones educativas públicas como privadas, la comunidad educativa debe ser informada para permitir una participación seria y responsable en la dirección de las mismas".
>
> 'ART. 143. **Consejo directivo de los establecimientos educativos estatales**. En cada establecimiento educativo del Estado existirá un consejo directivo integrado por:
>
> 'a) ...
>
> 'b) ...
>
> 'c) Dos representantes de los padres de familia;
>
> 'd) ...
>
> 'ART. 144. **Funciones del consejo directivo.** Las funciones del consejo directivo serán las siguientes:
>
> 'a) Tomar las decisiones que afecten el funcionamiento de la institución y que no sean competencia de otra autoridad;
>
> 'b) ...

'e) Asumir la defensa y garantía de los derechos de toda la comunidad educativa, cuando alguno de sus miembros se sienta lesionado;

'f) ...

'n) Aprobar el presupuesto de ingresos y gastos de los recursos propios y la forma de recolectarlos'.

"La Sala advierte que si bien las anteriores normas se refieren a los consejos directivos de las entidades oficiales, las mismas se aplican para los establecimientos privados en virtud del artículo 142 transcrito, que dispone que éstos constituirán en su reglamento un gobierno escolar, que en sana lógica debe tener una conformación similar a la que prescribe la misma norma.

"Efectuado el análisis coordinado de las normas anteriores, esta Corporación considera que 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 3°), se encuentra en perfecta armonía con la prescripción demandada, toda vez que al disponer que el incremento en cuestión deberá ser definido por el consejo directivo y contar con el voto afirmativo de los representantes de los padres de familia, no hace otra cosa que darle aplicabilidad a las funciones señaladas al consejo directivo, del cual hacen parte los representantes de los padres de familia, todos los cuales además conforman el gobierno escolar, funciones que como ya se vio, se refieren a la toma de decisiones que afecten el funcionamiento de la institución, a la defensa de los derechos de algún miembro de la colectividad educativa y a la aprobación del presupuesto de ingresos y gastos de los recursos propios, todo lo cual sin lugar a dudas tiene que ver con la fijación de las tarifas de las pensiones, matrículas y cobros periódicos.

"De otra parte, el artículo 6° de la Ley 115 de 1994 señala que la comunidad educativa participará en la dirección de los establecimientos educativos y que dicha comunidad está conformada por estudiantes, educadores, padres de familia, egresados, directivos docentes y administradores locales, y cada uno de ellos, según su competencia, participará en el diseño, ejecución y evaluación del Proyecto Educativo Institucional y en la buena marcha del respectivo establecimiento educativo".

Por lo anterior, el cargo no prospera en relación con la violación del artículo 202 de la citada Ley 115 y habrá de declararse la excepción de cosa juzgada respecto del cargo frente a los artículos 142 y 144 de la misma.

**Quinto cargo**

a) **El acto acusado**

Literal E del Capítulo I del Reglamento General anexo a la Resolución número 8480 de 1994, en la forma como fue modificado por el artículo 2° de la Resolución número 130 de 1995, en el cual se dispone lo siguiente:

"E. Los establecimientos educativos privados comunicarán por escrito a la secretaría de educación departamental o distrital de la respectiva jurisdicción, las tarifas que hayan adoptado para el año académico que se inicia a partir del mes de enero de 1995, de acuerdo con lo aquí determinado, remitiendo copia de la decisión tomada, con una discriminación detallada de los reajustes efectuados.

"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 indebida.

"Si para el reajuste de los valores de matrícula mensual y de conformidad con lo dispuesto en el literal C de este capítulo, el establecimiento educativo privado adopta por decisión de su Consejo Directivo, un incremento superior a la tasa de inflación proyectada para 1995 por el Gobierno Nacional, la decisión que así se haya tomado deberá ser remitida a las secretarías de educación departamentales o distritales para su revisión, acompañada del acta correspondiente y con las debidas justificaciones y soportes.

"En este evento, la secretaría de educación departamental o distrital deberá objetar o ratificar la decisión del Consejo Directivo del establecimiento educativo privado dentro de los sesenta (60) días siguientes a su remisión, entendiéndose que hubo objeción si transcurrido este término no se produce determinación al respecto. En todo caso, mientras no se haya notificado la decisión sobre la revisión solicitada, el establecimiento educativo privado, deberá aplicar para matrícula y pensión mensual, los valores que venía cobrando en el año académico inmediatamente anterior, incrementos en un dieciocho por ciento (18%).

"En cualquier caso de indicio de abuso que llegue a su conocimiento, las secretarías darán traslado a la Junta de Matrículas y Pensiones de la respectiva jurisdicción".

b) **Resumen de las acusaciones**

Los incisos primero y segundo del literal acusado incurren en violación del artículo 202 de la Ley 115 de 1994 "...en el mismo sentido de los literales anteriores..." y participan "...de las ilegalidades ya puestas de presente".

Al consagrarse el silencio administrativo negativo en el inciso tercero del literal acusado, se hace nugatorio el derecho de defensa, violando en esta forma el artículo 29 de la Carta Política.

c) **Razones de la defensa**

No se viola el artículo 29 de la Carta Política, porque durante los dos meses que se toma la administración para resolver de fondo sobre la solicitud de aprobación de costos educativos, antes de que se produzca el silencio administrativo negativo, la entidad educativa puede acudir invocando el derecho de petición, lo cual dará como resultado que la administración se pronuncie. Además, la generalidad en el derecho administrativo es que opere el silencio negativo cuando la administración no se pronuncia en un plazo de dos meses, salvo en las reclamaciones sobre impuestos en que opera el positivo.

d) **Consideraciones de la Sala**

Comoquiera que las acusaciones que se formulan en contra de los dos primeros incisos del literal E se refieren a aspectos ya definidos en los cargos anteriores, la Sala estima que los mismos han sido objeto de estudio y respuesta, por lo cual resultan innecesarias consideraciones adicionales.

En segundo término la Sala considera que no es válido predicar la violación del derecho de defensa de los establecimientos educativos al consagrarse en el acto acusado la ocurrencia del silencio administrativo negativo, cuando en él se establece que se tiene por objetada la decisión del Consejo Directivo si en el término de 60 días la Administración no se ha pronunciado respecto de las tarifas adoptadas por aquél, pues de una parte, no es jurídicamente posible ejercer el derecho de defensa frente a una decisión que aún no se ha adoptado dentro de dicho término y, de la otra, tal derecho sólo viene a concretarse una vez se produce la decisión *ficta* negativa, el cual queda garantizado con los recursos que en su contra consagran las disposiciones legales.

En consecuencia, no prospera el cargo.

**Sexto cargo**

a) **El acto acusado**

Capítulo III del Reglamento General anexo a la Resolución número 8480 de 1994, en el cual se dispone lo siguiente:

"Todos los establecimientos de educación no formal incrementarán en 1995, por una sola vez, el valor de la matrícula y demás conceptos que venían cobrando en el año inmediatamente anterior, de acuerdo con la tasa de inflación

proyectada para dicha vigencia por el Gobierno Nacional y definida en la Resolución 8480 de 1994, de la que forma parte integral el presente documento".

b) **Resumen de las acusaciones**

El acto acusado viola el artículo 202 de la Ley 115 de 1994, al establecer la inflación como único criterio para definir los costos y tarifas de los establecimientos de educación.

Además, si el artículo 148 de la Ley 115 de 1994 que se invocó como fundamento para expedir el acto acusado tuvo por finalidad hacer referencia a la función del Ministerio de Educación de fijar los criterios técnicos para el diseño de la canasta educativa, tal concepto no está definido por la ley.

c) **Las razones de la defensa**

No es posible sustraer del concepto de canasta escolar las cantidad típicas de los costos educativos, como lo son las matrículas y pensiones, las cuales nunca pueden obviarse, como sí pueden suprimirse o racionarse otros conceptos.

d) **Consideraciones de la Sala**

En cuanto a la primera acusación, la Sala observa que ella ya fue ampliamente definida en el estudio de los cargos anteriores, por lo cual se remite a lo allí expresado como fundamento para denegar su prosperidad.

En lo que respecta a la consecuencia que atribuye el actor al hecho de haberse invocado el artículo 148 de la Ley 115 de 1994, entre otras normas del mismo rango, como fundamento para expedir los actos parcialmente enjuiciados, entre ellos aquél cuya nulidad se impetra en este cargo, la Sala considera que no pasa de ser más que una simple apreciación subjetiva, toda vez que de la lectura de las diversas disposiciones que integran la indicada norma legal, y de su confrontación con el acto *sub judice*, no es posible concluir categóricamente que tal invocación tuviese por finalidad hacer referencia directa a la función específica atribuida al Ministerio de Educación Nacional en su numeral 4 literal b), de "fijar los criterios técnicos para el diseño de la canasta educativa", menos aún si se tiene en cuenta que el mencionado acto no alude al concepto de "canasta educativa", ni en él se fijan criterios técnicos para los fines que señala la norma legal.

**Séptimo cargo**

a) **Resumen de las acusaciones**

Todos los actos demandados por sí y en conjunto, violan los artículos 113 y 150 de la Carta Política, pues contienen normas creadoras de derecho, cuya expedición corresponde al Congreso de la República.

b) **Razones de la defensa**

Los actos acusados no crean normas nuevas sino que se limitan a concretar los criterios expuestos por la Ley General de Educación, la cual ordena al ministerio del ramo fijar los límites a los costos educativos para evitar abusos dentro de un régimen de libertad.

c) **Consideraciones de la Sala**

Para la Sala es indubitable que el cargo adolece de vocación de prosperidad, pues si bien los artículos 150 numerales 19 y 23 y 365 de la Constitución Política radican en el Congreso de la República la función de dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular la educación como un servicio público con función social, debe tenerse presente que el Organo Legislativo del poder público ejerció dicha función mediante la expedición de las normas que, entre otras, integran la Ley 115 de 1994, y en su artículo 202 facultó al Gobierno Nacional para que, a través del Ministerio de Educación Nacional, reglamentara y autorizara el establecimiento o reajuste de tarifas de matrículas, pensiones y cobros periódicos de los establecimientos educativos, a cuyo fin tienden los actos acusados, como ha quedado establecido a lo largo de estas consideraciones.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Octavo cargo:

a) **Resumen de las acusaciones**

Las normas demandadas violan los artículos 115 y 189-11 de la Carta Política, por cuanto dicen ser reglamentarias de la Ley 115 de 1994, y la potestad para ello está radicada en cabeza del Presidente de la República. Además, cabe observar que el artículo 202 de la Ley 115 de 1994 contempló que fuera el Gobierno Nacional el encargado de reglamentar lo relativo a las tarifas de costos de los establecimientos educativos.

b) **Las razones de la defensa**

No se viola la potestad reglamentaria, pues las disposiciones acusadas no sobrepasan la ley.

c) **Consideraciones de la Sala**

De la lectura de los actos acusados la Sala no encuentra que ellos incurran en las violaciones normativas que se les atribuye, puesto, que sus disposiciones en momento alguno fueron el producto del ejercicio indebido de la potestad reglamentaria atribuida al Presidente de la República por el artículo 189-11 de la

Carta Política, sino sencilla y llanamente en ellas se contiene 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", como se expresa en el encabezamiento de la Resolución número 8480 de 1994, para lo cual el artículo 202 inciso tercero de la Ley 115 de 1994 atribuyó competencia al Ministerio de Educación Nacional, en los siguientes términos: "El Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Educación Nacional y atendiendo los anteriores criterios, reglamentará y autorizará el establecimiento o reajuste de matrículas, pensiones o cobros periódicos...".

**Noveno cargo**

a) **La acusación**

"Los actos acusados están incursos en la causal de desviación de poder que para la anulación de los actos administrativos establece el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo".

b) **Las razones de la defensa**

La parte demandada guardó silencio respecto de dicha acusación.

c) **Consideraciones de la Sala**

Frente al cargo planteado y ante la carencia absoluta de sustentación, la Sala se ve relevada de emitir cualquier juicio de valor sobre el mismo en razón de carácter rogado de la justicia contencioso-administrativa.

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 probada* la excepción de cosa juzgada en relación con los cargos que se formulan contra el artículo 2° de la Resolución 8480 de 18 de noviembre de 1994 y contra los literales a), b) y f) del numeral 2 del literal C del Capítulo I del Reglamento General anexo a la indicada resolución. Asimismo, en forma parcial en relación con el cargo planteado contra el numeral 3 del literal C del Capítulo I del citado reglamento general, conforme se precisa en la parte motiva de esta providencia.

En consecuencia, estése a lo resuelto en sentencia del 26 de octubre de 1995, proferida por esta Sección, (exp. número 3271, Actor: Federación Nacional de Centros Docentes, Conaced, Consejera Ponente: Doctora Nubia González Cerón).

Segundo. *Deniéganse* las demás súplicas de la demanda.

Tercero. Devuélvase la suma depositada para gastos ordinarios del proceso o su remanente.

Cuarto. En firme esta sentencia, con envío de copia, comuníquese a la señor Ministra de Educación Nacional 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 siete de diciembre de mil novecientos noventa y cinco.

*Libardo Rodríguez Rodríguez,* Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Rodrigo Ramírez González, Manuel S. Urueta Ayola.*

NOTA DE RELATORIA: Reiteración de la sentencia del 26 de octubre de 1995; Sección Primera; Consejera Ponente: Doctora Nubia González Cerón. Exp. 3271.

**ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS - Observancia de procedimiento/ SALON DE JUEGO - Ubicación**

**Los verdaderos y únicos motivos que indujeron a la Administración Municipal de Medellín a expedir los actos acusados, los cuales no fueron otros diferentes a que el establecimiento de salón de juegos "no cumple con lo estipulado en los artículos 171 del Código de Policía de Antioquia (Decreto 2939 de 1989) y 328, parágrafo 3º del Estatuto Municipal de Planeación, Usos del Suelo, Urbanismo y Construcción de Medellín (Acuerdo 38 de 1990), que no permiten el funcionamiento de salón de juegos ubicados a menos de doscientos (200) metros de establecimientos educativos. La Sala hace notar al apelante que "las actuaciones administrativas de autorización y control, serán regladas o discrecionales, deben estar soportadas en motivos conocidos y poder ser jurídicamente fundamentadas y judicialmente controlables, según criterios de racionalidad y proporcionalidad, con el fin de erradicar cualquier asomo de arbitrariedad. El incumplimiento de estas exigencias significaría, por otra parte, la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso". Todo lo anterior se traduce en que al no haber sido desvirtuados los fundamentos de la sentencia de primera instancia, se impone su confirmación.**

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., once (11) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Radicación número 3431.

Actor: Ricardo Alonso Ochoa Molano.

Procede la Sección Primera a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la

sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sección Segunda, el 25 de mayo de 1995.

## I. ANTECEDENTES

### a) El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda

El ciudadano Ricardo Alonso Ochoa Molano, por intermedio de apoderado, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C. C. A., demandó ante el Tribunal Administrativo de Antioquia la declaratoria de nulidad de las Resoluciones números 740 de 10 de julio de 1992 y 1094 de 7 de octubre del mismo año, por medio de las cuales, en su orden, "... se decide una solicitud de licencia de funcionamiento para un salón de juegos de suerte y azar 'y' ...se decide el recurso de reposición interpuesto contra..." el primero de los indicados actos, expedidas por el alcalde del municipio de Medellín. Como consecuencia de lo anterior solicitó declarar que existía y existe para el demandante el derecho a obtener la licencia solicitada y por parte del municipio de Medellín la obligación de expedirla; que "... no existiendo disposición legal o razón válida que sustente la negativa de la expedición de la licencia se restablezca al demandante en su pleno derecho a obtener licencia ordenando su expedición inmediata, sin que sea sujeto a nuevas exigencias", y que se condene al municipio de Medellín al pago de los perjuicios causados, los cuales estima en una suma superior a los $60.000.000.00.

### b) Los actos acusados

Mediante el primero de ellos, la Resolución número 740 de 1992, se dispuso "NEGAR la solicitud de licencia de funcionamiento presentada por el señor Ricardo Alonso Ochoa Molano, para un establecimiento de salón de juegos de suerte y azar, situado en la carrera 48 número 50-71 de esta ciudad, para operar cuarenta (40) máquinas electrónicas 'Cirsa Micron' y una (1) mesa de poliedro numerado, ya que dicho local no cumple con lo estipulado en los artículos 171 del Código de Policía de Antioquia (Decreto 2939 de 1989) y 328, parágrafo 3°, del Estatuto Municipal de Planeación, Usos del Suelo, Urbanismo y Construcción de Medellín (Acuerdo 38 de 1990) que no permiten el funcionamiento de salones de juego ubicados a menos de doscientos (200) metros de establecimientos educativos, según oficio 2080 S-1583 de julio 3 de 1992 del Director de Planeación Metropolitana" (art. 1°) y se ordenó su notificación al interesado, haciéndole saber que contra ella solo procedía el recurso de reposición (art.2 °).

Mediante la Resolución número 1094 de octubre 7 de 1992 se confirmó el primero de los actos acusados, se declaró agotada la vía gubernativa y se dispuso su notificación al interesado.

c) **Los hechos de la demanda**

Ellos son, en suma, los siguientes (fls. 85 a 88 cdno. ppal.):

Una vez que el demandante obtuvo de Ecosalud S. A. el permiso de explotación de juegos de suerte y azar en el municipio de Medellín, inició ante las respectivas autoridades municipales los trámites tendientes a la expedición de la licencia de funcionamiento. A pesar de que cumplió con todos los requisitos incluyendo el concepto de viabilidad o ubicación de Planeación Metropolitana, el cual fue positivo, "sin embargo, este concepto positivo fue condicionado a legalizar la licencia de construcción del edificio donde está ubicado el establecimiento. Condición que fue revocada, concediendo Planeación un plazo de dos años para funcionar.

Por lo anterior, el Departamento Jurídico de la Secretaría de Gobierno Municipal elaboró resolución positiva ordenando la expedición de la patente o licencia de funcionamiento para el establecimiento ya indicado. "La citada resolución positiva la conoció personalmente la asesora jurídica de la empresa doctora Blanca Nubia Ochoa M., y asimismo fue indicado por el Departamento Jurídico de esa Secretaría, en el oficio número 4570 de junio 24 de 1992. Posteriormente y con el fin de impedir la aplicación del silencio administrativo positivo, se cambió el concepto positivo de Planeación Municipal por uno negativo, y consecuencialmente, se cambió la resolución positiva que ya estaba en trámite para las firmas y se negó la licencia solicitada".

Agrega el demandante que mientras a él "...se le negaba la licencia, no obstante haber llenado todos los requisitos exigidos, y según se deduce del oficio número 5055 de agosto 18 de 1992, en donde se expresa que las licencias tienen vigencia por dos años, le fueron renovados en esa misma época más de 191 licencias o patentes de funcionamiento a "Interec" que estarán vigentes hasta 1994, habiéndosele renovado a partir de 1990, fecha de monopolización de los juegos por el Estado, un total de 263 licencias o patentes de funcionamiento, sin llenar el prerrequisito (sic) de allegar el concepto de viabilidad de 'Ecosalud', que les han exigido a los demás en la Secretaría de Gobierno, véase (sic) las fecha de vencimiento de las licencias de 'Interec' en los listados anexos 5 al 13, igualmente véase (sic) los anexos 17 al 19, en donde aparecen las licencias igualmente vigentes hasta el 94, pertenecientes al señor Jaime Escobar Chica, única persona que aparte de 'Interec', le han dado licencia para 16 maquinitas que tiene regadas en cantinas y tiendas (no tiene establecimientos dedicados exclusivamente a maquinitas, en consecuencia no constituye competencia para 'Iterec')".

d) **Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación**

El demandante considera que los actos acusados incurren en violación de los artículos 13, 25 y 29 de la Carta Política, 149 del Código Nacional de Policía de Antioquia, 28, 44, 48 y 73 del C. C. A., y que los mismos están viciados de nulidad por falta de motivación y por haberse expedido con desviación o abuso de poder.

En lo que respecta a la violación del artículo 149 del Código de Policía de Antioquia el actor la deriva de que al haber cumplido con todos los requisitos establecidos, como lo confirma el oficio emanado de la División Jurídica de la Secretaría de Gobierno de Medellín, el alcalde debió haberle expedido la licencia de funcionamiento solicitados. Por consiguiente, al no expedirle la licencia, "... dentro del término establecido por el artículo 149 inciso 2° del Código de Policía de Antioquia, transgredió ostensiblemente las citadas disposiciones del Ordenamiento Político Departamental, ocasionando con su conducta omisiva y violatoria el surgimiento del derecho para el solicitante de dar aplicación al silencio administrativo positivo, previos los trámites de protocolización del mismo, para lo cual se requería demostrar desde luego, que se estaba dentro de ese derecho por haber llenado con la solicitud todos los requisitos y haberse cumplido el término estipulado en el artículo 149 tantas veces citado y no haber obtenido respuesta o pronunciamiento al respecto".

En lo que atañe al cargo de falsa motivación y al desconocimiento de las normas constitucionales invocadas, la parte actora se refiere en extenso a los hechos de su libelo demandatorio y a las pruebas allegadas al proceso, luego de lo cual concluye de la siguiente manera:

> "A lo largo de este libelo demandatorio se han citado innumerables hechos y pruebas que demuestran que la única razón que asiste a la administración municipal para negar la licencia que permita el funcionamiento legal de las máquinas electrónicas en el tantas veces citado local, no es otra que el interés de garantizarle a la firma 'Interec' el monopolio en la explotación de este sistema de juegos. La prueba más contundente de ello aparece en el anexo 31 que se adjunta a la presente.
>
> "Se trata del Acta número 38946 del 14 de septiembre de 1992 por medio de la cual se notifica que para el local ubicado en la carrera 48 número 50-71 sector subzona 3 centro (el mismo local en discusión), mediante Resolución 214 de marzo 17 de 1992 se otorga licencia de funcionamiento para un salón de juegos de habilidad y destreza, 4 mesas de billares, 5 de remis, 3 de dominó y 2 de ajedrez. Es decir, que como en esta solicitud no se pidió que se especificara que los juegos de habilidad y destreza, consistían en el funcionamiento de 40 máquinas electrónicas, no hubo ningún inconveniente y se expidió la licencia, la cual está actualmente vigente. El problema surgió,

cuando por exigencia de Ecosalud S. A. se solicitó que se expidiera en forma independiente una licencia para los juegos de habilidad y destreza en donde se especificara la mesa de poliedro y el número de máquinas electrónicas (40), ya que con base en el número de ellas, Ecosalud S.A. liquida la regalía (ver anexos 14). Allí surge el problema y la contradicción que deja al descubierto toda la maquinación. Mientras los juegos no sean competencia ni rompan el monopolio de 'Interec' no hay problemas, pero si sucede lo contrario se antepone para evitarlo hasta la existencia de actividades cuyo funcionamiento en el lugar en el que se encuentran no estaba autorizado, ni podía autorizarse conforme al artículo 328 parágrafo 4° del Estatuto de Planeación Municipal. Nótese que el artículo 324 parágrafo 3° del Estatuto de Planeación Municipal no distingue entre distintas clases de juegos, y donde no distingue la ley no le está dado distinguir al intérprete.

"Artículo 324 parágrafo 3° 'los salones de juego no podrán estar ubicados a menos de doscientos metros (200 m) de establecimientos educativos' (se resalta). Se refiere a toda clase de salones de juego sin excepción.

"En resumen tenemos, que el establecimiento es hábil para que en él funcionen toda clase de juegos de suerte y azar, excepto aquellos que constituyen competencia para 'Interec'. De esa manera se violenta el artículo 13 de la Constitución Nacional al impedírsele al demandante gozar de los mismos derechos y de las mismas oportunidades a desarrollar su actividad, como lo tiene la citada firma, que como ya se indicó, en el mismo pasaje peatonal, justo en el local que queda frente al de mi representado, tiene su negocio principal de máquinas electrónicas".

e) **Las razones de la defensa**

Ellas son, en resumen, las siguientes (fls. 125 a 130 y 231 a 245 cdno. ppal.):

La solicitud de licencia de funcionamiento fue negada inicialmente por considerarse que no cumplía con los reglamentos de policía local (Decreto 2939 de 1989) y con las normas de usos de suelo (Acuerdo Municipal número 38 de 1990), según certificación del Director de Planeación Metropolitana, debido a que se verificó la existencia de dos establecimientos educativos y otro de culto a menos de doscientos metros de aquél en el cual habría de funcionar el salón de juegos electrónicos. Además, en el segundo de los actos acusados se declaró que según consta en el oficio suscrito por el Asistente Administrativo de la Secretaría de Educación y Cultura Departamental, Edysistemas, posee licencia como instituto de educación no formal.

Por lo tanto, lo procedente era negar la licencia de funcionamiento, pues el local para el que se solicitó estaba "... a menos de 200 metros de establecimientos

educativos tales como Edysistemas, situación esta que no fue desvirtuada en el proceso, pues en la diligencia de inspección judicial a folios 191 a 192 se pudo constatar que la Iglesia Cristiana Betesda aún se anuncia, que en la calle 47 número 49-53 funcionó hasta hace más de un año 'Edysistemas' y así mismo que en la calle 42 número 49-27 anteriormente funcionó el Instituto 'Incolda'...", de lo cual "se puede colegir que para 1992 sí funcionaban".

f) **La actuación surtida**

De conformidad con las normas previstas en el C. C. A., a la demanda se le dio trámite allí señalado para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto de 12 de marzo de 1993 se dispuso la admisión de la demanda y se denegó la solicitud de decretar la suspensión provisional de los actos acusados (fls. 119 a 122 cdno. ppal.).

Mediante providencia de junio 1° de dicho año se abrió el proceso a pruebas y se decretaron como tales las solicitadas por las partes (fls. 132 ibídem).

Dentro del término de traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir su concepto, sólo la parte demandada hizo uso de su derecho (fls. 231 a 245 ibídem).

## II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al desatar la controversia planteada, el tribunal *a quo* declaró la nulidad de los actos acusados y, como consecuencia de ello, dispuso que "...el municipio de Medellín pagará la suma que como lucro cesante se determine en incidente posterior, de acuerdo con las pautas trazadas en el numeral 5 de esta sentencia", con fundamento en las razones que se sintetizan a continuación (fls. 247 a 261 cdno. ppal.).

De la Resolución número 740 de 1992 se desprende que la solicitud de la licencia de funcionamiento fue presentada el 21 de febrero de ese año, y resuelta en forma negativa el 10 de julio y notificada el 13 de agosto de 1992. Esto significa que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley 9ª de 1989, se habría configurado el silencio administrativo positivo, siempre y cuando no se contravinieran las normas que regulan la actividad. Siendo ello así, "el interrogante a despejar para definir la legalidad o ilegalidad de las resoluciones atacadas es precisamente ese: la solicitud de licencia de funcionamiento formulada por el demandante para abrir un establecimiento de comercio en el que se exploten juegos de suerte y azar, contraviene las normas que regulan la actividad ?".

Para el alcalde de Medellín, según la motivación de los actos que se demandan, se violan los artículos 171 del Código Departamental de Policía y 328 del Acuerdo

38 de 1990, en cuanto establecen una distancia mínima de 200 metros de los salones de juegos electrónicos en relación con centros educativos. Allí mismo se habla de funcionamiento de los siguientes centros educativos: Edysistemas (Centro de Computadores), Incolda y Centro Misionero Betesda (Centro Educativo Escuela Dominical - Culto y Adoración).

Luego de transcribir los hechos constatados en el curso de la diligencia de inspección judicial decretada como prueba del proceso, el tribunal *a quo* concluye lo siguiente:

> "La sola lectura de lo que se pudo observar en el lugar donde el demandante pretende abrir un nuevo establecimiento de comercio dedicado a la explotación de juegos de azar, denota a las claras lo arbitrario que resultaron las decisiones negativas que hoy se demandan.
>
> "En efecto, argüir, la cercanía de centros educativos para negar una licencia de funcionamiento en una zona dedicada a los juegos de suerte (máquinas electrónicas, chance, billar, cantinas, etc.), no puede menos que calificarse de arbitraria. Acaso esos otros establecimientos no se hayan (sic) quizá más cerca? Cómo puede pretenderse proteger a la juventud cuando como se anotó en la diligencia de inspección judicial '... la mayor parte de las personas que frecuentan al sector son de edad, que no tienen ninguna actividad productiva y que se dedican a los juegos y al consumo de bebidas alcohólicas; no se observan establecimientos de educación ni grupos de personas que demuestren la calidad de ser estudiantes' (fls. 191-192).
>
> "Agréguese a lo anterior, que carece de toda racionalidad que en los actos demandados como justificación de la negativa para conceder la licencia, se aluda al Centro Educativo Escuela Dominical -Culto y Adoración- del Centro Misionero Betesda, que no es propiamente una entidad educativa y además, se encuentra en la segunda planta de un bar donde además se vende chance.
>
> "Como si fuera poco las otras dos supuestas instituciones educativas que se mencionan en los actos acusados, ya no funcionan en el mismo lugar, lo cual permite afirmar que con relación a los actos acusados no solamente se configuró el vicio de la falsa motivación sino que han perdido su fuerza ejecutoria al haber desaparecido sus fundamentos de hecho (art. 66 numeral 2 C. C.A.).
>
> "Si el demandante se encontraba en las mismas condiciones de otras personas que se dedican a una actividad similar, se vulneró el derecho a la igualdad que consagra el art. 13 de la Carta Política, norma esta que expresamente fue invocada en la demanda":

Los fundamentos del recurso.

Ellos son, en resumen, los siguientes (fls. 268 a 270 cdno. ppal.).

Para negar la licencia de funcionamiento solicitada por el actor, el alcalde de Medellín se amparó sobre todo en aspectos relacionados con la inconveniencia que tal hecho revestía para la Administración, "...debido a que el lugar donde se quería poner a funcionar el establecimiento de comercio, se encuentra inundado de establecimientos similares, presentándose una saturación que entra a reñir con las políticas trazadas por la administración municipal". Es decir, se acogió a la "...facultad discrecional de abstenerse de conceder la licencia por motivos de inconveniencia, toda vez que el exceso de juegos, licor y las demás actividades que en el sector se desarrollan invitan a las personas que lo frecuentan a actuar al margen de la ley, contribuyendo con ello a crear una mayor inseguridad".

Por lo anterior, el alcalde de Medellín expidió un acto meramente discrecional y actuó con libertad para determinar la oportunidad de su decisión y apreciar la conveniencia de esta.

## IV. LA IMPUGNACION DEL RECURSO

La parte actora no se hizo presente en el curso de la segunda instancia.

## V. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En el escrito que lo contiene (fls. 10 a 14 cdno. número 2), el señor Procurador Segundo Delegado (E) ante esta Corporación solicita confirmar la sentencia apelada por encontrar atendibles las razones expuestas en ella, ya que la inspección judicial demostró que no eran ciertos los motivos de que se valió la administración municipal para negar la licencia de funcionamiento.

Observa, además, "...que el escrito por medio del cual se sustentó la apelación constituye más bien la aceptación de ilegalidad de los actos impugnados, pues cambia completamente el panorama de la motivación en ellos contenida para deducir una presunta discrecionalidad de la administración municipal para otorgar este tipo de licencias, de modo que si en el lugar referido por la solicitud existen otros establecimientos del mismo tipo, la decisión ha de ser negativa por inconveniente". Añade que el grado de discrecionalidad que envuelve las decisiones administrativas no puede extenderse hasta la posibilidad de exigir, en cada caso particular, requisitos que no estaban previstos en norma anterior.

## VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Luego del estudio de las razones en que se sustenta el recurso de apelación, la Sala considera que ellas no desvirtúan los fundamentos de la sentencia de primera instancia y que, por el contrario, constituyen más bien la aceptación de la ilegalidad de los actos impugnados, como oportunamente lo hace notar el señor agente del Ministerio Público ante esta Corporación en su concepto de fondo.

En efecto, para la Sala no es de recibo el argumento según el cual las decisiones que se adoptaron en los actos acusados obedecieron a razones de inconveniencia debido a que el entorno del inmueble para el que se solicitó la expedición de la licencia de funcionamiento se encuentra "inundado" de establecimientos de juegos de suerte y azar y a que en el sector se desarrollan actividades que invitan a las personas que lo frecuentan a actuar al margen de la ley, pues ello trastoca en términos absolutos los verdaderos y únicos motivos que indujeron a la Administración Municipal de Medellín a expedir los actos acusados, los cuales no fueron otros diferentes a que el establecimiento de salón de juegos "no cumple con lo estipulado en los artículos 171 del Código de Policía de Antioquia (Decreto 2939 de 1989) y 328, parágrafo 3° del Estatuto Municipal de Planeación, Usos del Suelo, Urbanismo y Construcción de Medellín (Acuerdo 38 de 1990), que no permiten el funcionamiento de salones de juegos ubicados a menos de doscientos (200) metros de establecimientos educativos, según oficio 2080 S-1583 de julio 3 de 1992 del Director de Planeación Metropolitana", como textualmente se consigna en el artículo 1° de la parte dispositiva de la Resolución número 740 de 1992, cuyo tenor se transcribió en el correspondiente acápite de esta providencia.

En dicho orden de ideas la Sala considera que precisamente, en razón a los motivos que adujo la administración para expedir los actos acusados, la demanda se encaminó en lo esencial a desvirtuar las situaciones fácticas determinantes de las decisiones adoptadas, lo cual quedó plenamente establecido en el curso del proceso mediante la inspección judicial practicada por el tribunal *a quo*, en que se constató que la dirección donde funcionaría el establecimiento del actor está ubicada en un pasaje peatonal donde existen establecimientos abiertos al público tales como billares, restaurantes de comidas rápidas, bares, juegos de máquinas electrónicas tragamonedas, oficinas de apuestas permanentes, etc., muchos de ellos cercanos a la "Iglesia Cristiana Betesda", y a las direcciones donde antes funcionaba "Edysistemas" e "Incolda". La anterior constatación determinó al Tribunal Administrtivo de Antioquia a concluir en la sentencia recurrida que "la sola lectura de lo que se pudo observar en el lugar donde el demandante pretendía abrir un nuevo establecimiento de comercio dedicado a la explotación de juegos de suerte y azar, denota a las claras lo arbitrarias que resultaron las decisiones negativas que hoy se demandan" y que si el actor "...se encontraba en las mismas condiciones de otras personas que se dedican a una actividad similar, se vulneró el derecho a la igualdad que consagra el artículo 13 de la Carta Política, norma esta que expresamente fue invocada en la demanda".

Desde otro punto de vista, la Sala hace notar al apelante que "las actuaciones administrativas de autorización y control, sean regladas o discrecionales, deben estar soportadas en motivos conocidos y poder ser jurídicamente fundamentadas y

judicialmente controlables, según criterios de racionabilidad y proporcionalidad, con el fin de erradicar cualquier asomo de arbitrariedad. El incumplimiento de estas exigencias significaría, por otra parte, la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso...", como lo expresó la honorable Corte Constitucional en Sentencia T-291 de junio 22 de 1994, con ponencia del Magistrado doctor Eduardo Cifuentes Muñoz, planteamiento citado que se comparte.

Todo lo anterior se traduce en que al no haber sido desvirtuado los fundamentos de la sentencia de primera instancia, se impone su confirmación.

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. *Confírmase* la sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sección Segunda, el 25 de mayo de 1995.

Segundo. En firme esta decisión 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 siete de diciembre de mil novecientos noventa y cinco.

*Libardo Rodríguez Rodríguez,* Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Rodrigo Ramírez González, Manuel S. Urueta Ayola.*

**SISTEMA NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL - Entidades promotoras de salud / SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia / SERVICIO PUBLICO DE SALUD - Limitación a la actividad económica**

**El Decreto 1485 lo que hace es poner en marcha la intervención del Estado en el servicio público de seguridad social, en salud, al regular las E.P.S. y, tangencialmente, sus relaciones con otros integrantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud. El Gobierno reglamentó las E.P.S. y como antes se indicó pudo haber tocado tangencialmente las relaciones de las mismas con otros entes del sector de la salud, sin que éstos hubieran sido objeto preciso de la reglamentación y por tanto el análisis dentro del proceso llevaría a concluir si el Presidente de la República excedió o no las facultades reglamentarias, pero no aparece de manera evidente y palpable la violación del citado artículo de la Constitución, puesto que de la simple comparación de las normas no se saca tal conclusión. El interés social, en este caso constituido por el servicio público de salud para todos los habitantes del país, puede ser motivo de limitaciones a la actividad económica, pero es una conclusión a la cual se puede llegar luego de un análisis determinado de la norma y que tampoco se deduce de manera simple de la comparación de las normas invocadas. No se da tampoco el hecho de que sea evidente la violación de la normatividad constitucional. En cuanto a la norma invocada del Código Civil se puede decir que ella misma contempla la posibilidad de que el contrato sea invalidado por causas legales; en efecto, la ley puede tomar disposiciones que afecten los contratos de medicina prepagada, pero que sólo el análisis detenido de la Ley 100 de 1993 y del Decreto 1485 de 1994 puede dilucidar si se violó la libertad de contratación de los particulares al limitar la descripción o renovación de tales contratos.**

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., diecinueve (19) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctora *Rodrigo Ramírez González.*

Radicación número 3549.

Referencia: Decretos del Gobierno.

Actor: Diego Ignacio Rivera Mantilla.

El ciudadano Diego Ignacio Rivera M. ha demandado ante el Consejo de Estado la declaratoria de nulidad del numeral 12 del artículo 14 del Decreto 1485 del 13 de julio de 1994, expedido por el Presidente de la República. Además solicita se decrete la suspensión provisional de la norma acusada.

Estudiada la demanda, se encuentra que reúne los requisitos de ley y por tanto debe admitirse tal como se decidirá en la parte resolutiva de esta providencia.

## SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

El acto demandado es el numeral 12 del artículo decimocuarto del Decreto 1485 de 1994, cuyo texto es el siguiente:

"ARTICULO 14. REGIMEN DE LA LIBRE ESCOGENCIA. El régimen de la libre escogencia estará regido por las siguientes reglas:

"12. Contratación de Planes Adicionales. Los contratos de planes complementarios de medicina prepagada o Seguros de Salud con las personas que no se encuentren afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud, estando obligadas a ello de conformidad con la ley, no se podrán celebrar ni renovar, a partir del 1° de junio de 1995, a menos que, de conformidad con la información que posea la Superintendencia Nacional de Salud, existan restricciones en la oferta del sistema. La Superintendencia evaluará semestralmente esta situación por un término máximo de tres (3) años, al cabo de los cuales operará en todo caso la restricción de que trata este artículo".

El demandante, al sustentar la solicitud de suspensión provisional del acto demandado, señala como violadas las siguientes normas: Constitución Política, artículo 150 numerales 8 y 21; artículo 187 numeral 11; artículo 333; Código Civil, artículo 1602.

El artículo 150 de la C.P. dispone que "Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

"8. Expedir las normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que le señala la Constitución.

"21. Expedir las leyes de intervención económica, previstas en el artículo 334, las cuales deberán precisar sus fines y alcances y los límites a la libertad económica".

Con la expedición de la norma demandada, dice el actor, se desconoció la norma constitucional transcrita, en cuanto que no existe ninguna ley a la cual se haya sujetado el Gobierno para dictar esta limitación a la celebración y renovación de los contratos de medicina prepagada.

"Artículo 189, en su parte pertinente:

"Corresponde al 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 necesarias para la cumplida ejecución de las leyes".

Se vulneró la norma en cuanto que el Gobierno reglamentó lo que no podía reglamentar, porque la limitación para la celebración y renovación de los contratos de medicina prepagada, agrega, requiere de claras facultades de intervención las cuales deben ser ejercidas conforme a la ley, criterio que se desconoció ampliamente.

"Artículo 333

"La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

"La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

"La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

"El Estado por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

"La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación".

Resulta claro que el decreto introduce una restricción a la libertad económica de las entidades de medicina prepagada, razón por la cual viola el texto constitucional en comento, en la medida en que esta clase de restricción requiere como es obvio del soporte de una ley.

"Artículo 1602 del Código Civil.

"Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".

La celebración de contratos de medicina prepagada con personas no afiliadas al Sistema de Seguridad Social en Salud, sostiene el actor, no compromete el orden público o las buenas costumbres, por lo que la invalidación que pretende consagrar el Decreto 1485 de 1994, mediante la prohibición de su renovación, resulta contraria abiertamente a estos postulados y por ende debe ser considerada como ostensiblemente ilegal.

Concluye el actor, "En los anteriores términos queda claramente evidenciada la competencia del Gobierno para expedir el acto acusado, en la medida **en que solo la ley puede consagrar una causal que no permita renovar un contrato, cuando las partes han dispuesto lo contrario".** (Negrillas del texto).

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

El Decreto 1485 de 1994, "por el cual se regula la organización y funcionamiento de las Entidades Promotoras de Salud y la protección al usuario en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud" fue dictado por el Presidente de la República en uso de las atribuciones que le confiere el ordinal 11 del artículo 189 de la Constitución Política, o sea en cumplida ejecución de las leyes.

El Título Tercero del Decreto contiene las normas relacionadas con la libre escogencia de las Entidades Promotoras e Instituciones Prestadoras de Salud, una de cuyas reglas es la relacionada con la contratación de planes adicionales tratada en el numeral 12 del artículo decimocuarto, norma demandada y cuya suspensión se solicita.

La norma citada establece una prohibición para la celebración o renovación a partir del 1° de junio de 1995 de los contratos de planes complementarios de medicina prepagada o Seguros de Salud con las personas que no se encuentren afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud, estando obligadas a ello de conformidad con la ley", a menos que existan restricciones en la oferta del sistema.

Como decreto reglamentario que es el 1485, desarrolla una de las partes integrantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud el cual tiene como objetivos según el artículo 152 de la Ley 100 de 1993, regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso de toda la población al servicio en todos los niveles de atención.

Según el artículo 4° de la Ley 100, "La Seguridad Social es un servicio público obligatorio, cuya dirección, coordinación y control está a cargo del Estado y que

será prestado por las entidades públicas o privadas en los términos y condiciones establecidas en la ley".

De acuerdo con el artículo 154 de la Ley 100, "el Estado intervendrá en el servicio público de Seguridad Social en Salud, para buscar entre otros fines, el "asegurar el carácter obligatorio de la Seguridad Social en Salud", "garantizar la observancia de los principios consagrados en la Constitución y en los artículos 2 y 153 de esta ley". El artículo 153 destaca como una de las reglas del servicio público en salud el carácter obligatorio de la afiliación al Sistema para todos los habitantes del país así como la protección integral en salud para la población en sus distintas fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación en la entidad, oportunidad, calidad y eficiencia según lo dispone el Plan Obligatorio de Salud.

Se deduce entonces que el Decreto 1485 lo que hace es poner en marcha la intervención del Estado en el servicio público de seguridad social en salud, al regular las E.P.S. y, tangencialmente, sus relaciones con otros integrantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

No aparece clara la violación del artículo 150 de la Constitución en sus numerales 8 y 21, puesto que sí existe una ley, la 100 de 1993, en la cual se fundamentó el Gobierno para expedir el decreto, aunque obviamente dicha ley no tiene como objeto establecer la limitación a la celebración y renovación de los contratos de medicina prepagada, cuestión que requiere un análisis de fondo para establecer si en la misma se encuentran normas que autoricen dicha limitación.

En cuanto a la violación del artículo 189 numeral 11 se considera que el Gobierno reglamentó las E.P.S. y como antes se indicó, pudo haber tocado tangencialmente las relaciones de las mismas con otros entes del sector de la salud, sin que éstos hubieran sido objeto preciso de la reglamentación y por tanto el análisis dentro del proceso llevaría a concluir si el Presidente de la República excedió o no las facultades reglamentarias, pero no aparece de manera evidente y palpable la violación del citado artículo de la Constitución, puesto que de la simple comparación de las normas no se saca tal conclusión.

El artículo 333 de la Constitución Política está incluido dentro del título XII que contempla el régimen económico y de la Hacienda Pública, artículo que expresamente da la posibilidad de la delimitación legal del alcance de la libertad económica, cuando lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

El interés social, en este caso constituido por el servicio público de salud para todos los habitantes del país, puede ser motivo de limitaciones a la actividad económica, pero es una conclusión a la cual se puede llegar luego de un análisis determinado de la norma y que tampoco se deduce de manera simple de la

comparación de las normas invocadas. No se da tampoco el hecho de que sea evidente la violación de la normatividad constitucional.

En cuanto a la norma invocada del Código Civil se puede decir que ella misma contempla la posibilidad de que el contrato sea invalidado por causas legales; en efecto, la ley puede tomar disposiciones que afecten los contratos de medicina prepagada, pero que sólo el análisis detenido de la Ley 100 de 1993 y del Decreto 1485 de 1994 puede dilucidar si se violó la libertad de contratación de los particulares al limitar la descripción o renovación de tales contratos.

Como lo ha sostenido en oportunidades anteriores esta Corporación, "hay manifiesta violación de una norma superior cuando "se puede percibir a través de una sencilla comparación", esto es, de un solo golpe de vista, o, como se ha dicho también, *prima facie*, sin duda, que no requiere circunloquios ni reflexiones profundas, o sea que de la sola comparación de una y otra normas colocadas como en doble columna, surja evidentemente sin profundidad" (Sección Primera, auto abril 27/84).

Estas características no se dan en este caso y por tanto, no se accederá a la petición de suspensión provisional.

En razón de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

**RESUELVE:**

1. ADMITIR la demanda de nulidad instaurada contra el numeral 12 del artículo 14 del Decreto 1485 del 13 de julio de 1994, expedido por el Gobierno Nacional. En consecuencia:

a) Notifíquese a los señores Ministros de Salud y de Trabajo y Seguridad Social, en la forma prevista por el artículo 150 del C.C.A. Hágase entrega de copias 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) M/cte., para gastos ordinarios del proceso, si los hubiere;

d) Fíjese el negocio en lista por el término de cinco (5) días, para que la parte demandada y demás intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones y pedir pruebas;

e) Por Secretaría solicítese a los Ministerios de Salud y de Trabajo y Seguridad Social el envío, en el término de diez (10) días de los antecedentes administrativos del acto acusado.

2. 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 18 de diciembre de 1995.

*Libardo Rodríguez Rodríguez,* Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz; Rodrigo Ramírez González; Manuel S. Urueta Ayola.*

**MONOPOLIO DE LICORES - Ampliación / APERITIVOS - Monopolio Rentístico del Departamento / ACTIVIDAD ECONOMICA LICITA - Privación / INDEMNIZACION POR PRIVACION DE ACTIVIDAD ECONOMICA LICITA - Ampliación de Monopolio**

**Mediante las disposiciones reglamentarias acusadas no se constituyó un nuevo monopolio sino que, en virtud de lo previsto en la ley que lo estableció, se amplió el marco de su contenido. En efecto, al disponer la norma demandada que los aperitivos son las bebidas alcohólicas con una graduación máxima de 20 grados alcoholimétricos, mientras que los licores son aquellos con una graduación mayor de 20 grados alcoholímetricos, no hay duda de que se amplió el contenido del monopolio de licores, en la medida en que las bebidas cuyo contenido alcohólico se encuentra entre los 20 y los 28 grados alcoholimétricos, que antes eran aperitivos y por lo tanto de libre producción y distribución, pasaron a ser monopolio rentístico de los departamentos en razón de que se les convirtió en licores, en virtud de la ley y la reglamentación en ella prevista. Situación diferente es la relacionada con la prohibición constitucional de aplicar la ampliación del monopolio "antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella (la ley) deban quedar privados del ejercicio de una actividad económica lícita", pues es evidente que si bien esta prohibición no constituye un requisito de constitucionalidad intrínseco de la ley, es decir, para su expedición, su incumplimiento sí puede constituir una violación de la citada norma constitucional, cuyos efectos, no obstante, no pueden ser objeto de controversia en una acción de simple nulidad, como la planteada, sino que deberán ser objeto de reclamación por los posibles afectados a través de las acciones existentes para restablecer los derechos subjetivos conculcados o para obtener las indemnizaciones correspondientes por la aplicación indebida de las normas legales y reglamentarias de las cuales se deriva la ampliación del monopolio.**

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., diecinueve (19) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Radicación 2877.

Actores: Rómulo Perdomo Medina 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 el ciudadano y abogado Rómulo Perdomo Medina en nombre propio y en representación de otros ciudadanos y sociedades según poderes adjuntos a la demanda, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., contra los numerales 6 y 9 del artículo 6° del Decreto 365 del 11 de febrero de 1994 expedido por el Gobierno Nacional, "por medio del cual se modifica parcialmente el Decreto 3192 de 1983 y se dictan otras disposiciones sobre la materia".

## I. ANTECEDENTES

a) **El acto acusado**

El contenido de los citados numerales 6 y 9 del artículo 6° del Decreto número 365 de 1994 es el siguiente:

"Artículo 6°. Modificar. Modificar el artículo 49 del Decreto 3192, con excepción del numeral 10, el cual quedará así:

"Artículo 49. Definiciones. Para efectos del presente decreto determínanse las siguientes definiciones:

"1...

"6. Aperitivo. Es la bebida alcohólica de graduación máxima de 20 grados alcoholimétricos, obtenida por la mezcla de alcohol etílico rectificado neutro o alcohol vínico, agua, vino o vino de frutas, mistela con destilados, infusiones, maceraciones o percolaciones de sustancias vegetales amargas, aromáticas o estimulantes permitidos y sus extractos o esencias naturales. Puede ser edulcolorado con sacarosa, glucosa, fructuosa, mosto, miel y adicionado o no de productos similares o de aditivos permitidos por el Ministerio de Salud.

"PARAGRAFO...

"6.1. Aperitivo vínico...

"6.1.1. Vinos compuestos...

"6.1.1.1. Vermouth...

"6.2. Aperitivo no vínico...

"6.2.1. Sangría...

"6.3. Aperitivos especiales...

"6.3.1. Sabajón...

"6.4. Amargos...

"6.5. Aromatizados o saborizados...

"6.6. Coctel...

"6.7. Refresco de vino..."

"9. Licor. Es la bebida alcohólica con una graduación mayor de 20 grados alcoholimétricos, que se obtiene por destilación de bebidas fermentadas, o por mezcla de alcohol rectificado neutro o aguardiente con sustancias de origen vegetal, o con extractos obtenidos con infusiones, percolaciones o maceraciones de los citados productos. Sólo podrá edulcorarse con sacarosa, glucosa, fructuosa, miel o sus mezclas y colorearse con los colorantes permitidos por el Ministerio de Salud".

b) **Las normas presuntamente violadas y el concepto de la violación**

La parte actora considera que con la expedición del acto acusado se violaron los artículos 2°, 4°, 58, 333 y 336 de la Constitución Política; 61, 62, 66 numerales 3 y 70 de la Ley 14 de 1983; y 84 del C.C.A., por las razones que bajo la forma de cargos se sintetizan a continuación:

*Primer cargo.* El Gobierno Nacional so pretexto de ejercer la potestad reglamentaria expidió el Decreto 365 de 1994 contentivo de las normas que allí se demandan, modificando parcialmente el artículo 49 del Decreto 3192 de 1983 y definiendo los aperitivos como aquellas bebidas de graduación máxima de 20 grados y los licores como aquellas con una graduación mayor de 20 grados alcoholimétricos.

Al definir los licores y los aperitivos el acto acusado desconoció el artículo 70 de la Ley 14 de 1983, pues no se tuvieron en cuenta las normas técnicas del Icontec que dicha norma exige como requisito previo a la procedencia de las definiciones.

*Segundo cargo.* Al variar la definición de licores y aperitivos contenida en el Decreto 3192 de 1983, la norma demandada convirtió en licores los

aperitivos, instituyendo éstos últimos como monopolio, lo cual viola el artículo 336 de la Constitución Política, pues éstos sólo pueden ser establecidos mediante una ley y previa indemnización, en este caso, a los ciudadanos que vienen ejerciendo la industria de aperitivos como bebidas de libre producción y distribución como lo dispone el artículo 62 de la Ley 14 de 1983, igualmente violado.

*Tercer cargo.* Al variar la graduación máxima de grados alcoholimétricos en las definiciones de licores y aperitivos se modificó en forma tácita el impuesto al consumo que al tenor del artículo 66 de la Ley 14 de 1983 es del 35% para los licores y el 5% para aperitivos, razón por la cual dicha norma fue violada.

*Cuarto cargo.* Antes de la expedición del Decreto 365 de 1994 los aperitivos, al no ser considerados licores, no estaban incluidos dentro del monopolio de éstos; al aplicarse la norma demandada en forma inmediata se varió el status que muchos industriales y empresarios tenían, viéndose privados del ejercicio de una actividad económica lícita, coartándoseles la libre competencia y desestimulando así el desarrollo empresarial, en contravía de los artículos 333 y 336 de la Constitución Política.

El artículo 62 de la Ley 14 de 1983 dispone que los aperitivos y similares son de libre producción y distribución y que causarán el impuesto nacional de consumo que señala dicha ley, esto es el 5% (artículo 66 numeral 3); el impuesto en cuestión, de conformidad con el artículo 64 *ibidem,* será cedido a los departamentos y éstos por mandato del artículo 65 *ibidem* sólo pueden expedir las normas para reglamentar los aspectos administrativos de recaudo y para asegurar su pago, impedir su evasión y eliminar el contrabando de los productos de que trata dicha ley. En consecuencia, no se requiere ni permiso ni resolución de los departamentos para producir o distribuir bienes de libre comercio.

El artículo 61 de la Ley 14 de 1983 instituye el monopolio de licores pero quien lo aplica es el departamento respectivo, siendo por lo tanto éste el obligado a indemnizar, pues en su favor o beneficio es que la ley establece el monopolio de licores.

*Quinto cargo.* El acto acusado transgredió el artículo 58 de la Carta, ya que "...lo dispuesto en las nuevas normas se les podrá aplicar inmediatamente a quienes no tengan registros sanitarios o apenas lo soliciten, pero *no se les puede aplicar a quienes (como en el caso de mis mandantes)* SE REGÍAN POR LAS NORMAS ANTERIORES, ES DECIR, LOS APERITIVOS CON MENOS DE 28 GRADOS ALCOHOLIMÉTRICOS SEGUIRÁN CONSIDERÁNDOSE DE LIBRE COMERCIO Y CANCELARÁN SOLAMENTE EL IMPUESTO AL CONSUMO DEL 5% COMO LO

DISPONEN LA LEY 14 DE 1983 Y EL DECRETO 3192 DE 1983... Frente a la situación que se presenta en el caso en estudio, al parecer se trata de institucionalizar **SIN LEY PREVIA QUE LO AUTORICE,** SINO A TRAVÉS DE LA INTERPRETACIÓN SUBJETIVA Y ERRADA DE UN DECRETO, UN NUEVO MONOPOLIO DE LOS DEPARTAMENTOS PARA LA VENTA DE BEBIDAS DE 20 A 28 GRADOS ALCOHOLIMÉTRICOS:.." (folios 149 y 150).

Con la aplicación del acto acusado a quienes venían ejerciendo la actividad lícita a que se contrae la presente demanda, se están desconociendo derechos adquiridos y se está violando el principio de la irretroactividad de la ley.

El artículo 66 numeral 3 de la Ley 14 de 1983 fijó el impuesto al consumo para los aperitivos (5%), lo que implica que el mismo está fijado de acuerdo con la denominación de la respectiva bebida y no a su grado alcoholimétrico.

*Sexto cargo.* Las normas demandadas fueron expedidas con desviación de poder, dado que elevaron los impuestos de los aperitivos en una forma que pareciera legal y que no dejara traslucir sus verdaderas intenciones. En efecto, al variar la graduación alcoholimétrica los aperitivos pasaron a ser monopolio de los departamentos, sin indemnizar a quienes tienen derechos adquiridos, pues aparentemente los impuestos de los aperitivos no han sufrido variación (5%), cuando la realidad es otra.

Los aperitivos con graduación máxima de 20 grados alcoholimétricos no son competitivos en el mercado, y de llegar a serlo, no hay duda de que el Gobierno volvería a legislar disminuyendo nuevamente dicha graduación, pues lo que busca en forma engañosa e ilegal es sacarlos del mercado.

La desviación de poder es evidente pues con la aparente legalidad del acto y su aplicación inmediata se desconocieron derechos legítimos adquiridos con justo título y buena fe, y se pretendió burlar la indemnización a que tienen derecho los industriales de aperitivos en Colombia.

*Séptimo cargo.* Se violó el artículo 333 de la Carta Política que consagra el principio de la libertad económica, derecho fundamental de los empresarios que ejercen el comercio de bebidas con contenido de alcohol por debajo de los 28 grados.

Las secretarías de hacienda a raíz de la expedición del decreto acusado no permiten que los empresarios o industriales de bebidas con contenido alcoholimétrico menor de 28 grados paguen el impuesto del 5% prefijado en la Ley 14 de 1983, sino que pretenden cobrar el 35% institucionalizando un

nuevo monopolio por fuera de la ley, restringiendo la libre iniciativa y la libre empresa, pues dichos empresarios debieron cerrar sus industrias o empresas, al obstaculizarse el derecho a comercializar sus productos.

El Decreto acusado no puede ir en contra de la Constitución Política que dice que en caso de incompatibilidad entre ésta y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

En este caso debe aplicarse el artículo 336 de la Carta y no el Decreto 365.

*Octavo cargo.* La potestad reglamentaria no puede exceder la ley que reglamenta ni tampoco violar una ley posterior ni la Constitución Política.

En el caso *sub judice* el Decreto 365 al parecer reglamenta el artículo 417 de la Ley 9ª de 1979, que autorizó al Ministerio de Salud para clasificar las bebidas alcohólicas de acuerdo con su contenido, pero aquél no tuvo en cuenta que la Ley 14 de 1983 en su artículo 61 estableció el monopolio y en el siguiente determinó que entre otros, los aperitivos serían de libre producción y distribución, es decir que los dejó por fuera del monopolio que ahora pretende incluirlos. En consecuencia, la ley 14 de 1983 limitó la facultad reglamentaria del Gobierno por lo cual éste, al expedir la norma acusada, excedió dicha facultad.

Además al definir los aperitivos y los licores, variando su graduación alcoholimétrica, el Gobierno Nacional no tuvo en cuenta las normas del Icontec como lo dispone el artículo 70 de la Ley 14 de 1983, violando así esta disposición legal.

El Gobierno Nacional so pretexto de reglamentar la Ley 9ª de 1979 no podía variar, como en efecto lo hizo, la Ley 14 de 1983 en cuanto al impuesto al consumo, modificando el porcentaje de grados alcoholimétricos.

El acto administrativo demandado no se sujetó al orden jerárquico de las normas, ya que aunque el artículo 84 del C.C.A. no lo exprese, se entiende que toda decisión administrativa de cualquier categoría debe estar sujeta al orden de preferencia de disposiciones.

Finalmente, el apoderado de los demandantes adicionó su demanda manifestando que el Ministerio de Salud, máximo órgano rector de la salud en el país, mediante la Circular número 009 del 13 de abril de 1994, dio claridad meridiana al asunto en cuestión, por cuanto aclaró el alcance del Decreto 365 de 1994; señaló que con la expedición del Decreto 365 de 1994 se modificaron las definiciones de aperitivos y licores, quedando clasificadas como licores las bebidas alcohólicas con graduación mayor de 20 grados alcoholimétricos y

aperitivos los de menos de 20 grados; y afirmó que los aperitivos dejaron de ser de libre producción y distribución como lo establece el artículo 62 de la Ley 14 de 1983, pues al ser clasificados como licores pasan a estar regulados por el artículo 61 *ibidem* que dispone que la producción, introducción y venta de licores destilados constituyen monopolio.

El apoderado de los actores señala cómo lo anterior confirma que efectivamente se amplió el monopolio rentístico por medio de un decreto reglamentario sin indemnización previa a sus mandantes, revocándoseles en forma directa e ilegal los actos administrativos de carácter personal y subjetivo en que se constituyen los registros, violándoseles los derechos adquiridos y persiguiendo la libre empresa y las actividades privadas lícitas.

Agrega que la expresión contenida en la circular "sin perjuicio de lo anterior", significa que si bien es cierto el impuesto al consumo de bebidas de graduación entre 20 y 28 grados alcoholimétricos pasó de 5% a 35%, a quienes se les habían expedido los registros sanitarios se les seguirá aplicando el 5% para las bebidas hasta de 28 grados.

c) **Las razones de la defensa**

El apoderado de la Nación - Ministerio de Salud en la contestación de la demanda (fls. 221 a 225), expresa que el artículo 417 de la Ley 9ª de 1979 facultó al Gobierno Nacional para reglamentar lo relativo a las bebidas alcohólicas y para clasificarlas de acuerdo con su contenido alcohólico. Dicha ley fue reglamentada inicialmente por el Decreto 3192 de 1983, el cual dispuso que los aperitivos tienen una graduación máxima de 28 grados alcoholimétricos, mientras que los licores tienen una graduación superior a dichos 28 grados.

La potestad reglamentaria en esta materia es permanente y por lo tanto las definiciones contenidas en el Decreto 3192 de 1983 no son inmodificables como lo pretende la parte actora.

En ejercicio de la facultad reglamentaria se expidió el decreto acusado, el cual definió los licores como aquellas bebidas cuyo contenido es superior a 20 grados y los aperitivos aquellas cuyo contenido máximo es 20 grados alcoholimétricos.

De otra parte, el artículo 78 de la Constitución Política señala que la ley regulará el control sobre la calidad de bienes y servicios ofrecidos y que quienes los produzcan o comercialicen serán responsables en la medida en que éstos atenten contra la salud.

A su turno, el artículo 49 *ibidem* prescribe que la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado, siendo el Ministerio de

Salud el organismo rector de las políticas en la materia y a quien corresponde dictar las medidas para hacerlas efectivas.

Al redefinir los conceptos de licores y aperitivos y variar su graduación alcoholimétrica, el Gobierno no hizo otra cosa que lo ordenado en la Ley 9ª de 1979 y en los mandatos constitucionales que le otorgan el manejo de la salud.

Al disminuir la graduación alcoholimétrica de los aperitivos no se está instituyendo un monopolio en favor del Estado, ya que aquélla puede ser variada por el Estado de acuerdo con las normas nacionales e internacionales y siempre que a su juicio tales modificaciones conlleven bienestar para los consumidores.

La expedición de resoluciones por parte del Ministerio de Salud a los productores de aperitivos con una duración de 10 años no puede entenderse como un término absoluto, ya que al variarse la graduación alcoholimétrica de dichas bebidas les corresponde a los fabricantes adecuar sus bienes a la nueva reglamentación, pues la base sobre la cual fueron expedidas tales resoluciones se modificó sustancialmente.

La potestad reglamentaria no ha sido excedida, ya que se reglamentó el artículo 417 de la Ley 9ª de 1979 que en nada afecta la norma fiscal a que alude el libelo.

En cuanto a la afirmación de que no se tuvieron en cuenta las normas Icontec a que se refiere el artículo 70 de la Ley 14 de 1983, debe decirse que el Decreto 365 no puede reglamentar materias fiscales que no son de su competencia, dado que ello implicaría aceptar que a través de una ley de naturaleza diferente se puedan reglar asuntos de otras materias.

Además, en gracia de discusión, el artículo 70 de la Ley 14 de 1983 no condiciona las definiciones a un concepto previo del Icontec, sino que prescribe que dichas normas deben tenerse en cuenta, cuestión que precisamente hizo el Ministerio de Salud, pues las definiciones de licores, vinos y aperitivos, lo mismo que de sus componentes, están basadas en las normas Icontec, como se desprende de la simple comparación del texto del decreto acusado y las normas y recomendaciones de Icontec.

Tampoco existe la desviación de poder alegada, ya que el propósito exclusivo del acto demandado es la reducción del grado alcoholimétrico de los aperitivos en beneficio de los consumidores, sin que ello implique una imposición fiscal que no es del resorte del Ministerio de Salud.

La norma en cuestión no prohíbe la fabricación de aperitivos por parte de los particulares: pretende simplemente que éstos se acojan a la nueva reglamentación.

Finalmente, frente a la violación del artículo 58 de la Carta respecto de la propiedad privada y los derechos adquiridos, debe precisarse que la propiedad

es una función social que implica obligaciones y en consecuencia frente al interés común debe hacer ciertas concesiones. No se pretende privar a ninguna persona de la libertad para fabricar aperitivos, sólo que quien quiera hacerlo deberá cumplir con las disposiciones que regulen dicha materia y el Ministerio de Salud otorgará a quienes así lo acrediten las correspondientes inscripciones.

Los artículos 594 y 597 de la Ley 9ª de 1979 prescriben, respectivamente, que la salud es un bien de interés público y que todas las disposiciones en materia de salud son de orden público.

d) **La actuación surtida**

De conformidad con las normas previstas en el C.C.A., al proceso se le dio el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto del 30 de junio de 1994 se admitió la demanda, se ordenó darle el trámite correspondiente y se denegó la solicitud de suspensión provisional de los efectos de las normas acusadas (fl. 200).

Dentro del término de traslado para alegar de conclusión, hicieron uso de tal derecho la parte demandante (fl. 515) y la parte demandada (fl. 555).

## II. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado ante esta Corporación conceptúa que no son procedentes las pretensiones de la demanda, pues la Ley 9ª de 1979 autorizó al Ministerio de Salud para clasificar las bebidas alcohólicas por su contenido de alcohol.

A su turno, el artículo 70 de la Ley 14 de 1983 reitera al gobierno dicha facultad, quien deberá tener en cuenta para elaborar tales definiciones las normas técnicas del Ministerio de Salud y del Icontec.

El ejercicio de la potestad reglamentaria en esta materia obedece a razones de conveniencia orientadas a salvaguardar la salud de los miembros de la comunidad.

En consecuencia, la facultad ejercida a través del decreto acusado no vulnera el artículo 70 de la Ley 14 de 1983, puesto que la clasificación de bebidas alcohólicas se hizo con fundamento en su contenido de alcohol, no siendo necesario ni obligatorio para el efecto tener que consultar las normas de Icontec.

Respecto de los monopolios, debe decirse que el artículo 336 de la Constitución Política (antes 31) consagra la posibilidad de establecer monopolios

como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley.

En desarrollo de esta disposición se expidió la Ley 14 de 1983, que establece el monopolio de los licores destilados en favor de los departamentos.

El hecho de que se haya expedido el Decreto 365 de 1994, modificatorio del artículo 49 del Decreto 3192 de 1983, no implica un desconocimiento de la Constitución ni de la ley, ni tampoco un desbordamiento de la potestad reglamentaria, porque la Carta autoriza la constitución de monopolios, como efectivamente se establece en la Ley 14 de 1983 respecto de los licores.

En aras del interés social el Gobierno expidió el acto demandado que lo único que hizo fue redefinir los conceptos de licores y aperitivos en razón a la conveniencia para la salud pública, en desarrollo de la Ley 9ª de 1979 y en armonía con la Ley 14 de 1983 (artículo 70).

En el presente evento no se puede hablar del desconocimiento de derechos adquiridos por cuanto el registro sanitario para producir o vender bebidas alcohólicas, se expide sólo para esos efectos, independientemente de los impuestos que su producción y venta generen.

## III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 1. Fundamentos del acto acusado

El artículo 417 de la Ley 9ª de 1979, fundamento del Decreto 365 de 1994 cuya nulidad parcial aquí se demanda, facultó al Ministerio de Salud para clasificar las bebidas alcohólicas en los siguientes términos:

> "Artículo 417. Todas las bebidas alcohólicas cumplirán con las normas de la presente ley y sus reglamentaciones. El Ministerio de Salud clasificará las bebidas alcohólicas de acuerdo con su contenido alcohólico".

A su turno, el artículo 70 de la Ley 14 de 1983 reiteró dicha facultad reglamentaria así:

> "Art. 70. El Gobierno Nacional, en desarrollo de la potestad reglamentaria y teniendo en cuenta las normas técnicas del Ministerio de Salud y del Icontec, definirá qué se entiende por licores, vinos, aperitivos y similares, para los efectos de esta ley".

### 2. El contenido del acto acusado y la esencia de la controversia

En ejercicio de la potestad reglamentaria, el Gobierno Nacional a través del Decreto 3192 de 1983, definió los conceptos de licor y aperitivo y

posteriormente los redefinió en el Decreto 365 de 1994, cuya nulidad parcial aquí se demanda.

A efectos de comparar los conceptos contenidos en uno y otro decreto, la Sala transcribirá los artículos que contienen dichas definiciones:

| **Decreto 365 de 1994** | **Decreto 3192 de 1983** |
|---|---|
| Artículo 6°. Modificar. Modificar el artículo 49 del Decreto 3192, con excepción del numeral 10, el cual quedará así: | |
| "Artículo 49. Definiciones. Para efectos del presente Decreto determínanse las siguientes definiciones: | "Artículo 49. Definiciones. Para efectos del presente Decreto determínanse las siguientes definiciones: |
| "1... | "1... |
| "6. Aperitivo. Es la bebida alcohólica de **graduación máxima de 20 grados alcoholimétricos**, obtenido por la mezcla de alcohol etílico rectificado neutro o alcohol vínico, agua, vino o vino de frutas, mistela con destilados, infusiones, maceraciones o percolaciones de sustancias vegetales amargas, aromáticas o estimulantes permitidos y sus extractos o esencias naturales. Puede ser edulcorado con sacarosa, glucosa, fructuosa, mosto, miel y adicionado o no de productos similares o de aditivos permitidos por el Ministerio de Salud... | "6. Aperitivo. Es la bebida alcohólica **de graduación máxima de 28 grados alcoholimétricos,** obtenido por mezcla de alcohol etílico, rectificado, neutro o alcohol vínico, agua, vino o vino de frutas, mistela con destilados, infusiones, maceraciones o percolaciones de sustancias vegetales amargas, aromáticas o estimulantes permitidos y sus extractos o esencias naturales. Puede ser edulcorado con sacarosa, glucosa, fructuosa, mostos, miel y adicionado o no de productos alimenticios, o de aditivos permitidos por el Ministerio de Salud... |
| "9. Licor. Es la bebida alcohólica con una **graduación mayor de 28 grados alcoholimétricos**, que se obtiene por destilación de bebidas fermentadas, o por mezcla de alcohol rectificado neutro o aguardiente con sustancias de origen vegetal, o con extractos obtenidos por infusiones, percolaciones o maceraciones de los citados productos. Sólo podrá edulcolorarse con sacarosa, glucosa, fructuosa, miel o sus mezclas y colorearse con los colorantes permitidos por el Ministerio de Salud". | "9. Licor. Es la bebida alcohólica con una **graduación mayor de 20 grados alcoholimétricos,** que se obtiene por destilación de bebidas fermentadas, o por mezcla de alcohol rectificado neutro o aguardiente con sustancias de origen vegetal, o con extractos obtenidos con infusiones, percolaciones o maceraciones de los citados productos. Sólo podrá edulcorarse con sacarosa, glucosa, fructuosa, miel o sus mezclas y colorearse con los colorantes permitidos por el Ministerio de Salud". |

Comparando las definiciones de licor y aperitivo contenidas en los Decretos 3192 de 1983 y 365 de 1994, arriba transcritas, la Sala observa que éste último sólo las varió en lo que respecta al contenido alcoholimétrico, que es precisamente sobre lo que versa la inconformidad de la parte actora.

En efecto, lo aquí demandado es el Decreto 365 de 1994 en cuanto modificó el artículo 49 del Decreto 3192 de 1983, pues redefinió los aperitivos como aquellas bebidas con una graduación máxima de 20 grados alcoholimétricos (antes 28) y los licores como aquellas con una graduación mayor a los citados 20 grados (antes 28).

En esencia, el apoderado de la parte actora considera que con la redefinición de los conceptos de licor y aperitivo se constituyó un nuevo monopolio, pues las bebidas que oscilan entre los 20 grados y los 28 grados alcoholimétricos que antes de la expedición del Decreto 365 de 1994 eran consideradas aperitivos y cuya producción y distribución era libre al tenor del artículo 61 de la Ley 14 de 1983, hoy son consideradas licores y por lo tanto sujetas al monopolio establecido en el artículo 61 *ibidem*, con lo cual se contrarían las normas que cita como violadas.

3. **El régimen de los licores y aperitivos:**

El artículo 336 de la Constitución Política establece:

"Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley.

"La ley que establezca un monopolio no podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una actividad económica lícita...".

Por su parte, el artículo 31 de la Constitución Política de 1886 establecía en esencia la misma disposición actual en relación con el establecimiento de monopolios en virtud de la ley y con la prohibición de su aplicación antes de que fueran indemnizados quienes quedaran privados del ejercicio de una actividad lícita.

A su vez, el artículo 61 de la Ley 14 de 1983 prescribe:

"La producción, introducción y venta de licores destilados constituyen monopolio de los departamentos como arbitrio rentístico en los términos del artículo 31 de la Constitución Política de Colombia (léase artículo 336). En consecuencia, las Asambleas Departamentales regularán el monopolio o gravarán esas industrias y actividades, si el monopolio no conviene, conforme a lo dispuesto en esta ley..." (negrilla fuera del texto).

A su turno, el contenido del artículo 62 *ibidem* es el siguiente:

"Los vinos, los vinos espumosos o espumantes, **los aperitivos** y similares nacionales **serán de libre producción y distribución**, pero tanto estos como los importados causarán el impuesto nacional de consumo que señala esta ley" (negrillas fuera del texto).

4. **Las conclusiones del análisis de las normas citadas:**

Del análisis coordinado y sistemático de las normas citadas anteriormente, la Sala concluye lo siguiente:

a) La Ley 14 de 1983, en desarrollo del precepto constitucional que autorizaba el establecimiento de monopolios, en su artículo 61 instituyó el monopolio de la producción, introducción y venta de licores destilados y dispuso, en su artículo 62, que la producción y distribución de aperitivos era libre;

b) El artículo 70 de la misma ley previó expresamente que el Gobierno Nacional "definirá qué se entiende por licores, vinos, aperitivos y similares, para los efectos de esta ley", en desarrollo de la potestad reglamentaria y teniendo en cuenta las normas técnicas del Ministerio de Salud y del Icontec. En consecuencia, a pesar de que el Decreto 365 de 1994, demandado, sólo se refiere en su encabezamiento al numeral 11 del artículo 189 de la Constitución y a la Ley 9ª de 1979, ley esta última que había previsto que "el Ministerio de Salud clasificará las bebidas alcohólicas de acuerdo con su contenido alcohólico", realmente es desarrollo también y de manera especial en el aspecto demandado, del citado artículo 70 de la Ley 14 de 1983;

c) Por lo tanto, si bien la Constitución Política de 1886 exigía anteriormente y la de 1991 lo exige en la actualidad, que cualquier monopolio debe ser establecido por la ley, el fundamento legal actual del de la producción, introducción y venta de licores es sin duda la Ley 14 de 1983, la cual, no obstante, defirió expresamente a la potestad reglamentaria la definición concreta de lo que se entiende por licores, es decir, que el contenido mismo del monopolio está dado por la unidad conformada por la ley citada y los decretos reglamentarios que, como el demandado, se expidan para adoptar la definición mencionada;

d) De acuerdo con lo anterior, para la Sala es claro que mediante las disposiciones reglamentarias acusadas no se constituyó un nuevo monopolio sino que, en virtud de lo previsto en la ley que lo estableció, se amplió el marco de su contenido. En efecto, al disponer la norma demandada que los aperitivos son las bebidas alcohólicas con una graduación máxima de 20 grados

alcoholimétricos, mientras que los licores son aquellos con una graduación mayor de 20 grados alcoholimétricos, no hay duda de que se amplió el contenido del monopolio de licores, en la medida en que las bebidas cuyo contenido alcohólico se encuentra entre los 20 y los 28 grados alcoholimétricos, que antes eran aperitivos y por lo tanto de libre producción y distribución, pasaron a ser monopolio rentístico de los departamentos en razón de que se les convirtió en licores, en virtud de la ley y la reglamentación en ella prevista.

5. **La aplicación de las conclusiones anteriores a los cargos de la demanda:**

Con fundamento en las conclusiones anteriores, la Sala concreta la respuesta a los cargos de la demanda, así:

*En relación con el primer cargo.* No puede prosperar la acusación de desconocimiento del artículo 70 de la Ley 14 de 1983, pues si bien de su texto resulta que para las definiciones contenidas en el acto acusado deben "tenerse en cuenta" las normas del Icontec, entre otras, ello de ninguna manera puede interpretarse en el sentido de que las decisiones del Gobierno Nacional en esa materia tengan que coincidir exactamente con dichas normas.

*En relación con el segundo cargo.* No es cierto que con la expedición del acto acusado se hayan violado los artículos 336 de la Constitución y 62 de la Ley 14 de 1983, pues aquél no instituyó un monopolio sino que amplió el contenido de uno ya constituido legalmente, en virtud de facultad expresamente otorgada por la ley. Situación diferente es la relacionada con la prohibición constitucional de aplicar la ampliación del monopolio "antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella (la ley) deban quedar privados del ejercicio de una actividad económica lícita", pues es evidente que si bien esta prohibición no constituye un requisito de constitucionalidad intrínseco de la ley, es decir, para su expedición, su incumplimiento sí puede constituir una violación de la citada norma constitucional, cuyos efectos, no obstante, no pueden ser objeto de controversia en una acción de simple nulidad, como la planteada, sino que deberán ser objeto de reclamación por los posibles afectados a través de las acciones existentes para restablecer los derechos subjetivos conculcados o para obtener las indemnizaciones correspondientes por la aplicación indebida de las normas legales y reglamentarias de las cuales se deriva la ampliación del monopolio.

*En relación con el tercer cargo.* No puede considerarse violado ni modificado el artículo 66 de la Ley 14 de 1983, que establece el impuesto al consumo para los licores y los aperitivos pues, como ya quedó establecido, la

misma ley autorizó al Gobierno para definir qué se entiende por licores y aperitivos para los efectos de dicha ley.

*En relación con el cuarto cargo.* Como ya quedó establecido al responder el segundo cargo, la presunta aplicación de la ampliación del monopolio antes de la indemnización de quienes se vieran privados del ejercicio de una actividad lícita, no es un aspecto de legalidad intrínseca del acto acusado, expedido de acuerdo con las previsiones de la ley, por lo cual no puede afirmarse la violación de los artículos 333 y 336 de la Constitución ni de los artículos 61, 62 y 66 que se citan en este cargo.

*En relación con el quinto cargo.* Como este cargo también se fundamenta en la presunta constitución de un monopolio y de su aplicación indebida a quienes no estaban sometidos a él según las normas anteriores, también le son aplicables los argumentos expresados en relación con el segundo cargo. La Sala hace notar, además, que la garantía de los derechos adquiridos en el caso de los monopolios está dada precisamente por la indemnización ordenada por la Constitución en favor de las personas que en virtud del monopolio, en este caso su ampliación, quedan privadas del ejercicio de una actividad lícita. Por lo tanto, no pueden considerarse violados los artículos 58 de la Constitución y 66 de la Ley 14 de 1983.

*En relación con el sexto cargo.* En este cargo se plantea una presunta desviación de poder que estaría configurada por la elevación disimulada de los impuestos sobre los aperitivos y la aplicación inmediata del acto con el desconocimiento de derechos adquiridos legítimamente y sin indemnización, todo lo cual ha sido respondido en las consideraciones generales de este fallo y en relación con los cargos anteriores, en forma tal que no se configura el vicio planteado.

*En relación con el séptimo cargo.* Como este cargo se refiere nuevamente a la presunta violación de los artículos 333, sobre libertad económica, y 336 sobreestablecimiento de monopolios, cuya presunta violación ya fue respondida en relación con el cuarto cargo, a ello se remite la Sala.

*En relación con el octavo cargo.* Este cargo se fundamenta en la posible violación de la potestad reglamentaria y del orden jerárquico de las normas por violación de la ley y de la Constitución, de acuerdo con las acusaciones contenidas en los cargos anteriores. En consecuencia, al no prosperar ninguno de dichos cargos de conformidad con las consideraciones de este fallo, tampoco puede prosperar este último.

Por todo lo expresado, deben denegarse las súplicas de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Primera, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

1. DENÍEGANSE las súplicas de la demanda.

2. Por no haber sido utilizada, devuélvase la suma depositada por concepto de gastos ordinarios del proceso.

3. 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 Sala en su sesión de fecha dieciocho de diciembre de mil novecientos noventa y cinco.

*Libardo Rodríguez Rodríguez,* Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz; Rodrigo Ramírez González; Manuel S. Urueta Ayola.*

# SECCION SEGUNDA

**MUNICIPIO - Representación legal / JEFE DEPARTAMENTO JURIDICO - Facultades / DELEGACION DE FUNCIONES - Representación del Municipio**

**En virtud de la Resolución 444 de 1990, el Alcalde Municipal de Armenia trasladó al Jefe del Departamento Jurídico la facultad que el ordenamiento jurídico le otorgó para que como representante legal de esa entidad territorial, lleve en los procesos contencioso administrativos la vocería del municipio, lo que puede hacer en los mismos términos en que la ley permite hacerlo a él, vale decir, directamente si se es abogado, o en caso de no serlo o de requerirlo, por conducto de abogado a quien debe conferirse poder en la forma señalada en la ley.**

**REGIMEN PRESTACIONAL DE LOS EMPLEADOS MUNICIPALES - Regulación / CONGRESO DE LA REPUBLICA - Competencia Regulación Régimen Prestacional**

**Siendo infundada la censura contra la sentencia objeto de impugnación y ajustándose a derecho la declaratoria de nulidad del artículo 4º del Acuerdo 27 de 1969, toda vez que el Concejo Municipal de Armenia no se hallaba facultado para regular el régimen de prestaciones sociales de los empleados públicos del municipio, porque esa facultad competía exclusivamente al Congreso de la República en términos de los ordinales 9 y 10 del artículo 76 de la Constitución de 1886 vigente a la fecha de la expedición de dicho Acuerdo.**

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., trece (13) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera ponente: Doctora *Clara Forero de Castro.*

Radicación número 7131.

Referencia: Asuntos municipales.

Actor: Municipio de Armenia.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el Sindicato de Trabajadores al servicio del municipio de Armenia y por el señor Pablo Emilio Torres Muñoz, contra la sentencia de 7 de mayo de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío.

## ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C. C. A. el municipio de Armenia demandó la nulidad del artículo 4° del Acuerdo número 027 de 29 de noviembre de 1969 del Concejo de esa municipalidad que expresa: "Los empleados públicos al servicio del municipio de Armenia, gozarán de las mismas prestaciones extralegales a que tienen derecho los trabajadores al servicio del municipio de Armenia".

En el libelo se citan como disposiciones transgredidas los artículos 197 numeral 3 y 76 ordinales 9 y 10 de la Constitución Política de 1886, que en su orden establecen que es atribución de los concejos municipales determinar la estructura de la administración municipal, las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos y que al Congreso compete exclusivamente, por medio de leyes, fijar el régimen de prestaciones sociales de las distintas categorías de empleo.

La violación la hace consistir en que al extender a los empleados públicos del municipio el régimen de las prestaciones sociales extralegales de los trabajadores oficiales, el Concejo Municipal de Armenia desbordó los límites de competencia establecidos en dichos preceptos, porque los concejos municipales no pueden crear prestaciones sociales o establecer su régimen general, ni siquiera con relación a los trabajadores oficiales, porque sólo el Congreso de la República está facultado para determinar el régimen prestacional de los servidores oficiales.

En apoyo de su tesis, cita y transcribe algunas providencias en las cuales esta Corporación ha reiterado este criterio.

Igualmente se indica en el libelo que el acto acusado infringe el artículo 293 del Decreto 1333 de 1986 –Código de Régimen Municipal–, ya que en él se establece que los empleados públicos municipales se rigen por las normas de la ley y las demás disposiciones que en su desarrollo dicten las autoridades municipales y los trabajadores oficiales se gobiernan por la ley, las cláusulas del respectivo contrato y la convención colectiva de trabajo si la hubiere; que ésta sólo es aplicable a los trabajadores oficiales en términos de los artículos 467, 471 y 472 del Código

Sustantivo del Trabajo; que la prohibición que contempla el parágrafo del artículo 293 del Decreto 1333 de 1986 –respecto de derechos adquiridos–, no se refiere a situaciones generales, abstractas, a meras expectativas de una categoría futura de funcionarios del Estado, pues éstas no constituyen derechos contra la ley nueva; que dicha norma busca respetar las prestaciones extralegales reconocidas y radicadas en cabeza de cada uno de los empleados públicos en particular y que las situaciones laborales futuras de carácter general e impersonal, deben respetar las disposiciones legales en materia prestacional, lo que significa que la nulidad del Acuerdo que se impetra opera hacia el futuro, es decir, para aquellas situaciones laborales no consolidadas.

Mediante providencia del 16 de enero de 1991, el Tribunal decretó la suspensión provisional del acto acusado, decisión confirmada por el Consejo de Estado en proveído fechado el 23 de septiembre del mismo año (fls. 491 a 495 cdno. 2).

## LA SENTENCIA

Tras declarar no probada la excepción de inepta demanda propuesta por el Sindicato de Trabajadores al servicio del municipio demandado aduciendo la carencia de poder de la accionante para actuar a nombre del municipio de Armenia, el *a quo* declaró la nulidad del artículo 4° del Acuerdo 027 del 29 de diciembre de 1969.

## EL RECURSO

La apoderada del Sindicato de Trabajadores del municipio de Armenia censura el fallo porque considera que a partir de la vigencia del Decreto 2304 de 1989, las entidades públicas "no podían seguir siendo representadas dentro de los nuevos procesos por acto administrativo escrito", sino mediante poder otorgado en la forma ordinaria o manifestación expresa en el momento de la notificación personal, conforme lo establece claramente el artículo 151 del C. C. A., de suerte que el artículo 151 original de dicho estatuto que permitía la posibilidad de conferir apoderamiento mediante acto administrativo escrito quedó sin vigencia.

En el *sub lite,* como el acto administrativo que faculta al Asesor Jurídico para demandar es la Resolución 444 de 1990, ella resulta contraria a la ley, lo que implica que no puede decirse que el municipio de Armenia haya demandado el Acuerdo cuestionado, porque la doctora Plitt Gómez no estaba investida de poder por parte de aquél para hacerlo. Con base en este argumento impetra la revocación de la sentencia y la declaratoria de ineptitud de la demanda.

El señor Pablo Emilio Torres Muñoz, actuando en nombre propio interpuso también recurso de apelación contra el fallo, aduciendo igualmente que el municipio

de Armenia estaba indebidamente representado en el proceso, pues el poder con que actuó su apoderada carece de validez y no la acredita debidamente como su representante, según voces del artículo 150 (sic) del C. C. A., en donde la ley señala las únicas formas en que un alcalde puede otorgar poder, y ninguna de ellas ocurrió en el *sub lite*.

## CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Delegado Cuarto ante esta Corporación, considera acertados los argumentos del Tribunal en relación con la validez de la delegación al Asesor Jurídico del municipio de Armenia para representarlo, hecha por el Alcalde Municipal de Armenia por medio de la Resolución 444 de 1990 y con la violación de los ordinales 9 y 10 del artículo 76 de la Constitución Política de 1886. Por ello, opina que la sentencia amerita ser confirmada.

Llegado el momento de decidir, a ello se procede previas estas

## CONSIDERACIONES

Los apelantes estiman que la Jefe del Departamento Jurídico del Municipio de Armenia, que incoó la acción, carecía de facultad para actuar en nombre de ese municipio, por cuanto a partir de la vigencia del Decreto 2304 de 1989, los representantes legales de las entidades públicas no podían otorgar poder a los funcionarios por medio de acto administrativo, sino que debían hacerlo en la forma ordinaria o mediante manifestación expresa en el momento de la notificación personal.

Si bien, a partir de la vigencia del Decreto 2304/89 no es dable a los representantes legales de las entidades públicas constituir apoderado por acto administrativo, lo cierto es que por medio de la Resolución 444 de 1990 el Alcalde Municipal no confirió poder a la doctora Victoria Eugenia Plitt Gómez para que en nombre del municipio de Armenia demandara el artículo 4° del Acuerdo 27 de 1969, el burgomaestre delegó en el Jefe del Departamento Jurídico del municipio de Armenia la representación legal del mismo en cuanto concierne a las actuaciones judiciales de naturaleza civil, penal, laboral y contencioso-administrativas, así como en las extraprocesales de la misma naturaleza, y precisó qué actividades podía desarrollar el funcionario a quien se delegó aquella función entre las que se encuentras las de:

> "b) Promover los procesos ante las jurisdicciones ordinaria y contencioso-administrativa en que tenga interés el municipio de Armenia y constituirse en parte civil en los procesos penales;
>
> c) Interponer los recursos ordinarios y extraordinarios procedentes contra las providencias dictadas en los procesos mencionados;

d) Conferir poder a abogados externos en aquellos casos en que la naturaleza del negocio lo haga necesario" (fl. 82).

Es claro, entonces, que en virtud de la Resolución 444 de 1990, el Alcalde Municipal de Armenia trasladó al jefe del Departamento Jurídico la facultad que el ordenamiento jurídico le otorgó para que como representante legal de esa entidad territorial, lleve en los procesos contencioso administrativos la vocería del municipio, lo que puede hacer en los mismos términos en que la ley le permite hacerlo a él, vale decir, directamente si se es abogado, o en caso de no serlo o de requerirlo, por conducto de abogado a quien debe conferirse poder en la forma señalada en la ley.

Para actuar en el *sub lite* en virtud de la delegación conferida por la resolución citada como representante legal del municipio de Armenia, la Jefe del Departamento Jurídico cuya calidad se acredita con el documento obrante a folio 80, tenía dos opciones: o promover directamente el proceso, caso en el cual debía demostrar ser abogada, o hacerlo por medio de abogado titulado e inscrito. Como optó por lo primero, ha de decirse que se halla probado en autos que dicha funcionaria ostenta la calidad de abogada inscrita ya que es portadora de la T. P. número 34.164 expedida por el Ministerio de Justicia (fl. 12 vto.) y por ende no existía ninguna razón legal para que el *a quo* se abstuviera de admitir la demanda y dar curso al proceso promovido por el representante legal del municipio de Armenia a fin de obtener la nulidad del artículo 4° del Acuerdo 27 de 1969 del Concejo Municipal.

De Acuerdo con lo anterior no es dable admitir que en el caso *sub examine* se hubiera quebrantado lo dispuesto en el artículo 151 del C. C. A. y que por ello debiera declararse la ineptitud de la demanda como lo reclaman los recurrentes.

Siendo infundada la censura contra la sentencia objeto de impugnación y ajustándose a derecho la declaratoria de nulidad del artículo 4° del Acuerdo 27 de 1969, toda vez que el Concejo Municipal de Armenia no se hallaba facultado para regular el régimen de prestaciones sociales de los empleados públicos del municipio, porque esa facultad competía exclusivamente al Congreso de la República en términos de los ordinales 9 y 10 del artículo 76 de la Constitución de 1886 vigente a la fecha de la expedición de dicho Acuerdo se impone la confirmación del fallo apelado.

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

**FALLA:**

CONFÍRMASE la sentencia proferida el 7 de mayo de 1992 por el Tribunal Administrativo del Quindío en el proceso promovido por el municipio de Armenia, a fin de que se declare la nulidad del artículo 4° del Acuerdo 027 de 1969.

Cópiese, notifíquese y 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 de 27 de septiembre de 1995.

*Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.*

*Myriam Viracachá Sandoval,* Secretaria (E.).

**REDISTRIBUCION DE DESPACHOS JUDICIALES - Distrito Judicial de Antioquia / SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia / CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA - Funciones / SALA PLENA CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA - Funciones / SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA - Funciones / SALA ADMINISTRATIVA CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA - Funciones**

**El instituto jurídico denominado "suspensión provisional" tiene como finalidad interrumpir los efectos jurídicos de un acto administrativo demandado, que goza de la presunción de legalidad, cuando "haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de las mismas, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud" lo que alcanza mayor relieve, a la luz del artículo 152 del C. C. A. tratándose de una acción de nulidad es la propuesta en el *sub lite,* el artículo 257 de la Carta le otorga al Consejo Superior de la Judicatura, sin especificar ninguna sala, ciertas funciones que debe cumplir "con sujeción a la ley" entre ellas, se encuentran la de fijar la división del territorio para efectos judiciales; al de crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos en la administración de justicia; la de dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la administración de justicia; los relacionados con la organización y funciones internas asignadas a los distintos cargos y la regulación de los trámites y administrativos que se adelanten en los despachos judiciales, en los aspectos no previstos por el legislador, la de proponer proyectos de ley relativos a la administración de justicia y a los códigos sustantivos y procedimentales, y las demás funciones que señale la ley. El Decreto 2652 de 1991, creó, además de las salas jurisdiccional, disciplinaria y administrativa en que el artículo 254 de la Constitución dividió a ese consejo, la Sala Plena a la que otorgó 18 funciones conforme a su artículo 4º a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, las indicadas en los artículos 9º y 10 y a la Sala Administrativa las funciones precisadas en los artículos 11 y 12. Frente a la declaratoria de inexequibilidad de,**

**entre otros, los numerales 4° y 5° y parte del 8° del artículo de ese decreto, las funciones a que ellos se referían y que debía la Sala Plena del Consejo Superior de la Judicatura, fueron declarados inexequibles precisamente por no haber sido atribuidas a la Sala Administrativa, como se desprende de la parte considerativa de ese fallo de la Corte Constitucional. Siendo ello así, por lo menos se aprecia que la competencia radica, en principio, en la Sala Administrativa, circunstancia que no permite decretar, en este momento, la suspensión provisional. No es que el juzgador constitucional "haga leyes", sino que señala pautas que sirven de guía al intérprete del proveído.**

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., trece (13) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Alvaro Lecompte Luna.*

Radicación número 12131.

Referencia: Autoridades nacionales.

Actor: Félix Hoyos Lemus.

El ciudadano Félix Francisco Hoyos Lemus, en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública u objetiva de nulidad contemplada en el artículo 84 del C. C. A. (subrogado por el artículo 14 del Decreto-ley 2304 de 1989) demanda los Acuerdos números 095 y 096 de 15 de junio de 1995 (fols. 1 a 9) dictados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura mediante los cuales se redistribuyen los despachos judiciales del Distrito Judicial de Antioquia y se adopta el reordenamiento del Distrito Judicial de Medellín, respectivamente. En el mismo libelo, solicita la suspensión provisional de los actos acusados.

I

Como la demanda llena los requisitos legales establecidos en los artículos 137, 138 y 139 del C. C. A. y esta corporación es competente para conocer de este asunto al tenor del ord. 1° del artículo 128 *ibidem,* habrá de admitirse.

II

Los argumentos esgrimidos por el actor para impetrar la suspensión provisional son los siguientes:

1. Infracción ostensible de los artículos 152, literal b) y 257 de la Constitución Política.

Afirma que sin necesidad de hacer profundos razonamientos, se llega a la conclusión de que el Consejo Superior de la Judicatura sólo podrá desarrollar las funciones que informan la materia de los Acuerdos demandados con sujeción a la ley, porque así lo ordena imperativamente el artículo 257 de la Carta Política y los Acuerdos mencionados no pueden tener la pretensión de erigirse en "reglamentos autónomos", sino que entre ellos y la Constitución debe mediar una ley.

Esa ley, dice, tiene el especialísimo carácter de ley estatutaria de conformidad con el literal b) del artículo 152 de la Carta y dicha ley aún no ha sido promulgada y se encuentra apenas en trámite de revisión previa ante la Corte Constitucional, de conformidad con el artículo 153 *ibidem.* Y por eso, los Acuerdos cuestionados, al haber sido expedidos sin respaldo en ley alguna, por imposibilidad jurídica, deben declararse suspendidos provisionalmente.

Por otro aspecto, además de no avenirse los Acuerdos al literal b9 del artículo 152 y al artículo 257 mencionados, caen en la causal de anulación denominada "falsa motivación" por anunciarse en su acápite, que se dicta en ejercicio de facultades constitucionales y *legales,* no obstante que, como se ha visto, no existe todavía la ley estatutaria que tal cosa establezca, amén de que las normas correspondientes del Decreto extraordinario 2652 de 1991 fueron declaradas inexequibles por la Corte Constitucional.

2. Infracción manifiesta del artículo 5°, literal c) transitorio de la Constitución.

A raíz de la determinación de la Asamblea Nacional Constituyente de hacer cesar en sus funciones a quienes, a la sazón, integraban el Congreso, originó la medida de suplir el vacío que se presentaba otorgando facultades extraordinarias al Presidente de la República para tomar las medidas administrativas necesarias para el funcionamiento de la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura, lo que el jefe de Estado ejerció oportunamente, previa consideración y no improbación por la comisión especial creada por el artículo 6° transitorio, al expedir el Decreto extraordinario 2652 de 1991. En este decreto se dispuso atribuirle a la Sala Plena del Consejo Superior de la Judicatura ciertas facultades, entre otras la de dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la administración de justicia, los relacionados con la organización y funciones internas asignadas a los distintos cargos y la regulación de los trámites judiciales y administrativos que se adelanten en los despachos judiciales, en los aspectos no previstos por el legislador y sin perjuicio de las facultades propias de éste. En ejercicio de esta atribución, y cuando fuere conveniente, el Consejo podrá establecer servicios administrativos comunes a los diferentes despachos judiciales.

Sin embargo, los numerales respectivos fueron declarados inexequibles por la Corte Constitucional en Sentencia C-265/93 de julio 8 de este último año, cuya parte resolutiva dice a la letra:

"Declarar EXEQUIBLE el artículo 4° del Decreto-ley 2652 de 1991, salvo los numerales 3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 9°, 10, 12, 14, 17 y 8° en la parte que dice: 'Los relacionados con la organización y funciones internas asignados a los distintos cargos y la regulación de los trámites judiciales y administrativos que se adelanten en los despachos judiciales, en los aspectos no previstos por el legislador y sin perjuicio de las facultades propias de éste. En ejercicio de esta atribución, y cuando fuere conveniente el Consejo podrá establecer servicios administrativos comunes a los diferentes despachos judiciales' que se declaran INEXEQUIBLES".

Ante esta inexequibilidad de las funciones de la Sala Plena del Consejo Superior de la Judicatura, no podía la Sala Administrativa de dicho organismo arrogárselas y proferir los mentados Acuerdos, ya que la distribución de funciones al interior del Consejo es materia legal. Respecto a esas funciones, la Sala Administrativa y tampoco la Corte Constitucional pueden reacomodarlas entre las distintas salas, pues tan sólo la ley puede hacerlo. Y de ahí la evidente violación de los artículos 152 y 257 de la Constitución según los cuales las funciones del Consejo Superior de la Judicatura deben ser ejercidas con sujeción a la ley, lo que sube de punto si se tiene en cuenta que actualmente ni siquiera el Presidente de la República mediante otro decreto podría hacerlo, dado que la Asamblea Nacional Constituyente fue precisa en señalar que las funciones otorgadas por el artículo 5° transitorio terminarían el día en que se instalara el Congreso elegido el 27 de octubre de 1991, es decir, el 1° de diciembre de ese año, conforme al artículo 3° transitorio.

Tampoco puede afirmarse que la Sala Administrativa pueda derivar competencia para la expedición de los Acuerdos de algunas frases que hace la Corte Constitucional en la parte considerativa de la sentencia C-265/93, dado que ésta carece de funciones legislativas como para decir en el fallo que las funciones que se declaran inexequibles se distribuirán de la Sala Plena, a la Sala Administrativa.

## SE CONSIDERA

A) Debe recordarse, ante todo, que el instituto jurídico denominado "suspensión provisional" tiene como finalidad interrumpir los efectos jurídicos de un acto administrativo demandado, que goza de la presunción de legalidad, cuando "haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud", lo que alcanza mayor relieve, a la luz del artículo 152 del C. C. A., tratándose de una acción de nulidad como es la propuesta en el *sub lite.*

De modo que la norma hace referencia a una manifiesta infracción, o sea, que debe ser evidente sin necesidad de dispendiosas lucubraciones o circunloquios para llegar a la conclusión del caso. O como decía el artículo original, antes de que

se subrogara por el artículo 31 del Decreto-ley 2304 de 1989, "que se pueda percibir a través de una sencilla comparación o del examen o de las pruebas aportadas.

B) El Acuerdo número 095, como se ha indicado, redistribuye los despachos Judiciales del Distrito Judicial de Antioquia, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en particular las previstas en los artículos 256, numeral 1°, y 257, numerales 1, 2 y 3, de la Constitución Política y en el numeral 2 del artículo 11 del Decreto especial legislativo 2652 de 1991.

En cuanto hace al Acuerdo 096, se adopta el reordenamiento del Distrito Judicial de Medellín.

C) Es de analizar entonces si los Acuerdos en cuestión fueron expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura en ejercicio de las funciones que le otorgan la Constitución *y la ley,* a la luz de las disposiciones constitucionales que el demandante dice que se han desconocido.

El artículo 257 de la Carta le otorga al Consejo Superior de la Judicatura, sin especificar ninguna sala, ciertas funciones que debe cumplir "con sujeción a la ley". Entre ellas, se encuentran la de fijar la división del territorio para efectos judiciales y ubicar y redistribuir los despachos judiciales, la de crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos en la administración de justicia, la de dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la administración de justicia; los relacionados con la organización y funciones internas asignadas a los distintos cargos y la regulación de los trámites judiciales y administrativos que se adelanten en los despachos judiciales, en los aspectos no previstos por el legislador, la de proponer proyectos de ley relativos a la administración de justicia y a los códigos sustantivos y procedimentales; y las demás funciones que señale la ley.

Como se observa, esas funciones y atribuciones deben cumplirse con "sujeción a la ley".

Es cierto que esa ley sería, en principio, el Decreto 2652 de 1991. Ese decreto creó, además de las salas jurisdiccional disciplinaria y administrativa en que el artículo 254 de la Constitución dividió a ese consejo, la Sala Plena a la que otorgó 18 funciones conforme a su artículo 4°, a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, las indicadas en los artículos 9° y 10 y a la Sala Administrativa las funciones precisadas en los artículos 11 y 12.

Ahora bien, frente a la declaratoria de inexequibilidad de, entre otros, los numerales 4°, 5° y parte del 8° del artículo 4° de ese decreto, las funciones a que ellos se referían y que debía ejercer la Sala Plena del Consejo Superior de la Judicatura, fueron declarados inexequibles precisamente por no haber sido atribuidas a la Sala Administrativa, como se desprende de la parte considerativa de ese fallo de la Corte Constitucional. Siendo ello así, por lo menos se aprecia que la

competencia radica, en principio, en la Sala Administrativa, circunstancia que no permite decretar, en este momento, la suspensión provisional. No es que el juzgador constitucional "haga leyes", sino que señala pautas que sirven de guía al intérprete del proveído.

Ya habrá ocasión, en la sentencia, de estudiar con mayor precisión estas consideraciones, que llevan a la Sala a denegar la suspensión provisional.

Por manera que al examinarse los actos acusados no surge el quebranto ostensible de las normas superiores reseñadas en la solicitud, razón por la cual la Sala no accederá a la medida impetrada.

**Por lo expuesto,**

**SE RESUELVE**

1. Admítese la demanda instaurada por el ciudadano Félix Francisco Hoyos Lemus, quien obra en su propio nombre. En consecuencia,

**SE DISPONE**

a) Notifíquese personalmente a la Directora Nacional de Administración Judicial;

b) Notifíquese personalmente este proveído al Agente del Ministerio Público;

c) Fíjese el 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;

d) Solicítese a la Secretaría de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, el envío, dentro del término de quince (15) días, de los antecedentes administrativos de los actos acusados. Líbrese el correspondiente oficio;

e) No se ordena el depósito a que se refiere el numeral 4° del artículo 207 del C. C. A. modificado por el artículo 46 del Decreto-ley 2304 de 1989) por no haber lugar a ello por la naturaleza a que se contrae el asunto *sub lite.*

2. Deniégase la suspensión provisional de los Acuerdos 095 y 096 dictados el 15 de junio de 1995, por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día 27 de septiembre de 1995.

*Carlos Arturo Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.*

*Myriam C. Viracachá Sandoval,* Secretaria (E.).

**CUERPO DE BOMBEROS DE BOGOTA - Régimen Pensional / PRESTACIONES SOCIALES - Creación / CONGRESO DE LA REPUBLICA - Competencia de creación de prestaciones / CONCEJO DISTRITAL - Incompetencia de creación de prestaciones**

**Tal vez el Acuerdo 3 determina el régimen pensional de los servidores de una entidad oficial que ostentan la calidad de empleados públicos, la Sala encuentra que el Concejo de Bogotá no podía válidamente crear prestaciones, porque ésta es una facultad exclusiva y excluyente del Congreso de la República, o del Presidente de la República en ejercicio de facultades extraordinarias, según el texto de la Constitución de 1886. Ello tiene su razón de ser por mandato del artículo 76, numeral 9, de la Constitución Política vigente, pues la determinación del régimen prestacional de las distintas categorías de empleos públicos es potestad exclusiva del Congreso, de modo que el Acuerdo 3 del 29 de abril de 1988 resulta contrario a lo previsto en tales preceptos constitucionales. No podía la Administración establecer un régimen especial de pensiones para el personal del Cuerpo de Bomberos de Bogotá, D. E., porque además, los concejos en todos los casos debían someterse a los parámetros que el legislador hubiera señalado para esas materias, porque éstos sólo podían abarcar lo relacionado con las escalas de remuneración (artículo 197-3 de la Constitución Nacional de 1886, pero siempre conforme con la ley).**

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

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

Consejero Ponente: Doctor *Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Radicación número 10292.

Referencia: Asuntos municipales.

Actor: Juan Carlos Cuesta Quintero.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha 11 de marzo de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual declaró la nulidad del Acuerdo número 3 de abril 29 de 1988, proferido por el Concejo de Bogotá, Distrito Especial, en cuanto establece "un Régimen Especial de Pensiones para el personal del Cuerpo de Bomberos de Bogotá y se dictan otras disposiciones de carácter laboral".

## LA DEMANDA

En el escrito de folios 1-5 del actor, actuando en nombre propio, presenta demanda en acción de nulidad contra el Acuerdo 3 de abril 29 de 1988, expedido por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá; "Por el cual se establece Régimen Especial de pensiones para el personal del Cuerpo de Bomberos de Bogotá, D. C., y se dictan otras disposiciones de carácter laboral".

Como hechos que sustentan la anterior pretensión se indican los siguientes:

El honorable Concejo de Bogotá expidió el 29 de abril de 1988 el Acuerdo 3, mediante el cual estableció un Régimen Especial de Pensiones para el Personal del Cuerpo de Bomberos de Bogotá, y dictó otras disposiciones de carácter laboral.

Para la expedición de este Acuerdo el Concejo del Distrito Especial de Bogotá hizo uso de las atribuciones constitucionales y legales conferidas en los artículos 197 de la Constitución Nacional, el Decreto 1333 de 1986, artículo 92, numeral 3 y el Decreto-ley 3135 de 1968, artículo 27.

La norma acusada establece un régimen especial de pensiones distinto al régimen general que determinan las leyes para los empleados oficiales, consagrando con ello una excepción para el personal del Cuerpo de Bomberos de Bogotá, D. E. El Acuerdo fue sancionado por el Alcalde Mayor de Bogotá el 9 de mayo de 1988 y publicado en la edición 442 de la Gaceta Distrital.

Las normas citadas para la expedición del Acuerdo en ningún momento autorizan al Concejo para crear prestaciones sociales diferentes a las establecidas en la ley o crear condiciones más favorables para el reconocimiento de las pensiones. Esta materia es privativa del Congreso de la República.

El Acuerdo en mención se encuentra actualmente vigente y sus disposiciones son de obligatoria observancia según lo dispone la Constitución Nacional en el artículo 192.

## NORMAS VIOLADAS

Con la expedición del Acuerdo acusado se violaron las siguientes disposiciones legales:

Constitución Nacional, artículos 62 y 197.

## LA SENTENCIA

El *a quo* accedió a las pretensiones de la demanda, porque en su criterio el Acuerdo 3 de 1988 viola flagrantemente los artículos 62, 76-9 y 197-3 de la Constitución Política de 1886, 13-3 del Decreto-ley 3133 de 1968; 27 del Decreto-ley 5135 de 1968 y 92-3 del Decreto-ley 1333 de 1986, en la medida que se ocupa de una materia cuya regulación le corresponde privativamente al legislador ordinario o extraordinario.

## EL RECURSO

La parte demandada inconforme con el anterior proveído, interpone en tiempo recurso de apelación (fl. 120) explicando que la sentencia recurrida no tuvo en cuenta que por tener el Distrito Especial de Bogotá un régimen propio, distinto por lo mismo del aplicable a los restantes municipios del país, podía crear condiciones para el reconocimiento de la pensión de jubilación del Cuerpo de Bomberos de Bogotá atendiendo al riesgo que entrañan sus actividades, riesgo que en la actualidad lo ratifican los Decretos 1835 de 3 de agosto de 1994 y 1281 de 22 de junio del mismo año.

## EL CONCEPTO FISCAL

El Procurador Tercero Delegado ante esta Corporación en el concepto de folios 133-135, comparte la decisión del *a quo,* porque el Concejo no estaba facultado ni tenía atribución alguna para regular prestaciones sociales, sino para ejercer funciones estrictamente de orden administrativo. Concluye por lo tanto que el fallo impugnado amerita ser confirmado.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir, previas las siguientes,

## CONSIDERACIONES

En el *sub lite* se demandó la nulidad del Acuerdo 3 de abril 29 de 1988 expedido por el Concejo de Bogotá, que estableció un régimen especial de pensiones para el Cuerpo de Bomberos de Bogotá y dictó otras disposiciones de carácter laboral.

Para la expedición de dicho Acuerdo el Concejo del Distrito Especial de Bogotá (fls. 6-9) argumentó el uso de atribuciones constitucionales y legales

conferidas por los artículos 197 de la Constitución Nacional; Decreto 3133 de 1968; artículo 13 numeral 3; Decreto 1333 de 1986, artículo 92 numeral 3° y Decreto 3135 de 1968, artículo 27.

Allí se determinó el tiempo para el otorgamiento de la pensión de jubilación en veinte años continuos o discontinuos de servicios, cualquiera que sea la edad, fijándose como cuantía y porción legal pensional un mínimo de 50% sobre el promedio de lo devengado en el último año, que se incrementará en uno (1%) por ciento por cada año que se sobrepase el tiempo mínimo, hasta llegar a 25 años, cuya pensión máxima será el 85%.

Habrá lugar al reconocimiento de pensión de invalidez por retiro ocasionado merced a lesiones o enfermedad producida por el ejercicio de la actividad, que impida proseguir desempeñando el cargo, en cuantía mínima del 75% sobre los haberes de actividad cualquiera que sea el índice de invalidez y máxima del 100% de los haberes, cuando la invalidez sea mínima del 75% de la incapacidad.

El personal del Cuerpo de Bomberos que sufra accidentes, lesiones, heridas graves que causen fallecimiento, en cumplimiento de misión y actos de servicio, se harán acreedores y causan para sus beneficiarios legales, pensión especial de invalidez que transmiten en cuantía del 100% de los haberes de actividad.

Contempla igualmente el Acuerdo 3 lo relacionado con la jornada de trabajo, remuneración del trabajo nocturno, dominical o festivo y descanso compensatorio.

Las normas que el Acuerdo 3 invocó como fundamento jurídico preceptúan lo siguiente:

Artículo 197 de la Constitución de 1886;

"Son atribuciones de los Concejos, que ejercerán conforme a la ley, las siguientes:

3ª. Determinar la estructura de la administración municipal, las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración correspondiente a las distintas categorías...

7ª. Autorizar al alcalde para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes municipales y ejercer, pro témpore, precisas facultades de las que corresponde a los Concejos, y

8ª Ejercer las demás funciones que la ley señale".

A su vez el artículo 13 del Decreto-ley 3133 de 1968 señala:

"Además de las atribuciones conferidas por la Constitución y las leyes a los concejos municipales y en especial al de Bogotá, éste tendrá las siguientes: ... 3°.

Determinar la estructura de la Administración D, las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos...".

El artículo 92 del Decreto-ley 1333 de 1968 dice:

"Son atribuciones de los concejos, que ejercerán conforme a la ley las siguientes:

...3°. Determinar la estructura de la administración municipal, las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos".

Por último, el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968 señala los requisitos de la pensión de jubilación o vejez para los empleados oficiales.

Toda vez que el Acuerdo 3 determina el régimen pensional de los servidores de una entidad oficial que ostentan la calidad de empleados públicos, la Sala encuentra que el Concejo de Bogotá no podía válidamente crear prestaciones, porque ésta es una facultad exclusiva y excluyente del Congreso de la República, o del Presidente de la República en ejercicio de facultades extraordinarias, según el texto de la Constitución de 1886.

Ello tiene su razón de ser por mandato del artículo 76, numeral 9, de la Constitución de 1886 y del literal e) del artículo 150 de la Constitución Política vigente, pues la determinación del régimen prestacional de las distintas categorías de empleos públicos es potestad exclusiva del Congreso, de modo que el Acuerdo 3 de 29 de abril de 1988 resulta contrario a lo previsto en tales preceptos constitucionales.

Por lo anterior no podía la Administración establecer un régimen especial de pensiones para el personal del Cuerpo de Bomberos de Bogotá, D. E., porque además, los concejos en todos los casos debían someterse a los parámetros que el legislador hubiera señalado para esas materias, porque éstos sólo podían abarcar lo relacionado con las escalas de remuneración (artículo 197-3 de la Constitución Nacional de 1886) pero siempre conforme con la ley.

Siendo ello así, la Sala comparte lo anotado por el *a quo* cuando afirma que "El Acuerdo enjuiciado número 3 de 1988, expedido por el Concejo Municipal de Bogotá, Distrito Especial, viola flagrantemente los artículos 62, 76-9 de la Constitución Política de 1886; 13-3 del Decreto-ley 3133 de 1968, 27 del Decreto-ley 3135 de 1968, y 92-3 del Decreto-ley 1333 de 1986, en la medida en que se ocupa de una materia cuya regulación le corresponde privativamente al legislador (ordinario o extraordinario)".

Por las anteriores razones, la sentencia objeto de la alzada merece ser confirmada.

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

**FALLA:**

CONFÍRMASE la sentencia del once (11) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el juicio promovido por el señor Juan Carlos Cuesta Quintero.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su reunión del día 13 de septiembre de 1995.

*Carlos Arturo Orjuela Góngora,* Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.*

*Myriam C. Viracachá Sandoval,* Secretaria (E.).

**CARRERA JUDICIAL - Régimen aplicable / LISTA DE ELEGIBLES - Elaboración / ELEGIBLES - Criterio / JUEZ - Requisitos / CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA - Incompetencia**

**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 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. En la normatividad del Decreto 052 de 1987, que como atrás se dijo, rige la carrera judicial, no se regula lo atinente a los requisitos para ocupar los cargos de jueces, por cuanto este aspecto se encontraba regulado en la Constitución vigente, en la época en que se expidió el aludido decreto. Aspecto que ahora la nueva Carta Política ha deferido a la ley. De las facultades de reglamentación del Consejo Superior de la Judicatura no puede inferirse que la Constitución haya otorgado a su Sala Administrativa, establecida por el Constituyente, poderes que no sean sino los esencialmente administrativos para la cumplida ejecución de las leyes, pues no despojó al Congreso de sus potestades legislativas respecto de la Carrera Judicial, lo que también se dedujo en el auto prealudido. Como al otorgarse por la Constitución Nacional al Consejo Superior de la Judicatura la atribución de elaborar las listas de candidatos para la designación de funcionarios judiciales, se preceptuó en la misma norma (art. 256) que tal función tendría que ejercerla de acuerdo con**

**la ley, no podía, entonces, válidamente, señalar requisitos para dos aspirantes a jueces, como así lo hizo a través del punto 2.6 del Acuerdo demandado, pues, valga la reiteración, dicha función es propia del Congreso de la República.**

**JUEZ - Inhabilidades / DELITO CULPOSO - Improcedencia**

**Se precisará que solamente habrá nulidad, en cuanto la inhabilidad comprende condena por delitos distintos de los dolosos.**

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintitrés (23) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Diego Younes Moreno.*

Radicación número 10340.

Referencia: Autoridades Nacionales.

Actor: William Ignacio Guerrero Preciado.

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 del Acuerdo número 70 de 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 destinado 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 Consejos Seccionales de la Judicatura elaborarán las listas de los candidatos para la provisión de los mismos. Esta tendrá lugar en los casos de vacancia por no haberse cubierto el cargo por el sistema de carrera previo el respectivo concurso de méritos".

**Fundamentos de la demanda**

Expresa el accionante que el acto demandado viola la Carta Política, al establecer requisitos mínimos para el desempeño de los cargos de jueces, como los que se señalan en el artículo 2°, 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 ley estatutaria, conforme lo previene el artículo 152.

Desborda así, igualmente, los artículos 256 y 257 *ibidem.*

Viola también manifiestamente, dice, los artículos 3°, 27 y 33 del decreto número 052 de 1987, por las razones que se resumen a continuación:

El artículo 3°, 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 sólo atiende el rigurosos 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 sólo autoriza la convocatoria a concurso para llenar las vacancias definitivas, hipótesis no contemplada como causal para la elaboración de un "Registro Nacional de Elegibles", como se pretende a través del artículo 1° del Acuerdo demandado.

Por lo cual, concluye diciendo, el Acuerdo 70 de 1987 acusado, viola flagrantemente las normas que establecen el proceso de selección e ingresos 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.

La Nación-Consejo Superior de la Judicatura al contestar la demanda solicita se desestime la petición de nulidad del Acuerdo impugnado, exponiendo *mutatis mutandi,* los argumentos que la Sala esgrimió para denegar la suspensión provisional solicitada por el accionante.

En el traslado para alegar de conclusión: el actor guarda silencio, la parte demandada manifiesta que se reafirma en lo sostenido en la contestación de la demanda, y la señora Procuradora Cuarta Delegada ante la Corporación emite su concepto de fondo, expresando que sólo el numeral 2.6 del artículo 2° del Acuerdo 70 demandado amerita ser anulado, pues la acreditación de la experiencia profesional que allí se requiere es requisito que no tiene sustento en norma constitucional o legal alguna. En su sentir no podía la Carta Política facultar a un organismo distinto del Congreso de la República, para determinar los méritos y las calidades que se debían llenar por parte de los aspirantes que desean ingresar al servicio de la rama judicial, ocupando los cargos de jueces. Las funciones del Consejo Superior de la Judicatura no van hasta allá; y, si las ejerce, se desbordan los límites señalados en los artículos 256 y 257 de la referida ley de leyes.

## CONSIDERACIONES

Como ya lo ha sostenido la Sala en ocasiones anteriores, el artículo 21 transitorio de la Carta Política de 1991 le asignó al Congreso la tarea de desarrollar los principios consignados en el 125, dentro del año siguiente a su instalación; empero, de manera previsiva 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. Más tarde, la Ley 27 de 1992 (Estatuto de Carrera Administrativa), señaló en su artículo 2°, inciso tercero, que: "Los sevidores del Estado que presten sus servicios en la Presidencia de la República, Congreso de la República y por virtud de la ley. Ministerio de Defensa, organización electoral y demás entidades y sectores con carreras especiales o sistemas especiales de administración de personal, continuarán rigiéndose por las normas vigentes para ellos consagradas en la Constitución y la ley" (Subraya la Sala)."

Esas normas para el caso en estudio, son las contenidas en el D. L. Número 052 de 1987, estatuto que rige la Carrera Judicial, en tanto no resulte contrario o incompatible con la Carta Política de 1991.

El inciso primero del artículo 125 de la C. N., estatuye que "los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley."

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 2° del citado Decreto 052 de 1987, los jueces son funcionarios. Y de su artículo 7° 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 de nulidad que se examina, la Sala dirá que no hay lugar a decretarla en los siguientes casos –requisitos– que prevé el Acuerdo 70 acusado.

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.

Es obvio que una inscripción, como lo afirma la demandada, que no procede de oficios por ser voluntaria, debe solicitarse, y para ello la Constitución Política en el artículo 23 consagra el derecho de petición como un derecho fundamental desarrollado en la parte primera del C. C. A.

De otro lado, ello es el efecto, apenas obvio, de la convocatoria al concurso público y abierto.

El 2.2 porque la calidad de "de ser ciudadano en ejercicio" es condición previa indispensable para desempeñar cargos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción, como así lo estatuye perentoriamente el artículo 99 de la Constitución Política.

El 2.3, por cuanto de conformidad con el artículo 6° de la Ley 1ª de 1945, los varones no pueden tomar posesión de los empleos públicos sin haber definido su situación militar. Esta preceptiva se reitera en el artículo 36 de la Ley 48 de 1993 en los siguientes términos:

"Los colombianos hasta los 50 años de edad, están obligados a presentar la tarjeta de reservista o tarjeta provisional militar, para los siguientes efectos:

f) Ingresar a la carrera administrativa;

h) Tomar posesión de cargos públicos o privados."

El 2.4, porque la condición de abogado titulado se infiere claramente, pues la administración de justicia es una función eminentemente jurídica y por consiguiente supone la preparación intelectual correspondiente, que, para el caso, sólo la da la formación de abogado.

De otra parte, el ejercicio de la función jurisdiccional supone la aplicación de los principios de la ciencia del derecho, de su método y de su vocabulario específico.

El 2.5 toda vez que la exigencia inicialmente allí contenida –"no haber sido condenado por delito mediante sentencia definitiva"–, aparece en distintos estatutos de la función pública, entre ellos y para la rama judicial, las normas que a continuación se señalan:

El artículo del Decreto extraordinario 1888 de 1989 dispuso la siguiente inhabilidad:

**Artículo 3°. No podrán ser designados ni desempeñar cargo o empleo en la Rama Jurisdiccional:**

...

**c) Quienes se encuentren en detención preventiva por delito doloso u homicidio culposo, aunque gocen del beneficio de excarcelación, o hayan sido afectados por resolución de acusación o su equivalente en proceso penal, por los mismos delitos, mientras se define su responsabilidad;**

**d) Quienes hayan sido condenados por delito doloso u homicidio culposo. Esta inhabilidad subsistirá durante los cinco (5) años posteriores al cumplimiento o extinción de la respectiva pena.**

La anterior inhabilidad fue modificada por el Decreto 2281 de 1989, que prescribe:

**Artículo 1°. Modifícanse las letras c) y d) del artículo 3° del Decreto 1888 de 1989, las cuales quedarán así:**

**...**

**c) Quienes se encuentren en detención preventiva por delito doloso, aunque gocen del beneficio de excarcelación, o hayan sido afectados por resolución de acusación o su equivalente en proceso penal, por el mismo delito, mientras se define su responsabilidad;**

**d) Quienes hayan sido condenados por delito doloso. Esta inhabilidad subsistirá dentro de los cinco (5) años posteriores al cumplimiento o extinción de la respectiva pena (subrayamos).**

Por lo expuesto, se precisará que solamente habrá nulidad, en cuanto la inhabilidad comprende condena por delitos distintos de los dolosos.

Y "No encontrarse 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 específica en la ley.

Por los aspectos anotados, no hay, pues, lugar a declarar la nulidad impetrada, salvo la relativa al alcance anulatorio que contiene la primera parte del numeral 2.5 que se acaba de examinar.

En relación con la presunta violación del artículo 27 del Decreto 052 de 1987 por parte del Acuerdo 70, a través de sus artículos primero y segundo, según se deduce de los términos de la censura, precisa señalar que la convocatoria al concurso es para conformar el Registro Nacional de Elegibles, lo que es acorde con la preceptiva del artículo 256 de la C.P. que le asigna a las Salas Administrativas del Consejo Superior y las Seccionales la función de:

"1.

**2. Elaborar las listas de candidatos para la designación de funcionarios judiciales y enviarlas a la entidad que deba hacerlo (...)".**

Preceptúa el artículo segundo del Acuerdo 70 que el concurso será abierto mediante convocatoria pública a los interesados, la cual será norma obligatoria y reguladora del proceso de selección y se ceñirá a ciertas condiciones y términos que relaciona seguidamente. En este punto, guarda armonía cabal con el artículo 1° del Decreto 052 de 1987 que garantiza, entre otras cosas, la igualdad de oportunidades en el ingreso al servicio de funcionarios.

De otro lado, el artículo 22 *ibidem* respalda el hecho de que la convocatoria es norma obligatoria y reguladora de todo concurso y se divulgará mediante aviso que deberá contener las generalidades del empleo, requisitos, documentos exigidos, características y demás informaciones pertinentes, como así literalmente se previene en esta preceptiva.

En dicha virtud, este introductorio aspecto del Acuerdo es inobjetable.

En cuanto que para la elaboración de las listas no se atiende el "riguroso orden de méritos" que prevé el artículo 27 del Decreto 52, basta tener en cuenta que dicha frase ya no hace parte de la mencionada norma legal, pues fue declarada inexequible por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 25 de junio de 1987, por lo cual no es dable siquiera la confrontación normativa. En efecto, allí se decidió, en el numeral 2° de su parte resolutiva.

**"Decláranse exequibles las siguientes normas del mencionado decreto: ...d) El artículo 29, con excepción de las frases (...) en riguroso orden de méritos".**

Tampoco hay quebranto del artículo 33 del Decreto 052 de 1987, ya que el concurso se hace exactamente para contar con las personas capacitadas que en la medida que haya vacantes puedan ser nombradas en los cargos de jueces, toda vez que así lo contempla el artículo primero del Acuerdo.

Respecto de la supuesta transgresión del artículo 3° del Decreto 052 de 1987, dado a que se funda 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.

Para la Sala, no ocurre lo mismo en relación con la censura al numeral 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 jueves municipales y territoriales, y de circuito y sus equivalentes, y se exige que dicha experiencia debe ser adquirida con posterioridad al título de abogado, por lo siguiente:

En la normatividad del Decreto 052 de 1987, que como atrás se dijo, rige la carrera judicial, no se regula lo atinente a los requisitos para ocupar los cargos de jueces, por cuando este aspecto se encontraba regulado en la Constitución vigente en la época en que se expidió el aludido decreto. Aspecto que ahora la nueva Carta Política ha deferido a la ley, como ha quedado claramente establecido con la cita y transcripción de las disposiciones pertinentes.

En aplicación del inciso primero del artículo 256 de la Carta Política, el Decreto 052 de 1987, así como el Decreto 250 de 1970, en especial su artículo 50, en lo que no contradiga el precitado Decreto 052, es la ley que debe observar el Consejo Superior de la Judicatura para los efectos de ejercer sus atribuciones como administrador de la Carrera Judicial y para la provisión a los nominadores de las listas de candidatos para el desempeño en la Carrera Judicial como funcionarios judiciales, salvo, desde luego, las excepciones constitucionales y legales, como en igual sentido lo infirió la Sala en auto de 5 de septiembre de 1994, dictado en el Expediente número 10.224, ponencia del Magistrado Carlos Arturo Orjuela Góngora.

Por el literal c) del artículo transitorio 5º de la Constitución, se revistió al Presidente de la República de facultades para "Tomar las medidas administrativas necesarias para el funcionamiento de ... el Consejo Superior de la Judicatura". En ejercicio de dicha facultad, el 25 de noviembre de 1991 expidió el Decreto 2652, encaminado a dicho fin, y en el que en lo relacionado con la competencia que nos ocupa confirió en su artículo 11 a la sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, el cumplimiento de, entre otras funciones, las siguientes:

**"1. Administrar la Carrera Judicial de acuerdo con las normas constitucionales y legales vigentes...".**

**"2. Dictar los reglamentos relacionados con la administración de la Carrera Judicial".**

De las facultades de reglamentación del Consejo Superior de la Judicatura no puede inferirse que la Constitución haya otorgado a su Sala Administrativa, establecida por el constituyente, poderes que no sean sino los esencialmente administrativos para la cumplida ejecución de las leyes, pues no despojó al Congreso de sus potestades legislativas respecto de la Carrera Judicial, lo que también se dedujo en el auto prealudido.

De otra parte, el mismo Constituyente del 91 estableció en el artículo 125, inciso tercero, de la Carta, 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".

Como al otorgarse por la Constitución Nacional al Consejo Superior de la Judicatura la atribución de elaborar las listas de candidatos para la designación de funcionarios judiciales, se preceptuó en la misma norma (art. 256) que tal función tendría que ejercerla de acuerdo con la ley, no podía, entonces, válidamente, señalar requisitos para los aspirantes a jueces, como así lo hizo a través del punto 2.6 del Acuerdo demandado, pues, valga la reiteración, dicha función es propia del Congreso de la República a quien le corresponde la expedición de las leyes en ejercicio de la regla general de competencia prevista en el artículo 150 de la Carta, disposición ésta que al igual que las otras del mismo Estatuto Superior aquí aludidas (arts. 125 y 256), resultan transgredidas por el mencionado punto 2.6 del artículo 2° del Acuerdo acusado, a través de sus subnumerales 2.6.1 y 2.6.2 y su inciso final, que habrán por ello de declararse nulos como así se hará en la parte resolutiva de este proveído, donde se transcribirán.

Lo anterior no obsta para que quienes superen los requisitos aquí previstos, puedan tener un puntaje superior dentro del concurso, pues hacemos referencia a la anulación para efectos de la inscripción.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, acorde con el concepto de la señora Procuradora Delegada, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

*Primero.* DECLÁRASE LA NULIDAD del numeral 2.6 del artículo *segundo* del Acuerdo número 70 de 27 de junio de 1994, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, el cual es del siguiente tenor:

**"2.6 Acreditar experiencia profesional, así:**

**2.6.1 Para aspirantes a Jueces Municipales y Territoriales: experiencia profesional por lapso no menor a dos (2) años.**

**2.6.2 Para aspirantes a Jueces de Circuito y sus equivalentes: experiencia profesional por lapso no inferior a cuatro (4) años.**

**La experiencia mínima exigida para los cargos en concurso deberá ser adquirida con posterioridad al título de abogado".**

*Segundo.* Respecto del requisito contemplado en la primera parte del numeral 2.5 del artículo 2° del Acuerdo 70 demandado, que dice: "No haber sido condenado por delito mediante sentencia definitiva". ANULASE en cuanto comprende delitos distintos de los dolosos, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

*Tercero*. DENIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

En firme esta providencia, archívase el expediente.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Discutida y aprobada por la Sala en sesión del día veintisiete (27) de septiembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

*Carlos Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.*

*Myriam Viracachá Sandoval,* Secretaria (E.).

**TRASLADO DEL CARGO DE FUNCIONARIO DE CARRERA- Desmejora / DERECHO A LA ESTABILIDAD - Funcionario de carrera / FUNCIONARIO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION Y FUNCIONARIO DE CARRERA - Diferencias**

**Tratándose de un funcionario de carrera administrativa, la estabilidad como derecho inherente a esta clase de empleados debe ser objeto de un análisis distinto que si se tratara de un empleado ajeno a la carrera administrativa. Desde luego que el desmejoramiento no podría alegarse si la convocatoria para el concurso, establece la posibilidad de desempeñarse en diferentes sedes geográficas, por cuanto en este caso no se cambian las reglas del juego que el concursante conocía. Es bien distinta la situación del funcionario de libre nombramiento y remoción que es objeto del traslado, pues sin mayor esfuerzo puede percibirse que este movimiento de personal no constituye en principio una forma de presión para retirarlo del servicio, pues si así fuera, la administración habría adoptado por declarar insubsistente su nombramiento sin recurrir al traslado. Sin embargo, el criterio anterior debe valorarse con una óptica diferente, tratándose de un funcionario de carrera, puesto que la libertad del nominador se restringe, ya que el artículo 46 del Decreto Extraordinario 2400 de 1968 define con mediana claridad el derecho a la permanencia siempre que se cumpla con el estatuto propio del respectivo servicio. La estabilidad que brinda la carrera administrativa no se cumple solamente con la observancia externa de elementos formales tales como el grado del cargo, el nombre del empleo y la similitud de sus funciones en el caso de un traslado, sino que además ella se objetiviza con el comportamiento de la administración frente al empleado, y el análisis de las necesidades del servicio. En el caso objeto de examen, si bien la administración respetó al empleado trasladado, el grado salarial, el nivel del empleo, sus funciones y requisitos para el desempeño del empleo, no guardó su derecho a la estabilidad, lo cual vulnera el derecho que le otorga la**

**carrera, por cuanto se desconoció el principio de no desmejoramiento, puesto que dicho traslado le causó perjuicios de orden familiar, económico y personal.**

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santafé de Bogotá, D. C., treinta (30) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Doctor *Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente número 7106.

Resoluciones Ministeriales.

Actor: César Alvarado Pacheco.

César Alvarado Pacheco solicita se declare nula la Resolución No. 1196 de 1987 proferida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y mediante la cual lo trasladó del empleo de Profesional Universitario 3020-06 a otro de igual categoría y remuneración de la ciudad de Bogotá a la ciudad de Barranquilla, por considerar que con este movimiento de personal no se suplía ninguna necesidad del servicio público y en cambio si le causaba perjuicios de orden moral, económico, personal y familiar en virtud del traslado.

## LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Atlántico denegó las súplicas de la demanda por considerar que con el traslado, el empleado no sufrió lesión alguna porque se conservaron las mismas condiciones objetivas del empleo, y tampoco el actor probó que el traslado no obedeciera a razones de buen servicio público.

Expresa el Tribunal que cuando el Artículo 30 del Decreto 1950 de 1973 prescribe que los traslados no pueden implicar condiciones menos favorables, se refiere a condiciones objetivas tales como la categoría del cargo y la remuneración, pero no a condiciones subjetivas como problemas de instalación, costo de vida, y adaptación del empleado al lugar, entre otras, como las que alega el actor.

## EL RECURSO

Recurrieron el fallo el Fiscal ante el Tribunal y el actor.

El Fiscal estima que se vulneró el artículo 30 del Decreto 1950 de 1973, porque se demostró que el traslado no era necesario, ya que el número de negocios admitidos era inferior al de negocios fallados en la División de Recursos Tributarios, dependencia objeto del traslado en Barranquilla, y aún en el caso de que se estimaran

las necesidades del servicio, el traslado quedaba supeditado a que el funcionario no quedara en condiciones inferiores de las que tenía en el puesto original, independientemente de las condiciones del sueldo, jerarquía y funciones del cargo.

Concluye el Fiscal que el artículo 30 del Decreto 1950 de 1973 debe entenderse que él contempla la prohibición del traslado respecto de las condiciones subjetivas y no objetivas pues éstas ya las ha contemplado el artículo 29 *ibidem.* Dice el Fiscal:

"...Carece de sentido que el artículo 29 exija que las condiciones del traslado sean las mismas en cuanto a ser 'objetivas', y que el artículo 30 diga que en el traslado las condiciones objetivas deberán mantenerse. Como no es jurídico que existan normas inanes, o inocuas, o sobrantes, hay que entender que lo que protege el artículo 30 no es el conjunto de 'condiciones objetivas' ya previstas por el artículo 29, sino que lo que protege es, obviamente, lo que se ha denominado como 'consideraciones subjetivas', o sea, el conjunto de realidades personales del empleado".

El actor por su parte, reitera que el traslado no era necesario porque en la inspección judicial quedó demostrado que no era necesaria la vinculación del empleado a la División de Recursos Tributarios.

De otra parte expresa el demandante que el traslado le causó condiciones menos favorables porque según lo certificó el Dane, el costo de vida era más alto en Barranquilla que en Bogotá, e igualmente tal desplazamiento le produjo un doble sostenimiento familiar, pues su esposa e hijo debían continuar en Bogotá por razón del trabajo y estudio de uno y otro respectivamente.

## EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuradora Quinta Delegada en lo Contencioso, expresa que no se desvirtuó la presunción de legalidad del acto acusado, pues las situaciones de mengua en la economía familiar, entre otras no enervan la facultad del nominador para ordenar el traslado, si se tiene en cuenta que el empleado no sufrió baja en su categoría y remuneración.

## CONSIDERACIONES

1. Como la demanda, el fallo y el recurso de impugnación, se circunscriben al alcance del artículo 30 del Decreto 1950 de 1973 en lo que se refiere a que la administración puede efectuar el traslado de un empleado por necesidades del servicio, "siempre que ello no implique condiciones menos favorables para el empleado", y a juicio del Tribunal esas condiciones de favorabilidad las cumple la administración respetando el cargo, el nivel jerárquico, y el grado salarial como condiciones objetivas, sin tener en cuenta los aspectos subjetivos que pueda sufrir

el empleado con ocasión del traslado, es esta la oportunidad para examinar dicha figura jurídica desde el punto de los funcionarios inscritos en carrera administrativa.

2. Al expediente, se allegó copia de la Resolución No. 628 de 1974 mediante la cual se inscribió en carrera administrativa al actor en el cargo de Abogado III-23 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, hoy Profesional Universitario 3020-06 de acuerdo con las equivalencias previstas en los Decretos 540 de 1977 y 711 de 1978 (fls. 85 y 86).

3. En efecto, tratándose de un funcionario de carrera administrativa, la estabilidad como derecho inherente a esta clase de empleados debe ser objeto de un análisis distinto que si se tratara de un empleado ajeno a la carrera administrativa.

Desde luego que el desmejoramiento no podría alegarse si la convocatoria para el concurso, establece la posibilidad de desempeñarse en diferentes sedes geográficas, por cuanto en este caso no se cambian las reglas del juego que el concursante conocía.

4. Es bien distinta la situación del funcionario de libre remoción que es objeto del traslado, pues sin mayor esfuerzo puede percibirse que este movimiento de personal no constituye en principio una forma de presión para retirarlo del servicio, pues si así fuera, la administración habría optado por declarar insubsistente su nombramiento sin recurrir al traslado. Sin embargo, el criterio anterior debe valorarse con una óptica diferente tratándose de un funcionario de carrera, puesto que la libertad del nominador se restringe ya que el artículo 46 del Decreto Extraordinario 2400 de 1968 define con mediana claridad el derecho a la permanencia siempre que se cumpla con el estatuto propio del respectivo servicio.

5. La estabilidad que brinda la carrera administrativa no se cumple solamente con la observancia externa de elementos formales tales como el grado del cargo, el nombre del empleo y la similitud de sus funciones en el caso de un traslado, sino que además ella se objetiviza con el comportamiento de la administración frente al empleado, y el análisis de las necesidades del servicio.

6. En el caso objeto de examen, si bien la administración respetó al empleado trasladado, el grado salarial, el nivel del empleo, sus funciones y requisitos para el desempeño del empleo, no guardó su derecho a la estabilidad, lo cual vulnera el derecho que le otorga la carrera, por cuanto se desconoció el principio de no desmejoramiento, puesto que dicho traslado le causó perjuicios de orden familiar, económico y personal como a continuación se precisará.

7. Examinado el acervo probatorio, se observa que quedaron probadas las condiciones menos favorables que le ocasionó el traslado al actor, tanto desde el punto de vista familiar, como económico.

En efecto es innegable que dicho movimiento de personal alteró su núcleo familiar, y de acuerdo con la declaración de Ovidio Sánchez Peñaloza el traslado le causó al actor un profundo impacto emocional por la separación de su esposa e hijo.

Igualmente, quedó establecido en el certificado del Dane que obra a folio 89, que el costo de la canasta familiar en Barranquilla superaba ampliamente para el año 1987 el de la ciudad de Bogotá. Dijo el testigo lo siguiente:

"...Yo me preocupaba porque a medida que pasaba el tiempo él anímicamente se veía muy mal, comía muy poco, se embriagaba, tomaba bastante cerveza con el desespero que tenía y era apenas obvio porque a falta de su único hijo y su señora esposa y él aquí no tiene familiares y luego la preocupación de él fue mayor porque debido al sueldo no le alcanzaba para mandarle lo suficiente a su esposa e hijo, más que todo a su hijo porque su esposa trabaja, ella es profesora de un colegio público en Bogotá..." (se subraya).

Esta declaración revela profundamente el deterioro de las situaciones familiares, cuando el testigo expresa:

"...las relaciones entre la esposa y su hijo han decaído gravemente hasta el punto que ha estado en trámite de separación con su esposa y ha perdido en parte el poder sobre su hijo...".

8. De acuerdo con lo antes expuesto, se concluye que el traslado efectuado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, causó al actor "condiciones menos favorables", y por lo tanto el acto acusado deberá ser anulado, debiéndose revocar el fallo apelado. No obstante, la Sala estima que no se podrá condenar a la Nación al pago de viáticos diarios a favor del actor durante el tiempo que laboró en la ciudad de Barranquilla, como se solicita en la demanda, en virtud de que el empleado no fue designado en comisión de servicios.

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:**

**REVOCASE** el fallo de 4 de mayo de 1992 proferido por el Tribunal Administrativo del Atlántico en demanda promovida por César Alvarado Pacheco y en su lugar se dispone:

**DECLARASE NULA** la Resolución No. 01196 de 22 de abril de 1987 proferida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público mediante la cual se trasladó al actor de la ciudad de Bogotá a Barranquilla en el empleo de Profesional Universitario 320-06.

Como consecuencia de tal nulidad y a manera de restablecimiento del derecho, la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, reintegrará al doctor César Alvarado Pacheco, un cargo de carrera con funciones afines y remuneración igual o superior al de Profesional Universitario 3020-06 en la ciudad de Santafé de Bogotá, D. C.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público dará cumplimiento al fallo en los términos previstos en el artículo 176 del C.C.A.

**DENIEGANSE** las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, publíquese en los Anales del Consejo de Estado, y una vez ejecutoriada devuélvase al Tribunal de origen.

Discutida y aprobada por la Sala en sesión del día 23 de octubre de 1995.

*Carlos Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.*

*Myriam Viracachá Sandoval,* Secretaria General (E.).

**PROCESO DISCIPLINARIO - Objeto / MINISTERIO PUBLICO - Facultades / PROCESO PENAL Y PROCESO DISCIPLINARIO - Independencia**

**El proceso disciplinario para la época de los hechos de los actos acusados, tenía por objeto "asegurar la legalidad, moralidad, imparcialidad, responsabilidad, cooperación y eficiencia en los servicios administrativos, mediante la aplicación de un sistema que regula la conducta de los empleados y sanciona los actos incompatibles con los objetivos señalados, o con la dignidad que implica el ejercicio de las funciones públicas" (artículo 130 D. R. 1950 de 1973). Como proceso el disciplinario se atribuyó a la autoridad nominadora o al Ministerio Público y se lo caracterizó como administrativo, distinto al penal, sujeto al respecto de las garantías y derechos constitucionales de que trataba el artículo 26 de la Carta Política (actual 29), en cuanto disponía que nadie podía ser juzgado "sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa (principio de legalidad), ante el tribunal competente (principio de competencia) y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio (principio del debido proceso)", de tal manera que sanciona los actos incompatibles con los objetivos de los servicios administrativos o con la dignidad correspondiente al ejercicio de las funciones, y su propósito es preservar las cualidades del servicio administrativo en su legalidad, moralidad, imparcialidad, responsabilidad, cooperación y eficiencia.**

**PROCESO DISCIPLINARIO - Régimen / PROCESO PENAL Y PROCESO DISCIPLINARIO - Independencia**

**Al proceso disciplinario no se le aplican las reglas del juzgamiento penal. Los dos sistemas jurídicos obedecen a reglas propias, tienen objetivos diferentes, como diversas formas de imputación y de culpabilidad, a tal punto que es legalmente factible la existencia de faltas disciplinarias no constitutivas de ilícito penal. Lo anterior es**

**fundamento para sostener que la absolución en la investigación penal no conlleva necesariamente la exoneración de la responsabilidad disciplinaria, cuando la conducta, aunque objetivamente sea similar, se atribuya o impute en grado diverso de culpabilidad.**

**POSESION DE NEGOCIOS Y HABERES DE ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS - Naturaleza del Acto / TOMA DE POSESION DE INSTITUCION FINANCIERA - Acto Complejo**

**La Sala observa a partir del artículo 5° de la Ley 57/31, que la "inmediata posesión de los negocios y haberes de un establecimiento bancario", es un acto administrativo complejo porque formalmente requiere de la intervención conjunta del Superintendente Bancario y del Ministro de Hacienda y Crédito Público, aunque por la distribución de las competencias en la rama ejecutiva el diagnóstico inmediato de los hechos proceda del primero; y, como declaración administrativa es medida única, señalada para varias hipótesis. A la "posesión de los negocios" se llega como consecuencia de conductas de lesión o peligro bien específicas atribuibles al ente vigilado, y su finalidad es eminentemente protectora de la confianza pública en el sistema bancario y financiero y de los derechos particulares de los depositantes y usuarios. La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre varias alternativas igualmente justas, que se ha cumplido dentro de los límites legales resulta necesariamente justa, como por lo demás, lo sería igualmente otra solución o decisión. En ella se nota un componente de valoración de la realidad porque no se obra fuera de su contexto; ni en el mero ámbito de las ideas aunque sí en relación con ellas, pues se actúa para incidir en el mundo exterior: el de los hechos concretos y reales. Tal proceso evaluativo de la administración podrá acaso ser objeto de una facultad discrecional, pero la realidad misma, determinar si se ha producido o no el hecho y cómo lo ha sido, ya no puede ser objeto de una facultad discrecional porque no puede quedar el arbitrio de la administración discernir si un hecho se cumplió o no, o determinar que algo ha ocurrido si en verdad no ha sido así.**

**CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD - Finalidad**

**No consiste el control judicial que es por esencia externo al productor del acto, en que el juez sustituya el criterio de la administración por su**

propio y subjetivo criterio. Si así lo fuere, todo se reduciría a sustituir una discrecionalidad por otra sin avanzar un solo paso en el problema. El control de la discrecionalidad no implica, sin embargo, una negación del ámbito propio de los poderes de mando y de la iniciativa conformadora del Poder Público, sino que, más sencillamente, trata de imponer a sus decisiones el respeto por los valores jurídicos sustanciales, cuya transgresión no integra sus funciones, ni la requieren tampoco sus responsabilidades, ni puede justificarse en ningún margen de libertad, que no es posible admitir ante el ordenamiento jurídico que proclama esos valores.

**POTESTAD DISCRECIONAL – Improcedencia / TOMA DE POSESION DE BIENES / SUPERINTENDENTE BANCARIO – Facultades / PROCESO DISCIPLINARIO - Culpa / BANCO NACIONAL – Liquidación**

En cuanto se trate de la comprobación de realidades escuetas ya ocurridas, no se puede aceptar que la actuación que adelanta la administración de una potestad discrecional, porque la realidad es una sola, así la inflexión verbal utilizada –"podrá"– conduzca a sostener que se trata de una posibilidad que no se aviene con el papel interventor del Estado en la iniciativa privada, pues de aceptarlo así su labor preventiva y cautelar declinaría, olvidando que es una actividad estatal que no puede cejar y respecto de una actividad privada que materializa un servicio público concedido, y que la iniciativa privada queda limitada, como es obvio, por el interés general. Pero no puede reconocérsele tal facultad discrecional respecto de los sucesos causales pasados porque no son contingentes; ya son una realidad frente a la cual no le asiste discrecionalidad. Ocurre que la norma del artículo 48 de la Ley 45 de 1923 no supone alternativas en cuanto a la medida que la administración ha de producir, pues el legislador lo ha prefijado como una sola y ha hecho la elección correspondiente; la toma de posesión de los haberes. Ello reduce el campo de maniobra o la competencia de la discrecionalidad de la administración pues la limita a la ponderación de la oportunidad para su adopción. No se trata de exigirle a la Administración el poder de la adivinación, en absoluto, sino la proyección de los efectos humana y razonablemente previsibles respecto de las realidades que aprecia. La exculpación fundada en la discrecionalidad no resulta aceptable porque no tenía el Superintendente facultad discrecional para definir los motivos causales

**de la medida definida legalmente y era una realidad incuestionable la precaria situación económica de la entidad bancaria, la inseguridad de sus prácticas y las burlas a las reglas de la actividad y a los propios mandatos de la Superintendencia Bancaria, que fue laxa. De otra parte, no existe dentro del proceso disciplinario y en el expediente de este proceso, la prueba de haberse sometido la adopción de la medida de toma de posesión a consideración del Ministro de Hacienda antes del 25 de junio de 1982, porque las restantes medidas por hallarse dentro de la órbita propia de las facultades del Superintendente no debían ni tenían que someterse al conocimiento y aprobación del ente titular ni del Presidente, pero cuya ineficacia ya era palmaria. El demandante actuó con culpa. Dicha conducta fue producto de un error en el obrar, bien por imprudencia, impericia, negligencia, falta de previsión o confianza infundada en la ineficacia del hecho o acto en lo concerniente con la aplicación de sus atribuciones frente a los sucesos que aquejaban la vida económica del Banco Nacional y de la empresa Furatena, y por ello debía responder disciplinariamente. Para la Sala el caudal probatorio no contiene medios demostrativos de su exculpación, ni probanzas que desvirtúen las conclusiones de la Procuraduría porque resultaran contrarias a la objetividad y materialidad de los hechos.**

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santafé de Bogotá, D. C., tres (3) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente número 1443.

Autoridades Nacionales.

Actor: Francisco Morris Ordóñez.

Decide la Sala la demanda instaurada por el doctor Francisco Morris Ordóñez, para obtener la nulidad de la Resolución No. 046 del 15 de junio de 1985, de la Procuraduría Primera Regional de Bogotá, Vigilancia Administrativa (fls. 2-134, Cuad. No. 1) que lo sancionó con solicitud de destitución del cargo de Superintendente Bancario que desempeñó desde el 22 de agosto de 1978 hasta el 10 de agosto de 1982, y de la Resolución No. 0828 del 29 de octubre de 1985, proferida por la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa, que la confirmó (fls. 135-261).

## ANTECEDENTES

1. La Procuraduría Regional de Bogotá expidió el primero de los actos acusados para decidir el mérito de la actuación disciplinaria acumulada con fundamento en el artículo 8° del Decreto 3404, reglamentario de la Ley 25 de 1974, diligencias adelantadas contra Francisco Morris Ordóñez, ya para ese entonces retirado de la Superintendencia Bancaria, y contra otros funcionarios de dicha dependencia.

1.1 En cuanto al actor, el Ministerio Público resumió los cargos formulados así:

"...Con relación al Banco Nacional:

*Haber tolerado la situación negativa del encaje del Banco Nacional, los meses de diciembre de 1980, abril, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 1981 y, desde la cuarta semana del mes de mayo, hasta el 25 de junio de 1982. De igual manera toleró un defecto legal de encaje, hasta por cuatro veces consecutivas en el mes, limitándose a imponer sucesivas multas que propiciaron la iliquidez del banco.*

*Conoció oportunamente, a través de los informes de visitas, situaciones anómalas tales como créditos concedidos por el Banco Nacional Grupo Correa y Grupo Colombia; desorden en el manejo de las cuentas de Credibanco (presencia de saldos que no corresponden al balance); traslado de cuentas corrientes a cuentas de ahorro; en sucursales del Banco Nacional en otras ciudades del país, se cometía irregularidades en su funcionamiento.*

*Admitió al finalizar el año de 1980, la inversión de seis millones de dólares (US$ 6.000.000.00) del Banco Nacional en acciones en el Bank of Perrine, Condado de Dade, Estado de la Florida, E.U., no obstante mediar un concepto adverso emitido por la Oficina Económica de la Superintendencia y la reglamentación contenida en la Circular del Organismo No. 093 del 11 de agosto de 1980, frente a la facultad que de conformidad con el artículo 148 del Decreto 444 de 1967 le asiste a la Superintendencia Bancaria, de aprobar la adquisición de acciones o partes de capital de entidades de crédito en el exterior".*

Con relación a Financiera Furatena, dice al acto:

*"Se le atribuye el cargo de demorar por espacio de dos meses, el traslado de cargos al Presidente de la Sociedad Furatena no obstante mediar el informe presentado por el funcionario encargado de practicar la visita en dicha entidad, en donde se detectaron, entre otras, las siguientes irregularidades: registro en caja de disponibilidades inexistentes;*

*préstamo a deudores ficticios en cuantía de mil ciento cuatro millones; créditos por varios millones de pesos sin respaldo ninguno por supuesta compra de cartera ($ 39.000.000.00 a la Corporación Financiera Antioqueña S. A., que la sociedad entregó a un tercero que a su vez giró varios cheques por la misma cantidad a Empresas del Grupo Correa)".*

Con relación a la Sociedad Correa Acevedo C. C. A. (sic), los cargos fueron:

*"Toleró su funcionamiento como Sociedad de Intermediación Financiera desbordando su objeto social, no obstante constatar a través de visitas realizadas en ejercicio de una inequívoca función de vigilancia, diferentes irregularidades en su funcionamiento, tales como una doble contabilidad; concentración de créditos en favor de empresas pertenecientes al Grupo Correa; saldo en 'cuentas por pagar' de seiscientos cincuenta millones a cargo del señor Félix Correa; pagarés a nombre de Financiera Furatena y no a favor de Correa Correa S. C. A.; inversiones no a nombre de la sociedad sino de personas naturales, algunas de ellas parientes del señor Félix Correa; reconocimiento de intereses del 3% mensual sobre depósitos".*

Con relación a la Sociedad Correa Correa Ltda., se dijo que:

*"Toleró su funcionamiento como Sociedad de Intermediación Financiera desbordando su objeto social, no obstante constatar a través de visitas realizadas en ejercicio de una inequívoca función de vigilancia, diferentes irregularidades en su funcionamiento, tales como su funcionamiento con el correspondiente permiso de Superbancaria; deudas sin respaldo de ninguna naturaleza; pasivo representado en gran magnitud por las captaciones del público, sin ningún respaldo".*

Respecto de la Central Financiera S. A., se le imputó:

*"La Procuraduría Tercera Regional consideró en su pliego de cargos elevado al doctor Morris Ordóñez, que éste actuó con notoria negligencia y omisión ante los diferentes informes rendidos por funcionarios de la Superbancaria que evidenciaban la grave situación por la que atravesaba la Compañía de Intermediación Financiera. Mediante tales informes conoció oportunamente al Superintendente Bancario de la época, que en el cierre de operaciones de Central Financiera S. A., de septiembre 30 y octubre 31 de 1981, la mayoría de créditos otorgados por la Central Financiera pertenecían a miembros de la Junta Directiva, familiares de éstos, filiales y subordinadas, los que se otorgaban además, sin el lleno de los requisitos indispensables; el total de préstamos otorgados por la Compañía, ascendía a la suma de $ 267.000.000.00 al cierre de*

*operaciones y de ésta suma, aparecen otorgados a los señores NAAL y CIA., casi el 10% del total de dichos préstamos. El señor Naal Bustillo era accionante y miembro principal de la Junta Directiva de la Financiera; se otorgaron créditos a la familia De la Roche, accionistas y pertenecientes también a la Junta Directiva y Empresas Filiales, hasta por un monto del 27% de los valores registrados en el balance consolidado; los documentos y garantías que avaluaban tales préstamos, estaban respaldados en su gran mayoría por miembros directivos de la Corporación Financiera S. A., sus filiales y subordinadas, quedando el dinero, sin ningún respaldo jurídico. A través de los informes de visita, tuvo oportuno conocimiento que el 99% de los créditos otorgados por la Compañía, carecían de garantías reales; también se detectó el otorgamiento de una serie de créditos a diferentes personas que no recibieron efectivamente el producto de los mismos sino que mediante una operación de presentación de los cheques respectivos por ventanilla en el banco girado (Banco Nacional), aparentaban cobrarlos en efectivo y simultáneamente se presentaba una consignación por la misma suma, en efectivo, a nombre de Central Financiera; se otorgaron obligaciones a personas como Cecilia Aguirre y Monique Alberth, sin garantía personal, sin firma del codeudor y sin estudio de factibilidad, desconociéndose la solvencia económica de los acreedores; se otorgaron quince (15) préstamos cuyos beneficiarios reales fueron accionistas y miembros de la Junta Directiva de Central Financiera S. A., que destinaron tales dineros a la compra de acciones en el Banco de Caldas y Seguros Atlas; se produjo aumento de capital de la sociedad, mediante créditos otorgados por ella misma, con base en el ahorro privado; se dio una evidente concentración de crédito hasta por la suma de $ 283.391.500.00. Estimó la Regional Tercera que el proceder del doctor Morris Ordóñez ante estas graves anomalías, fue negligente y descuidada al no tomar posesión de los negocios y haberes del establecimiento financiero, con fundamento en el artículo 48 de la Ley 45 de 1923".*

Con relación al Banco del Estado:

*"Haber permitido que el Banco del Estado presentara un defecto legal de encaje, en forma consecutiva, desde el mes de septiembre de 1978 hasta el año de 1982, fecha en la que fue decretada su nacionalización, sin que, en su condición de Superintendente Bancario, ejerciera de conformidad con las normas que rigen la materia, un verdadero control y vigilancia, aplicando los correctivos necesarios tendientes a evitar la grave crisis. El mismo argumento se predica, en relación con las graves irregularidades conocidas por el funcionario encartado a través de los*

*informes de visita, tales como los autopréstamos, préstamos personales a empleados de la Superintendencia Bancaria; inadecuado tratamiento a las deudas de dudoso recaudo, irregularidades éstas ampliamente detalladas en el pliego de cargos correspondientes".*

1.2 La resolución resumió las descargos del demandante (fls. 12-23, loc. cit.) y a partir del folio 89 se ocupó de su mérito, para aceptar los relativos al desencaje (fl. 93), los autopréstamos (fl. 94) y los préstamos a los empleados de la Superintendencia (fl. 95), las deudas de dudoso recaudo (fl. 95), Central Financiera S. A. (fl. 96) y la inversión proyectada por el Banco Nacional en el exterior (fl. 124). No aceptó, en cambio, los relacionados con el Banco Nacional, Compañías de Financiamiento Comercial y otras sociedades del autodenominado Grupo Colombia (fls. 97-105), Sociedad Financiera Furatena.

En este punto expresó:

*"En este orden de ideas, la función del Superintendente Bancario no se puede circunscribir exclusivamente a una mera función formalista de inspección, porque en razón de lo dicho por la propia Constitución, el Estado a través de éste, tiene los títulos de intervención suficientes para organizar y poner en marcha un marco jurídico público que de modo real ordene, dirija y limite la actividad crediticia del sector privado, superando la simple labor de supervigilancia, utilizando en el caso que sea necesario y cuando se ponen en peligro los intereses de millares de ahorradores, las medidas que el legislador ha establecido en su defensa.*

*Por las consideraciones expuestas, no son de recibo las explicaciones presentadas por el doctor Francisco Morris Ordóñez, sobre este hecho específico" (fls. 105-110).*

En lo que hace con las sociedades Correa Correa y Correa Acevedo S. C. A., la procuraduría concluyó, luego de analizar las normas sobre intermediarios financieros, que la derogatoria de la facultad de tomar posesión de los negocios de una sociedad dedicada a la intermediación financiera que actúa sin permiso, no limita el ejercicio de la vigilancia, que no debe circunscribirse a la sola imposición de las multas que prevé el supuesto normativo o la solicitud de liquidación a su representante legal, "sino que debe llegar, incluso, a la liquidación de la sociedad que además de mostrarse renuente a obtener autorización de la Superintendencia, maneja sus negocios de manera inconveniente e insegura en perjuicio de innumerables ahorradores" (fl. 115) y concluyó aceptando los argumentos del Superintendente de Sociedades que en virtud de las reformas legales de agosto de 1981 le negó permiso de funcionamiento al establecer que se dedicaba a la intermediación financiera

"esta última actuación no es la que se critica, –dijo refiriéndose a una visita de la Superintendencia Bancaria–, por el contrario ya empezaba la Superintendencia Bancaria a ejercer una típica función de vigilancia que llegó a la imposición de multas en la cuantía establecida por el artículo 12 del Decreto 1970 de 1979, por manejo inseguro y anormal de sus negocios y por encontrarse desarrollando este tipo de actividades financieras al margen de una autorización estatal" (fl. 122).

Al estudiar el elemento subjetivo de la conducta del actor lo encontró culpable (fls. 125-127) y le aplicó la sanción de solicitud de destitución.

2. Para decidir la consulta y la apelación del Superintendente, la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa expidió la Resolución No. 0828 del 29 de octubre de 1985, que en lo que se relaciona con el actor, reexaminó los cargos y descargos (fls. 193-221), compartiendo el criterio de la primera instancia, por lo cual expresó que el inculpado:

> *"No hizo cumplir la Constitución y ni la ley frente a los hechos estudiados, tampoco fue solícito, eficiente ni imparcial en el desempeño de sus funciones, situación que lo hace incurso en falta disciplinaria de conformidad con lo normado en el artículo 132 del Decreto 1950 de 1973, en concordancia con el artículo 6º del Decreto–ley 2400 de 1968" (fl. 243).*

Al negarle la incidencia de la acción penal y sus efectos absolutarios (fl. 244), confirmó la sanción impuesta.

## DE LA DEMANDA

3. Acusa la violación de los artículos 20, 26, 30, 55, 120-15, 143 y 145 de la Constitución vigente en la época; del Código Civil, los artículos 1742 y 1743; del Código de Comercio, los artículos 266 y 500; del Código Contencioso Administrativo, los artículos 3º, 35, 73 y 84; Código Penal, Libro primero y artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 9º, 35 a 39, 60, 61, 67 y 375; de la Ley 45 de 1923, el artículo 48; de la Ley 25 de 1974, los artículos 12 y 18; de los Decretos 2492 de 1975, los artículos 1º, 2º y 3º; 482 de 1985, el artículo 8º; 1950 de 1973, artículos 134, 135, 136 y 141; 971 de 1974; 1773 de 1973; 1970 de 1979 y demás normas concordantes y complementarias aquí citadas" (fls. 276-318).

Al sustentar la violación de la ley el demandante advierte que la acusación disciplinaria se apoya en una apreciación subjetiva, que se demostró en la adopción de las medidas, sin indicarle las normas que fijaran esos plazos que supuestamente excedió, por la obvia razón de que no existen tales normas; que si se le atribuyen

conductas omisivas, no puede expresársele qué fue lo que hizo mal, sino qué es lo que se supone que ha debido hacer y no hizo, estando obligado a hacerlo, porque eso es lo que se le imputa, sin hacerle saber qué sanciones o medidas estaba obligado a aplicar, de suerte que pudiera defenderse de un cargo concreto; que no puede sancionarse con destitución a quien ya no ejerce el cargo; que los actos están fundados en el pliego de cargos del 13 de agosto de 1983 que se apoyó en la nulidad del pliego del 15 de noviembre de 1982, lo cual no puede hacer la Procuraduría; que los actos se motivan en el hecho de no haber tomado posesión inmediata de las firmas que allí se mencionan, medida reglamentada en el artículo 48 de la Ley 45 de 1923, que es manifiestamente discrecional, por lo que pretenden convertir en obligatorio lo opcional; que nadie puede pontificar sobre cuáles pudieran haber sido los resultados de haberse decretado la toma de posesión de una forma precipitada; que las resoluciones se apartan de los pliegos de cargos, y que no se resolvieron todas las cuestiones planteadas; que se rompió el principio de la imparcialidad porque ante idéntico cargo absuelven a los restantes implicados con el argumento de que el sancionado era quien tenía atribuciones para tomar posesión pero partiendo del supuesto injurídico de que era la única medida que ha debido adoptarse en todos los casos y en forma inmediata; que la facultad de la autoridad administrativa para sancionar caduca en tres años de ocurrida la omisión, en este evento, que sería anterior a junio de 1982; que ninguna de las conductas que se le atribuyen aparece entre las causales del artículo 1° del Decreto 2492 de 1975 sancionada con la destitución.

Procede luego a la demostración de las violaciones del Código Penal en cuanto a la legalidad, tipicidad, proscripción de responsabilidad objetiva, cosa juzgada y criterios para fijar la pena.

En seguida, trata de la falsa motivación, pues los actos acusados faltan frecuentemente a la verdad, omiten razones fundamentales, interpretan errada y arbitrariamente las conductas o las disposiciones legales que aducen, lo cual le permite decir que se aplicaron indebidamente el Decreto 971 de 1974, el Decreto 1773 de 1973, el literal f) del artículo 135 y el inciso 2 del artículo 141 del Decreto 1950 de 1973, y erradamente el Decreto 1970 de 1979, el artículo 134 del Decreto 1950 de 1973, y los artículos 266 y 500 del Código de Comercio.

## LA ACTUACION

4. Notificada la Procuraduría General de la Nación, compareció al proceso (fls. 354-375); formuló las excepciones de carencia de jurisdicción respecto del acto cuestionado y la inexistencia de la acción desprendida de la anterior y se opuso expresamente a la demanda, controvirtiendo cada uno de los hechos y de las razones del demandante.

5. En la etapa probatoria se aportaron algunos de los documentos pedidos por las partes, se les aceptó el desistimiento de otras y se recepcionaron las siguientes testimoniales:

5.1 El testimonio por certificación juramentada del señor embajador ante la Santa Sede, doctor Julio César Turbay Ayala, Presidente de la República entre 1978-1982, bajo cuya gestión gubernamental se produjeron los hechos que motivaron la sanción debatida (fls. 418-425). Apoyado en apartes de su libro "La Fiscalización Financiera de la Administración Turbay Ayala", expresó que:

> "*Algunos vacíos o faltas de previsión del legislador de 1923, 'produjeron acontecimientos desde algunos años anteriores a la iniciación del período constitucional 1978-1982, consistentes en la irrupción dentro sector financiero, de personas no aptas para el manejo del ahorro privado y desconocedoras de la función social de la propiedad de instituciones financieras' (pág. 23).*

Prosiguió así en su escrito:

> *"Con anterioridad al año 1978 el 'Grupo Colombia' fue adquirido a sus propietarios por una serie de personas poco conocidas en el medio financiero, mediante transacción que no fue autorizada por el gobierno nacional en cuanto que no existía tal exigencia. A estos lamentables acontecimientos puso mi administración adecuado y definitivo freno mediante la tramitación y expedición de la Ley 32 de 1979, y el Decreto 3604 de 1981. La prueba de tan eficaz medida es la de que hoy no entra persona alguna al sistema financiero sin haber demostrado previamente ante las autoridades competentes sus condiciones de experiencia y responsabilidad exigidas por la ley.*
>
> *"En el Banco Nacional se logró, durante el primer semestre de 1982, normalizar satisfactoriamente sus operaciones. Fue necesario lograr este propósito que actuara con especial mano la Superintendencia Bancaria: se establecieron multas creo que superiores a los cien millones de pesos, de la época, se obtuvieron recuperaciones de cartera por encima de los quinientos millones de pesos, se eliminaron los sobregiros y los préstamos nuevos, se cerró ilimitadamente el cupo de crédito y se ordenó, y se logró la devolución de los préstamos concedidos en contravención a las disposiciones legales. Entre otras palabras, considero que se utilizaron las herramientas con que contaba el gobierno para estos casos".*

En su testimonio el señor Ex presidente de la República apunta también que:

> *"En la resolución de intervención expedida por mi gobierno se ordenaba la administración del banco por parte de agentes especiales, de las mejores*

*condiciones morales e intelectuales que, irían a desplazar a los inescrupulosos directivos, manteniendo a la entidad crediticia dentro de su operación normal. La administración Betancur tomó la decisión de liquidar el Banco Nacional. He leído en la prensa que están haciendo devoluciones progresivas de los ahorros".*

*"Como es de conocimiento de los señores Consejeros, la única causal inmediata de intervención de las previstas en el artículo 48 de la Ley 45 de 1923 es, precisamente, la presentada en este Banco. Con anterioridad no* se presentaron causales que ameritaran dicha medida que, por demás, es de clara estirpe discrecional. De inmediato, y como consecuencia de los hechos relatados, se expidió la correspondiente resolución con las firmas del Ministro de Hacienda y Crédito Público, doctor Eduardo Wiesner Durán y del Superintendente Bancario, doctor Francisco Morris Ordóñez. La discusión sobre la oportunidad de la terminación comentada resulta accesoria frente al hecho mismo de la 'cesación de pagos' producida por los actos de los administradores: la única oportunidad para expedir el acto administrativo fue el cierre de las puertas al público y, en consecuencia, se actuó de inmediato a tomar posesión de sus negocios y haberes".

Al comentar la medida expresó:

*"Otra medida tomada por mi gobierno, fue la expedición de dos decretos, los números 2216 y 2217 de 1982, dirigidos a la protección del ahorro privado mediante la agilización de los trámites de las intervenciones, de las realizaciones de activos, y de las devoluciones de los dineros de los ahorradores. Tal como lo dije en el libro de mi autoría, tantas veces citado, estos decretos recibieron el visto bueno en materia de constitucionalidad (pág. 35)".*

Sobre el Decreto 1970 de 1979 dijo:

*"El Decreto 1970 de 1979, expedido por mi gobierno con base en las facultades que le confiere al Presidente de la República el artículo 120, numeral 14 de la Constitución Nacional, pretendía, y lo logró con creces, institucionalizar el sector financiero mediante la adopción de la teoría de la 'concesión a la cual sometí todas mis actuaciones como gobernante en lo que hace a la regulación del manejo de crédito'. A este punto me referí a espacio en la Convención Bancaria y de Instituciones Financieras celebrada en Cartagena en 1981 (pág. 9, obra citada). "Con el Decreto 1970 de 1979 se reglamentó la actividad de las Compañías de Financiamiento Comercial, de los Consorcios Comerciales y de las Tarjetas de Crédito, y se modificó la filosofía con que fueron expedidos*

*los Decretos 1773 de 1973 y 971 de 1974 que prácticamente obligaban a la Superintendencia Bancaria a otorgar permisos de funcionamiento a entidades que habían venido manejando el ahorro público a espaldas del gobierno y de sus reglamentaciones. En esta importante disposición se crean a toda una serie de requisitos, exigentes, por cierto, para obtener la autorización de funcionamiento de la Superintendencia Bancaria tendiente a poder intermediar en la demanda y oferta del dinero del público. Se trataba con esta medida de establecer un filtro al ingreso de entidades al sector financiero, que, como era previsible, extraordinarias ventajas ha traído para el país*".

Concluye que:

"*De lo anterior se deduce que, salvo aquellas entidades que por disposición legal deben estar vigiladas por la Superintendencia Bancaria las demás sociedades mercantiles están sujetas al control de la Superintendencia de Sociedades en los términos del Decreto 2059 de 1981, también expedido durante mi mandato. De esta manera, y para abundar en la explicación del concepto, una sociedad comercial que no esté vigilada por la Superintendencia Bancaria conforme al Decreto 1970 de 1979–por haberlo ordenado esta disposición– queda bajo control de la Superintendencia de Sociedades por prescripción del Decreto 2059 de 1981*".

En cuanto a la medida de posesión su criterio es el de que:

"*Constituyen medidas extremas que deben adoptarse una vez se haya agotado el arsenal de medidas y esfuerzos administrativos tendientes a dotar de recursos económicos a la entidad que, por manejos irregulares y ortodoxos, (sic), debe desaparecer del escenario económico. La 'toma de posesión' de una institución financiera sin antes haber hecho todos los esfuerzos para salvarla y para dotarla de recursos puede ser un atentado contra los intereses de los ahorradores.*

"*La medida de 'toma de posesión' no puede ser precipitada, de ahí que el legislador la haya dejado a la discrecionalidad del Superintendente Bancario y del Ministro de Hacienda y Crédito Público. Lo cierto es que tomar posesión de un caparazón vacío en su interior, en materia financiera no deja de ser un injusto premio para el empresario causante del daño y un castigo inmerecido a los ahorradores.*

"*Ciertamente, este criterio fue el adoptado por mi gobierno, y expresado por los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público en diversas*

*oportunidades, sin que, de otra parte, se hubieran innovado los criterios imperantes sobre el tema desde el año de 1923. Bien por el contrario fue tan solo a partir del año de 1982 cuando se comenzaron a vislumbrar modificaciones a tan tradicional doctrina".*

Finalmente asevera que:

*"Fui informado principalmente para los funcionarios del área, Ministro de Hacienda, Superintendente Bancario y Gerente del Banco de la República y considero que las medidas adoptadas fueron oportunas para el momento. Las 'tomas de posesión' acordadas entre el señor Ministro de Hacienda y el Superintendente Bancario también me fueron comunicadas".*

5.2 **María Stella Villegas de Osorio** (fl. 430), Segunda Delegada expresó que:

*"A partir de este momento de (sic) intentaron o se procedió en dos vías. La primera, recuperar los activos de la Empresa ya que como se dijo, la cartera estaba sustentada en pagarés emitidos por personas inexistentes y la segunda vía, seguir el procedimiento sancionatorio seguido en la Superintendencia que se sigue con todo informe de visita. En este último punto se le dio la prelación por tratarse de un caso grave, se aplicaron las sanciones pecuniarias, se preparó denuncio penal, se infromó (sic) al Superintendente de Sociedades sobre asuntos conexos, se aplicaron vetos, se informó a la Junta Nacional de Contadores con la actuación del Revisor Fiscal y otros muchos asuntos que no preciso. Sobre lo primero, ya que el verdadero deudor era el señor Félix Correa, sus empresas, y su familia, se les exigió la firma de pagarés, estos sí reales, por una suma aproximada de dos mil millones de pesos. Por otro lado, se les exigió a las mismas personas anteriores la entrega de bienes en dación de pago en respaldo de la suma antes anotada, lo cual se cumplió a partir de enero de mil novecientos ochenta y dos (1982), más o menos hasta mayo de este mismo año".*

Sobre Correa Acevedo y Cía. S. C. A., expresó que no era vigilada por la Superintendencia Bancaria y que se le aplicó sanción pecuniaria; que con la expedición del Decreto 2378 de 1976 se estableció en la Superintendencia Bancaria la Comisión Asesora para analizar el desvío del ahorro privado en maniobras especulativas (fl. 432).

5.3 **Benjamín Herrera Espitia** (fl. 433) para quien *"el desencaje no fue el factor determinante en la intervención del Banco Nacional"* (fl. 438), dijo sobre la aplicación de la Ley 45 de 1923 a la situación del Banco Nacional lo siguiente:

*"La Ley 45 del año de 1923 en el artículo 48 establece que el Superintendente Bancario podrá realizar la intervención de una entidad bajo su control y vigilancia siempre y cuando se cumplan una o varias de las causales expresamente allí establecidas. El hecho abierto que la ley le permite al Superintendente Bancario para tomar la decisión de intervenir no sólo está condicionado a que objetiva y expresamente se cumpla una o varias de las causales establecidas en el artículo48. Pienso que soy uno de los convencidos que la ley al determinar que el Superintendente podrá es que él en cumplimiento de sus funciones debe realizar todas las acciones tendientes a buscar una solución diferente a la intervención. Esta medida como tal es una medida extrema que el Superintendente debe cumplir una vez se agote toda su capacidad de acción para salvar o flotantizar la entidad que se haya en una en dos o en tres de las causales establecidas por el artículo 48. Tan es demostrable esta aceleración que la misma autoridad monetaria coadyuda con esta situación que le permite a la entidad bancaria que se halle en una situación financiera difícil solicitar créditos extraordinarios que están establecidos desde el año de 1974 a través de la Resolución 49 de al (sic) Junta Monetaria. Si los accionistas o los administradores de un establecimiento de crédito no cumplen con todas las acciones exigidas por el Superintendente Bancario para salir de una o varias de las causales establecidas en la Ley 45 del artículo 48 de 1953 deberá cumplir con su deber interviniendo o mejor tomar la decisión para intervenir en la entidad, decisión que por lo delicada debe someterse a una instancia superior del Superintendente Bancario que es el Ministro de Hacienda quien debe darle el visto bueno al acto administrativo del Superintendente Bancario de intervenir una entidad vigilada por él. Luego esto nos llega a concluir que la ley es sabia al dejar al Superintendente Bancario en la posibilidad de adelantar todas las gestiones tendientes a salvar la entidad en problemas antes de tomar la decisión establecida en el artículo 48 de la Ley 45 de 1923. Esto no sólo no significa que la decisión sea sólo del Superintendente Bancario sino que la ley también busca defender el interés general a través de la consideración de dicho acto administrativo y visto bueno del Ministro de Hacienda y por lo tanto del Presidente de la República".*

5.4 En su declaración, **Luis Guillermo Candela Campo** (fl. 497), Superintendente Primer Delegado, relató los hechos de 1981 y 1982 relacionados con el Banco Nacional, y dijo que *"debo mencionar que la toma de posesión no tuvo como razón principal el desencaje del banco, sino intempestivo retiro de depósitos que produjo una cesación en los pagos"*. (fl. 498).

Así mismo, agregó que:

*"Debo agregar que en el caso especial del Banco Nacional, el Gobierno todo incluyendo al Señor Presidente de la República y su Ministro de Hacienda tuvieron conocimiento permanente, al igual que el Banco de la República, de la evolución del Banco y de los correctivos que se implementaban durante todo este período. Las medidas fueron siempre discutidas y compartidas por los funcionarios rectores de estas instituciones. Todo este proceso me consta toda vez que fui parte activa en el desarrollo e implementación de las políticas de control de estas entidades, ya que mi función como Superintendente Bancario – Primer Delegado, así me lo imponía"* (fl. 499).

5.5 **Martha Lucía Ramírez Blanco,** encargada en 1981 como Superintendente Primer Delegado (fl. 445) expusó sobre las medidas adoptadas:

*"El Superintendente Bancario instruyó a la Junta Directiva del Banco así como su Presidente en el sentido de no efectuar nuevas operaciones activas de crédito ni otorgar nuevos sobregiros a efectos de evitar que se agravara la posición de desencaje. De otra parte ordenó efectuar un aumento de capital por valor de $ 200 millones de pesos. Así mismo, solicitó se le presentara un programa tendiente a aumentar las captaciones del público especialmente en la modalidad de depósitos a término que requieren un menor encaje, para normalizar la posición de encaje. Finalmente prohibió de manera terminante el otorgamiento de nuevos créditos en moneda legal o en moneda extranjera a ninguna persona natural o jurídica perteneciente a la familia 'Correa Correa', 'Correa-Acevedo', o al 'Grupo Colombia'. La situación de desencaje se mantuvo hasta diciembre de 1981, con la correspondiente imposición de sanciones pecuniarias por parte de la Superintendencia Bancaria por un valor cercano a los 110 millones de pesos durante el semestre. En relación con el aumento en las captaciones exigidos por el Superintendente no se lograron mayores resultados. En cuanto al aumento de capital se logró una capitalización cercana a los 120 o 130 millones de pesos y en cuanto a la prohibición de nuevos créditos a los accionistas de la institución se logró el cumplimiento a la instrucción del señor Superintendente sobre el particular. Así mismo se logró reducir el pasivo de los accionistas a favor del Banco, pues a mediados del mes de diciembre de 1981 se abonaron cerca de 650 millones de pesos a la cartera en mora a cargo de los mismos. Obviamente como se trataba de deudas en mora la mayor parte de dichos recursos se abonó a intereses de tal manera que el abono a capital fue mínimo"* (fls. 447-448).

Luego dijo que a partir de abril de 1982:

*"La situación del Banco era aparentemente normal, también es cierto que la información presentada en los informes de visita a que me he referido, obligó la adopción de nuevas medidas y exigencias tendientes a corregir la situación anómala con el propósito de dotar los activos del banco y más concretamente la cartera a cargo de sus accionistas de las garantías tendientes a salvaguardar los depósitos del público que le habían sido confiados. Fue entonces cuando se reiniciaron las reuniones con la Plana Directiva del Banco y con su accionista Félix Correa quien fue citado por el señor Superintendente para participar en las reuniones tendientes a encontrar una fórmula de pago acorde con las exigencias del señor Superintendente. Desde marzo hasta mediados de junio de 1982 se analizaron diferentes fórmulas tales como daciones en pago, abonos parciales a la deuda, y finalmente se comenzó a trabajar en una fórmula consistente en la entrega en fide y comizo (sic) de todos los bienes y propiedad de la familia Correa a una sociedad fiduciaria con el objeto de que esta última administrara y enajenara dichos bienes y con el producto de los mismos cancelara los pasivos a favor del Banco Nacional. Sin embargo don Félix Correa condicionó la entrega de sus bienes a que con el producto de los mismos se cancelarán pasivos diferentes a los que él tenía con las entidades financieras del Grupo Colombia, especialmente con Furatena y con el Banco Nacional, condición ésta que no fue aceptada por el señor Superintendente toda vez que su interés, como era su deber, era fundamentalmente proteger a los ahorradores de las entidades financieras sujetas a su inspección. La última comunicación de don Félix Correa ofreciendo fórmulas para el fide y comiso (sic) fue recibida la víspera de la toma de posesión del Banco, es decir, el 21 o 22 de junio de 1982. Al día siguiente el Banco de la República le cerró el canje al Banco Nacional, los demás Bancos prohibieron a sus oficinas recibir cheques en consignación a cargo de aquel y entonces se presentó la cesación de pagos que constituyó una de las causales de la intervención"* (fls. 448-449).

Así mismo:

*"En una de las múltiples reuniones que tuvimos con los Delegados y el Superintendente Bancario nos informó que había estado reunido con el Presidente de la República, el Ministro de Hacienda, el Gerente del Banco de la República, con el objeto de analizar la posibilidad de que el Banco Central le diera al Banco Nacional un cupo de crédito tendiente a atender los retiros de depósitos de que fue objeto a partir de la segunda semana*

*del mes de junio como consecuencia de la toma de posesión de Furatena S. A. En aquel entonces el Superintendente Bancario doctor Morris ya me había ordenado estudiar la posibilidad de que la toma de la posesión del Banco Nacional incluyera una figura que hasta entonces no se había utilizado y consistía en la intervención para administrar y para liquidar el establecimiento Bancario. Como ya lo he dicho, la preocupación del Superintendente era proteger a los depositantes del Banco y por tal razón consideraba más adecuada la fórmula de intervención para administrar para lo cual resultaba indispensable contar con el apoyo del Banco de la República mediante el otorgamiento del crédito solicitado pues de esta manera se aseguraba tanto la continuidad operativa de la institución como, la de las gestiones que estaban en curso tendientes a recuperar la cartera de la institución a cargo de sus accionistas. Posteriormente tres o cuatro días antes de la intervención del Banco, estuvimos reunidos en el despacho del Superintendente Bancario con los doctores Roberto Salazar, Subgerente Jurídico del Banco de la República y Joaquín Caicedo, Subgerente de Crédito del mismo con el objeto de estudiar y definir el otorgamiento del crédito al Banco Nacional. Telefónicamente consultaron varias veces en presencia nuestra con el doctor Rafael Gama las fórmulas que se iban definiendo pero, lamentablemente después de toda una noche de trabajo el Banco de la República decidió no otorgar el préstamo. En cuanto al Ministro de Hacienda se refiere sé que participó en las reuniones celebradas entre el doctor Morris, el Presidente de la República y el doctor Gama y también, que finalmente conoció el proyecto de la Resolución de posesión puesto que tal medida no se puede tomar unilateralmente por parte del Superintendente Bancario, sino que, tal como lo exige la Ley 45 de 1923, debe contar antes con la aprobación del Ministro de Hacienda quien en señal de aceptación suscribió el correspondiente acto administrativo"* (fl. 450).

Sobre la Ley 45 de 1923 dijo que no se aplica a las entidades no vigiladas por la Superintendencia Bancaria.

5.6 **Manuel Ernesto Ricaurte Quarz,** por la época Superintendente Tercero Delegado, habló del origen del control de los intermediarios financieros y las modificaciones legislativas de 1979 (fl. 441) y sobre la aplicación de la Ley 45 de 1923 expuso:

*"La Ley 45 de 1923 contiene numerosas disposiciones que corroboran estas disposiciones y que van desde la facultad de exigir a los accionistas el pago de las acciones no suscritas de capital autorizado, pasando por la remoción de los administradores, hasta llegar a la utilización de cupos*

*especiales de crédito en el Banco de la República. Por otra parte, la Superintendencia cuenta con un equipo de visitantes que no sobrepasan los doscientos para controlar las actividades de cerca de nueve mil oficinas y sucursales de entidades financieras. No cuenta tampoco con soporte de tipo técnico como computadores y demás elementos que faciliten una labor de revisión y control que por tal razón debe hacer manualmente. Asimismo, nuestro ordenamiento legal exige que detectada una irregularidad cualquiera, lo que normalmente puede hacerse a través de una visita y ya anoté cuál era el número de visitadores disponibles, se elaboró un informe que debe ser revisado por el Jefe de División de Inspección, por la División de Revisión, por el Jefe de la Revisión correspondiente y por el Comité de Revisión antes de darle traslado a la sociedad infractora, la cual necesariamente dispone de un tiempo prudencial para contestar. Con base en su respuesta, si es el caso, se procede a sancionar, caso en el cual lógicamente se presentan recursos contra la decisión o si la falta es muy grave y está prevista en la ley como causal y no alternativa distinta que permita preservar la continuidad del establecimiento infractor, se puede proceder a la toma de posesión, medida que exige la firma además del Superintendente, del Ministro de Hacienda y Crédito Público" (fl. 443).*

6. Se recibieron igualmente testimonios de personas que en el pasado habían ejercido el cargo de Superintendente Bancario, tales como Miguel Aguilera Rogers (fl. 453), Ramón Eduardo Madriñán De la Torre (fl. 461), pero no como testigos de los hechos sino sobre el ejercicio de las funciones. También se escuchó al sucesor del demandante en el cargo quien produjo los actos de intervención conducentes a la liquidación de las empresas.

6.1 El Superintendente **Germán Botero De los Ríos** declaró así:

*"Yo no creo que pudiera, esa fue una de las situaciones complicadas que se presentaron en nuestra legislación positiva; las entidades supervigiladas por la Superintendencia pueden ser objeto de toma de posesión, las otras no obstante lo deseable que pudiera ser el poder adoptar una figura semejante, no lo podían porque la ley no daba autorización para ello y ampliar esta facultad a sociedades del tipo de las aludidas sería abrir una brecha inmensa por la cual cabría intervenir toda clase de entidades que algo tuvieran que ver con el ahorro así fuera remotamente"* (fl. 466).

Añadió que estaba ejecutoriada la toma de posesión de Furatena y del Banco Nacional por la Superintendencia y que el desencaje se presenta con alguna frecuencia pero en forma ocasional (fl. 446).

7. Para corroborar sus asertos el demandante aportó el concepto adverso que la Fiscalía rindiera en el proceso del expediente 3717, seguido ante la Sección Tercera del Consejo de Estado contra la Nación por quien se pretendió afectado por la suspensión del servicio bancario como secuela de los hechos del Banco Nacional (fls. 472-489).

Con similar propósito se trajeron copias de sendas providencias del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. La primera, de fecha 2 de septiembre de 1988 proferida en el sumario seguido entre otras personas contra Francisco Morris Ordóñez, donde se le sobreseyó definitivamente del punible de prevaricato por omisión con ocasión de los hechos referidos en el asunto disciplinario (fls. 509-544). La segunda, cuya copia corre de folios 547 a 557, aunque en ella se absuelve al demandante no se relaciona con los hechos del Banco Nacional sino con otros entes financieros.

8. Los interesados alegaron así: El demandante con escrito que obra a folios 638-647, donde sin nuevos apuntamientos reitera sus peticiones. Lo propio hizo la demandada, en su intervención de folios 609-637.

La señora Delegada del Ministerio Público en su intervención, folios 648-687, solicita no aceptar las excepciones y fallar desfavorablemente lo pedido. Su opinión, luego de discurrir sobre la filosofía de la potestad disciplinaria y los objetivos de la actuación administrativa de distinguir la acción penal y la disciplinaria, se encamina hacia el estudio de las acusaciones de violación de normas y falsa motivación, lo que la conduce a expresar que la *"actividad desplegada por el Superintendente no es demostrativa de un intenso dinamismo tendiente a manifestar en todo momento la regularidad del Banco"* (fl. 665); aduce que de las reuniones no existe respaldo probatorio y los hechos 34 y 35 son apreciaciones subjetivas del actor (fl. 665); del estudio de los testimonios concluye que todos admiten que la toma de posesión es medida extrema, pero previamente han debido aplicarse mecanismos correctivos, que no fueron suficientes para "salvar" la entidad, cuyo estado se detectó desde diciembre de 1981: en su opinión, la resolución de toma comprueba la ocurrencia de las causales 1ª, 4ª, 5ª y 6ª del artículo 48 de la Ley 45 de 1923 y condujo a la medida de administración directa para lograr su saneamiento y evitar su liquidación, producida el 31 de agosto de 1982 por mandato del nuevo Superintendente según Resolución 4824. Todo ello le mueve a aseverar que las medidas del demandante no lo fueron porque tan solo dos meses más tarde no se encontraron las condiciones necesarias para lograr el saneamiento.

El concepto en comento se ocupa igualmente de las decisiones discrecionales para señalar que están restringidas a los fines de la norma que las autoriza y la proporcionalidad en relación a los hechos que le sirven de causa, a la motivación en

los aspectos de conveniencia y oportunidad de la medida. Que respecto de la empresa Furatena no hay pruebas de la resolución de toma, ni de la visita final, ni de sanciones, ni de los permisos provisionales ni de las reuniones. Sobre las sociedades que el demandado considera ajenas a su vigilancia, con apoyo en los Decretos 971 de 1974, 1970 de 1979 y 1773 de 1973, la Delegada afirma que la Superintendencia estaba facultada para tomar posesión de los negocios y únicamente les impuso multas. Por ello, comparte las conclusiones de los actos acusados y la tesis de la independencia de la acción penal y de la disciplinaria.

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

## CONSIDERACIONES

### I. ASPECTOS GENERALES

1. La Constitución de 1886 disponía en su artículo 16 que las autoridades de la República estaban instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Su artículo 20 establecía que los funcionarios públicos respondían por la infracción de la Constitución y de las leyes, y por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas. El marco de las obligaciones y de la responsabilidad de las autoridades se definía por la normatividad constitucional, y la derivada de ella, ordinaria o extraordinariamente cuando era posible, y la modalidad de las infracciones cometidas eran la acción, la omisión o la extralimitación de las funciones legales.

2. En forma genérica y consonante con la Constitución desde la vigencia del D.L. 2400 de 1968, que es el estatuto del personal en el servicio público, son deberes de los empleados públicos los descritos en el artículo 6°, como los de *"respetar, cumplir y hacer cumplir la Constitución. las leyes y los reglamentos"; desempeñar con solicitud, eficiencia e imparcialidad las funciones de su cargo"*, dado que su determinación corresponde también a la Constitución, a la ley y al reglamento; *"responder del uso de la autoridad que les haya sido otorgada y de la ejecución de las órdenes que puedan impartir"*, y *"vigilar y salvaguardar los intereses del Estado"*.

3. Del propio modo las prohibiciones generales establecidas en el Decreto 2400 de 1968 incluyen las de *"retardar o negar injustificadamente el despacho de los asuntos o la prestación del servicio a que estén obligados"*. A ellas se agrega la previsión del Decreto 2492 de 1975, para conformar el marco ético-jurídico vigente en la época de los hechos.

Se califican como generales, porque las normas de cada destino o actividad pública en particular determinan la especificidad de las facultades y atribuciones de

cada empleo y del empleado en concreto, dentro del principio de la atribución o de la potestad dispuesta desde la propia norma superior o desarrollada por la ley o por el reglamento.

4. Los considerandos del Decreto 2733 de 1959 enfatizaban los principios de la actuación administrativa, que luego los artículos 2° y 3° del D. L. 01 de 1984 legalizaron, y que desde 1991 se constitucionalizan en el artículo 209 como propios de la función administrativa. Las actuaciones administrativas a su vez podrían clasificarse según la manera de su ejercicio, en regladas o en discrecionales, caracterizadas las primeras como aquellas donde la norma determina expresamente todas y cada una de las condiciones y consecuencias de su ejercicio; y las segundas, distinguidas porque en el proceso de aplicación de la ley existe una estimación subjetiva de la administración para completar el cuadro legal en un contenido particular.

5. En la estructura de la Administración Nacional las Superintendencias están definidas como *"organismos creados por la ley, o autorizados por ésta, encargados principalmente de atender funciones administrativas, conforme a las reglas del derecho público"* (artículo 4° del D. L. 1050 de 1968), cuya naturaleza pública y administrativa son indudables. La Superintendencia Bancaria, establecida entre nosotros por la Ley 45 de 1923, con la Ley 57 de 1931 ya era una dependencia del Gobierno encargada de la ejecución de las leyes que se relacionan con los bancos comerciales, hipotecarios, el de la República y todos los demás establecimientos que hagan negocios de esta índole en Colombia (artículo 1°). Luego, sucesivamente, se le fue incrementando y especializando el ámbito de sus funciones, relievantes en este proceso las concernientes a la banca comercial y a los intermediarios financieros.

6. Debe recordarse que la reforma constitucional de 1968 modificó el artículo 32 de la Carta y conservó la libertad de empresa y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común, pero la dirección general de la economía la encomendó al Estado, que puede intervenir por mandato de la ley en los servicios públicos y privados para racionalizarla y planificarla, a fin de lograr el desarrollo integral. En los aspectos sociales la intervención se concatenó con el fenómeno del pleno empleo y con la política de ingreso y salarios; su objetivo principal fueron la justicia social y el mejoramiento armónico e integrado de la comunidad y de las clases proletarias en particular.

7. Fue por esa misma reforma de 1968 que se estableció como facultad constitucional del Presidente la prevista en el numeral 14 del artículo 120, para *"ejercer, como atribución constitucional propia, la intervención necesaria en el Banco de Emisión y en las actividades de personas naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos*

*provenientes del ahorro privado"*, fuente de normas expedidas para regular el sistema bancario y de intermediación financiera y de funciones de la Superintendencia Bancaria.

8. El proceso disciplinario, para la época de los hechos de los actos acusados, tenía por objeto *"asegurar la legalidad, moralidad, imparcialidad, responsabilidad, cooperación y eficiencia en los servicios administrativos, mediante la aplicación de un sistema que regula la conducta de los empleados y sanciona los actos incompatibles con los objetivos señalados, o con la dignidad que implica el ejercicio de las funciones públicas"* (artículo 130, D. R. 1950 de 1973).

Como proceso, el disciplinario se atribuyó a la autoridad nominadora o al Ministerio Público y se lo caracterizó como administrativo, distinto al penal, sujeto al respeto de las garantías y derechos constitucionales de que trataba el artículo 26 de la Carta Política (actual 29), en cuanto disponía que nadie podía ser juzgado *"sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa* (principio de legalidad), *ante tribunal competente* (principio de competencia) *y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio* (principio del debido proceso)", de tal manera que sanciona los actos incompatibles con los objetivos de los servicios administrativos o con la dignidad correspondiente al ejercicio de las funciones, y su propósito es preservar las cualidades del servicio administrativo en su legalidad, moralidad, imparcialidad, responsabilidad, cooperación y eficiencia.

La acción disciplinaria se proyecta así sobre la actuación y la función administrativa; por tanto, respecto de las actuaciones, omisiones y extralimitaciones de la autoridad pública o del servidor público, como de sus actos reglados o discrecionales. Empero, no es acto de juzgamiento enteramente discrecional del titular de la acción disciplinaria, porque sus procedimientos están reglados (en sus pasos esenciales de la averiguación, los cargos, los descargos, el período probatorio y la evaluación); la falta disciplinaria debe estar previamente definida en sus elementos objetivos o fácticos y subjetivos o personales (por la Constitución, la ley o el reglamento); la imputación debe subsumirse al grado de culpabilidad dispuesta por el legislador, y la sanción ponderarse y graduarse como la ley lo indique, de suerte que el nivel de discrecionalidad de su titular esté limitado.

El juzgamiento de los autores de las diferentes actuaciones administrativas, difiere según se trate de actos reglados o de actos discrecionales, como adelante se precisará. Lo propio ocurre con el de las omisiones, las actuaciones extemporáneas, las inoportunas, las inconvenientes, las que tienen que ver con el desempeño solícito, eficiente e imparcial, como también la responsabilidad inherente al uso de la autoridad conferida o por las órdenes que pueden impartirse en nombre del Estado cuyo poder público se representa.

9. El proceso contencioso contra las decisiones disciplinarias –cuando no se encuentra legalmente excluido–, lo ejerce la jurisdicción especializada instituida por la Constitución. Como acto de juzgamiento y de control jurisdiccional esta actividad se encuentra reglada porque se encuentra sometida a las limitaciones provenientes del sistema jurídico integrado por la Constitución y la ley, tanto en lo que hace con esa competencia como con el procedimiento determinado por la ley, para el cual es menester observar las garantías del artículo 26 de la Carta de 1886 y el 29 de la presente.

10. Es claro que en el proceso contencioso compete al demandante cumplir la carga procesal de plantear sus acusaciones, la normatividad violada y su forma de vulneración, sin cuya demostración la demanda contra el acto administrativo no puede prosperar. Ello significa igualmente, para los fines de litis como la presente, que debe demostrar los yerros de procedimiento y de juzgamiento en que haya incurrido la autoridad disciplinaria dentro del respectivo trámite.

11. El objeto de la Jurisdicción Contencioso Administrativa está definido en vigencia del artículo 82 del Decreto–ley 01 de 1984, –luego de los fallos de inexequibilidad del 16 de agosto de 1984 y del 6 de junio de 1985 y de la reforma del Decreto–ley 2304 de 1989–, como el que consiste en juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñan funciones administrativas con la salvedad de las que se encuentren legalmente exceptuadas –entre las cuales no se encuentran decisiones como las adoptadas esta vez por la Procuraduría General de la Nación en ejercicio de sus atribuciones disciplinarias constitucionales y legales–.

Por ello, la Sala no declarará las excepciones de falta de jurisdicción y carencia en la acción propuestas por la demanda.

## II. DEL ESTUDIO DE LOS CARGOS

1. Para su despacho la Sala procederá de conformidad con la lógica de su formulación.

1.1 Para el actor el juzgamiento disciplinario violó las reglas del proceso penal, cuyos textos citó y concretó en no haberlos aplicado al dejar de reconocer los efectos absolutorios de las providencias de la jurisdicción penal ordinaria.

Dicho cargo no procede porque al proceso disciplinario no se le aplican las reglas del juzgamiento penal. Los dos sistemas jurídicos obedecen a reglas propias, tienen objetivos diferentes, como diversas formas de imputación y de culpabilidad, a tal punto que es legalmente factible la existencia de faltas disciplinarias no constitutivas de ilícito penal. Lo anterior es fundamento para sostener que la absolución en la investigación penal no conlleva necesariamente la exoneración de la responsa-

bilidad disciplinaria, cuando la conducta, aunque objetivamente sea similar, se atribuya o impute en grado diverso de culpabilidad.

Es cierto que la jurisdicción ordinaria sobreseyó al demandante del cargo de prevaricato omisivo. Tal punible es un hecho imputable por comisión dolosa, lo que significa que si la conducta disciplinaria omisiva se atribuye a título de culpa, no queda excluido su juzgamiento en este terreno ni se afecta por la absolución que se produzca en el ámbito penal como aconteció con las imputaciones hechas al ex Superintendente Bancario demandante, y por consiguiente, el cargo no prospera.

1.2 Se impugnó la actuación del Ministerio Público porque violó las normas del proceso disciplinario contenidas en el Decreto 1950 de 1973, por interpretación errada y por aplicación indebida de algunos de sus textos, y por quebranto del artículo 18 de la Ley 25 de 1974 y del Decreto 2492 de 1975.

La actuación disciplinaria se puede adelantar por el nominador o por la Procuraduría General de la Nación. Por la época de los hechos juzgados, se ejercía por el nominador dentro de las pautas del reglamento contenido en el Decreto 1950 de 1973 y sus acciones como la del Decreto 2492 de 1975, aplicable al personal civil que prestara sus servicios en los empleos de la Rama Ejecutiva. Si el proceso disciplinario lo adelantaba la Procuraduría, utilizaba las reglas de su propia competencia, como la Ley 25 de 1974, y las de administración de personal civil en cuanto fueren compatibles.

En tal contexto este cargo tampoco prospera.

La violación de artículo 18 de la Ley 25 de 1974 se afirma que consistió en declarar la Procuraduría la nulidad procesal en cuanto a un pliego de cargos anterior y propiciar la formulación de otro. El cargo no tiene vocación de prosperidad porque el titular de la acción disciplinaria tiene esa competencia plena para corregir las irregularidades sucedidas en el trámite del proceso, siempre que no menoscabe las garantías constitucionales del investigado, circunstancia final que no acontenció en el caso de autos.

Tampoco prosperan los cargos por la presunta violación del decreto reglamentario. Toda vez que estas acusaciones carecen de sustentación específica en lo relacionado con el artículo 134, que señala los criterios para la determinación de la sanción, como ocurre con las atinentes a la violación del literal f) del artículo 135, que indica una circunstancia agravante y del inciso 2 del artículo 142, que trata de la sanción de faltas graves o de la reincidencia en las leves.

2. Como ya se apuntó, el ámbito de la actividad del Consejo de Estado en acciones como ésta lo señala el demandante en su libelo. En esta ocasión adujo una de carácter constitucional porque la Procuraduría le imputó haber omitido la toma de posesión inmediata de las firmas que allí se mencionan, medida que está

reglamentada en el artículo 48 de la Ley 45 de 1923. En criterio del actor es una medida extrema pero fundamentalmente discrecional, lo cual infiere de su interpretación literal (fl. 302).

La solución del cargo impone referirse a los actos discrecionales, para establecer si en realidad el demandante se hallaba ante una potestad de esa especie, y a su control disciplinario y el jurisdiccional.

2.1. **Los Actos Discrecionales**

Los fundamentos originales del artículo 48 de la Ley 45 de 1923, que el ex Superintendente Bancario plantea que consagran una facultad discrecional, fueron modificados por el artículo 5° de la Ley 57 de 1931, así:

"El Superintendente, con la aprobación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, puede tomar inmediata posesión de los negocios y haberes de un establecimiento bancario a que sea aplicable esta ley, en cualquiera de los casos siguientes:

1. Cuando haya suspendido el pago de sus obligaciones.

2. Cuando haya rehusado la exigencia que les haga en debida forma de someter sus constancias y sus negocios a la inspección de un revisor de la sección bancaria.

3. Cuando haya rehusado el ser interrogado bajo juramento con relación a sus negocios.

4. Cuando persista en descuidar o rehusar el cumplimiento de una orden del Superintendente debidamente expedida.

5. Cuando persista en violar los estatutos o alguna ley.

6. Cuando persista en manejar sus negocios de manera no autorizada o insegura.

7. Cuando tenga un quebranto de su capital que lo reduzca a menos del mínimum exigido por la ley".

La Sala observa, a partir del artículo 5° de la Ley 57/31 que la **"inmediata posesión de los negocios y haberes de un establecimiento bancario",** es un acto administrativo complejo porque formalmente requiere de la intervención conjunta del Superintendente Bancario y del Ministro de Hacienda y Crédito Público, aunque por la distribución de las competencias en la rama ejecutiva el diagnóstico inmediato de los hechos proceda del primero; y, como declaración administrativa es medida única, señalada para varias hipótesis.

A la **"posesión de los negocios"** se llega como consecuencia de conductas de lesión o peligro bien específicas atribuibles al ente vigilado, y su finalidad es eminentemente protectora de la confianza pública en el sistema bancario y financiero y de los derechos particulares de los depositantes y usuarios.

La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre varias alternativas igualmente justas, que si se ha cumplido dentro de los límites legales resulta necesariamente justa, como por lo demás, lo sería igualmente otra solución o decisión. En ella se nota un componente de valoración de la realidad porque no se obra fuera de su contexto, ni en el mero ámbito de las ideas aunque si en relación con ellas, pues se actúa para incidir en el mundo exterior: el de los hechos concretos y reales. Tal proceso evaluativo de la administración podrá acaso ser objeto de una facultad discrecional, pero la realidad misma, determinar si se ha producido o no el hecho y cómo lo ha sido, ya no puede ser objeto de una facultad discrecional porque no puede quedar al arbitrio de la administración discernir si un hecho se cumplió o no, o determinar que algo ha ocurrido si en verdad no ha sido así.

Todo acto discrecional tiene suficientes elementos reglados como para que no pueda justificarse, de ninguna manera, la abdicación total del control judicial sobre ellos. Esa labor de control judicial externo es un examen que parte y se puede hacer solamente sobre la regularidad exterior del ejercicio de la potestad discrecional, o se desplaza hacia el extremo de su licitud. La otra forma de control se vuelca sobre el fin y se interioriza en el acto para generar la técnica de la desviación de poder, tanto que si la autoridad se aparta del fin condicionante de su potestad, deja de ser legítimo.

De tal suerte, se penetra en el modo o manera de ejercitarse la discrecionalidad a través del control de los hechos sobre cuya base se desplaza y, aunque se acuda a observarla a través de los principios generales, no consiste el control judicial que es por esencia externo al productor del acto, en que el juez sustituya el criterio de la administración por su propio y subjetivo criterio. Si así lo fuere, todo se reduciría a sustituir una discrecionalidad por otra sin avanzar un solo paso en el problema. El control de la discrecionalidad no implica, sin embargo, una negación del ámbito propio de los poderes de mando y de la iniciativa conformadora del poder público, sino que, más sencillamente, trata de imponer a sus decisiones el respeto por los valores jurídicos sustanciales, cuya transgresión no integra sus funciones, ni la requieren tampoco sus responsabilidades, ni puede justificarse en ningún margen de libertad, que no es posible admitir ante el ordenamiento jurídico que proclama esos valores.

2.2 El artículo 48 de la Ley 45 de 1923, modificado por la Ley 57 de 1931, contiene los elementos externos e internos del acto de posesión inmediata de los haberes y negocios de la entidad vigilada por la Superintendencia Bancaria. Según él, compete al Superintendente y al Ministro de Hacienda y Crédito Público decretarla tras el estudio de los hechos causales. El análisis de la realidad para la aplicación de tal medida consiste en verificar si los hechos constitutivos o tipificadores de las

causas que podrían desembocar en ella han sucedido o no, si se trata de eventos pasados como los de las causales 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 5ª y 7ª del texto en mención; o si han ocurrido hechos que evidencian peligro en la actividad de la institución bancaria, cuando se trata de la causal 6ª.

En cuanto se trate de la comprobación de realidades escuetas ya ocurridas, no se puede aceptar que la actuación que adelanta la administración sea manifestación de una potestad discrecional, porque la realidad es una sola, así la inflexión verbal utilizada –"podrá"- conduzca a sostener que se trata de una posibilidad que no se adviene con el papel interventor del Estado en la iniciativa privada, pues de aceptarlo así su labor preventiva y cautelar declinaría, olvidando que es una actividad estatal que no puede cejar y respecto de una actividad privada que materializa un servicio público concedido, y que la iniciativa privada queda limitada, como es obvio, por el interés general.

Pero no puede reconocérsele tal facultad discrecional respecto de los sucesos causales pasados porque no son contingentes; ya son una realidad frente a la cual no le asiste discrecionalidad.

Ocurre que la norma del artículo 48 de la Ley 45 de 1923 no supone alternativas en cuanto a la medida que la administración ha de producir, pues el legislador la ha prefijado como una sola y ha hecho la elección correspondiente: la toma de posesión de los haberes. Ello reduce el campo de maniobra o la competencia de la discrecionalidad de la administración pues la limita a la ponderación de la oportunidad para su adopción.

No se trata tampoco de exigirle a la administración el poder de la adivinación, en absoluto; sino la proyección de los efectos humana y razonablemente previsibles respecto de las realidades que aprecia.

Mas la valoración de la oportunidad de adopción de la medida no está desligada de la finalidad de esas facultades y es aquí donde se conjugan los demás elementos subjetivos y objetivos pregonables del ente vigilado y de su conducta, cuya historia y tradición, –por mandato legal–, está llamada a conocer la Superintendencia sin reticencias y aun con apremio de sus poderes legales. En tal sentido, su actuación tardía, extemporánea, inoportuna, puede resultar desviada, aunque de todos modos actúe.

Y si omite actuar, el juicio disciplinario debe centrarse en la valoración de los hechos y conclusiones que por entonces la condujeron a obrar como lo hizo, o a abstenerse de hacerlo: **es juzgar su elección.** No se puede juzgar al administrador o servidor público por hechos que no conoció y no estuvieron a su alcance, ni por los sucedidos una vez extinguido su mandato. Recuérdese que no se trata de suplantar el estudio de los hechos realizado por la Administración por el análisis *a posteriori*

del juez o de otra persona, ni de suplantar una discrecionalidad con otra, o contraponer un criterio frente a otro, sino de comparar los actos, las extralimitaciones y las omisiones de la administración con sus facultades: sopesar el ejercicio de la autoridad a través de sus propias huellas.

2.2.1 El sancionado, sus colaboradores más cercanos el propio ex Presidente de la República, en quien reposaban constitucionalmente facultades propias para ejercer la intervención necesaria en las actividades de las personas jurídicas o naturales que tuvieran por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos del ahorro privado (numeral 14, artículo 120 de la C. N. de 1886), coinciden en señalar la drasticidad de la medida conocida como toma de posesión de haberes de Institución vigilada. Esto puede ser cierto, aunque resulte en su momento necesaria e inevitable, como extrema, porque desplaza el protagonismo del particular por el estatal y en el trasfondo se columbran la incuria del particular y la indolencia e ineficacia de la administración misma, pero precisamente está contemplada por el legislador para proteger la colectividad y no como galardón al defraudador, sin menoscabo de otras medidas legales, si se quiere más benignas, en cuanto se adopten oportunamente para precaver el insuceso.

Los ex Superintendentes que declararon expresaron cómo la experiencia de las intervenciones pretéritas había sido la liquidación de las empresas, lo cual evidencia deficiencias en las funciones de control, de inspección y vigilancia que no se cumplen a cabalidad con un criterio preventivo, porque cuando se tomaron los correctivos la situación resultaba insostenible e insalvable.

Aparte de las consideraciones del Ejecutivo sobre las debilidades del régimen legal que permitió el acceso de personas inescrupulosas a tan delicada como sensible actividad para la comunidad, para la Sala el cuestionamiento del agente disciplinario en su proceso no consistió en replicarle al demandante, como estima que lo ha hecho la Procuraduría, haber omitido tomar posesión de los haberes y negocios del ente bancario, –que para el momento de los cargos y de los actos acusados ya se había dispuesto, tanto como su liquidación, por el nuevo gobierno–, **sino valorar la eficacia de las empleadas a cambio,** que realmente fue como actuó hasta antes de la expedición de la Resolución número 3259 del 25 de junio de 1982 (fls. 263-273), donde dispuso tomar posesión de los negocios del Banco Nacional *"para administrarlos y suspender el mal manejo de la entidad (...) hacer esfuerzos para encauzarlo dentro de una corriente sana de créditos, (...) y devolverlo cuando el Banco cumpla las condiciones y requisitos que el Superintendente Bancario considere necesarios para garantizar plenamente los intereses del público y la estabilidad de la Institución que se encontraba afectada"* (fl. 9 del citado acto y 271 del expediente), y porque la liquidación del banco la determinó el

nuevo Gobierno Nacional (Resolución No. 4824 del 31 de agosto de 1982, fls. 274-275).

Es decir, se trata de sopesar el efecto de los mecanismos y medidas legales utilizados, inspirados en el correcto ejercicio de la actividad bancaria respecto de la cual son innumerosas las disposiciones administrativas expedidas por el legislador, el ejecutivo y la propia Superintendencia Bancaria, en aspectos tales como las operaciones activas y pasivas, los límites de endeudamiento, las garantías; los asuntos y controles contables, documentales, de balances, de inspección y de vigilancia, y del específico poder punitivo administrativo de la entidad administrativa, para citar algunos de entre los más trascendentales; que no obstante permitió las prácticas inseguras, algunas abiertamente contrarias a la legalidad y a los reglamentos, y evidencian en criterio del Ministerio Público el descuido frente a la misión que el legislador le ha encomendado a la entidad en cuya cabeza se encontraba el demandante.

En dicho análisis debe entenderse que finalmente al actor adoptó la medida pareció constatar en su gravedad a partir del 23 ...de 1982 cuando se devolvió el canje del Banco Nacional aunque la soportó en los hechos antes re... antecedente inmediato de la liquidación ocurrida luego del retiro del actor como Superintendente Bancario.

Si el propio actor en su opinión de no adoptar esa medida y no la acogió... la realidad de los hechos se la impuso desde del... cuando los restantes partícipes de la actividad... entre ellos el propio Emisor, no respaldaron al Banco Nacional, fue porque a su juicio pensó que... oportunas y eficaces las otras que tenía a su... fue su elección y por ella se le juzgó disciplinariamente.

Pero obró culpable el resultado final conocido, sino porque: ...antes de la toma, el desconocimiento repetido... inexcusable cumplimiento que regían la actividad y desatendió el peligro incubado por tales prácticas, en potencia y luego desencadenado; permitió la burla de reglas de inspección y vigilancia de la actividad bancaria y faltó a su misión interventora; segundo, porque el diagnóstico de los hechos antes del mes de junio de 1982 no se compadecía con la gravedad de la realidad existente, ni con la verdadera casualidad de los hechos observados, ni con la mensura de su extensión, ni con la hondura de sus repercusiones, pero ni siquiera con el balance de la ineficacia de las medidas aplicadas, ya para entonces claramente superficiales; y entre tanto, al no dirigir la toma de haberes del ente bancario, permitió soslayar las normas que posteriormente aplicó fundado en los mismos supuestos.

No escapa a la Sala que la administración debe proceder para el cumplido efecto de sus facultades dentro de los senderos legales, tanto en sus funciones como en sus trámites, porque ni el aumento de los entes que debía vigilar, ni el hecho económico que desde diciembre de 1981 fue creciente hasta el desbordamiento y el

colapso del banco, fueron súbitos, ni sorpresivos, obedecieron a circunstancias irresistibles por lo imprevisibles. Ante la calidad personal del demandante y su trayectoria en la propia entidad, así como la de sus inmediatos colaboradores, –testigos en éste–, por cuyo currículo y versación en ciencias jurídicas, como la de sus colaboradores en las económicas, contables y financieras, además de la capacidad técnica de los diferentes niveles de la Superintendencia, resulta menos creíble que le parecieran normales, corrientes y seguras las prácticas de las instituciones vigiladas y que tan solo el día de la toma de posesión dejaran de serlo, pues esa situación no irrumpe sino que concatena con el pasado: la época que precisamente él debía vigilar.

Tampoco la proyección de los efectos del estado económico del Banco entre enero de 1982 y el día de la parálisis (en junio de 1982), exigía a tan capacitado grupo un esfuerzo extraordinario para concebirla. Son antecedentes que se subsumen dentro de la preceptiva del artículo 48 de la Ley 45 de 1923, instrumento que no se utilizó antes del 25 de junio de 1982. La exculpación fundada en la discrecionalidad no resulta aceptable porque tenía el Superintendente facultad discrecional para definir los motivos causales de la medida definida legalmente y era una realidad incuestionable la precaria situación económica de la entidad bancaria, la inseguridad de sus prácticas y las burlas a las reglas de la actividad y a los propios mandatos de la Superintendencia Bancaria, que fue laxa.

De otra parte, no existe dentro del proceso disciplinario y en el expediente de este proceso, la prueba de haberse sometido la adopción de la medida de toma de posesión a consideración del Ministro de Hacienda antes del 25 de junio de 1982, porque las restantes medidas por hallarse dentro de la órbita propia de las facultades del Superintendente no debían ni tenían que someterse al conocimiento y aprobación del ente tutelar ni del Presidente, pero cuya ineficacia ya era palmaria.

2.3 El demandante actuó con culpa. Dicha conducta fue producto de un error en el obrar, bien por imprudencia, impericia, negligencia, falta de previsión o confianza infundada en la ineficacia del hecho o acto en lo concerniente con la aplicación de sus atribuciones frente a los sucesos que aquejaban la vida económica del Banco Nacional y de la empresa Furatena, y por ello debía responder disciplinariamente. Para la Sala el caudal probatorio no contiene medios demostrativos de su exculpación, ni probanzas que desvirtúen las conclusiones de la Procuraduría porque resultaran contrarias a la objetividad y materialidad de los hechos.

2.4 En lo que atañe con la sanción impuesta el cargo no prospera. Ya fueron desestimadas las acusaciones fundadas en las violaciones del código penal y las del decreto reglamentario, y como no fue impugnada la regla de la Ley 25 de 1974 que permite a la Procuraduría General de la Nación terminar el proceso disciplinario con la solicitud de destitución como la más grave sanción [lit. d), artículo 14], y el

cargo de falsa motivación de los actos acusados no encuentra apoyo en el proceso como para decir que se sustentaron en hechos inexistentes o contrarios a la realidad, habrá de tenerse por infundada dicha acusación.

3. Por último, en lo que respecta con la violación de los artículos 266 y 500 del Código de Comercio y la de los decretos reguladores de las atribuciones de la Superintendencia Bancaria porque su inspección competía a la Superintendencia de Sociedades, la Sala agregará que como lo expuso la Procuraduría en las resoluciones acusadas y lo dicen el testimonio del ex Presidente de la República y la intervención procesal del Delegado del Ministerio Público, las funciones de las citadas Superintendencias para la época de los hechos no se llevaban por el esquema original del Código de Comercio (Decreto–ley 410 de 1970), aunque conservaban la distinción de su especialidad en cuanto al objetivo social de las empresas, por lo cual los interesados en burlar los controles estatales establecían sociedades comerciales que formalmente escaparan al control de la Superintendencia de Sociedades, con un objeto social que a primera vista las alejaba del control de la Superintendencia Bancaria, y de facto se dedicaban a la intermediación financiera, elementos de juicio que militan en principio para exculpar al ex Superintendente Bancario pero únicamente hasta el momento en que les impuso sanciones, porque a partir de entonces las consideró bajo su égida jurídica y en concordancia con ello le correspondía promover las acciones legales condignas con las modalidades y gravedad de los hechos, y si los mecanismos jurídicos a su alcance eran insuficientes, recomendarle al Ejecutivo los que fuesen apropiados para la protección del interés de la colectividad y de lo usuarios.

No existe en el plenario demostración de su actividad en este campo, de modo que permita apreciar la debida diligencia suya en ese punto, por manera que las resoluciones disciplinarias no podrán infirmarse.

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:**

**Declárense no probadas** las excepciones propuestas por la parte demandada.

**Deniéganse** las súplicas de la demanda promovida por el doctor Francisco Morris Ordóñez contra las resoluciones números 046 del 15 de junio de 1985 y 0828 del 29 de octubre de 1985, emanadas de la Procuraduría General de la Nación.

Cópiese, notifíquese y publíquese en los Anales del Consejo de Estado.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su reunión del día 19 de octubre de 1995.

*Carlos Arturo Orjuela Góngora* (Presidente); *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno* (ausente).

*Myriam Viracachá Sandoval,* Secretaria.

**PENSION DE INVALIDEZ - Requisitos / PENSION DE INVALIDEZ - Reconocimiento / ESTADO DE INVALIDEZ - Prueba**

**Para tener derecho a la pensión de invalidez, según el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, aplicable al caso de autos, el empleado tiene derecho a ella cuando haya perdido su capacidad de trabajo para toda ocupación u oficio. Desde el punto de vista probatorio, quedó debidamente demostrado que al momento de la desvinculación de la entidad, la actora padecía la enfermedad psicosis maníaco depresiva, que su presencia y evolución se efectuó durante la vinculación al servicio público municipal, que fue superior a cinco (5) años, dentro del cual estuvo incapacitada en varias oportunidades, subsistiendo la afectación mental al momento de la desvinculación del servicio, sin que se pueda alegar válidamente después del transcurso de todo este tiempo –sin soporte probatorio alguno– que la actora ya padecía la enfermedad y que la ocultó cuando se vinculó al municipio.**

**AJUSTE DE VALOR - Prestaciones periódicas / PRESTACION PERIODICA - Ajuste de valor / INDEXACION DE LA CONDENA / NORMA ESPECIAL - Aplicación / DEVALUACION MONETARIA - Hecho notorio / HECHO NOTORIO - Devaluación monetaria**

**La corporación ha accedido ya en varias oportunidades a decretar el ajuste de valor cuando lo reclamado por los demandantes ha sido una suma fija, que ha quedado congelada en el tiempo. Incluso ha decretado de manera oficiosa el ajuste de sumas fijas. Empero, hasta ahora se ha abstenido de decretar tal reajuste cuando lo reclamado es el pago de sumas que por mandato de la ley se reajustan periódicamente, como es el caso de las prestaciones sociales, tales como las pensiones de invalidez, de jubilación y de vejez. Al examinar la situación de las aludidas prestaciones, la Sala observa que cuando su pago se posterga en el tiempo más allá de la oportunidad en que de acuerdo con la ley deben cancelarse, también son afectadas por la devaluación, y quienes las reciben tardíamente, ven manguada su capacidad de compra de**

**bienes y servicios y, por ende, empobrecido su patrimonio. El ajuste de valor o indexación de las condenas proferidas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a diferencia de lo que acontece por ejemplo dentro de la jurisdicción laboral ordinaria que carece de una norma legal que faculte expresamente al juez para decretarlo, sí tiene una norma jurídica, que le da sustento legal a una decisión de esta naturaleza, cual es el artículo 178 del Código de la materia, que autoriza al juez administrativo para decretar tal ajuste, tomando como base el "índice de precios al consumidor, o al por mayor". De manera, que esta norma despeja cualquier duda que pudiera surgirle al juez administrativo en relación con la fuente legal que le sirve de sustento a una decisión de esta naturaleza. El ajuste de valor autorizado para el caso por la ley, obedece al reconocimiento del hecho notorio de la constante y permanente devaluación de la moneda de nuestro país, que tratándose de servidores del Estado, fustiga y disminuye en forma continua su poder adquisitivo. Por lo anterior, decretar el ajuste de valor no es sólo una decisión ajustada a la ley, sino un acto de elemental equidad, cuya aplicación por parte del juez tiene soporte al más alto nivel de nuestro ordenamiento jurídico, como lo consagra expresamente la Carta en su artículo 230.**

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., ocho (8) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Doctor *Joaquín Barreto Ruiz.*

Radicación número 7715.

Referencia: Asuntos Municipales.

Actora: Rosmary Clavijo Morales.

Conoce la sala del recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 4 de septiembre de 1992, mediante la cual se accedió a las súplicas de la demanda.

## ANTECEDENTES

La señora Rosmary Clavijo Morales, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 85 del C. C. A., demandó del citado Tribunal la anulación de las Resoluciones números 163 de julio 15 de 1987, 326 de julio 26 de 1989 y 012 de septiembre 11 del mismo año,

mediante las cuales el municipio de Medellín le negó el reconocimiento de la pensión por invalidez, y a título de restablecimiento del derecho solicita se ordene a la entidad demandada a reconocerle la citada pensión, con los aumentos legales. Solicitó igualmente, que sobre las sumas adeudadas a la fecha de ejecutoria de la demanda, se reconozcan los ajustes dispuestos en el artículo 178 del C. C. A.

Narra como hechos fundamentales de su demanda los que se resumen a continuación:

La actora laboró al servicio de la administración municipal de Medellín desde el 24 de diciembre de 1980, en el cargo de Guarda Municipal de Tránsito, hasta el 10 de febrero de 1986, fecha en que fue retirada del servicio por haber sido declarado insubsistente su nombramiento.

En el mes de febrero de 1986, el médico Jefe de la Sección de Salud Ocupacional y la Jefe del Departamento Médico del Municipio determinaron conceder a la demandante, un auxilio por dos meses "para tratamiento específico de su enfermedad mental".

En el mes de noviembre del mismo año y ante una nueva solicitud de la ex-empleada, el departamento de personal ordenó una nueva evaluación en el departamento médico, evaluación que no se efectuó de acuerdo con la respuesta dada mediante el oficio número 346 de julio 7 de 1987.

Con fundamento en el oficio antes citado, se niega la pensión solicitada, alegando que había transcurrido mucho tiempo para una acertada evaluación médica, o sea, descargando en el administrado la mora evidente de la administración.

Posteriormente, en abril de 1988 y durante el trámite de los recursos interpuestos en la vía gubernativa, el jefe de Salud Ocupacional del Municipio, conceptúa que la pérdida de capacidad laboral de la señora Rosmary Clavijo es del 75%, concepto que fue objetado por el Jefe de la Sección Administrativa, por lo cual el departamento médico debió precisar que "sinembargo es evidente que desde 1981 a la fecha de egreso de la paciente sufrió una enfermedad mental que en la actualidad persiste, según informe psiquiátrico; la enfermedad ha seguido perturbando su capacidad laboral".

Por lo anterior, la administración en forma definitiva negó el derecho a pensión de invalidez, por no existir según su criterio constancia de la pérdida de capacidad laboral al momento de la desvinculación de la actora.

La demandante señala como normas violadas el artículo 7° ordinal c), de la Ley 6ª de 1945, el artículo 4° de la Ley 4ª de 1966, el artículo 1° del Decreto 267

de 1945 y los artículos 60, 61 y 62 del Decreto 1848 de 1969, el acuerdo municipal número 064 de 1980, artículo 16. El concepto de la violación fue consignado tal como obra a folios 25 y 26 del expediente.

## LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Antioquia anuló los actos administrativos acusados, ordenó el reconocimiento de la pensión de invalidez y negó las demás peticiones de la demanda al considerar que de acuerdo con los documentos que obran en el expediente, al momento del ingreso de la demandante al municipio de Medellín, no se detectó que sufriera alguna anomalía psíquica o enfermedad mental.

Sólo después de su vinculación al servicio, aparece constancia de que fue incapacitada en varias ocasiones.

Con fundamento en el dictamen pericial rendido en el proceso, en los conceptos del último psiquiatra y del comité asesor de salud ocupacional del municipio, y por considerar que el dictamen es razonado, fundamentado y serio, y encontrar acreditada la existencia de la afección mental con anterioridad a la desvinculación, así como la incapacidad laboral en más de un 75%, dispuso ordenar el reconocimiento de la pensión de invalidez de conformidad con lo dispuesto en la Ley 6ª de 1945 y el Decreto 2627 de 1945, artículo 1°, a partir del 9 de febrero de 1986, en un monto equivalente al 75% del promedio mensual devengado en el último año de servicios.

## EL RECURSO DE APELACION

La parte demandada insiste en su recurso de apelación en que la señora Clavijo Morales padecía una enfermedad mental antes de ingresar al servicio público y que la ocultó en el momento de su vinculación, verdad que considera comprobable porque no llevaba ni un mes de posesionada del cargo cuando fue internada en una clínica de reposo; por consiguiente la actora en forma dolosa, omitió informar al municipio su estado de salud, razones suficientes para revocar el fallo del Tribunal.

La parte demandante también apeló la sentencia con el fin de obtener los ajustes al valor de las condenas de acuerdo con el artículo 178 del Decreto 1° de 1984, por los efectos de la depreciación monetaria.

## EL CONCEPTO FISCAL

La Procuraduría Quinta Delegada ante el Consejo de Estado, afirma que existe certeza que al momento de la desvinculación de la actora, padecía la enfermedad de psicosis maníaco depresiva, no ocurriendo lo mismo para el momento de su vinculación. Analiza que a pesar de tratarse de una enfermedad muy difícil de detectar en un examen médico de admisión, su presencia y evolución se presentó después de la vinculación de la demandante, afirmación que no fue infirmada a lo

largo del proceso, lo que hace presumir que ella no la padecía al momento de su vinculación; por consiguiente es beneficiaria de la pensión de invalidez de conformidad con la Ley 4ª de 1966.

## CONSIDERACIONES

Como bien lo aprecia el *a quo*, para tener derecho a la pensión de invalidez, según el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, aplicable al caso de autos, el empleado tiene derecho a ella cuando haya perdido su capacidad de trabajo para toda ocupación u oficio.

En el *sub lite* quedó demostrado claramente que la demandante durante la época que prestó los servicios al municipio de Medellín fue objeto de diferentes tratamientos e incapacidades por sufrir de trastornos mentales. Además mediante prueba pericial (fl. 196) se demostró que no existen signos, ni evidencias de que al momento de su vinculación al municipio de Medellín, la actora padeciera la enfermedad, psicosis maníaco depresiva. Su presencia y posterior evolución se presentó algún tiempo después de su ingreso–aproximadamente dos (2) años– según la historia clínica.

Lo anterior refuerza la conclusión a que llegó el Comité Asesor de Salud Ocupacional del Municipio, que en concepto del 21 de abril de 1989 (fl. 11) dictaminó una merma de la capacidad laboral calificada por el médico psiquiatra, la cual es de un 75%.

Estas razones, que fueron debidamente analizadas y sopesadas por el *a quo*, llevaron a determinar la anulación de los actos acusados y ordenar el reconocimiento de una pensión de invalidez a la señora Rosmary Clavijo.

Ahora bien, desde el punto de vista probatorio, quedó debidamente demostrado que al momento de la desvinculación de la entidad, la actora padecía la enfermedad psicosis maníaco depresiva, que su presencia y evolución se efectuó durante la vinculación al servicio público municipal, que fue superior a cinco (5) años, dentro del cual estuvo incapacitada en varias oportunidades, subsistiendo la afección mental al momento de la desvinculación del servicio, sin que se pueda alegar válidamente después del transcurso de todo este tiempo –sin soporte probatorio alguno– que la actora ya padecía la enfermedad y que ocultó cuando se vinculó al municipio.

Por lo menos, el apoderado del municipio al alegar tal situación, debió solicitar las pruebas conducentes para demostrar su aserto y debió pedir en la debida oportunidad procesal la correspondiente ampliación o explica tamen pericial, en el que se consignó que "no hay signos ni evidencias de que al momento de su vinculación al municipio, la señora Clavijo padeciera la enfermedad psicosis

maníaco depresiva". Estas razones son suficientes para confirmar el fallo apelado en razón a que las alegaciones del apelante carecen de soporte legal y probatorio.

En relación con el **ajuste del valor** impetrado por la demandante, pretensión que fue formulada por ella y negada por el *a quo*, y que como se dijo, fue objeto de la apelación interpuesta por la actora, la Sala considera necesario hacer las siguientes reflexiones:

a) La Corporación ha accedido ya en varias oportunidades a decretar el ajuste de valor cuando lo reclamado por los demandantes ha sido una suma fija, que ha quedado congelada en el tiempo; tal el caso de las sentencias del 3 de marzo y del 18 de agosto de 1995 proferidas con ponencia de quien redacta el presente fallo, dentro de los procesos 5926 y 7363 instaurados por Carmen Alina Piedrahita de Ucrós y Mariela Medina Tovar, respectivamente; incluso ha decretado de manera **oficiosa** el ajuste de sumas fijas, como lo hizo en la sentencia de fecha julio 13 de 1995 proferida dentro del proceso 6301 con ponencia del doctor Diego Younes Moreno y en el proceso 8887 mediante sentencia del 27 de julio del mismo año, con ponencia de la doctora Dolly Pedraza de Arenas.

Empero, hasta ahora se ha abstenido de decretar tal reajuste cuando lo reclamado es el pago de sumas que por mandato de la ley se reajustan periódicamente, como es el caso de las prestaciones sociales, tales como las pensiones de invalidez, de jubilación y de vejez.

b) Al examinar la situación de las aludidas prestaciones, la Sala observa que cuando su pago se posterga en el tiempo más allá de la oportunidad en que de acuerdo con la ley deben cancelarse, también son afectadas por la devaluación, y quienes las reciben tardíamente, ven menguada su capacidad de compra de bienes y servicios y, por ende, empobrecido su patrimonio.

c) El **ajuste de valor o indexación** de las condenas proferidas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a diferencia de lo que acontece por ejemplo dentro de la jurisdicción laboral ordinaria que carece de una norma legal que faculte expresamente al juez para decretarlo, sí tiene una norma jurídica que le da sustento legal a una decisión de esta naturaleza, cual es el artículo 178 del Código de la materia, que autoriza al juez administrativo para decretar tal ajuste, tomando como base el "**índice de precios al consumidor, o al por mayor**". De manera, que esta norma despeja cualquier duda que pudiera surgirle al juez administrativo en relación con la fuente legal que le sirva de sustento a una decisión de esta naturaleza.

d) El ajuste de valor autorizado para el caso de la ley, obedece al reconocimiento del **hecho notorio** de la constante y permanente devaluación de la moneda de nuestro país, que tratándose de servidores del Estado, fustiga y disminuye en forma continua su poder adquisitivo.

Por lo anterior, decretar el ajuste de valor no es sólo una decisión ajustada a la ley, sino un acto de elemental equidad, cuya aplicación por parte del juez tiene soporte al más alto nivel de nuestro ordenamiento jurídico, como lo consagra expresamente la Carta en su artículo 230.

e) No acceder a decretar dicho ajuste en casos como el presente, en el que el valor de la prestación social como lo es la pensión de invalidez, que por el efecto de la devaluación en términos reales la viene a recibir disminuida quien ha logrado demostrar dentro del proceso no sólo la equivocación de la administración al haberle negado su derecho, sino la ilegalidad de su decisión, no sólo sería un agravio a la integridad patrimonial de quien ha resultado triunfante en el ejercicio de la acción judicial, sino un enriquecimiento sin causa de quién con su negativa en reconocer oportunamente sus obligaciones, resulta haciendo a la postre una erogación menor a la que debía efectuar si hubiere cancelado en tiempo su obligación. De esta forma se estaría premiando la decisión ilegal de la administración.

f) Al obligar a la parte condenada a pagar el **valor real de lo adeudado**, en verdad no se le está imponiendo una sanción por su conducta renuente, ni se le está ocasionando un empobrecimiento, como tampoco un enriquecimiento a la parte gananciosa de la contención; se está obligando sí a la parte que debe, a pagar lo que en su oportunidad se abstuvo de reconocer, asumiendo como consecuencia lógica de su conducta omisiva, los efectos que la devaluación ha producido en el poder adquisitivo del dinero adeudado y que en forma injustificada paga tardíamente.

Por las razones anteriores, la Sala habrá de revocar en esta parte la sentencia apelada, para en su lugar acceder a ordenar el ajuste de valor solicitado por la demandante.

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 de Antioquia, el 4 de septiembre de 1992, en el proceso promovido por Rosmary Clavijo Morales contra el Municipio de Medellín, mediante la cual se accedió a las peticiones de la demanda, con excepción del numeral 3 que se revoca.

En su lugar se dispone:

El valor adeudado hasta la fecha de ejecutoria de la presente providencia, será ajustado en los términos del artículo 178 del C. C. A., dando aplicación a la fórmula en la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico

(Rh), que es lo dejado de percibir por la demandante por concepto de la pensión de invalidez desde el 9 de febrero de 1986, con inclusión de los reajustes de ley, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente en la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial.

La demandada dará cumplimiento a esta sentencia de conformidad con lo establecido en el artículo 176 del C.C.A.

Cópiese, notifíquese, publíquese en los Anales del Consejo de Estado y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 19 de octubre de 1995.

Carlos A. Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz.

Los Magistrados: *Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.*

*Myriam C. Viracachá S.,* Secretaria (E.).

NOTA DE RELATORIA: Sobre la procedencia del ajuste de valor, incluso el reconocimiento oficioso, reitera la nueva tesis jurisprudencial de las sentencias del 3 de marzo de 1995.

**INCORA – Reestructuración / PLANTA DE PERSONAL – Incorporación / SUPRESION DE EMPLEOS - Naturaleza del acto / DEMANDA – Ineptitud / COMUNICACION ACUSADA – Inexistencia de acto**

**En el caso *sub lite* el acto administrativo complejo está constituido por el acuerdo número 05 de 9 de febrero de 1993 que determinó la planta de personal y el Decreto 802 del 30 de abril del mismo año sobre supresión de cargos, siendo las Resoluciones citadas 1757 y 1902 de 1993 de incorporación de cargos, actos diferentes a aquel, pues subsisten jurídicamente sin que requiera de la existencia de estas dos últimas. La Sala estima que el oficio acusado 8333 del 3 de mayo de 1993 es una simple comunicación, no enjuiciable ante la jurisdicción contencioso-administrativa, mediante la cual se está poniendo en conocimiento de la actora una decisión administrativa adoptada mediante otros actos administrativos que debieron ser impugnados en el escrito introductorio, razón por la cual la demanda resulta inepta, como lo expresó el Tribunal en el fallo recurrido, por lo que éste será confirmado.**

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., Ocho (8) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Doctora *Clara Forero de Castro.*

Radicación número 11249.

Referencia: Autoridades Nacionales.

Actor: Rafael José Wilches Puello.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 28 de noviembre de 1994 por el Tribunal Administrativo de Sucre.

## ANTECEDENTES

Actuando mediante apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho el señor Rafael José Wilches Puello solicitó la nulidad del acuerdo número 05 de 9 de febrero de 1993 expedido por la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA) y del Decreto número 802 de 30 de abril de 1993 expedido por el Presidente de la República por el cual se suprimió el cargo que ocupaba como Técnico Operativo 09 en la Regional Sucre. A título de restablecimiento del derecho solicitó su reintegro al cargo que ocupaba o a otro de igual o superior jerarquía y el pago de los salarios y prestaciones sociales, sin solución de continuidad.

Relata la demanda que el actor ingresó al INCORA en 1971 en el cargo "Auxiliar Socioec. 7A" en la Regional Sucre; que desempeñó su cargo con pulcritud e idoneidad; fue escalafonado e inscrito en carrera administrativa mediante Resolución número 9414 de mayo 9 de 1985; y que el 3 de mayo de 1993 mediante comunicación suscrita por el Subgerente Administrativo y Financiero se le informó que el cargo que ocupaba había sido suprimido por los actos acusados.

## LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal declaró no probada las excepciones y negó las pretensiones de la demanda.

Consideró el *a quo* que no existía inepta demanda al no haberse solicitado la nulidad de la Resolución 1757 de 3 de mayo de 1993, ya que fueron el Acuerdo de la Junta Directiva y el Decreto aprobatorio los que suprimieron el cargo del actor. Expresó que tampoco estaba llamada a prosperar la de falta de legitimación por activa pues si bien el demandante recibió la indemnización por la supresión del cargo, sencillamente si prosperasen las pretensiones de la demanda, se descontaría lo que hubiese percibido por tal concepto.

Agregó que la excepción de inconstitucionalidad en relación con el Decreto 2137 de 1992, propuesta por el demandante, no estaba llamada a prosperar porque en una parte el Gobierno Nacional participó en la formación del acto acusado, configurando con el de la Junta Directiva del INCORA una sola voluntad administrativa; y en segundo lugar afirmó, apoyándose en un pronunciamiento del Consejo de Estado, que la facultad de los Consejos y Juntas Directivas de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado, para adecuar su estructura interna y su planta de personal es permanente, lo cual implica que no requieren autorización ni término para el ejercicio de la misma.

En cuanto al fondo precisó que los derechos de prelación de un funcionario de carrera para ocupar un cargo tal como lo establece el Decreto 2400 de 1968 y

la Ley 27 de 1992, se vulneran cuando se crea un cargo de carrera equivalente, y encontrándose vacante es provisto por encargo o en provisionalidad, circunstancias que no se probaron en el proceso.

## FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El recurrente insiste en que los actos acusados fueron proferidos extemporáneamente, vencido el término concedido por la Constitución al Gobierno Nacional para la reestructuración de las entidades señaladas en el artículo 20 Transitorio de la Carta; y que si se acepta que la Junta Directiva del INCORA tiene como función permanente la reestructuración, no requiere autorización del Gobierno para ello.

Agregó que el derecho preferencial de los empleados de carrera, consagrado en la Ley 27 de 1992 no puede circunscribirse sólo a los eventos señalados por el Tribunal; y que al tenor del artículo 8° de la Ley 27 de 1992 es al empleado a quien corresponde escoger entre la indemnización o la revinculación, pero no cabe el retiro del servicio sin contar con su voluntad.

## ALEGATOS

Corrido el traslado solo alegó la entidad demandada, la Agencia Fiscal se abstuvo de hacerlo.

Dijo la apoderada del Incora, que los actos acusados fueron expedidos atendiendo las normas legales aplicables a la controversia; que la desvinculación del actor operó en desarrollo del artículo 20 T. de la Constitución; que el retiro fue producto de la reorganización de la entidad y no una decisión discriminatoria; que el interés particular debe ceder ante el interés público y el derecho a la igualdad no puede entenderse como la imposibilidad de remover a un empleado, impidiéndose la modernización de las entidades; que no se vulneró el artículo 8° de la Ley 27 de 1992 puesto que el actor recibió la indemnización a la cual tenía derecho; y que conforme lo ha expresado el Consejo de Estado no cabe en este caso la excepción de inconstitucionalidad y en consecuencia inaplicabilidad de los Decretos 2137 de 1992 y 802 de 1993, y del Acuerdo 05 del mismo año.

## CONSIDERACIONES

No comparte la Sala el pronunciamiento del Tribunal pues el acto que afectó de manera particular la situación del actor fue la Resolución 1757 de 3 de mayo de 1993, mediante la cual se efectuó la incorporación de los funcionarios a la nueva planta de personal.

Lo anterior por las siguientes razones:

Mediante el Decreto 2137 del 30 de diciembre de 1992, se reestructuró el Instituto Colombiano de la Refonna Agraria y su artículo 6° facultó a la Junta Directiva

para suprimir los empleos que no fueran necesarios en las respectivas plantas de personal.

En desarrollo de tal facultad, la Junta Directiva profirió el Acuerdo 05 de 9 de febrero de 1993, de manera impersonal, suprimiendo algunos cargos de la planta del Instituto, acto que fue aprobado por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 802 de 30 de abril del mismo año. Tal Acuerdo, en su artículo 3º, decía:

> "**El Gerente General queda facultado para distribuir, mediante Resolución, los cargos asignados tanto a la planta de las Oficinas Centrales como a Nivel Regional**, entre las dependencias contempladas en la estructura orgánica del Instituto, de conformidad con las funciones asignadas y las necesidades del servicio en cada una de dichas dependencias."

El artículo 4º del Acuerdo 05 de 1993, aprobado por el Decreto 802 de 1993 señala: "Los empleados públicos **que no sean incorporados en los cargos previstos** en la planta de personal que se establece en este acuerdo, **quedarán retirados del servicio...**"

Conforme a lo anterior, es indiscutible que el acto que retiró del servicio al actor fue aquel que ordenó la incorporación de los empleados, pues los no mencionados en él se consideraron fuera del servicio.

Si el actor pretende su reintegro al cargo, el ataque contra la decisión de retiro debió dirigirlo contra el acto que realmente lo afectó. La manifestación de la administración está contenida en la Resolución 1757 de 3 de mayo de 1993 obrante a folios 84 a 93, mediante la cual el Gerente General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria incorpora a los funcionarios, de la Regional Sucre, a la planta de personal establecida en el Acuerdo 05 de 9 de febrero de 1993 expedido por la Junta Directiva y aprobado por el gobierno Nacional mediante Decreto 802 de 30 de abril de 1993.

El actor, se encontraba adscrito a la Regional Sucre en el cargo Técnico Operativo Código 4080 Grado 09, y en efecto su nombre no fue incluido en la Resolución de incorporación.

Como lo señaló la Sala en reciente pronunciamiento similar al presente, con ponencia de la Doctora Dolly Pedraza de Arenas expediente número 9978, la Resolución de incorporación fue realmente la que desvinculó al actor. Se dijo entonces:

> "Esta Resolución, por ser el acto que contiene la decisión que modificó la relación jurídica de la actora con la administración tenía que ser demandada,

sola si los cargos de libelo se dirigen únicamente contra ella, o en conjunto con el Acuerdo 05 y el Decreto 802 de 1993 si el vicio de nulidad se predica también respecto de ellos, no porque conformen con la Resolución un acto complejo como lo dijo el Tribunal, sino porque siendo el Acuerdo y el Decreto el sustento jurídico de la incorporación, puede ser cuestionada su legalidad en orden a obtener la nulidad del acto particular..."

Encuentra la Sala que no se demandó la nulidad de uno de los actos que pudieron haber vulnerado el derecho del actor y por lo tanto revocará el fallo del Tribunal, dado que en esas circunstancias no es posible un pronunciamiento de fondo.

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

**FALLA:**

Revócase la sentencia proferida el 28 de noviembre de 1994 por el Tribunal Administrativo de Sucre, dentro del proceso promovido por el señor Rafael José Wilches Puello contra el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria.

En su lugar se dispone:

Declárase inhibida la Sala para un pronunciamiento de fondo, por ineptitud sustantiva de la demanda.

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 19 de octubre e 1995.

*Carlos A. Orjuela Góngora,* salva voto; *Joaquín Barreto Ruiz,* salva voto; *Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.*

*Myriam Viracachá Sandoval,* Secretaria (E.).

NOTA DE RELATORIA: Reiteración jurisprudencial sobre el tema de las sentencias del 30 de junio de 1994; exp. 7819, Actora: Gloria Guanes López; sentencia de 30 de junio de 1994; exp. 8459; Actor: Raúl Izquierdo Santamaría; Consejera Ponente Dra. Dolly Pedraza de Arenas; sentencias de 16 de febrero de 1995; exp. 9977 Consejero Ponente Dr. Joaquín Barreto Ruiz y 9978 Consejera Ponente Dra. Dolly Pedraza de Arenas. 2. En el mismo sentido pueden consultarse las siguientes sentencias; de 9 de marzo de 1995, exp. 9891, Consejera Ponente

Dra. Clara Forero de Castro, Actora: Mabel Mosquera Garcés; de 3 de marzo de 1995, exp. 9994, Consejera Ponente Dra. Clara Forero de Castro, Actor: Jorge Luis Arango Ochoa; de 9 de marzo de 1995, exp. 9868, Consejera Ponente Dra. Clara Forero de Castro, Actor: César Piedrahita; de 9 de marzo de 1995, exp. 10137, Consejera Ponente Dra. Clara Forero de Castro, Actor: Jorge Gustavo Villa Villanueva, 30 de marzo de 1995, exp. 9992, Consejera Ponente Dra. Dolly Pedraza de Arenas, Actor: Juan Emiro Arroyo A.; 22 de marzo de 1995, exp. 9988, Consejero Ponente Dr. Diego Younes Moreno, Actor: Melquisedec Llorente Garcés; 22 de marzo de 1995, Exp. 10097, Consejero Ponente Dr. Diego Younes Moreno, Actor: Mario Cifuentes Pareja; 22 de marzo de 1995, exp. 9995, Actor: Rodrigo C. Pérez Villalobos, Consejero Ponente Dr. Diego Younes Moreno; 22 de marzo de 1995, exp. 9976, Actor: Carlos E. Puche Sibaja, Consejero Ponente Dr. Diego Younes Moreno; 9 de marzo de 1995, exp. 9978, Actor: Luz María Romero, Consejera Ponente Dra. Dolly Pedraza de Arenas; 9 de marzo de 1995, exp. 9982, Actor: Félix Antonio Torres, Consejera Ponente Dra. Dolly Pedraza de Arenas; 9 de marzo de 1995, exp. 9981; Actor: Ricardo A. Ramírez, Consejera Ponente Dra. Dolly Pedraza de Arenas; de 10 de marzo de 1995; exp. 9980, Actor José Trinidad Núñez Díaz, Consejera Ponente Dra. Dolly Pedraza de Arenas; de 9 de marzo de 1995, exp. 9989, Actor: Elba Páez de Cogollo, Consejera Ponente Dra. Clara Forero de Castro; de 10 de marzo de 1995, Exp. 9974, Actor: Nubia Pérez Clameran, Consejero Ponente Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora y de 10 de marzo de 1995, exp. 9990, Actor: Rodolfo Antonio Zapata V., Consejero Ponente Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora. 3. La sección Primera se pronunció en la sentencia del 17 de junio de 1994, expedientes acumulados 2439 –2630, Actores: Yolanda Sepúlveda Rojas y Juan de Dios Fragozo, Consejero Ponente Dr. Yesid Rojas Serrano sobre la legalidad del Decreto 2137 del 30 de diciembre de 1992 por el que se reestructuró el INCORA.

**PLANTA DE PERSONAL – Reincorporación / ACTO DE SUPRESION DE CARGOS – Impugnación / SUPRESION DE EMPLEOS – Impugnación**

**En la demanda se atacan el acuerdo de la Junta Directiva del INCORA y el decreto aprobatorio del mismo, que suprimieron el cargo que venía desempeñando el actor. Empero, en la sentencia se dice que, además, debía demandarse la resolución que incorporó otras personas en la planta y no lo hizo con él , por que fue en ella donde se concretó la voluntad de la administración en lo que hace con separarlo del servicio; y como consecuencia de ello, se afirma que la demanda es inepta y genera un fallo inhibitorio. Considero que con este planteamiento se le edifica, de nuevo, un monumento al formalismo excesivo, por manera que se le impone a quien demanda una obligación discutible, porque el daño que debería repararse es el que produce el acto que suprimió su empleo. Si se anulan el acuerdo y su decreto aprobatorio la secuela obvia es la de que los actos subsiguientes quedan sin piso jurídico, por manera que al restablecer el derecho es perfectamente viable decretar el reintegro del demandante con las otras consecuencias económicas propias del fallo.**

## SALVAMENTO DE VOTO

Del Consejero Carlos Arturo Orjuela Góngora a la sentencia proferida el 8 de noviembre de 1995 en el proceso número 11249. –Autoridades Nacionales–. Actor: Rafael José Wilches Puello.

Santa Fe de Bogotá, D. C., nueve (9) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Con el respeto acostumbrado por las decisiones mayoritarias de la Sala me permito manifestar que no comparto lo resuelto en este asunto por las siguientes sintéticas razones:

1. En la demanda se atacan el acuerdo de la Junta Directiva del Incora y el decreto aprobatorio del mismo, que suprimieron el cargo que venía desempeñando el actor. Empero, en la sentencia se dice que, además, debía demandarse el acto de incorporación expedido posteriormente por el Gerente, mediante el cual se proveyó la planta de personal subsistente; y como consecuencia de ello, se afirma que la demanda es inepta y genera un fallo inhibitorio.

2. Considero que con este planteamiento se le edifica de nuevo, un monumento al formalismo excesivo, por manera que se le impone a quien demanda una obligación discutible, habida cuenta de que esos actos de incorporación –como es lógico–, no se le han notificado o hecho conocer, pues tienen que ver con otras personas. Y no comparto el criterio de que éste es el acto que engendra el perjuicio, porque ese daño lo produce el que suprimió el empleo del demandante.

3. Ciertamente, si se anulan el acuerdo y su decreto aprobatorio la secuela obvia es la de que los actos subsiguientes quedan sin piso jurídico, por manera que al restablecer el derecho es perfectamente viable decretar el reintegro del demandante con las otras consecuencias económicas propias del fallo. Esto es, que no es necesario demandar el acto de incorporación de los terceros mencionados. Y si esto es cierto, la demanda era idónea para un pronunciamiento de mérito.

Con todo acatamiento,

*Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

**PLANTA DE PERSONAL - Incorporación / SUPRESION DE CARGOS- Impugnación**

**No encuentro válido sostener que el acto de separación del servicio del *Incora* fue el que incorporó a la nueva planta a empleados diferentes al demandante, porque tal acto administrativo lo que produjo, como ya se dijo, fue la incorporación de unas personas a los cargos que se crearon en lugar de los que habían sido suprimidos; y tanto es así, que la norma habló de incorporación, porque se refería a personas que habían sido retiradas, y es obvio que sólo se puede incorporar a quien no está incorporado. Tampoco acierta la decisión mayoritaria cuando afirma que debió ser demandada la Resolución 1757, porque al no hacerlo continúa vigente, por lo cual resultaría inane la nulidad del acto administrativo complejo, que sí se demandó. No acierta, en mi sentir, porque precisamente al demandar únicamente el acto complejo conformado por el acuerdo y el decreto, la prosperidad de la acción se traduciría en que quedaría sin efecto la supresión de los cargos dispuesta por él, y por ende sin valor el retiro de las personas que los desempeñaban. Con fundamento en lo expresado, considero que la demanda fue incoada correctamente, que en consecuencia no debió declararse probada su ineptitud y, por el contrario, debió entrarse a resolver el fondo del asunto.**

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda. Salvamento de Voto.*

Santa Fe de Bogotá, D.C., quince (15) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Radicación número 11249.

Referencia: Autoridades Nacionales.

Autor: Rafael José Wilches Puello.

Con el debido respeto, por la decisión mayoritaria que declaró probada la excepción de inepta demanda y se inhibió para fallar de fondo, me permito consignar, en síntesis, las razones por las cuales me aparté de ella:

El fallo inhibitorio parte del presupuesto de que el acto que desvinculó al demandante fue la Resolución 1757 del 3 de mayo de 1993 y no el acto administrativo complejo conformado por el acuerdo 05 y el Decreto 802 del mismo año, razón por la cual debió demandarse aquella resolución, pues a su juicio resulta inane demandar únicamente el acuerdo y el decreto mencionado, si continúa vigente la resolución.

Sin embargo, en mi opinión la situación dentro del marco jurídico es diferente, pues no existe duda que la supresión del cargo se efectuó mediante los referidos acuerdo y decreto, cuyo artículo 1° dispuso: "Suprímense los siguientes cargos de la Planta Actual de Personal del *Incora*:.." Siendo ello así, desde la fecha en que entró en vigencia y se les comunicó lo dispuesto por este acto administrativo a las personas que desempeñaban los empleos suprimidos, entre ellas el demandante, quedaron retiradas del servicio, en virtud de lo dispuesto por el Decreto 2400 de 1968 modificado por el 3074 del mismo año, cuyo artículo 25 dispone que "la cesación definitiva de funciones se produce... c) por supresión del empleo" y por mandato de su artículo 28 según el cual "La supresión de un empleo público coloca automáticamente en situación de retiro a la persona que lo desempeña...".

No encuentro útil para sustentar la tesis mayoritaria el hecho de que el acuerdo haya dispuesto que "quienes no sean incorporados en los cargos previstos en la planta de personal que se establece en este acuerdo, quedarán retirados del servicio a partir de la vigencia del decreto por el cual se aprueba el presente acuerdo", ni tampoco el que se hubiera facultado la gerente "para distribuir mediante resolución, los cargos asignados tanto a la planta de oficios centrales como a nivel regional". Lo primero porque, como quedó dicho, el retiro del servicio se produjo no en virtud de la resolución que incorporó a unas personas, sino por mandato expreso de la ley desde cuando se suprimió el cargo, lo cual se produjo mediante el acuerdo 05 y el Decreto 802. Además, el mismo acuerdo dispuso que el retiro de los no incorporados se produciría "a partir de la vigencia del decreto por el cual se aprueba el presente acuerdo", lo cual armoniza con la tesis de que el retiro lo produjeron estos actos y no la Resolución 1757. Lo segundo, porque en nada incide sobre el asunto debatido el que se hubiera facultado al gerente para hacer una distribución de **cargos**, asunto este diferente a la supresión del empleo del actor.

No encuentro válido sostener que el acto de separación del servicio del Incora fue el que incorporó a la nueva planta a empleados diferentes al demandante, porque

tal acto administrativo lo que produjo, como ya se dijo, fue la incorporación de unas personas a los cargos que se crearon en lugar de los que habían sido suprimidos; y tanto es así, que la norma habló de incorporación, porque se refería a personas que habían sido retiradas, y es obvio que sólo se puede incorporar a quien no está incorporado.

Tampoco acierta la decisión mayoritaria cuando afirma que debió ser demandada la Resolución 1757, porque al no hacerlo continúa vigente, por lo cual resultaría inane la nulidad del acto administrativo complejo que sí se demandó. No acierta, en mi sentir, porque precisamente al demandar únicamente el acto complejo conformado por el acuerdo y el decreto, la prosperidad de la acción se traduciría en que quedaría sin efecto la supresión de los cargos dispuesta por él, y por ende sin valor el retiro de las personas que los desempeñaban.

Con fundamento en lo expresado, considero que la demanda fue incoada correctamente, que en consecuencia no debió declararse probada su ineptitud y, por el contrario, debía entrarse a resolver el fondo del asunto.

Atentamente,

*Joaquín Barreto Ruiz.*

**ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / CONCILIACION PREJUDICIAL - Improcedencia en proceso de nulidad y restablecimiento del derecho / CONCILIACION JUDICIAL - Improcedencia de conciliación al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho / DECRETO DE DESCONGESTION DE DESPACHOS JUDICIALES - Aplicación**

**La Ley 23 de 1991 en su artículo 59 dispuso la procedencia tanto de la conciliación prejudicial como de la judicial sobre conflictos de carácter particular y contenido patrimonial, que se ventilarían ante la jurisdicción contencioso-administrativa mediante las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del C.C.A.; igualmente es cierto que en su artículo 60 dispuso que la solicitud de conciliación prejudicial podría formularse ante el fiscal de la Corporación y en su artículo 61 que el procedimiento conciliatorio suspendía el término de caducidad de la respectiva acción por un plazo hasta de 60 días. Sin embargo, con la expedición del Decreto-ley 2651 de 1991, como una medida de descongestión de los despachos judiciales, se excluyó expresamente la conciliación judicial para las acciones contencioso-administrativas de nulidad y restablecimiento del derecho, quedando suspendidas las disposiciones de la Ley 23 que se referían a la materia y no sólo respecto de la conciliación dentro del proceso, es lógico que tampoco hay lugar a ella antes de iniciarse éste. El citado decreto en su artículo 2º determinó como requisito para conciliar, entre otros, que se trate de procesos que versen sobre actos susceptibles de transacción, "distintos de los ... contencioso administrativos...". y el artículo 6º del mismo ordenamiento señaló expresamente los procesos contencioso administrativos susceptibles de conciliación, limitándose a aquellos en los que se controvierta la responsabilidad contractual o extracontractual del Estado. Mal puede entonces el accionante alegar la suspensión del término de caducidad por haber adelantado una actuación procesal que es ajena a esta litis y que precisamente fue**

**rechazada por el Ministerio Público por ser improcedente de conformidad con el Decreto-ley 2651 de 1991 y su Decreto regla-mentario 171 de 1993, vigentes en la fecha en que el accionante presentó la solicitud de conciliación.**

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D.C., nueve (9) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente: Doctora *Dolly Pedraza de Arenas.*

Radicación número 12180.

Referencia: Apelación interlocutorio.

Actor: Carlos H. Muñoz Barrera.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el auto de 20 de abril de 1995, por medio del cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca inadmitió la demanda por caducidad de la acción.

Dijo el tribunal que se pretende la nulidad de la Resolución 307 de junio 14 de 1994 por medio de la cual fue destituido el actor y de la Resolución 429 de 8 de agosto del mismo año que confirmó al anterior, agotando así la vía gubernativa; que el artículo 136 del C.C.A. estableció que el término para ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es de 4 meses contados a partir del día de la publicación, comunicación ejecutoria del acto.

Agregó que como la demanda fue presentada el 7 de marzo de 1995, la acción fue ejercida cuando había operado la caducidad, ya que el término de los cuatro meses venció el 9 de diciembre de 1994 y concluyó que la demanda debía inadmitirse.

## EL RECURSO

Manifiesta el recurrente estar de acuerdo con que el término para ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es de cuatro meses al tenor del artículo 136 del C.C.A. y que el término para accionar inicialmente vencía el 9 de diciembre de 1994, pero dice que debe tenerse en cuenta que la Ley 23 de 1991 en su artículo 61 inciso 2° establece que "Cuando no fuere procedente la vía gubernativa o estuviere agotada, el procedimiento conciliatorio suspenderá el término de caducidad de la respectiva acción por un plazo no mayor de 60 días".

Por último anota que en su caso se propuso la conciliación y que por tanto hubo una prórroga automática "hasta por sesenta días" que concede la norma para ejercer la acción de restablecimiento del derecho dentro del término legal, y que el lapso

transcurrido desde el 9 de diciembre de 1994 hasta el 7 de marzo de 1995 no alcanza a cubrir el máximo de 60 días de prórroga que concede la ley de descongestión de despachos judiciales.

## PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Ciertamente como afirmó el apelante, la Ley 23 de 1991 en su artículo 59 dispuso la procedencia tanto de la conciliación prejudicial como de la judicial sobre conflictos de carácter particular y contenido patrimonial, que se ventilarían ante la jurisdicción contencioso administrativa mediante las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del C.C.A.; igualmente es cierto que en su artículo 60 dispuso que la solicitud de conciliación prejudicial podría formularse ante el fiscal de la Corporación y en su artículo 61 que el procedimiento conciliatorio suspendería el término de caducidad de la respectiva acción por un plazo hasta de 60 días.

Sin embargo, con la expedición del Decreto-ley 2651 de 1991, como una medida de descongestión de los despachos judiciales, se excluyó expresamente la conciliación judicial para las acciones contencioso-administrativas de nulidad y restablecimiento del derecho, quedando suspendidas las disposiciones de la Ley 23 que se referían a la materia y no sólo respecto de la conciliación judicial sino de la prejudicial, toda vez que si en estas acciones por disposición del legislador extraordinario no cabe la conciliación dentro del proceso, es lógico que tampoco hay lugar a ella antes de iniciarse éste.

El citado decreto en su artículo 2° determinó como requisito para conciliar, entre otros, que se trate de procesos que versen sobre actos susceptibles de transacción, "distintos de los ...contencioso administrativos...". y el artículo 6° del mismo ordenamiento señaló expresamente los procesos contencioso administrativos susceptibles de conciliación, limitándose a aquéllos en los que se controvierta la responsabilidad contractual o extracontractual del Estado.

A su vez el Decreto 171 de 1993, reglamentario del artículo 6° del Decreto 2651 de 1991 en su inciso 2° dispuso:

> "Entiéndese en todo caso que esta audiencia no es aplicable a los procesos derivados de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de que trata el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo."

Mal puede entonces el accionante alegar la suspensión del término de caducidad por haber adelantado una actuación procesal que es ajena a esta litis y que precisamente fue rechazada por el Ministerio Público por ser improcedente de conformidad con el Decreto-ley 2651 de 1991 y su Decreto reglamentario 171 de 1993, vigentes en la fecha en que el accionante presentó la solicitud de conciliación.

De manera que notificado el accionante del acto que agotó la vía gubernativa, el 9 de agosto de 1994 (f. 39 vto.), el término para presentar la demanda ante la jurisdicción contencioso-administrativa venció el 9 de diciembre de ese año y como lo hizo hasta el día 7 de marzo de 1995 (f. 92 vto.), tuvo razón el Tribunal al inadmitir la demanda.

Por lo expuesto la Sala,

**RESUELVE:**

1°. CONFIRMAR el auto de abril 20 de 1995, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "B".

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada, aprobada y ordenada su publicación por la Sala en sesión del diez y nueve (19) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

*Carlos Arturo Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.*

*Miryam C. Viracachá Sandoval*, Secretaria (E.).

NOTA DE RELATORIA: Las Leyes ... y 287 extendieron la vigencia de las disposiciones del Decreto 2651 de 1991 al 10 de julio de 1997.

**DESPIDO COLECTIVO - Impugnación / ACCION DE RESTABLECIMIENTO LABORAL - Improcedencia / TRABAJADOR PARTICULAR - Despido / PERJUICIOS POR DESPIDO - Reclamación / JURISDICCION ORDINARIA - Competencia / ACTO SIN CUANTIA - Competencia del Consejo de Estado**

**La acción que se deriva de los actos demandados de despido colectivo no es la de restablecimiento del derecho de carácter laboral de que tratan los artículos 131 y 132, numeral 6º del C.C.A., como quiera que no es posible que a través del contencioso laboral puedan ser resarcidos los perjuicios que hayan podido surgir para los trabajadores afectados con la medida, pues tales perjuicios sólo podrían ser solicitados ante la jurisdicción ordinaria laboral, por tratarse de una relación contractual entre los trabajadores de Avianca y ésta, que es una entidad de carácter privado. Excluidos los perjuicios solicitados, no cabe duda que el proceso carece de cuantía y como se controvierten actos administrativos del orden nacional, su conocimiento responde a esta Corporación en única instancia.**

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Sala de Decisión.*

Santa Fe de Bogotá, D.C., diez (10) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Doctor *Alvaro Lecompte Luna.*

Radicación número 11177.

Referencia: Autoridades Nacionales.

Actor: Luis Antonio Bustos Nieto.

Decídese el recurso ordinario de súplica interpuesto por el apoderado del actor contra el auto de 27 de julio de 1995 (fls. 65-66) del cual fue ponente la

magistrada Clara Forero de Castro mediante el cual se inadmitió la demanda instaurada contra la Nación-Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Se dice en el auto suplicado que en la demanda se impetra la nulidad de las Resoluciones números 002 de 6 de enero de 1993; 0011 de 25 de marzo del mismo año; y 002689 de 11 de junio, *ibidem;* proferidas la primera y la segunda por la Dirección Regional del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social del Atlántico, y la última, por la Dirección General de dicho Ministerio.

Por la primera de las resoluciones se autorizó a la Empresa Aerovías Nacionales de Colombia S.A. "Avianca" para despedir a 567 trabajadores. Por la segunda de las resoluciones se desató un recurso de reposición interpuesto contra la primera, en el sentido de confirmarla. Y por la última de las resoluciones, se desató un recurso de apelación interpuesto contra la primera, en el sentido de confirmarla.

En el libelo introductorio se solicita además, y a manera de restablecimiento del derecho, que se condene a la Nación-Ministerio de Trabajo y Seguridad Social- a reconocer y pagar al demandante, no sólo los perjuicios morales, sino también, y a título de perjuicios materiales, los salarios y prestaciones dejados de devengar como consecuencia del despido, y otras prestaciones más, incluida una serie de beneficios convencionales.

Así, dice el auto que se suplica, que en el libelo se incurre en una indebida acumulación de pretensiones habida cuenta de que si bien la jurisdicción de lo contencioso administrativo es competente para conocer de la demanda contra los actos administrativos del despido colectivo, no lo es en cuanto a los derechos laborales del demandante por la cancelación de su contrato de trabajo con la Empresa "Avianca", los que debe reclamar ante la justicia ordinaria.

Se concluye en el auto impugnado, que no siendo el mismo juez ni la misma jurisdicción competente para conocer de todas las pretensiones elevadas en la demanda ésta se rechaza por indebida acumulación.

En la sustentación de la súplica invoca el apoderado recurrente el artículo 85 del C.C.A., que dice:

> "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 se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño..."

Y que debe observarse que no se está solicitando el pago de prestaciones sociales, auxilios, primas, indemnizaciones o cualquier otra garantía establecida en la convención o ley laboral, sino que se solicita la indemnización de perjuicios

(reparación del daño) por la expedición del acto administrativo atacado al que se hace referencia en el literal a) del Capítulo de peticiones.

De ahí, y ante la imposibilidad de que la autoridad contencioso-administrativa ordene en estricto sentido el restablecimiento del derecho, por eso se ha limitado a la solicitud de la reparación del daño como lo contempla la norma en comentario, es decir, el resarcimiento de los perjuicios causados con un acto administrativo violatorio de toda normatividad y que la Constitución Nacional concede al establecer:

> "Artículo 90. *Responsabilidad extracontractual del Estado*. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputados, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas..."

Hace hincapié el apoderado recurrente, en que no está atacando el acto por medio del cual "Avianca" desvinculó al actor, lo que no puede deducirse de la demanda, sino el acto administrativo complejo por vicios, tanto de procedimiento (violación del derecho de defensa y omisión parcial de trámites) y por irregularidades de fondo (falsa motivación y abuso de poder por parte del Ministerio de Trabajo). Agrega, que la competencia en tomo a diferencias relacionadas, directa o indirecta con el contrato de trabajo, efectivamente corresponde conocer a la jurisdicción ordinaria, sólo que en el presente asunto se está enjuiciando el acto administrativo expedido por el Ministerio de Trabajo, pues, no existe ninguna norma que establezca jurisdicción o competencia a los jueces laborales para declarar la nulidad o la suspensión de los actos administrativos, los que pueden causar daños a las personas, y la controversia versar sobre aspectos diferentes al campo laboral. En el caso de autos, dice, la Ley 50 de 1990, facultó al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para autorizar el despido colectivo de trabajadores mediante un acto administrativo complejo con vicios de fondo y de forma, además de violarse en forma grave el debido proceso, y que la persona agraviada en forma directa no tenga derecho a que se le indemnicen los perjuicios por el hecho de haberse expedido el acto administrativo por un Ministerio y sea la víctima un asalariado, implicaría ello una denegación de justicia, con las consecuencias que ello implica.

Y, por último, hace referencia al perjuicio irremediable, según el artículo 2591 (sic), que dice:

> "Se entiende por irremediable el perjuicio que sólo puede ser reparado en su integridad mediante una indemnización."

Amén de que la única forma de reparar el daño causado es que el culpable de la expedición de la autorización para despedir, pague la indemnización de perjuicios, tanto morales como materiales, lo que no quiere decir que "Avianca" haya actuado dentro de la ley y la Constitución, pues, simplemente se trata de determinar la

responsabilidad por la expedición del acto que autorizó el despido de 567 trabajadores.

Con base en los anteriores argumentos solicita el recurrente se revoque al auto suplicado y, en su lugar, se admita la demanda.

## SE CONSIDERA

Observa la sala de decisión que la acción que se deriva de los actos demandados de despido colectivo no es la de restablecimiento del derecho de carácter laboral de que tratan los artículos 131 y 132, numeral 6º del C.C.A., comoquiera que no es posible que a través del contencioso laboral puedan ser resarcidos los perjuicios que hayan podido surgir para los trabajadores afectados con la medida, pues tales perjuicios sólo podrían ser solicitados ante la jurisdicción ordinaria laboral, por tratarse de una relación contractual entre los trabajadores de Avianca y ésta, que es una entidad de carácter privado.

De manera que, excluidos los perjuicios solicitados, no cabe duda que el proceso carece de cuantía y como se controvierten actos administrativos del orden nacional, su conocimiento corresponde a esta Corporación en única instancia, conforme lo dispone el numeral 3º del artículo 128 del C.C.A.

Por ello, la Sala revocará el auto suplicado y, en su lugar, admitirá la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sección Segunda, en Sala de Decisión,

## RESUELVE:

Revócase el auto de 27 de julio de 1995, dictado por la magistrada ponente doctora Clara Forero de Castro en este asunto.

En su lugar, *se decide:*

*Admítese la Demanda* presentada por el señor Luis Antonio Bustos Nieto, a través de apoderado, contra la *Nación-Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*, en consecuencia, *se ordena*:

1. Notifíquese al representante legal de la entidad demandada o a su delegado, conforme al artículo 150 del C.C.A.

2. Notifíquese personalmente al agente del Ministerio Público.

3 Notifíquese personalmente al representante legal de la empresa Avianca S.A., por tener interés directo en el resultado del proceso. En caso no de ser posible, procédase conforme al ordinal 3 del artículo 207 del C.C.A (subrogado por el artículo 46 del Decreto-ley 2304 de 1989).

4. Fíjese en lista por el término de cinco (5) días, para que el demandado o los intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas.

5. Solicítese a los correspondientes funcionarios el envío de los antecedentes administrativos, dentro del término de diez (10) días, con la advertencia de que el desacato a esta solicitud o la inobservancia del plazo indicado constituye falta disciplinaria.

6. No se decreta el depósito de la suma a que se refiere el ordinal 4 del artículo 207 del C.C.A., por la naturaleza del asunto.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al despacho de la Magistrada Ponente para lo de su cargo. Cúmplase.

*Carlos Arturo Orjuela Góngora,* con aclaración de voto, *Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.*

*Myriam C. Viracachá Sandoval,* Secretaria (E.).

**ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Reparacion del daño**

**En mi opinión, despnés de la expedición del Decreto 2304 de 1989, sí es viable plantear en las acciones contencioso-administrativas de carácter laboral, además del restablecimiento del derecho, el pago de los daños o perjuicios que el acto acusado pueda irrogarle al demandante; como también, prescindir del restablecimiento del derecho, pero impetrar el resarcimiento o reparación del daño o perjuicio.**

Aclaración de voto al consejero Carlos Arturo Orjuela Góngora a la providencia dictada el 10 de noviembre de 1995 No. 11177. Autoridades nacionales.

Actor: *Luis Antonio Bustos Nieto.*

## ACLARACION DE VOTO

Santa Fe de Bogotá, D.C., noviembre diez (10) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Comedidamente me permito señalar que, en mi opinión, después de la expedición del Decreto 2304 de 1989, sí es viable plantear en las acciones contencioso-administrativas de carácter laboral, además del restablecimiento del derecho, el pago de los daños o perjuicios que el acto acusado pueda irrogarle al demandante; como también, prescindir del restablecimiento del derecho, pero impetrar el resarcimiento o reparación del daño o perjuicio.

Con toda atención,

*Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

**INSUBSISTENCIA - Procedencia / RAZONES DE BUEN SERVICIO - Facultad discrecional del nominador**

**Si bien es cierto que la facultad discrecional que tienen los nominadores para prescindir de los empleados a su cargo, no es omnímoda, porque tiene que estar encaminada al buen servicio y estar en consonancia con los fines que la norma de potestad le ha asignado, no puede endilgársele vicio al acto de administración, por haber prescindido de un funcionario que no atendió unas instrucciones que en su sentir se encaminaban a proteger sus intereses. Los nominadores a quienes se les ha otorgado la facultad discrecional para remover libremente a sus empleados, gozan de un cierto margen de libertad, para decidir con qué funcionarios cumple mejor la administración los fines que se le han encomendado; por ello en el ejercicio de funciones públicas debe existir un entendimiento entre empleado respecto de la manera como entiende la entidad la salvaguardia de sus intereses, ya el buen servicio no puede cumplirse, pues no se da, como es obvio, la comunidad de fines e intereses. Por ello resulta razonable en aras del interés de la institución, al cual debe ceder el interés particular, que el nominador en ejercicio de su potestad discrecional decida retirar del servicio a los funcionarios que encuentre que no satisfacen sus expectativas; por esto también se entiende la potestad libre que tienen los funcionarios para no ser obligados a permanecer en una institución que no llene sus aspiraciones. Se dice en el *sub judice* que la orden que se le dé a los funcionarios debe ser legal y ello es cierto, pues de otra manera su no acatamiento no daría lugar al ejercicio conforme a derecho de la potestad que está revestido el nominador para remover libremente a sus funcionarios.**

**APODERADO JUDICIAL - Deberes / EMPLEADO PUBLICO - Insubsistencia / MANDATARIO OFICIAL - Empleado público**

**Se plantea en el libelo que los apoderados judiciales tienen el deber de obrar con lealtad y dignidad en el ejercicio de su profesión y ello es cierto. Por esta razón no puede afirmarse que los abogados que estaban apoderando los negocios del Ministerio de Defensa, estaban obligados a presentar las recusaciones que ordenaba su mandante si consideraban que ellas no procedían; pero también es cierto que el demandante, tenía todo el derecho a sustituir los poderes, si estimaba que los mandatarios no estaban obrando conforme a sus intereses. Por manera que en el caso de *sub judice*, es entendible la actitud del accionante al no presentar la recusación por considerarla improcedente, pero también entendible la del mandante de sustituir el mandato que le había conferido al actor, pues la actitud de no acatar su encargo, denotaba de su mandatario no interpretaba fielmente su voluntad. Y por participar el accionante de su doble condición de mandatario oficial y empleado de la institución no dan prerrogativa alguna de estabilidad en el empleo, el retiro del poder y la necesidad de los servicios de otro abogado podían pesar en la decision de su desvinculación sin que a ello pudiera válidamente oponerse el actor, pues la libre remoción es condición que conocen los funcionarios al posesionarse en un cargo público, en donde se acepta una situación preestablecida en la cual el nominador puede declarar insubsistente su nombramiento en cualquier momento en aras del buen servicio.**

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., noviembre catorce (14) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente: Doctora *Dolly Pedraza de Arenas.*

Radicación número 7825.

Referencia: Decretos del Gobierno. Apelación Sentencia.

Actor: Leopoldo Alberto Rincón Garzón.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 28 de agosto de 1992.

## ANTECEDENTES

1. El actor, *Leopoldo Alberto Rincón Garzón*, 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 Decreto número 0360 de febrero 20 de 1987, proferido por el Presidente de la República, por el cual se declaró insubsistente su nombramiento como Profesional Universitario del Ministerio de Defensa. A título de restablecimiento del derecho solicitó el reintegro al cargo que desempeñaba o a otro de igual o superior categoría; la cancelación de los salarios y demás prestaciones dejados de devengar por el acto acusado, con sus incrementos y demás emolumentos hasta el día en que se produzca efectivamente su reintegro, con los ajustes de valor contemplados en el artículo 178 del C.C.A.; la condena en costas y la declaración de que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio.

2. Alega el demandante que la declaratoria de insubsistencia fue expedida con desviación de poder, porque su retiro obedeció a la renuencia para presentar una recusación contra el Consejero de Estado, doctor Jorge Valencia Arango, la que en su sentir no era viable jurídicamente, como lo manifestó en el concepto jurídico que emitió sobre el particular. Considera que la administración no tuvo en cuenta la finalidad del buen servicio; que además no existe proporcionalidad alguna entre el concepto desfavorable y la medida de insubsistencia que desvincula del servicio a un empleado que durante el tiempo que permaneció en la entidad mantuvo una hoja de vida ejemplar que le mereció diversos ascensos. Expresa que el acto está falsamente motivado, porque el motivo que en él aparece de bulto fue la negativa razonada de recusar al Magistrado Jorge Valencia Arango, a pesar de la amenaza de ser declarado insubsistente y no la satisfacción de las necesidades de la comunidad. Agrega que si bien es cierto que los funcionarios están obligados a la obediencia de las órdenes de sus superiores, tal obediencia no es "ciega e ilimitada", y tiene como límites que dicha orden emane del legítimo superior; que tenga un contenido relacionado con las funciones de quien la da y de quien la recibe; que la orden tenga la forma prescrita en la ley y que no contraríe la Constitución y la ley, en su caso dichos presupuestos no se cumplieron, ya que la orden de recusar al Magistrado no era de la competencia de los superiores y era contraria a la ley, toda vez que hubiera constituido una falta disciplinaria acusar y recusar temerariamente a los jueces, a sabiendas de la ausencia de fundamento jurídico, como resultó serlo en la decisión del Consejo de Estado, por la cual no se aceptó la recusación que presentó otro de los funcionarios del Ministerio.

3. La entidad demandada propuso la excepción de inepta demanda, por no haberse demandado el Decreto 462 de 1987 mediante el cual se designó el funcionario que reemplazó al accionante y por indebida representación del

demandante. Alegó que el acto fue proferido atendiendo las disposiciones constitucionales y legales y en razón a la potestad discrecional que le asiste al nominador por virtud del Decreto 2247 de 1984.

4. El *a quo* declaró la no prosperidad de las excepciones propuestas y accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda; declaró la nulidad del acto demandado, ordenó el reintegro del actor al cargo que ocupaba y el pago de los salarios y prestaciones dejados de devengar, pero sin el ajuste de valor consagrado en el artículo 178 del C.C.A. Consideró que en el caso *sub lite* el ejercicio de la facultad de remoción no tuvo como finalidad el buen servicio, sino que fue una demostración de la autoridad militar que perseguía el cumplimiento de una orden contraria a la ley y sólo para satisfacer caprichos personalísimos.

## SUSTENTACION DE LA APELACION

Tanto la parte demandante como la parte demandada apelaron el fallo del *a quo*. El accionante expresa su inconformidad respecto del no reconocimiento del ajuste al valor, alega que la declaratoria de nulidad del acto acusado, no impide que los valores a reconocer por concepto de sueldos, primas y demás haberes, se ajusten, atendiendo las previsiones del artículo 178 del C.C.A., norma que busca detener en el tiempo la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

La entidad demandada alega que la facultad para declarar la insubsistencia se concede a la entidad nominadora, respecto de los empleados no protegidos por fuero alguno de estabilidad; que en el caso *sub lite* el accionante, por mandato del artículo 8° del Decreto 2247 de 1984, vigente para la época de expedición del acto acusado, estaba excluido de la carrera administrativa y por tanto era un funcionario de libre nombramiento y remoción. Agrega que la facultad discrecional fue ejercida con la finalidad de agilizar la administración y dentro del marco del buen servicio.

Agotado el trámite procesal y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

## CONSIDERACIONES

Como en el caso *sub judice* el actor acusa el acto de haber sido proferido con un fin desviado y ajeno al buen servicio, es preciso analizar las pruebas que obran en el plenario, para dilucidar si de ellas se infiere el vicio alegado.

Obran a folios 155 a 157; 157 a 159 vto.; 161 a 163; 164 a 168 del cuaderno principal, las declaraciones de los abogados María Ligia Vázquez Sepúlveda; Alberto Maldonado Bernal; Manuel Augusto Bernal y Yolanda Roa Grillo, quienes relatan lo sucedido en una reunión que se llevó a cabo con varios abogados de la Oficina Jurídica, con asistencia del accionante en su calidad de jefe de la sección de negocios

judiciales, para conceptuar sobre la recusación contra el Consejero doctor Jorge Valencia Arango. Igualmente los deponentes coinciden en manifestar que el Jefe de la Oficina Jurídica, reunió a los abogados de la sección para comunicarles que la causa de la insubsistencia del accionante se debió a su negativa a presentar la solicitud de recusación.

Rezan apartes de sus dichos:

"... Al día siguiente el Jefe de la Oficina Jurídica efectuó una reunión con todo el personal en la cual manifestó que era importante que todos supiéramos la situación de la insubsistencia del doctor Rincón para evitar los comentarios y los malos entendidos así fue como el Coronel informó a toda la Oficina que por orden del Ministro y del Secretario General se había decretado la insubsistencia por la negativa del Abogado a cumplir la orden de recusación al Doctor Valencia. También comentó en esta misma reunión el jefe de la Oficina Jurídica de que todos los abogados que laborábamos allí incluido él mismo éramos Asesores del Ministro y que como tales debíamos cumplir las órdenes que él impartiera (fl. 156).

"... al día siguiente fue convocada una reunión por parte del señor Coronel Luis Alfonso López Ruiz jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio a la cual asistió la gran mayoría de personal que prestaba sus servicios en la mencionada oficina para esa época, el señor Coronel López manifestó que la reunión se convocaba con el fin de evitar las especulaciones, las murmuraciones o los malos entendidos sobre la salida del doctor *Leopoldo Rincón* como funcionario del Ministerio, nos dijo dirigiéndose en particular a los abogados que nosotros éramos simplemente asesores y que no podíamos tomar decisiones por nuestra cuenta que tanto el señor Ministro como el señor Secretario General del Ministerio habían tomado la decisión de declarar la insubsistencia del nombramiento del doctor *Leopoldo Rincón* toda vez que se había negado a presentar recusación contra el consejero de Estado Jorge Valencia Arango (fl. 159).

"... al día siguiente nos reunieron en la oficina del Coronel Luis Alfonso López Ruiz, Jefe de la Oficina Jurídica, creo que a todos los funcionarios de la Oficina Jurídica, para informarnos que se había decidido declarar insubsistente al doctor *Leopoldo Rincón* por no actuar de acuerdo con unas instrucciones que se habían recibido en el sentido de presentar una recusación contra el Magistrado Jorge Valencia...(fl. 164).

"... a mediados del mes de enero de 1987 nos llamó desde el Consejo de Estado, y ordenó que ninguno de los abogados de la sección se retirara de la

Oficina pues nos necesitaba con urgencia. El regresó a la oficina hacia las cuatro y media de la tarde y nos comentó que habían ordenado que se recusara al Consejero de Estado doctor Jorge Valencia Arango, pero él consideró que se hiciera un estudio conforme a derecho, por parte de todos los abogados de la sección para definir sobre la procedencia o no de la mencionada recusación. Después de unas tres horas de análisis concluimos que no era procedente la recusación pues no se configuraban las causales que la ley exigía para ello. En este momento apareció el Coronel Luis Alfonso López Ruiz, Jefe de la Oficina Jurídica quien nos dijo que consideraba necesario que viéramos el vídeo cassette de la entrevista que le habían hecho al doctor Jorge Valencia Arango en el programa de televisión 'Al Banquillo con Margarita', a comienzos del mes de diciembre de 1986, pues con fundamento en el citado programa, era que el alto mando había resuelto y ordenado la recusación contra el mencionado Consejero... a continuación solicitó que todos y cada uno de los Abogados hiciéramos un concepto sobre la procedencia o no de la recusación... y así procedimos...

... al día siguiente, a las ocho de la mañana el señor Coronel López ordenó que todo el personal de la Oficina Jurídica se dirigiera a la jefatura para una reunión. Ya estando allí nos leyó el decreto por el cual se declaraba insubsistente al doctor *Leopoldo Rincón Garzón* y nos dijo que para evitar especulaciones nos informaba que la razón por la cual se había declarado insubsistente al doctor Rincón era la de no haber obedecido la orden de recusar al Consejero doctor Jorge Valencia Arango. Una semana después yo fui declarada insubsistente..." (fl. 167).

Por otra parte, obra en el plenario la declaración del Secretario General del Ministerio de Defensa de ese entonces, doctor Ernesto Peña Quiñones, trasladada de otro proceso adelantado en el mismo Tribunal. Igualmente la declaración del Jefe de la Oficina Jurídica. Los exponentes coinciden en afirmar que la orden del Ministro y del Secretario General fue la de presentar recusaciones ante la Sección Tercera del Consejo de Estado en todos los procesos en que figurara como demandada la Nación-Ministerio de Defensa, por las declaraciones que había emitido el señor Consejero Valencia Arango en el programa de televisión a que alude el accionante en su libelo.

Dicen así los exponentes:

"... ante tal situación personalmente le ordené al Coronel en forma inmediata a sustituir los poderes de los abogados que no querían recusar a Valencia Arango a otros abogados y que si no había ningún abogado que lo quisiera

hacer que me sustituyera a mí todos los negocios aunque no estaba dentro de mis funciones adelantar los procesos en razón a que yo soy abogado asumiría la representación del Ministerio de Defensa... La recusación del doctor Valencia no fue ninguna iniciativa de ningún abogado salió de las directivas del Ministerio yo la propuse al Ministro y el Ministro y el Comandante General aceptaron mis argumentos jurídicos y de hecho por los cuales consideraba el doctor Valencia Arango no podía ser imparcial en los negocios del Ministerio obviamente la orden de esa decisión se tramitó por su conducto regular procedimiento éste al cual están muy apegados los militares (fl. 243).

"... el doctor Rincón repito estimó que no recusaría al doctor Valencia y que por ningún motivo acataba la decisión del poderdante y Jefe del Ministerio de Defensa... lo anterior implica un desobedecimiento a la autoridad legítima, una negativa total a cumplir con el deber..." (fl.173).

Obra en el plenario además, a folios 4 a 24 y 190 a 213 del cuaderno principal, dos providencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado, dictadas en los procesos números 3009 y 3501, por las cuales no se aceptó las recusaciones propuestas por el Ministerio de Defensa.

Examinado el acervo probatorio para la Sala no hay duda de que la razón por la cual se declaró insubsistente al accionante fue la negativa a acatar la decisión que habían tomado las directivas del Ministerio de recusar al Consejero Jorge Valencia Arango, por las declaraciones que dio en el programa de opinión en la televisión "Al Banquillo con Margarita", entrevista de cuyos apartes da cuenta el plenario; sin embargo, ha de precisarse que dicho motivo no puede "per se" entenderse contrario al buen servicio, ni que el ejercicio del poder discrecional haya sido falsamente motivado, por haberse develado en el proceso las razones que tuvo el nominador, ya que para predicarse tales vicios es preciso dilucidar si la razón en que se fundamentó la administración fue desviada, es decir si desbordó la finalidad de su ejercicio.

Si bien es cierto que la facultad discrecional que tienen los nominadores para prescindir de los empleados a su cargo, no es onnímoda, porque tiene que estar encaminada al buen servicio y estar en consonancia con los fines que la norma de potestad le ha asignado, no puede endilgársele vicio al acto de la administración, por haber prescindido de un funcionario que no atendió unas instrucciones que en su sentir se encaminaban a proteger sus intereses. Los nominadores a quienes se les ha otorgado la facultad discrecional para remover libremente a sus empleados, gozan de un cierto margen de libertad, para decidir con qué funcionarios cumple mejor la administración los fines que se la han encomendado; por ello en el ejercicio de

funciones públicas debe existir un entendimiento entre empleado y empleador y así cuando se rompe dicha armonía, por la inconformidad del empleado respecto de la manera como entiende la entidad la salvaguarda de sus intereses, ya el buen servicio no puede cumplirse, pues no se da, como es obvio, la comunidad de fines e intereses. Por ello resulta razonable en aras del interés de la institución, al cual debe ceder el interés particular, que el nominador en ejercicio de su potestad discrecional decida retirar del servicio a los funcionarios que encuentre que no satisfacen sus expectativas; por esto también se entiende la potestad libre que tienen los funcionarios para no ser obligados a permanecer en una institución que no llene sus aspiraciones.

Se dice en el *sub judice* que la orden que se le dé a los funcionarios debe ser legal y ello es cierto, pues de otra manera su no acatamiento no daría lugar al ejercicio conforme a derecho de la potestad de que está revestido el nominador para remover libremente a sus funcionarios. Pero de las pruebas obrantes en el plenario no puede deducirse que la orden impartida al actor hubiera sido ilegal, pues el hecho de que no hubiera prosperado la recusación propuesta, no presupone que la orden del nominador, quien tenía interés en los resultados de la litis, fuera contraria a derecho. El universo jurídico no se mueve dentro de las ciencias exactas, donde se prevé en las instancias judiciales los resultados de las pretensiones de los accionantes, ya que no se trata de un orden sistemático, sino por el contrario, problemático, en donde el fallador se planteará diferentes formas de considerar el caso sometido a su estudio y así lo valorará, escogiendo siempre un camino que bien puede no estar de acuerdo con el pretendido por el impugnante.

La circunstancia de que en el análisis de la Sección Tercera primaran otros considerandos contrarios a la pretensión de la entidad demandada, no indica que el petente haya hecho uso indebido de la acción judicial, como quiera que de ella no se predicó temeridad o mala fe, límites eso sí que harían ilegal la orden cuestionada en el *sub lite*. Se aprecia en el texto de las providencias mediante las cuales no se accedió a la recusación, un extenso análisis que llevó a la Sala a concluir que no le asistía razón al recusador, descartándose así la causal manifiesta de temeridad.

A la entidad le asistía todo el derecho para pretender que los juicios en los que actuaba como demandada, fueran imparciales, por lo que sí se vio amenazada, con razón o sin ella, por las declaraciones de uno de los Consejeros integrantes de la Sala que resolvía la litis, podía ejercer los mecanismos de defensa previstos por la ley. Y ese derecho que tienen todas las personas a tener un juicio imparcial, no puede entenderse contrario al buen servicio; todo lo contrario, el hecho de

que la entidad, en aras a la salvaguarda de sus intereses, los hubiera ejercido, corrobora que su actuación propendía a fines de interés público.

Predicar entonces que existió un fin desviado en la actuación de la institución, es un desacierto, desde el punto de vista de la filosofía que inspira el buen servicio, pues no se puede llegar al absurdo de considerar que cuando las actuaciones administrativas son celosas en salvaguardar el interés general estén obrando en contra de los fines que se les ha encomendado. No hay que olvidar que en el *sub judice* era la entidad demandada la citada a juicio de responsabilidad; era la llamada a defenderse, máximo si veía en una determinada actuación comprometido el derecho a un juicio imparcial. Pretender que asumiera otra conducta, sería cercenarle de plano un derecho conferido por la misma ley.

Ahora bien, se plantea en el libelo que los apoderados judiciales tienen el deber de obrar con lealtad y dignidad en el ejercicio de su profesión y ello es cierto. Por esta razón no puede afirmarse que los abogados que estaban apoderando los negocios del Ministerio de Defensa, estaban obligados a presentar las recusaciones que ordenaba su mandante si consideraban que ellas no procedían; pero también es cierto que el mandante, tenía todo el derecho a sustituir los poderes, si estimaba que los mandatarios no estaban obrando conforme a sus intereses. Por manera que en el caso *sub judice*, es entendible la actitud del accionante al no presentar la recusación por considerarla improcedente, pero también entendible la del mandante de sustituir el mandato que le había conferido al actor, pues la actitud de no acatar su encargo, denotaba que su mandatario no interpretaba fielmente su voluntad.

Y por participar el accionante de su doble condición de mandatario judicial y empleado de la institución sin prerrogativa alguna de estabilidad en el empleo, el retiro del poder y la necesidad de los servicios de otro abogado podía pesar en la decisión de su desvinculación sin que a ello pudiera válidamente oponerse el actor, pues la libre remoción es condición que conocen los funcionarios al posesionarse en un cargo público, en donde se acepta una situación preestablecida en la cual el nominador puede declarar insubsistente su nombramiento en cualquier momento en aras del buen servicio.

En este orden de ideas, como no se probó que el fin que animó a la entidad demandada fuera contrario al buen servicio, ha de revocarse el fallo del *a quo* y en su lugar, denegarse las súplicas de la demanda.

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

**FALLA:**

**REVOCASE** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, de agosto veintiocho (28) de mil novecientos noventa y dos (1992).

En su lugar **NIEGANSE** las pretensiones de la demanda en el proceso incoado por el señor *Leopoldo Alberto Rincón Garzón.*

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del veintiséis (26) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

*Carlos Arturo Orjuela Góngora* (salva voto); *Joaquín Barreto Ruiz; Clara Forero de Castro; Alvaro Lecompte Luna; Dolly Pedraza de Arenas; Diego Younes Moreno* (ausente).

*Myriam C. Viracachá Sandoval,* Secretaria (E.).

**ACTO ADMINISTRATIVO - Presunción de legalidad / PRESUNCION *IURIS TANTUM* - Acto administrativo / DESVIACION DE PODER - Configuración**

**Una de las características del acto administrativo es su presunción de legalidad, en virtud de la cual se parte del supuesto que la actividad administrativa se desarrolla conforme a derecho. "Legalidad" es sinónimo de perfección del acto, de presunción *iuris tantum,* o sea, que se inspira en motivos de conveniencia pública. Sin embargo, si llega a demostrarse en sede jurisdiccional que el acto administrativo rebasó esas limitaciones, dentro del contexto del "control de legalidad" será declarado nulo, y si hay lugar a ello, se restablecerá el derecho conculcado. En cuanto a la desviación de poder, causal de nulidad que se predica en la demanda, ha de explicarse, que se incurre en este vicio cuando una decisión ha sido adoptada por una causa diferente a la que justifica la facultad discrecional.**

**INSUBSISTENCIA - Improcedencia / ABOGADO - Etica profesional / ORDEN JERARQUIA ADMINISTRATIVA - Motivos de incumplimiento**

**Si bien es cierto que es un deber de los empleados públicos obedecer y acatar la orden impartida dentro de unos límites éticos y jurídicos que se ajustarán al contenido ético de su profesión de Abogado, pues el Decreto-ley 196 de 1971 señala las faltas contra la lealtad debida a la Administración de Justicia y las sanciones para quien incurra en esa clase de conductas (censura, suspensión o exclusión del ejercicio profesional, según el caso). Las órdenes dadas en cumplimiento de la actividad administrativa no están sujetas a deliberación, pero eso no excluye que deban tener los ingredientes necesarios para su plena validez, en lo que hace su moralidad y legalidad. Las Fuerzas Militares, debido a su estructura eminentemente jerárquica no son deliberantes, pero el personal civil del Ministerio de Defensa, en casos como éste, a mi juicio puede abstenerse con razones o fundamentos válidos de**

**cumplir lo ordenado, porque el único personal que está obligado a acatar órdenes sin cuestionarlas es, en principio, el de militares en servicio activo. Para mí es claro que la desviación de poder aquí aducida tiene un pleno respaldo probatorio que debería producir en el fallador el pleno convencimiento y la certeza incontrovertible de que los motivos que tuvo la Administración para expedir el acto impugnado no son de los que la ley señala como razonables; por tanto, es preciso concluir que el acto mediante el cual se declaró la insubsistencia del actor, deviene nulo.**

## SALVAMENTO DE VOTO

Santa Fe de Bogotá, D. C., noviembre veintiuno (21) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Con el respeto acostumbrado por las decisiones mayoritarias de la Sala, me permito sintetizar las razones por las cuales me separé de lo decidido en este asunto, que corresponden en su esencia a los planteamientos de la ponencia que me fue negada, a saber:

Como se observa en el libelo de demanda (fls. 76-94), la parte actora solicitó la nulidad del Decreto número 0360 de febrero 20 de 1987, proferido por el señor Presidente de la República y el Ministro de Defensa Nacional que declaró insubsistente el nombramiento del actor como Jefe de Sección Código 2075-05.

Se sostiene en la demanda que el acto de remoción tuvo como único móvil la negativa del actor a recusar al Consejero doctor Jorge Valencia Arango, por lo que no puede entenderse que fue el buen servicio público la razón que lo inspiró y por ende, es falso el motivo.

Una de las características del acto administrativo es su presunción de legalidad, en virtud de la cual se parte del supuesto que la actividad administrativa se desarrolla conforme a derecho. "Legalidad" es sinónimo de perfección del acto, de presunción **iuris tantum,** o sea, que se inspira en motivos de conveniencia pública.

Sin embargo, si llega a demostrarse en sede jurisdiccional que el acto administrativo rebasó esas limitaciones, dentro del contexto del "control de legalidad" será declarado nulo, y si hay lugar a ello, se restablecerá el derecho conculcado.

En cuanto a la desviación de poder, causal de nulidad que se predica en la demanda, ha de explicarse, que se incurre en este vicio cuando una decisión ha sido adoptada por una causa diferente a la que justifica la facultad discrecional.

De autos se tiene que a folios 69 y siguientes se aportó la Resolución número 133 de 13 de enero de 1987 por la cual se produjo una incorporación de personal del Despacho del Ministro y la Secretaria General. En la Sección de Negocios Judiciales 5 se ubicó el actor como Jefe de Sección. Sin embargo, la vinculación inicial del demandante data del 6 de octubre de 1972 en el cargo de abogado, CAT-22 (fl. 33 hoja de vida). Cuando se expidió el decreto de insubsistencia el cargo desempeñado por el demandante estaba sujeto al régimen de libre nombramiento y remoción, pues no se encontraba inscrito en carrera, ni tenía período fijo o gozaba de estabilidad.

En el *sub examine* se plantea como único móvil de la insubsistencia el haberse negado el actor a recusar al Consejero de Estado, doctor Jorge Valencia Arango.

Con el fin de demostrar los hechos narrados en la demanda se recepcionaron las declaraciones de Martha Ligia Vásquez (fl. 155), Alberto Maldonado Bernal (fl. 157), Manuel Augusto Bernal (fl. 161), Yolanda Roa de Grillo (fl. 164), José Manuel Castro (fl. 169), Luis Alfonso López (fl. 172), Martha Cecilia González (fl. 233), Pedro Alfonso Escobar (fl. 237) y Ernesto Peña Quiñones (fl. 241).

Martha Ligia Vásquez (fl. 155) afirmó que los abogados que no recusaron al doctor Jorge Valencia Arango por una declaración en televisión serían destituidos o declarados insubsistente por órdenes superiores, y efectivamente el 23 de febrero fue declarado insubsistente el doctor Leopoldo Rincón. Dijo además, que "al día siguiente el Jefe de la Oficina Jurídica efectuó una reunión con todo el personal en la cual manifestó que era importante que todos supiéramos la situación de la insubsistencia del doctor Rincón para evitar los comentarios y los malos entendidos así fue como el Coronel informó a toda la oficina que por orden del Ministro y del Secretario General se había decretado la insubsistencia por la negativa del abogado de cumplir la orden de recusación al doctor Valencia. También comentó en esta misma reunión el Jefe de la Oficina Jurídica de que todos los abogados que laborábamos allí incluido él mismo éramos Asesores del Ministro y que como tales debíamos de cumplir las órdenes que él impartiera...".

A su vez, Alberto Maldonado (fl. 157) sostuvo que la insubsistencia del actor se produjo por negarse a presentar recusación contra el Consejero Valencia Arango; que el Coronel López convocó una reunión con el fin de evitar especulaciones, según su propio dicho, sobre la salida del doctor Rincón como funcionario del Ministerio, y que tanto el señor Ministro como el Secretario General habían tomado la decisión de declarar la insubsistencia del nombramiento porque se había negado a presentar recusación contra el Consejero de Estado.

A folio 161 aparece la declaración de Manuel Augusto Bernal, que dijo: "Me enteré de la desvinculación del doctor Leopoldo Rincón por comentario que él me

hizo el día que fue declarado insubsistente y además comentado que esto se debía a que él se había negado como Abogado a recusar un Magistrado del Consejo de Estado, al día siguiente nos reunieron en la Oficina del Coronel Luis Alfonso López Ruiz, Jefe de la Oficina Jurídica, creo que a todos los funcionarios de la Oficina Jurídica, para informarnos que se había decidido declarar insubsistente al doctor Leopoldo Rincón por no actuar de acuerdo a unas instrucciones que se habían recibido en el sentido de presentar una recusación contra el Magistrado Jorge Valencia Arango".

La doctora Dora Yolanda Roa de Grillo (fls. 164-168), cuenta que el Coronel López le dijo: "Doctora como usted sabe se ordenó por el alto mando que re recusara al Consejero Valencia Arango por sus declaraciones dadas en el programa 'Al Banquillo con Margarita' que se consideraban lesivas para la institución y el honor militar, como ninguno de los Abogados quiso en principio recusar, el Secretario General me ordenó que le dijera al doctor Leopoldo Rincón que se ordenaba recusar al Consejero Jorge Valencia Arango y que si no lo hacía sería declarado insubsistente".

Sobre los móviles de la desvinculación del actor afirmó: "Al día siguiente a las ocho de la mañana el Coronel López ordenó que todo el personal de la Oficina Jurídica se dirigiera a la Jefatura para una reunión. Ya estando allí nos leyó el decreto por el cual se declaraba insubsistente al doctor Leopoldo Rincón Garzón y nos dijo que para evitar especulaciones nos informaba que la razón por la cual se declaraba insubsistente al doctor Rincón era la de no haber obedecido la orden de recusar al Consejero doctor Jorge Valencia Arango... Una semana después yo fui declarada insubsistente...".

A su vez, José Manuel Castro (fl. 169) dice conocer al actor por haber trabajado en el Ministerio de Defensa. Recuerda que para el año 1986 se dio la orden por los altos mandos militares de recusar al Consejero Valencia Arango por unas declaraciones públicas; el doctor Leopoldo Rincón recibió la orden, pero manifestó que no creía del caso presentar esa recusación, incumpliendo la disposición de sus superiores. Ante este proceder el Ministerio de Defensa tomó la determinación, haciendo uso de la facultad de nombramiento y remoción, de declararlo insubsistente con miras al mejoramiento del servicio".

En igual sentido declaró Luis Alfonso López Ruiz (fl. 172), Jefe de la Oficina Jurídica de la demandada, quien narra que ésta se vio en la obligación de recusar al doctor Jorge Valencia Arango por las graves acusaciones de que era víctima la institución armada, y en especial por sus manifestaciones en el programa "al Banquillo con Margarita". Al doctor Rincón se le impartieron las órdenes pertinentes para que realizara una reunión con los Abogados de la Sección a su cargo, él manifestó

que en su criterio no procedía la recusación y que por ningún motivo acataba la decisión del Jefe del Ministerio de Defensa, lo que implica un desobedecimiento a la autoridad legítima, una negativa total a cumplir con el deber. Sobre la declaratoria de insubsistencia dijo que ésta obedeció al uso que hizo la autoridad nominadora de la facultad discrecional que le otorga el Decreto 2247 de 1984, sobre libertad para producir los nombramientos y remociones del personal que labora en el Ministerio de Defensa Nacional.

Tanto Martha Cecilia González (fl. 233) como Pedro Alfonso Escobar (fl. 237) narraron todos los pormenores relacionados con la desvinculación del actor.

Por último, Néstor Peña Q. (fl. 241 ), explicó en su declaración lo relacionado con la recusación del Consejero doctor Jorge Valencia Arango.

Con el fin de probar las razones que tuvo el doctor Rincón para no recusar al doctor Jorge Valencia Arango (fl. 60), se incorporó el concepto al que llegaron tanto él como los demás abogados de su oficina.

Ahora bien, en el el caso que se analiza, de las pruebas arriba enunciadas se llega a la conclusión de que el Ministro de Defensa resolvió hacer uso de su facultad de libre nombramiento y remoción, sin motivar explícitamente su acto (fl. 3). Así mismo, que la remoción tuvo como antecedente el hecho de negarse el actor a recusar al Consejero de Estado por las declaraciones hechas en un programa televisivo.

La no recusación al doctor Valencia Arango vino a convertirse entonces en un simple pretexto para la desvinculación del demandante, pretexto que no ameritaba tal medida, si se tiene en cuenta la conducta y eficiencia del actor en el desempeño de su cargo.

Como en este evento se dijo por la parte demandada, que el actor desacató una orden impartida, como era la de recusar al Consejero de Estado, es menester resaltar que si bien es cierto que es un deber de los empleados públicos obedecer y respetar a los superiores jerárquicos, también lo es que el actor debía acatar la orden impartida dentro de unos límites éticos y jurídicos que se ajustaran al contenido ético de su profesión de Abogado, pues el Decreto-ley 196 de 1971 señala las faltas contra la lealtad debida a la Administración de Justicia y las sanciones para quien incurra en esa clase de conductas (censura, suspensión o exclusión del ejercicio profesional, según el caso).

En ese orden de ideas, el demandante podía evaluar la orden impartida con el fin de determinar si la causal de recusación estaba taxativamente incluida en nuestro ordenamiento jurídico para poderla proponer, en razón de que el Estatuto del Abogado (Decreto-ley 196 de 1971), ya mencionado, fija unos parámetros

generales de ética y comportamiento profesional que podían ser violados al proponer una recusación carente de fundamento o no prevista en la ley; además de que la subordinación técnica o jurídica no excluye el cumplimiento de las normas que rigen cada profesión.

Las órdenes dadas en cumplimiento de la actividad administrativa no están sujetas a deliberación, pero eso no excluye que deban tener los ingredientes necesarios para su plena validez, en lo que hace con su moralidad y legalidad.

Las Fuerzas Militares, debido a su estructura eminentemente jerárquica no son deliberantes, pero el personal civil del Ministerio de Defensa, en casos como éste, a mi juicio puede abstenerse con razones o fundamentos válidos de cumplir lo ordenado, porque el único personal que está obligado a acatar órdenes sin cuestionarlas es, en principio, el de militares en servicio activo.

La imperatividad de la orden de recusar, aunque se observara dentro de la óptica de que provenía del superior jerárquico, se encontraba viciada por entrañar la comisión de una conducta de deslealtad procesal, de violación de ética profesional, factores que excluían su licitud y obligatoriedad, pues, por lo demás convierte la actividad administrativa soportada en su presunta desobediencia, en contraria a la competencia del nominador.

Para mí es claro que la desviación de poder aquí aducida tiene un pleno respaldo probatorio que debería producir en el fallador el pleno convencimiento y la certeza incontrovertible de que los motivos que tuvo la Administración para expedir el acto impugnado no son de los que la ley señala como razonables; por tanto, es preciso concluir que el acto mediante el cual se declaró la insubsistencia del actor, deviene nulo.

Y en cuanto a los ajustes de valor invocados en la demanda, considero pertinentes las siguientes reflexiones:

1. Como lo ha sostenido esta Sección en varias providencias, es claro que dentro del esquema económico actual la llamada **"indexación"** constituye un hecho notorio, pues el fenómeno inflacionario que agobia a los países subdesarrollados o en vía de desarrollo castiga severamente la capacidad de compra de la moneda.

2. En tratándose de condenas que impliquen sumas fijas, no cabe duda de que es menester aplicarles la corrección monetaria a que haya lugar, esto es, indexarlas.

3. Se ha considerado discutible la procedencia de esta figura cuando se trata de prestaciones periódicas que eventualmente pueden gozar de un sistema de reajuste por disposición legal.

4. Son cuestiones distintas la actualización de los salarios y prestaciones sociales, de un lado; y del otro, la recuperación del poder adquisitivo de esas mismas partidas. En efecto, los reajustes corresponden a la necesidad de **"actualizar"** los salarios y prestaciones sociales, que está vinculada con el estatus social y económico del trabajador, por manera que lo que se busca con ellos es mantenerles su nivel de vida, o sea, conservarle su posición o ubicación en el núcleo al cual pertenece. En cambio, la aplicación de la indexación o corrección monetaria a lo que tiende es a recuperarle la capacidad adquisitiva a una moneda que no se entregó, pagó o reconoció oportunamente.

5. Ciertamente, la costumbre o necesidad de reajustar los salarios y prestaciones sociales lo que persigue es darle al trabajador la posibilidad de atender ordinariamente su presupuesto de gastos, es decir, sus obligaciones habituales. Pero esas mismas sumas, si no se pagan en las fechas o períodos convenidos sufren un deterioro y se afectan en lo que hace con su poder de compra, sin que el hecho de que al año siguiente sobrevenga un nuevo reajuste produzca el efecto de recuperar ese desmedro. Por ello, es indispensable que lo que no se canceló oportunamente se adicione o incremente con esa corrección monetaria o indexación.

6. En una palabra, es incuestionable que todo perjuicio debe ser resarcido íntegramente. Y ese resultado no se cumple si después de un lapso de tiempo se entrega una suma nominalmente igual a la que se dejó de cubrir, pero que ya no permite adquirir los mismos bienes.

7. En conclusión, reajuste e indexación son fenómenos diferentes, puesto que lo primero conduce a que **"mantenga"** el nivel económico social de trabajador y su núcleo familiar, mientras que lo segundo consigue que el dinero "recupere" su capacidad de compra o poder adquisitivo. De suyo, los reajustes salariales y prestacionales le permiten al trabajador absorber los otros reajustes que se generan en los artículos de primera necesidad; en cambio, la indexación lo que busca que tenga acceso a los mismos bienes o productos que le eran dables en la época en que debió recibir el pago correspondiente. O sea, que si por ejemplo al trabajador le quedaron debiendo $1.000.00 en 1980, la circunstancia de que su salario haya sido reajustado año por año y de que hoy equivalga a $200.000.00 no elimina el hecho contundente de que si hoy se le pagan los mismos $1.000.00 no puede comprar con esa suma ningún producto de los que en 1980 tenían ese precio.

Así las cosas, es de una claridad mediana, que el monto de los salarios y prestaciones que se le reconocen al trabajador que obtiene judicialmente su reintegro, deben ser indexados, sin perjuicio de que tengan, como es apenas lógico, los reajustes que la asignación mensual del empleo ha recibido en ese mismo lapso.

Es conveniente, de todos modos, señalar que en providencias adoptadas con posterioridad a la negativa de la ponencia presentada en este proceso, la Sala recogió su jurisprudencia anterior sobre esta materia y sentó otra que coincide integralmente con lo expuesto en estas líneas sobre el particular.

En estos términos dejo explicada mi inconformidad con lo resuelto por mayoría.

Con toda atención,

*Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

**SUMAS FIJAS DE DINERO - Ajuste de valor**

**En armonía que la concepción del Estado Social de derecho que a nuestra República le imprimió la Constitución de 1991, dentro de cuyos fines está el respeto a la dignidad humana y al trabajo dentro de la vigencia de un orden justo, para lo cual le asignó a las autoridades la función de asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, la Corporación ha venido discurriendo acerca de la procedencia de decretar el ajuste de valor o indexación de las condenas que profiere esta jurisdicción, y dentro de tal dinámica así lo ha dispuesto cuando se trata de sumas fijas, llegando incluso a decretar oficiosamente su ajuste.**

**SENTENCIA LABORAL CONDENATORIA POR RETIRO ILEGAL - Pago de salarios / DEVALUACION MONETARIA - Hecho notorio / AJUSTE DE VALOR - Sentencia de condena / INDEXACION - Sentencia de condena / HECHO NOTORIO - Devaluación monetaria**

**La sentencia de condena se refiere al pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir como consecuencia de la desvinculación ilegal del empleado, la Sala considera oportuno hacer las siguientes reflexiones: Cuando la administración se abstiene injustificadamente de pagar oportunamente lo que adeuda, tales valores son afectados por la devaluación, y quienes los reciben tardíamente, ven menguada su capacidad de compra de bienes y servicios y, por ende, empobrecido su patrimonio. El ajuste de valor o indexación de las condenas proferidas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a diferencia de lo que acontece por ejemplo dentro de la jurisdicción laboral ordinaria que carece de una norma legal que faculte expresamente al juez para decretarlo, sí tiene una norma jurídica que le da sustento legal a una**

**decisión de esta naturaleza, cual es el artículo 178 del Código de la materia, que autoriza al juez administrativo para decretar tal ajuste, tomando como base el "índice de precios al comsumidor, o al por mayor". De manera, que esta norma despeja cualquier duda que pudiera surgirle al juez administrativo en relación con la fuente legal que le sirva de sustento a una decisión de esta naturaleza. El ajuste de valor autorizado por la ley, obedece al reconocimiento del hecho notorio de la constante y permanente devaluación de la moneda en nuestro país, que tratándose de servidores del Estado, fustiga y disminuye en forma continua el poder adquisitivo de sus ingresos. Por lo anterior disponer, en casos como el presente la indexación, no es sólo una decisión ajustada a la ley, sino un acto de elemental equidad, cuya aplicación por parte del juez tiene soporte al más alto nivel de nuestro ordenamiento jurídico, como lo consagra expresamente la Carta en su artículo 230, en armonía con aquellos preceptos de la Constitución que, como atrás se dijo, le asignan a las autoridades la función de asegurar el cumplimiento de los fines sociales del Estado, el respeto a la dignidad humana y al trabajo, dentro de la vigencia de un orden justo. No disponer dicho ajuste cuando por el efecto de la devaluación la suma que se ordena pagar en términos reales se viene a recibir disminuida por parte de quien ha logrado demostrar dentro del proceso no sólo la equivocación de la administración al haberle negado su derecho, sino la ilegalidad de su decisión, no sólo sería un agravio a la integridad patrimonial de quien ha resultado triunfante en el ejercicio de la acción judicial, sino un enriquecimiento sin causa de quien con su negativa en reconocer oportunamente sus obligaciones, resulta haciendo a la postre una erogación menor a la que debía efectuar si hubiere cancelado en tiempo su obligación. De esta forma se estaría premiando la decisión ilegal de la administración.**

**REINTEGRO AL SERVICIO - Improcedencia / EDAD DE RETIRO FORZOSO - Improcedencia de reintegro al cargo**

**Se modificará el fallo en cuanto ordenó el reintegro al servicio, habida consideración que según se establece con base en la partida de bautismo, el demandante cumplió la edad de retiro forzoso señalada por la ley en 65 años, el año pasado, razón por la cual dicho reintegro no puede ordenarse en este momento.**

**CARRERA DOCENTE - Definición**

**La carrera docente definida en el Decreto No. 2277 de 1979, es un régimen legal que ampara el ejercicio de la profesión docente, en el sector oficial garantiza la estabilidad de dichos educadores en el empleo, reglamenta su capacitación y regula condiciones de insripción, ascenso y permanencia dentro del escalafón.**

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D.C., noviembre quince (15) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Doctor *Joaquín Barreto Ruiz.*

Radicación número 7760.

Referencia: Autoridades Nacionales.

Actor: Guillermo de Jesús Calle Guerra.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 31 de julio de 1992, mediante la cual se accedió a las peticiones de la demanda.

## ANTECEDENTES

El señor Guillermo de Jesús Calle Guerra, mediante apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandó del citado Tribunal la nulidad del Decreto número 0849 del 6 de marzo de 1989, proferido por el Gobernador de Antioquia que en uso de sus facultades legales como Presidente de la Junta Administradora del F.E.R., declaró insubsistente el nombramiento del demandante como Rector del Idem Ricardo Bravo del municipio de Medellín, distrito educativo 02, núcleo 0203.

A título de restablecimiento del derecho solicitó el reintegro a dicho cargo o a otro de igual o superior categoría y que la Nación - Ministerio de Educación Nacional - cancele las indemnizaciones correspondientes.

Narra como hechos fundamentales de su demanda los que se resumen a continuación:

1. El actor es un profesional de la docencia, vinculado a la educación desde muchos años atrás e inscrito en el escalafón nacional en categoría décima, mediante la Resolución número 436 del 4 de septiembre de 1983, escalafón vigente al momento del retiro del servicio público.

2. Encontrándose desempeñando el cargo de Rector del Idem Ricardo Rendón Bravo, de la ciudad de Medellín, le fue notificado el decreto acusado que declaró insubsistente su nombramiento desvinculándolo así del servicio oficial.

3. La desvinculación fue por decisión unilateral de la administración, sin que en su contra se hubiere adelantado proceso disciplinario alguno violando el derecho de defensa.

4. El acto acusado está viciado de nulidad puesto que atenta contra los derechos que en beneficio de los docentes tiene establecido el Decreto número 2277 de 1979, referidos a estabilidad en el servicio oficial y su permanencia en el mismo.

Señaló como violados los artículos 16, 17, 26, y 30 de la Constitución; artículos 26, 28, 31, 36, 55, 59 y 68 del Decreto 2277 de 1979 y los Decretos 2480 de 1986 y 2372 de 1981 que consagra el debido proceso disciplinario. Expresa el concepto de la violación tal como obra a folios 8 a 11 del expediente.

## LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal accedió a las peticiones de la demanda, con base en las siguientes consideraciones:

1. El problema debatido radica básicamente en el indebido uso de la facultad discrecional de libre remoción utilizada por el Gobernador de Antioquia al declarar insubsistente al demandante quien gozaba de un fuero especial por estar inscrito en el escalafón docente, grado 10 y desempeñaba el cargo de Rector en el Idem Ricardo Rendón Bravo de Medellín.

2. Considera que los docentes incorporados a la carrera de su profesión, no pueden ser separados del servicio discrecionalmente, a través de la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento por existir estabilidad en el empleo tal como se desprende del Decreto-ley 2277 de 1979 "estatuto docente" artículo 31, 32, 34 y 36. Argumenta que de conformidad con el artículo 28 *ibidem*, el educador escalafonado al servicio oficial no podrá ser suspendido o destituido del cargo, sin antes haber sido suspendido o excluido del escalafón, sino por ineficiencia profesional o mala conducta comprobadas, en los términos, establecidos en el capítulo V del decreto.

3. La razón de ser de un sistema de carrera es la estabilidad en el empleo. Por este motivo se consagran taxativamente las causales de retiro del servicio, entre los cuales el Decreto-ley número 2277 de 1979 sólo consagra la insubsistencia para el personal sin escalafón o los nombramientos ilegales. Por consiguiente al tratarse de un empleado escalafonado que ejercía un cargo directivo de carácter

docente, no podía ser desvinculado del servicio discrecionalmente, a través de la declaratoria de insubsistencia.

Como se hizo comparecer al proceso a otros funcionarios de la administración departamental en calidad de demandados para que respondan por los perjuicios causados al actor, por haber suscrito el acto administrativo enjuiciado, después de un cuidadoso estudio concluye el Tribunal que no es procedente atribuirles responsabilidad alguna frente a los hechos debatidos por no existir prueba que con su actuación se quiso perjudicar al demandante, ni existió culpa grave en la expedición del acto acusado.

## EL RECURSO DE APELACION

Al sustentar el recurso, la apoderada del Ministerio de Educación sostiene que los empleados oficiales una vez adquieren el derecho a la pensión de jubilación tienen que retirarse del servicio.

El actor en el momento de su desvinculación se encontraba gozando de doble jubilación; por consiguiente el Presidente de la Junta Administradora del F.E.R., podía prescindir de sus servicios , ya que al tenor del artículo 5° del Decreto 224 de 1972, la compatibilidad entre empleo y pensión de jubilación sólo se da para el goce de una pensión y no dos como aconteció en el caso en estudio.

Por consiguiente, el actor al devengar estas asignaciones y ejercer el empleo transgredió los preceptos consagrados en los artículos 64 de la Constitución anterior y 128 de la actual. Además la desvinculación del actor se basó en la sentencia del Consejo de Estado de fecha julio 7 de 1988, expediente número 1254, Consejera Ponente: doctora Clara Forero de Castro, en la que consignó que las garantías del escalafonamiento en una carrera sólo tienen efectividad hasta cuando el escalafonado obtiene el derecho a la pensión de jubilación.

Agotado el trámite procesal y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes:

## CONSIDERACIONES

1. La carrera docente definida en el Decreto número 2277 de 1979, es un régimen legal que ampara el ejercicio de la profesión docente, en el sector oficial, garantiza la estabilidad de dichos educadores en el empleo, reglamenta su capacitación y regula las condiciones de inscripción, ascenso y permanencia dentro del escalafón.

2. Está demostrado que el demandante estaba clasificado en el grado 10 del escalafón nacional, según Resolución número 436 del 4 de septiembre de 1983, expedida por la Junta Nacional del Escalafón (folio 2) y que en tal condición

desempeñaba la Rectoría de un plantel de enseñanza básica secundaria o media, es decir, tenía el carácter de docente de acuerdo con el artículo 32 del citado estatuto.

3. Su carácter de docente inscrito en el escalafón nacional implicaba las garantías propias de la carrera y le daban el derecho a permanecer en el servicio mientras no hubiera sido excluido del escalafón o no alcanzara la edad de sesenta y cinco años (65) para su retiro forzoso (art. 31 Decreto 2277 de 1979).

4. No obra prueba en el proceso de que el actor hubiera sido excluido del escalafón antes de decretarse su retiro del servicio; y respecto a su edad aparece acreditado mediante la partida de bautismo que obra a folio 63 del expediente, que el actor nació el 20 de agosto de 1929, luego cuando se expidió el decreto demandado no había cumplido los 65 años señalados en la ley como edad de retiro forzoso. Por consiguiente gozaba de la garantía de permanencia en el empleo y sólo podía ser desvinculado del servicio docente, por las causales y mediante el procedimiento señalado en la ley, y en ningún caso haciendo uso de la facultad discrecional de remoción mediante la declaración de insubsistencia, como lo hizo el gobernador al expedir el acto acusado.

5. La parte demandada como apelante, se limita a argumentar la incompatibilidad entre el disfrute de una doble pensión de jubilación y el ejercicio de la docencia y afirma que ello motivó el acto acusado. Sin embargo en ningún documento aparece demostrado que ésta hubiera sido la causa de la insubsistencia, y menos aún en el texto del acto administrativo demandado, en el que debió expresarse tal motivo, si en realidad ese hecho era la causa de la decisión adoptada. En tales circunstancias, la Sala se abstendrá de analizar si la percepción de la doble pensión proveniente del tesoro público es incompatible con el desempeño de un cargo docente como el que ocupaba el demandante.

Por las razones anteriores, acertó el Tribunal al decretar la nulidad del acto demandado, por lo cual se confirmará en este aspecto la decisión por él adoptada. Sin embargo se modificará el fallo en cuanto ordenó el reintegro al servicio, habida consideración que según se establece con base en la partida de bautismo que obra a folio 63 del expediente, el demandante cumplió la edad de retiro forzoso señalada por la ley en 65 años, el año pasado, razón por la cual dicho reintegro no puede ordenarse en este momento. En consecuencia se dispondrá el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir hasta tal fecha, considerñandose para todos los efectos legales como laborado el período comprendido ente la fecha de retiro y el 19 de agosto de 1994.

6. De otra parte la Sala considera pertinente anotar, que en armonía con la concepción del Estado social de derecho que a nuestra República le imprimió la

Constitución de 1991, dentro de cuyos fines está el respeto a la dignidad humana y al trabajo dentro de la vigencia de un orden justo, para lo cual le asignó a las autoridades la función de asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, la Corporación ha venido discurriendo acerca de la procedencia de decretar el **ajuste de valor o indexación** de las condenas que profiere esta jurisdicción, y dentro de tal dinámica así lo ha dispuesto cuando se trata de sumas fijas, llegando incluso a decretar oficiosamente su ajuste (ver las sentencias proferidas el 3 de marzo y el 18 de agosto de 1995 dentro de los procesos 5926 y 7363 instaurados por Carmen Alina Piedrahíta de Ucrós y Mariela Medina Tovar, con ponencia del Consejero Joaquín Barreto Ruiz, y las de julio 13 y julio 27 del presente año correspondientes a los procesos 6301 y 8827 con ponencia de los señores Consejeros doctores Diego Younes Moreno y Dolly Pedraza de Arenas, respectivamente).

Ahora bien, respecto a casos como el presente en el que la sentencia de condena se refiere al pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir como consecuencia de la desvinculación ilegal del empleado, la Sala considera oportuno hacer las siguientes reflexiones:

Cuando la administración se abstiene injustificadamente de pagar oportunamente lo que adeuda, tales valores son afectados por la devaluación, y quienes los reciben tardíamente, ven menguada su capacidad de compra de bienes y servicios y, por ende, empobrecido su patrimonio.

El **ajuste de valor o indexación** de las condenas proferidas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a diferencias de lo que acontece por ejemplo dentro de la jurisdicción laboral ordinaria que carece de una norma legal que faculte expresamente al juez para decretarlo, sí tiene una norma jurídica que le da sustento legal a una decisión de esta naturaleza, cual es el artículo 178 del Código de la materia, que autoriza al juez administrativo para decretar tal ajuste, tomando como base el "**índice de precios al consumidor, o al por mayor**". De manera, que esta norma despeja cualquier duda que pudiera surgirle al juez administrativo en relación con la fuente legal que le sirva de sustento a una decisión de esta naturaleza.

El ajuste de valor autorizado por la ley, obedece al reconocimiento del **hecho notorio** de la constante y permanente devaluación de la moneda de nuestro país, que tratandose de servidores del Estado, fustiga y disminuye en forma continua el poder adquisitivo de sus ingresos.

Por lo anterior, disponer en casos como el presente la indexación, no es sólo una decisión ajustada a la ley, sino un acto de elemental equidad, cuya aplicación por parte del juez tiene soporte al más alto nivel de nuestro ordenamiento jurídico, como lo consagra expresamente la Carta en su artículo 230, en armonía con aquellos

preceptos de la Constitución que, como atrás se dijo, le asignan a las autoridades la función de asegurar el cumplimiento de los fines sociales del Estado, el respeto a la dignidad humana y al trabajo, dentro de la vigencia de un orden justo.

No disponer dicho ajuste cuando por el efecto de la devaluación la suma que se ordena pagar en términos reales se viene a recibir disminuida por parte de quien ha logrado demostrar dentro del proceso no solo la equivocación de la administración al haberle negado su derecho, sino la ilegalidad de su decisión, no sólo sería un agravio a la integridad patrimonial de quien ha resultado triunfante en el ejercicio de la acción judicial, sino un enriquecimiento sin causa de quien con su negativa en reconocer oportunamente sus obligaciones, resulta haciendo a la postre una erogación menor a la que debía efectuar si hubiere cancelado en tiempo su obligación. De esta forma se estaría premiando la decisión ilegal de la administración.

Al obligar a la parte condenada a pagar el **valor real de lo adeudado**, en verdad no se le está imponiendo una sanción por su conducta renuente, ni se le está haciendo más gravosa su situación u ocasionando un empobrecimiento, como tampoco un enriquecimiento a la parte gananciosa de la contención; se está obligando sí a la parte vencida, a pagar lo que en justicia debe y en su oportunidad se obstuvo de reconocer, asumiendo como consecuencia lógica de su conducta omisiva, los efectos que la devaluación ha producido en el poder adquisitivo del dinero adeudada y que en forma injustificada paga tardíamente.

La Sala considera que tratándose del pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir como consecuencia de una decisión ilegal de la administración, cual es el caso *sub judice*, es similar a aquél en el que lo adeudado es una prestación social que se reajusta periódicamente por mandato de la ley, pues los salarios y, consecuencialmente las prestaciones sociales que se causan durante el servicio, también se reajustan periódicamente por mandato legal; unos y otros tienen la misma fuente, el trabajo, que goza de la especial protección del Estado, ambos son afectados por la devaluación, los dos son objeto de declaración judicial y en los dos casos se ha demostrado judicialmente el proceder errado de la administración. En tales condiciones, no habría lugar a ordenar el ajuste en un caso, y abstenerse de hacerlo en el otro.

En consonancia con lo anterior, se habrá de adicionar la sentencia disponiendo el correspondiente ajuste de valor de las sumas que la Nación le adeuda al actor dentro del presente proceso.

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

## FALLA:

1. Revócase el numeral 3 de la sentencia proferida el 31 de julio de 1992 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en el proceso promovido por Guillermo Calle Guerra, contra la Nación - Ministerio de Educación Nacional..

2. Modifícase el numeral 4 en el sentido de que la Nación - Ministerio de Educación pagará al actor las sumas dejadas de percibir desde la fecha de su desvinculación hasta el 20 de agosto de 1994, fecha en que cumplió la edad de retiro forzoso, entendiéndose para todos los efectos legales que no hubo solución de continuidad en la prestación de servicios hasta tal fecha.

3. Confírmase en todo lo demás la aludida sentencia.

4. Adiciónase el fallo mencionado, en el sentido de que el valor adeudado será ajustado en los términos del artículo 178 del C.C.A., dando aplicación a la fórmula,

$$R=Rh$$

en la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de remuneración y prestaciones sociales desde la fecha de su desvinculación hasta el 20 de agosto de 1994, con inclusión de los reajustes salariales correspondientes a dicho período, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el Dane vigente en la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial.

Cópiese, notifíquese, publíquese en los Anales del Consejo de Estado y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 19 de octubre de 1995.

*Carlos A. Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas* (salva el voto); *Diego Younes Moreno.*

*Myriam C. Viracachá S.,* Secretaria (E.).

**DECRETOS DEPARTAMENTALES - Inexistencia de presunción de conocimiento / PRESUNCION DE CONOCIMIENTO DE NORMA LOCAL - Inexistencia / NORMA LOCAL - Prueba**

**Ha sido reiterada la jurisprudencia de esta corporación respecto a que la preceptiva del artículo 141 del Código Contencioso Administrativo es un caso excepcional en el que es necesario probarle al juez la existencia del derecho, ya que los actos o normas jurídicas de carácter regional, como son las contenidas en los decretos departamentales, escapan a la presunción de su conocimiento y por lo tanto su existencia debe demostrarse por quien tenga interés en fundar un derecho al invocarlos.**

**PERSONAL DOCENTE - Régimen Salarial / JURISDICCION ROGADA**

**Es sabido que la Ley 43 de 1975 que nacionalizó la educación primaria, secundaria y media vocacional oficial, tuvo como uno de sus fines la nnificación del régimen salarial y prestacional del magisterio oficial, para que no existiera distinción alguna de remuneración por la vinculación de los docentes a planteles del orden nacional, departamental, distrital, o municipal ni por la entidad que atendiera el pago de salarios. Fue así como en desarrollo de la citada Ley 43 de 1975 se expidió el Decreto 2277 de 1979 que dispuso en el artículo 3° que los educadores al servicio de las entidades oficiales de orden naional, departamental, distrital, intendencial, comisarial y municipal son empleados oficiales de régimen especial que una vez posesionados, quedan vinculados a la administración por las normas allí previstas; además, en dicho estatuto se estableció el escalafón organizado por grados que además de clasificar a los educadores de acuerdo con su preparación académica y experiencia docente, determina su asignación salarial. Tanto en el libelo como en el recurso de alzada la actora citó**

**el Decreto 111 de 1991, que en su sentir consideraba infringido, el cual regula su asignación por dicho año, pero nada alegó respecto de los otros períodos reclamados y sabido es que ésta es una jurisdicción rogada en donde le corresponde al actor invocar las normas que considere desconocidas con el acto demandado y explicar el concepto de violación de las mismas.**

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., noviembre veintisiete (27) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente: Doctora *Dolly Pedraza de Arenas.*

Radicación número 10442.

Referencia: Autoridades nacionales. Apelación Sentencia.

Actora: Libia María Torres Gutiérrez.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar el 1° de julio de 1994.

## ANTECEDENTES

1. La actora, *Libia María Torres Gutiérrez,* mediante apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, demandó la nulidad del acto administrativo ficto que suspendió el pago de las sumas que por concepto de primas semestrales, de antigüedad y el 40% sobre el sueldo vigente le reconocía el departamento del Cesar. A título de restablecimiento, solicitó que se condene a la Nación - Ministerio de Educación Nacional y al departamento del Cesar a pagarle dichas prestaciones por los años de 1991, 1992 y 1993, así como la diferencia que resulta en el pago de la prima de navidad por aplicación de la prima de servicio anual y prima mensual de antigüedad, como factores salariales. Solicita además que las anteriores condenas sean ajustadas de conformidad con lo dispuesto en los artículos 177 y 178 del C.C.A.

2. Alega la actora que los actos administrativos acusados fueron expedidos con violación de los Decretos números 00053 de 1976, 1042 de 1978, 386 de 1980, 000114 de 1983 y 111 de 1971; de las Leyes 5ª de 1978, 12 de 1989 y 4ª de 1992, del artículo 150 del Código Contencioso Administrativo y las preceptivas constitucionales contenidas en el preámbulo y en los artículos 1°, 2°, 4°, 6°, 13, 25, 53, 58, 67 inciso último, 83, 90, 91, 124, 228, 229 y 230.

Considera que con el acto acusado se desconocieron los derechos que había adquirido por las normas departamentales invocadas como infringidas, las cuales conservan a la fecha plena eficacia jurídica y que por lo tanto son de obligatorio cumplimiento para la administración.

3. Los demandados Nación - Ministerio de Educación Nacional y el departamento del Cesar se opusieron a las pretensiones de la demanda. El departamento del Cesar propuso como excepciones de fondo la inexistencia de la obligación y la falta de causa para pedir. Manifiesta que la administración departamental no expidió acto alguno que dispusiera la suspensión del pago de prestaciones, ya que sólo se acogió al mandamiento contenido en el artículo 2° inciso 2° de la Ley 12 de enero 11 de 1989 que establece que las prestaciones que se causen a partir del momento de la nacionalización serán atendidas por la Nación. Expresa que las normas invocadas por la actora fueron derogadas por la Ley 12 de 1989, que exonera al departamento del pago de las prestaciones del personal adscrito a establecimientos nacionalizados.

La Nación - Ministerio de Educación Nacional alega que por virtud de la Ley 12 de 1989 los docentes se convirtieron en personal de carácter nacional, sujeto al régimen salarial y prestacional establecido para dicha clase de funcionarios y por lo tanto las prestaciones extralegales de creación departamental o municipal que venían percibiendo tanto los supervisores como los demás directivos docentes, deben ser asumidas por las entidades que las crearon.

## DEL FALLO RECURRIDO

El *a quo* negó las pretensiones de la demanda. Precisó que por virtud de la Ley 12 de 1989 la Nación asumió el servicio público educativo que prestaba el departamento del Cesar en los niveles de educación básica primaria, secundaria y media vocacional, así como las cargas prestacionales desde la nacionalización del mismo y que en consecuencia quedó liberado de seguir cumpliendo con los compromisos salariales, porque el personal pasó a ser de carácter nacional y quedó sujeto al régimen salarial y prestacional establecido para dicha clase de empleados.

Expresa el Tribunal que tampoco la Nación está obligada a asumir las prestaciones reclamadas, ya que ni por la Constitución anterior ni por la vigente los gobernadores pueden crear prestaciones sociales, toda vez que es el Congreso de la República el competente para señalar el régimen de prestaciones sociales de los empleados oficiales. Manifiesta que fue inadvertido por la libelista el mandato del artículo 12 de la Ley 4ª de 1992 que establece que el régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales será fijado por el Gobierno Nacional y que en consecuencia no pueden las Corporaciones Públicas Territoriales arrogarse dicha facultad. Concluye el Tribunal que como la actora era una empleada del ramo

docente de carácter nacional, a partir de la vigencia de la Ley 12 de 1989, necesariamente debía estar sometida al régimen salarial y prestacional correspondiente a su categoría de empleo, razón por la cual no le asiste fundamento alguno para reclamar el pago de unas prestaciones que corresponden a empleados del orden departamental, amén de que dichas prestaciones son extralegales.

## SUSTENTACION DE LA APELACION

Alega la accionante que es desacertado el fallo del *a quo,* en su sentir, porque la preceptiva constitucional contenida en el artículo 150 invocada como sustento para negarle el derecho a las prestaciones reclamadas no rige para los empleados del orden departamental, ya que dicha norma se refiere a la administración nacional. Manifiesta que lo cierto es que el Gobernador del departamento, con base en facultades conferidas por la Asamblea Departamental, expidió los Decretos 00053 de 1976 y 0001114 de 1983 creando las prestaciones objeto de su demanda y por lo tanto no se trata de prestaciones extralegales, como dijo el Tribunal. Agrega la recurrente que dichos actos administrativos se encuentran vigentes, pues contra ellos no se ha adelantado acción alguna de nulidad y no han sido revocados por la administración, siendo por tanto de obligatorio cumplimiento para la administración. Sostiene que el Tribunal no se pronunció sobre el porcentaje del 40% de sueldo asignado a los supervisores de educación mediante el Decreto 111 de 1991, lo que lleva a concluir que razonó de la misma manera que sobre las normas departamentales, lo que en su parecer resulta absurdo, pues dicha norma fue expedida por el Ejecutivo en ejercicio de facultades extraordinarias. Concluye finalmente que no existe duda de que las prestaciones reclamadas hacen parte de su patrimonio, ya que se trata de derechos adquiridos; que las prestaciones fueron creadas por normas del orden departamental y por una norma del orden nacional, las que gozan de la presunción de legalidad y constitucionalidad, respectivamente y que resulta igualmente errónea la interpretación que da el sentenciador a lo dispuesto en los artículos 1° y 2° de la Ley 12 de 1989 cuando afirma que por virtud de tales disposiciones se exonera al departamento del Cesar de seguir cumpliendo con las prestaciones a su cargo, ya que de otra manera no se explica que el departamento hubiera cancelado las prestaciones durante el año de 1989 y la Nación lo hubiera hecho hasta el año de 1990, cuando la nacionalización se produjo en el año de 1989 con la expedición de la Ley 12.

## CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Cuarta Delegada ante esta Corporación solicita se confirme el fallo recurrido. Manifiesta que comparte los razonamientos del *a quo* para negar las súplicas de la demanda, porque es evidente que como consecuencia de la nacionalización de la educación, las prestaciones sociales del personal nacional

y nacionalizado que se causen a partir de la promulgación de la Ley 91 de 1989 son de cargo de la Nación y que en sentido similar la Ley 12 de 1989 señala que la educación primaria, secundaria y media vocacional que presta el departamento del Cesar y sus municipios será un servicio público a cargo de la Nación; que de tal suerte el departamento no está obligado a cumplir con los requerimientos de la actora.

Expresa además la señora Procuradora que las diferentes primas a que aspira la libelista, al igual que el 40% mensual sobre el sueldo vigente, se fundamentan en decretos de orden departamental, cuando de conformidad con el texto constitucional contenido en el numeral 9° del artículo 79 de la Carta anterior, vigente para la fecha en que aquellos se expidieron, era facultad exclusiva del Congreso de la República o del Presidente en uso de facultades extraordinarias, regular todo lo concerniente a la creación de prestaciones sociales de los empleados públicos y que por tal virtud, el Gobernador del departamento del Cesar no tenía atribuciones legales ni constitucionales para fijar las primas y emolumentos que la actora reclama.

Agotado el trámite procesal y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes,

## CONSIDERACIONES

No obstante la falta de claridad para precisar el acto que controvierte la actora en esta litis, la Sala interpretando con la mayor amplitud el libelo demandatorio, entiende que la petición formulada, como puede inferirse del hecho 10 de su demanda (fl. 24), se centra sobre el acto ficto que negó el pago de las prestaciones reclamadas, según petición presentada ante las entidades demandadas con el fin de agotar la vía gubernativa, que efectivamente ocurrió en el *sub lite,* ya que a la presentación de la demanda habían transcurrido tres meses desde la presentación de la solicitud que aparece a folio 22, sin que la administración se hubiera pronunciado sobre el particular.

Precisada así la demanda, la controversia gira alrededor del reconocimiento y pago de las primas de servicio y de antigüedad por los años de 1991, 1992 y 1993, a que según lo manifiesta la actora, tiene derecho por virtud de normas departamentales y del 40% sobre el salario vigente a la fecha de pago de conformidad con el Decreto-ley 380 de 1986. Sobre lo primero ha de decir la Sala, que no es posible decidir sobre las pretensiones que funda la actora en normas de carácter departamental, toda vez que la libelista no acompañó dichas normas a la demanda ni le solicitó al Magistrado Ponente, en su oportunidad procesal, que decretara el envío de las copias correspondientes, como lo establece el artículo 141 del Código Contencioso Administrativo.

Ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Corporación respecto a que la preceptiva del artículo 141 del Código Contencioso Administrativo es un caso

excepcional en el que es necesario probarle al juez la existencia del derecho, ya que los actos o normas jurídicas de carácter regional, como son las contenidas en los decretos departamentales, escapan a la presunción de su conocimiento y por lo tanto su existencia debe demostrarse por quien tenga interés en fundar un derecho al invocarlos.

En cuanto al reconocimiento del 40% sobre el salario vigente a la fecha de pago de conformidad con el Decreto-ley 380 de 1986, se hace menester precisar el régimen salarial a que estaba sometida la actora, pues ello determinará el éxito o no de lo reclamado.

**Del régimen salarial de los docentes oficiales.**

Es sabido que la Ley 43 de 1975 que nacionalizó la educación primaria, secundaria y media vocacional oficial, tuvo como uno de sus fines la unificación del régimen salarial y prestacional del magisterio oficial, para que no existiera distinción alguna de remuneración por la vinculación de los docentes a planteles del orden nacional, departamental, distrital o municipal, ni por la entidad que atendiera el pago de salarios. Fue así como en desarrollo de la citada Ley 43 de 1975 se expidió el Decreto 2277 de 1979 que dispuso en el artículo 3° que los educadores al servicio de las entidades oficiales de orden nacional, departamental, distrital, intendencial, comisarial y municipal son empleados oficiales de régimen especial que una vez posesionados, quedan vinculados a la administración por las normas allí previstas; además, en dicho estatuto se estableció el escalafón organizado por grados que además de clasificar a los educadores de acuerdo con su preparación académica y experiencia docente, determina su asignación salarial.

El cargo de Supervisora de Educación Departamental desempeñado por la actora, por virtud del artículo 32 del Decrèto 2277 de 1979, tiene el carácter de docente, por lo tanto la asignación salarial a que tiene derecho es la fijada anualmente para los distintos grados del escalafón, mediante leyes o decretos-ley expedidos por el Gobierno Nacional con base en las facultades precisas y *pro tempore* otorgadas por el Congreso de la República, como lo autorizaba la anterior Carta Política.

Así las cosas, para el año de 1991, a partir del cual hace reclamo la libelista, el salario asignado para el cargo de Supervisora, de conformidad con el Decreto-ley 111 de 1991 se determinaba por dos factores: la asignación correspondiente al grado que acreditara en el escalafón y el 40% liquidado sobre la asignación básica recibida a 31 de diciembre de 1990, conforme con lo dispuesto por el Decreto Extraordinario 74 de 1990.

Reza así el artículo 18 del citado Decreto 111 de 1991:

*"A partir del 1° de enero de 1991, la remuneración mensual para quienes desempeñen los cargos docentes que más adelante se enumeran, se determinará en la siguiente forma:*

*1. La asignación básica, según el grado que tengan en el Escalafón Nacional Docente, conforme a lo señalado en el artículo 1° del presente decreto, y*

*2. Los porcentajes liquidados sobre la asignación recibida a 31 de diciembre de 1990, conforme a lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto Extraordinario 74 de 1990 y para quienes se vinculen durante 1991, la liquidación se hará sobre la asignación básica que a 31 de diciembre de 1990 le correspondía al grado en el escalafón que acrediten al momento de la vinculación así:*

*a) Supervisores de educación (o inspectores nacionales) y jefes de distrito del mapa educativo, el 40%...".*

Por manera que no le asiste razón a la demandante para reclamar que el 40% se liquide sobre el salario básico vigente a 1991, pues lo normado por el Decreto 111 de 1991 fue muy claro al determinar que dicho porcentaje se liquida sobre el sueldo vigente a diciembre de 1990 en los términos del Decreto-ley 74 de 1990.

Respecto de los porcentajes sobre la asignación básica a que tenía derecho por los años de 1992 y 1993, a pesar de que la pretensión se refirió a estos dos períodos, no fue invocada norma alguna que fundamente la reclamación. Tanto en el libelo como en el recurso de alzada, la actora citó el Decreto 111 de 1991, que en su sentir consideraba infringido, el cual regula su asignación por dicho año, pero nada alegó respecto de los otros períodos reclamados y sabido es que ésta es una jurisdicción rogada en donde le corresponde al actor invocar las normas que considere desconocidas con el acto demandado y explicar el concepto de violación de las mismas.

En este orden de ideas, se impone confirmar la decisión del *a quo* en cuanto negó las súplicas de la demanda aunque por motivos parcialmente diferentes a los considerados por el Tribunal.

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 Cesar, de julio primero (1°) de mil novecientos noventa y cuatro (1994) en cuanto negó las pretensiones de la demanda en el proceso instaurado por Libia María Torres Gutiérrez.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del nueve (9) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

*Carlos Arturo Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.*

*Myriam C. Viracachá Sandoval,* Secretaria (E.).

**COMISION DE ESTUDIOS - Inexistencia de estabilidad / FACULTAD DISCRECIONAL - Nominador / EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION - Insubsistencia / DESVIACION DE PODER - Carga de la prueba**

**El demandante, al momento del retiro del servicio ostentaba la calidad de empleado público de libre nombramiento y remoción. Por lo tanto, podía el nominador en ejercicio de dicha potestad discrecional declarar su insubsistencia en cualquier momento, ya que la circunstancia de estar el funcionario en comisión de estudios no es factor que limite su ejercicio. La facultad discrecional sólo encuentra como frontera el hecho de que la actuación se cumpla en aras del buen servicio, cuestión que se presume en los actos de la administración, a menos, claro está, que se pruebe lo contrario. El Contrato de comisión de estudios podía ocuparse de consagrar las obligaciones y contraprestaciones de cada parte, no siendo posible legalmente consagrar limitación alguna sobre las facultades del nominador. La obligación del funcionario de prestar servicios al municipio por el doble de tiempo que dure la comisión, sólo puede entenderse en favor de la administración, para que, terminado el curso académico, el empleado utilice sus nuevos conocimientos en beneficio de la entidad que le facilitó la realización del curso, pero en modo alguno le otorga a este fuero de estabilidad en el empleo. Es por otra parte obvio que la comisión se confiere por razón de la vinculación del comisionado con la administración, de manera que frustrada la comisión por la declaratoria de insubsistencia, ésta pierde su razón de ser, precisamente, por desaparecer para el demandante la condición de servidor público. La carga de la prueba del desvío de poder, por ser un vicio que afecta al acto administrativo que goza en principio de la presunción de legalidad, le corresponde al impugnante, ya que es la persona que tiene que demostrar que la administración ha perseguido un fin diferente a aquel que el derecho le ha asignado, aseveración que en el *sub lite* no ha sido probada.**

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., noviembre veintisiete (27) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente: Doctora *Dolly Pedraza de Arenas.*

Radicación número 10926.

Referencia: Asuntos municipales. Apelación Sentencia.

Actor: Miguel Andrés Fonseca Gámez.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira el 4 de octubre de 1994.

## ANTECEDENTES

1. El actor, *Miguel Andrés Fonseca Gámez,* obrando en nombre propio 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 artículo 5° del Decreto número 109 de mayo 27 de 1991, por el cual se declaró insubsistente su nombramiento como Director de la Oficina Jurídica del municipio de Barrancas.

2. Alega el demandante que el acto acusado se expidió en forma irregular y con desvío de poder. Manifiesta que la administración no explicó las razones que justificaran la decisión de dejar sin efectos la comisión de estudios que se le había conferido; que además la facultad discrecional de que gozaba el alcalde estaba limitada en su caso, ya que había adquirido el derecho a permanecer en el cargo por el tiempo de la duración de la comisión. Agrega que el acto demandado fue ejecutado el mismo día de su expedición, sin estar en firme, separándolo en forma indecorosa del cargo.

3. El *a quo* negó las pretensiones de la demanda. Consideró que en el *sub lite* no se desvirtuó la presunción de legalidad de que está revestido el acto acusado. Manifestó que el convenio de comisión de estudios no compromete en ninguna de sus cláusulas a la administración para reincorporar al funcionario comisionado una vez vencida la comisión, ni limita el ejercicio de la facultad discrecional para declarar insubsistente su nombramiento. Expresó el Tribunal que la única obligación asumida por el municipio era de carácter monetaria, consistente en pagarle al comisionado su remuneración mensual y demás prestaciones sociales, durante el tiempo de la comisión. Agregó el *a quo* que el acto acusado puso fin a la situación legal y reglamentaria que vinculaba al demandante con el municipio. Manifestó además

que el acto acusado no requería de motivación, ya que el Decreto número 030 de 1989, artículo 180, no establece ningún procedimiento para la expedición de actos como el discutido en la litis. Finalmente consideró el Tribunal que ninguna prueba fue aportada al plenario para demostrar el fin desviado que le endilga el accionante a la declaratoria de insubsistencia.

## SUSTENTACION DE LA APELACION

Insiste el recurrente en los planteamientos de su demanda. Alega que por virtud del contrato convenio suscrito con el municipio, se generaba una estabilidad en el cargo hasta tanto no se cumpliera el término de la Comisión de Estudios, la que debía ser respetada por razones de justicia, seguridad jurídica y respeto por los derechos fundamentales. Manifiesta que los actos jurídicos bilaterales, como los convenios, son fuentes creadoras de derechos subjetivos y que en el evento de que dichos derechos sean conculcados es procedente su reparación. Agrega el accionante que la potestad discrecional para declarar insubsistente los nombramientos de los funcionarios está limitada cuando existe de por medio una comisión de estudios; que dicha facultad sólo podía ejercerse en los casos en que se hubiera demostrado que el rendimiento en el estudio, la asistencia o disciplina no eran satisfactorios.

Alega además el recurrente que el acto acusado debía motivarse, ya que por estar en pleno goce de un derecho legítimo que le daba la comisión de estudios, la revocación de dicha prerrogativa sólo se podía hacer previo el cumplimiento de los procedimientos legales, en donde tuviera la oportunidad de intervenir para defender sus derechos. Finalmente reitera el accionante que el acto demandado no fue expedido en razón del buen servicio, porque a todas luces es injusto e inconveniente, ya que bien pudo el alcalde aplazar la decisión hasta que se venciera el término de la comisión.

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 precisar la Sala que ninguna de las normas invocadas como infringidas por el accionante establece, en cuanto a los empleados de libre nombramiento y remoción, el derecho a gozar de estabilidad en el cargo por el hecho de habérsele concedido una comisión de estudios y por lo tanto mal puede predicarse desconocimiento alguno de sus derechos adquiridos.

Ha sostenido la jurisprudencia de esta corporación en repetidas ocasiones que el hecho de que un funcionario firme contrato para cumplir una comisión de estudios no limita la facultad discrecional de la administración para separar del servicio a un empleado de libre nombramiento y remoción. Así lo expresó esta sección en sentencia de abril 23 de 1991. Exp. 1423. Consejero Ponente doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Actor: Guillermo García Martínez.

*"...De otra parte, el haber firmado contrato para cumplir una comisión de estudios tampoco compromete a la administración sino que, al contrario, es para ella una garantía de que, terminado el curso académico, el empleado utilizará sus nuevos conocimientos en beneficio de la entidad que le facilitó la realización del curso, durante un determinado lapso. Tal es el alcance y sentido de esos contratos en circunstancias similares".*

*"...Pero, aún en el supuesto de que la comisión se hubiera frustrado por causa de la insubsistencia, es obvio que aquella perdía razón de ser habiendo desaparecido para el demandante su condición de empleado...".*

El anterior pronunciamiento es perfectamente aplicable al caso *sub examine,* pues ciertamente el demandante, como él mismo acepta en su libelo, al momento del retiro del servicio ostentaba la calidad de empleado público de libre nombramiento y remoción. Por lo tanto, podía el nominador en ejercicio de dicha potestad discrecional declarar su insubsistencia en cualquier momento, ya que la circunstancia de estar el funcionario en comisión de estudios no es factor que limite su ejercicio. La facultad discrecional sólo encuentra como frontera el hecho de que la actuación se cumpla en aras del buen servicio, cuestión que se presume en los actos de la administración, a menos, claro está, que se pruebe lo contrario.

Por otra parte, el contrato de comisión de estudios celebrado entre el municipio de Barrancas y el demandante, visible a folios 12 a 13, sólo podía ocuparse, como lo hizo, de consagrar las obligaciones y contraprestaciones de cada parte, no siendo posible legalmente consagrar limitación alguna sobre las facultades del nominador. La obligación del funcionario de prestar los servicios al municipio por el doble de tiempo que dure la comisión, sólo puede entenderse en favor de la administración, para que, terminado el curso académico, el empleado utilice sus nuevos conocimientos en beneficio de la entidad que le facilitó la realización del curso, pero en modo alguno le otorga a este fuero de estabilidad en el empleo. Es por otra parte obvio que la comisión se confiere por razón de la vinculación del comisionado con la administración, de manera que frustrada la comisión por la declaratoria de insubsistencia, ésta pierde su razón de ser, precisamente, por desaparecer para el demandante la condición de servidor público.

Ahora bien, respecto al cargo de expedición irregular que le endilga el accionante al acto acusado, acertado estuvo el fallo del *a quo*, pues ciertamente, por tratarse de un acto proferido en ejercicio de la facultad discrecional, no requiere ni de motivación, ni se exige para su expedición la observancia de procedimiento alguno.

En cuanto al cargo de desvío de poder, también tuvo razón el Tribunal, toda vez que ninguna prueba obra en el plenario que demustre el fin torcido de que se

acusa el acto de insubsistencia. Como lo ha sostenido esta corporación, la carga de la prueba del desvío de poder, por ser un vicio que afecta al acto administrativo que goza en principio de la presunción de legalidad, le corresponde al impugnante, ya que es la persona que tiene que demostrar que la administración ha perseguido un fin diferente a aquel que el derecho le ha asignado, aseveración que en el *sub lite* no ha sido probada. Y no puede estimarse, como pretende el libelista, que el hecho de que el acto, truncó la comisión de estudios, constituye por sí mismo un fin desviado, pues bien puede existir motivos de buen servicio que hayan hecho aconsejable el retiro del funcionario, finalidad que, como se dijo anteriormente, se presume en los actos de la administración.

En este orden de ideas, no encontrándose en el *sub judice* que se hubiere desvirtuado la presunción de legalidad que ampara el acto de insubsistencia, se impone confirmar la providencia del *a quo* que negó las pretensiones de la demanda.

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

**FALLA:**

CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira, de octubre cuatro (4) de mil novecientos noventa y cuatro (1994), que negó las pretensiones de la demanda en el proceso instaurado por el señor *Miguel Andrés Fonseca Gámez.*

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del nueve (9) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

*Carlos Arturo Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.*

*Myriam Viracachá Sandoval,* Secretaria (E.).

**ECOPETROL - Exclusión del sistema de seguridad social de sus empleados / MESADA ADICIONAL A PENSIONADOS DE ECOPETROL - Inexistencia / SUSPENSION PROVISIONAL - Requisitos**

**Estando excluidos expresamente los trabajadores de Ecopetrol del sistema integral de seguridad social dispuesto por la Ley 100/93, no es evidente que el beneficio de la mesada adicional para pensionados haya sido extendido a ellos, como sí lo fue a otros sectores excluidos, ya que al regular tal mesada el artículo 142 se refirió concretamente a algunos de ellos sin mencionar a los pensionados de Ecopetrol. El artículo 152 del C.C.A. consagra los requisitos para que haya lugar a decretar la suspensión provisional de un acto administrativo, entre los cuales señala la manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la solicitud.**

*Consejo de Estado - Sala de Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., noviembre veintisiete (27) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente: Doctora *Dolly Pedraza de Arenas.*

Radicación número 12030.

Referencia: Decretos del Gobierno.

Actor: Alfredo Castaño M.

Se decide el recurso de reposición interpuesto contra el auto de septiembre 8 de 1995, por medio del cual la Sala denegó la suspensión provisional del parágrafo segundo del artículo 43 del Decreto Reglamentario número 692 de marzo 29 de 1994, expedido por el Gobierno Nacional.

## EL RECURSO

El accionante fundamenta su inconformidad con la providencia impugnada en el hecho de que si la norma acusada habla de reajuste y no de mesada adicional,

debe corresponder al artículo 42 que trata del *"Reajuste pensional por incremento de aporte en salud"*. Dice que de la simple lectura del artículo 43 del Decreto 692 de 1994 se infiere *prima facie* que esta norma hace referencia es a la mesada adicional que establece el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

Agrega que la Corte Constitucional declaró exequible la norma anteriormente citada, con excepción del término *"Actuales"* y del aparte "cuyas pensiones se hubieren causado y reconocido antes del primero (1°) de enero de 1988", por lo que todos los pensionados en todos sus órdenes tienen derecho a la prima semestral que les reconoce el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 ya que comprende a todos los pensionados sin ninguna salvedad. Concluye que procede la suspensión provisional de la disposición acusada por ser manifiesta la violación que surge de la confrontación con los artículos 142 y 279 de la Ley 100 de 1993.

Expresa que no puede confundirse el efecto de la suspensión provisional con el de la sentencia definitiva de nulidad, pues la primera es un "juzgamiento provisional" como medida cautelar de carácter temporal para evitar que los efectos de una norma manifiestamente ilegal e inconstitucional prolonguen su vigencia en el tiempo y en el espacio, causando agravio, en este caso, a los pensionados de *Ecopetrol.*

## PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Como se dijo en la providencia recurrida, de la comparación de la norma acusada con los artículos 142 y 279 de la Ley 100 de 1993 no aparece con claridad la contradicción que ve el recurrente, pues estando excluidos expresamente los trabajadores de *Ecopetrol* del sistema integral de seguridad social dispuesto por dicha ley, no es evidente que el beneficio de la mesada adicional para pensionados haya sido extendido a ellos, como sí lo fue a otros sectores excluidos, ya que al regular tal mesada el artículo 142 se refirió concretamente a algunos de ellos sin mencioanr a los pensionados de *Ecopetrol.*

Un análisis más detenido, que es el que sugiere el recurrente, será materia de la sentencia, momento en que habrán de estudiarse en conjunto las disposiciones que regulan la materia y el régimen prestacional de la entidad afectada, única forma de determinar si la norma demandada infringió las disposiciones que se señalaron como quebrantadas.

El artículo 152 del C.C.A. consagra los requisitos para que haya lugar a decretar la suspensión provicional de un acto administrativo, entre los cuales señala la manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la solicitud. Al respecto ha dicho reiteradamente la Corporación:

"El Instituto de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, como excepción que constituye al principio de legalidad de

ellos, se contempla para el caso excepcional de que infrinjan normas superiores de derecho y ello no de cualquier modo sino manifiestamente, *prima facie* '...que se pueda percibir a través de una sencilla comparación...' como lo previene el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo.

Así ha venido entendiéndolo de antiguo la jurisprudencia del Consejo de Estado que continúa vigente con el nuevo estatuto." (Consejo de Estado, Secc. Primera, auto de abril 21/86).

En consecuencia, la Sala no encuentra mérito para reponer el auto recurrido.

Por lo expuesto, la Sala

**RESUELVE:**

NO REPONER el auto de septiembre ocho (8) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del nueve (9) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

*Carlos Arturo Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.*

*Myriam Viracachá Sandoval,* Secretaria (E.).

**HECHO NOTORIO - Concepto**

**El hecho notorio además de ser cierto, es público, y sabido del juez y del común de las personas que tienen una cultura media. Y según las voces del artículo 177 del C. de P.C. el hecho notorio no requiere prueba; basta que se conozca que un hecho tiene determinadas dimensiones y repercusiones suficientemente conocidas por gran parte del común de las personas que tienen una mediana cultura, para que sea notorio.**

**RUMOR PUBLICO - Concepto**

**Rumor público, que según la doctrina es otro hecho social vago, impreciso e indefinido que tiene cierto carácter de improbabilidad, porque quienes lo esparcen no aseguran sino que manifiestan que puede haber ocurrido, que parece ser cierto, o que alguien, o algunos, o un grupo (sin precisar quién o quiénes), lo que lo hace sospechoso y debe ser probatoriamente descartado.**

**COALICION POLITICA - Ruptura / HECHO NOTORIO - Inexistencia / MOVILES POLITICOS - Demostración**

**Lo plasmado, pues, en las páginas del diario *La Patria* no dejan de ser simples rumores que uo tienen la entidad de configurar el hecho notorio aquí pretendido. A este respecto es importante rubricar que la notoriedad pública está referida siempre a los hechos, no a las normas, ni siquiera a las opciones, por generalizados que sean. Es evidente, que no es posible sostener que fue un hecho notorio el rompimiento de un pacto político, aparte de que tampoco el actor logró demostrar que su acto desvinculatorio se relaciona estrechamente con dicho antecedente. Además, no es suficiente demostrar el hecho indiciario sino que se ha de establecer su nexo causal con la decisión acusada. El hecho de que un funcionario público**

**haya sido reemplazo en el ejercicio del cargo por otro de filiación política contraria o diferente o es razón suficiente para dar por demostrado el supuesto móvil político que vicia de ilegalidad el acto administrativo. Debe establecerse plenamente que la desvinculación fue producto de la pertenencia del funcionario o determinada corriente partidista.**

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintisiete (27) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Diego Younes Moreno.*

Radicación número 8045.

Referencia: Asunto municipal. Apelación sentencia.

Actora: Martha Isabel Pachón de Yepes.

Se decide el recurso apelación interpuesto por la parte demandada –municipio de Manizales–Contraloría Municipal contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas el 2 de diciembre de 1992, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda en el proceso número 86-83.

*Martha Isabel Pachón de Yepes,* por conducto de apoderado y en ejerccio de la acción prevista en el artículo 85 del C.C.A., demandó del citado Tribunal la nulidad de la Resolución número 177 de 15 de febrero de 1990, expedida por el Contralor General del municipio de Manizales, por la cual declaró insubsistente su nombramiento como Jefe de Sección Auditoría y Revisoría. Solicitó igualmente que como consecuencia de la nulidad se ordenara su reintegro al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría y el pago de los emolumentos dejados de percibir con sus reajustes e intereses legales.

Sostiene en su libelo que hubo desviación de poder en la expedición del acto toda vez que se produjo por razón política consistente en la ruptura de la coalición liberal-conservadora que sostenían en el Concejo Municipal de Manizales los Senadores Luis Guillermo Giraldo Hurtado, del partido liberal oficialista, y Omar Yepes Alzate, del partido conservador, formándose una nueva coalición entre el primero de los nombrados y el Senador Rodrigo Marín Bernal, como trascendió en la prensa y radio locales, y que desató la persecución política en contra de los conservadores militantes en el sector del Senador Yepes Alzate, uno de ellos la demandante.

El municipio de Manizales dio contestación a la demanda oponiéndose a sus pretensiones, señalando que la actora era empleada de libre remoción por el nominador, carente de circunstancias legales de inamovilidad; y que la resolución

de insubsistencia corresponde a un acto fundado en el Acuerdo 001 del Concejo Municipal que impuso la necesidad de reorganizar la Contraloría.

## LA SENTENCIA APELADA

Lo primero que observó el Tribunal fue que la actora no era funcionaria de carrera ni ejercía un empleo de período fijo, pero accedió a lo pedido porque encontró demostrada la alegada desviación de poder, con fundamento en los argumentos que se resumen a continuación:

Porque encontró demostrada la filiación política conservadora de la demandante, lo cual dedujo de las relaciones de descuentos autorizados con destino a la agrupación política que orienta el Senador Yepes Alzate; así como la filiación liberal del autor del acto acusado.

Por las numerosas declaraciones de insubsistencia "de que fueron objeto empleados de filiación conservadora", cuyas resoluciones fueron aportadas en copia autenticada por la demandante, y que en su gran mayoría fueron reemplazadas por empleados de filiación liberal o conservadora orientados por el Senador Rodrigo Marín Bemal.

Porque la facultad discrecional no es absoluta y la motivación del acto "es el resultado del rompimiento de una coalición, hecho este que se tomó en notorio, en el ambiente parroquial de la ciudad, circunstancia ésta que se encuentra corroborada en varios artículos publicados por el diario *La Patria*...", por lo cual transcribe apartes de la columna publicada el 8 de febrero de 1990 titulada "Política al Día" (fl. 32 vto. del cdno. de pruebas N° 2), donde, dice el *a quo* se anuncia la declaratoria de insubsistencia de varios empleados con siete días de antelación a la fecha del acto demandado.

De tal suerte, concluye, que encontrándose acreditado en el proceso que el móvil último para la expedición del acto acusado fue político, el mismo se apartó de buscar el mejor servicio público que es el que debe guiar a la administración.

## FUNDAMENTOS DE LA APELACION

La parte demandada disiente del fallo expresando, en síntesis, lo siguiente:

No se demostró que hubo ruptura de la alianza política a que se refiere la demanda; es injurídica la apreciación en el sentido de que dicha ruptura se tomó en un hecho notorio, porque, se pregunta la apelante, fuera del que aquí es materia de discusión, ¿qué hechos ocurrieron entre los prenombrados Senadores para que sus desavenencias trascendieran del plano personal al plano social?, esto es, ¿para que fuesen del conocimiento de toda una comunidad?, ¿y cómo se enteró el Tribunal de la aludida ruptura? Estos interrogantes, señala, se quedan sin respuesta en el fallo.

Lo que se dio fue un rumor, que no puede verificarse porque nadie está en condiciones de sostenerlo, pues es el fruto del chismorreo, de la intriga, y tanto es así que en lo que al *sub lite* se refiere, las afirmaciones que aparecen en el referido diario no tienen un autor conocido o identificable por su nombre sino por seudónimos.

La preanunciada declaratoria de insubsistencia en el diario *La Patria,* antes que probar móvil político denota falta de discreción en los funcionarios de la administración.

Tampoco está probada la filiación liberal oficialista del Contralor que declaró la insubsistencia demandada, ni se ve cuál es su relación con el alegado hecho notorio, y aunque sí se probó la adhesión de la actora al grupo político que orienta el Senador Yepes, no se acreditó que su reemplazo era militante de una agrupación política diferente, en orden a demostrar el móvil político aducido en la demanda.

Corrido el traslado para alegar de conclusión, la parte actora y el Ministerio Público hicieron uso de él. La demandante para aducir cómo un elemento nuevo que, en su sentir, justifica aún más la confirmación del fallo, los "despidos masivos" de funcionarios, separados de sus cargos cuando ni siquiera registraban antecedentes disciplinarios. La Agencia Fiscal, para solicitar igualmente su confirmación, alegando que las desvinculaciones de empleados públicos pertenecientes a la corriente de Omar Yepes Alzate respaldan en cierta forma lo informado por el diario *La Patria.*

## CONSIDERACIONES

Como quiera que el *a quo* consideró que el acto acusado fue el "resultado del rompimiento de una coalición" política, hecho que, dice, se tomó notorio, notoriedad que fundamenta en las publicaciones del diario manizalita *La Patria,* corresponde entonces a la sala establecer si efectivamente se dio dicha notoriedad.

Como lo ha dicho la doctrina y lo ha reiterado la jurisprudencia, el hecho notorio además de ser cierto, es público, y sabido del juez y del común de las personas que tienen una cultura media. Y según las voces del artículo 177 del C. de P.C. el hecho notorio no requiere prueba; basta que se conozca que un hecho tiene determinadas dimensiones y repercusiones suficientemente conocidas por gran parte del común de las personas que tiene una mediana cultura, para que sea notorio.

Las publicaciones allegadas al proceso utilizan expresiones como ésta: "Según lo afirman algunos liberales el rompimiento entre ellos y el yepismo se debe a unas jugadas sucias que empleados subalternos han venido haciendo", que no producen convicción en el fallador sobre el hecho que se pretenden demostrar, porque ellas de por sí no están dando concreción o precisión, sino que, por el contrario, envuelven vaguedad e indefinición.

Las publicaciones del periódico *La Patria* tienen tan poca fuerza de convicción que ni siquiera alcanzan a ser una opinión, sino que constituyen un rumor público, que según la doctrina es otro hecho social vago, impreciso e indefinido que tiene cierto carácter de improbabilidad, porque quienes lo esparcen no aseguran sino que manifiestan que puede haber ocurrido, que parece ser cierto, o que alguien, o algunos, o un grupo (sin precisar quién o quiénes), lo que lo hace sospechoso y debe ser probatoriamente descartado.

La transcripción que el Tribunal hace de las publicaciones para sustentar la desvinculación de la actora como consecuencia del rompimiento de la coalición que afirma la demanda entre los señores Yepes Alzate y Giraldo Hurtado, dice así en lo pertinente:

> "*...La barrida de empleados adscritos al social conservatismo que orienta el Senador Omar Yepes Alzate que se esperaba como consecuencia de la ruptura de la coalición del congresista con Luis Guillermo Giraldo, comenzó ayer en la Contraloría y la Personería*".

Esta voz insular, identificable sólo por el seudónimo de *"Calígula"* que atribuye la desvinculación de los adherentes a la corriente política del Senador Yepes Alzate a "...la ruptura de la coalición del congresista con Luis Guillermo Giraldo...", de quien la actora no se preocupó por personalizar o identificar debidamente a efecto de que hubiera no solo ratificado en el proceso su aseveración, sino también expuesto la razón de la ciencia de su dicho con explicación de la circunstancia de tiempo, modo y lugar en que haya ocurrido el hecho (la ruptura de la coalición) y de la forma como llegó a su conocimiento, demerita absolutamente la apreciación del Tribunal.

Lo plasmado, pues, en las páginas del diario *La Patria* no dejan de ser simples normas que no tienen la entidad de configurar el hecho notorio aquí pretendido.

A este respecto es importante rubricar que la notoriedad pública está referida siempre a los hechos, no a los rumores, ni siquiera a las opiniones, por generalizados que sean.

Es evidente entonces, que no es posible sostener que fue un hecho notorio el rompimiento de un pacto político, aparte de que tampoco la actora logró demostrar que su acto desvinculatorio se relaciona estrechamente con dicho antecedente. Además, no es suficiente demostrar el hecho indiciario sino que se ha de establecer su nexo causal con la decisión acusada.

De otra parte, no aparece demostrado que el Contralor Municipal, señor Guillermo Alonso García Peláez, quien revocó el nombramiento de la actora, fuese de filiación liberal oficialista, como lo afirma el *a quo*.

Sí aparece acreditado que la demandante era militante del grupo político que orienta en el departamento de Caldas el Senador Yepes Alzate, pero esta circunstancia, como lo sugiere la apelante, ciertamente demerita de suyo la decisión del *a quo,* pues si se alega que la desvinculación de la actora obedeció a persecución política, mínimamente debió demostrarse que quien la reemplazó en el cargo es militante de una agrupación política diferente a la de la demandante, toda vez que bien podría ser el funcionario reemplazante igualmente adherente del grupo del Senador Yepes Alzate y, en consecuencia, se desvirtuaría el móvil político alegado en la demanda.

Pero es igualmente conveniente puntualizar que el hecho de que un funcionario público haya sido reemplazo en el ejercicio del cargo por otro de filiación política contraria o diferente no es razón suficiente para dar por demostrado el supuesto móvil político que vicia de ilegalidad el acto administrativo. Debe establecerse plenamente que la desvinculación fue producto de la pertenencia del funcionario a determinada corriente partidista.

En cuanto a las resoluciones de insubsistencia que la actora aporte al proceso, no todas expedidas por el Contralor Municipal de Manizales, como quiera que varias lo fueron por el Personero de esa ciudad, solo cuatro (4) de ellas, incluida la de la demandnte, figuran en la relación de empleados a quienes se les descuenta para el "Directorio Conservador de Caldas que orienta el Senador Omar Yepes Alzate", según constancia expedida por el Pagador General del Municipio, por lo cual no es de recibo la consideración del *a quo* en el sentido de que hubo un despido numeroso de empleados conservadores "que en su gran mayoría fueron reemplazados por empleados de filiación liberal o conservadora orientados por el Senador Rodrigo Marín Bernal, conclusión a que se llega con la simple lectura de las resoluciones de insubsistencia y sus respectivos reemplazos"; y menos aún se puede válidamente concluir que ello significa que la delcaratoria de insubsistencia acusada tuvo una finalidad netamente partidista, toda vez que no aparece en el plenario demostrado que los cuatro funcionarios despedidos por el Contralor fueron reemplazos, y menos aún, desde luego, por partidarios de los Senadores Giraldo Hurtado o Marín Bernal. Solo las resoluciones por las cuales el Personero Municipal de Manizales declara las insubsistencias de que se da cuenta en el proceso son las que comportan a la vez los nombramientos de sus respectivos reemplazos, lo que no es objeto de este proceso.

En cuanto a los "despidos masivos" que se aduce por el apoderado de la actora solo ahora, extemporáneamente, en el alegato de conclusión, es aspecto que sólo tangencialmente y por mera referencia se aborda en la demanda, pero no como un cargo específico y concreto, autónomo e independiente (como podría ser

expuesto, inspirado en la preceptiva contenida en el literal c) del artículo 11 de la Ley 78 de 1986 que prohíbe esa clase de despidos, norma que tampoco se invocó como infringida), que, por ello, obviamente, no fue objeto de análisis como tal en la sentencia impugnada.

No debe olvidarse que es la demanda la que establece el marco de juzgamiento, y que son los motivos de inconformidad respecto de la providencia acusada, los que únicamente debe analizar el *ad quen* para modificar, revocar o confirmar.

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:**

**REVOCASE** la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, el 2 de diciembre de 1992, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda en el proceso número 86-83.

En su lugar se dispone:

**DENIEGANSE** las pretensiones de la demanda.

En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 2 de noviembre de 1995.

*Carlos Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.*

*Myriam Viracachá Sandoval,* Secretaria (E.).

**ACTO ADMINISTRATIVO DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA - Invocación de normas**

**Si la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura no invoca al expedir el acuerdo acusado normas específicas o determinadas, sino que lo dicta apoyándose solo genéricamente en facultades constitucionales y legales, ello no se erige en manera alguna en causal de nulidad. La ausencia en el encabezamiento del acto administrativo de señalamiento de disposiciones en las que el autor del mismo se inspira para su expedición no constituye un vicio formal (incompetencia, expedición irregular) en su producción, menos aún material (falsa motivación, desviación de poder, o desconocimiento del derecho de defensa). No es el hecho de invocar las normas en el encabezamiento del acto para sustentar su expedición sino la existencia real de las mismas en el derecho positivo colombiano que sustenten y legitimen el contenido del mismo lo que importa al derecho y a la jurisdicción, que, de no ser así, daría motivo de anulación que indefectiblemente es lo que debe demostrar el accionante.**

**REGISTRO NACIONAL DE ELEGIBLES - Conformación/ CONCURSO DE MERITOS - Convocatoria / CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA - Funciones / ENTREVISTA DE CONOCIMIENTOS - Factor de clasificación / LISTA DE CANDIDATOS - Elaboración**

**El Acuerdo impugnado convoca a un concurso de méritos destinado precisamente a conformar el Registro Nacional de Elegibles para los cargos de Jueces de la República, con base en el cual los consejos seccionales de la Judicatura elaborarán las listas de los candidatos que deberán enviarlas a los competentes nominadores para la provisión de los mismos, según lo preceptúa la Constitución Política cuando**

**previene en su artículo 256. El Acuerdo 70 de 1994 no propone la entrevista como única modalidad del concurso sino como uno de los factores que integran la clasificación. Es más, la entrevista según el acto acusado, es sólo para quienes superen la prueba de conocimientos, pero no para todos los concursantes.**

*Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de noviembre de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Doctor *Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente número 10341.

Autoridad Nacional

Actor: Orlando Bernal Morales.

*Orlando Bernal Morales*, en su condición de ciudadano colombiano, en ejercicio de la "acción ciudadana", demanda de esta Corporación la nulidad del Acuerdo número 70 de 27 de junio de 1994, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, mediante el cual se convoca a un "Concurso de méritos destinado a la conformación del Registro Nacional de Elegibles para los cargos de JUECES DE LA REPUBLICA, con base en el cual las Salas Administrativas de los Consejos Seccionales de la Judicatura elaborarán las listas de candidatos para la provisión de los mismos. Esta tendrá lugar en los casos de vacancia por no haberse cubierto el cargo por el sistema de carrera previo el respectivo concurso de méritos".

## FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

Señala como normas violadas los artículos 1°, 2°, 4°, 125, 256, 257 y transitorio 21 de la Constitución Política, y el Decreto 052 de 1987 en su integridad, así como el artículo 4°, inciso 2 de la Ley 27 de 1992.

1. Aduce como primer cargo que el Acuerdo 70 de 1994 no invoca norma legal que le otorgue al Consejo Superior de la Judicatura atribución para expedirlo, pues apenas hace en su encabezamiento una invocación genérica al decir que lo dicta en uso de "facultades constitucionales y legales", con lo cual desconoce el Decreto 052 de 1987.

2. Una segunda objeción al acuerdo demandado se refiere a los requisitos relacionados con la experiencia para acceder al concurso de aspirantes a Jueces de la República, como son, dice, los previstos en su numeral 2, 6 del artículo 2° proceder con el cual, agrega, se reproducen normas del Acuerdo 087 de 1993, suspendida por el Consejo de Estado.

3. Señala como una tercera y última censura que la convocatoria a concurso para jueces, en todo su contenido desconoce el artículo 125 de la C.P. y el Decreto 052 de 1987, según los cuales el ingreso a la Carrera Judicial es por méritos y no como se pretende en el acuerdo impugnando, o sea mediante la elaboración de una lista de candidatos por parte de las Salas Administrativas de los Consejos Seccionales de la Judicatura, donde se deja de lado el puntaje en las diferentes etapas del concurso, ya que se le concede a la entrevista personal los mismos puntos que al examen de conocimientos.

## CONTESTACION DE LA DEMANDA

El Consejo Superior de la Judicatura al responder el libelo propone la **excepción de inepta demanda,** aduciendo que no se cumple con el numeral 4 del artículo 137 del C.C.A., ya que no se explican las razones por las cuales el Acuerdo 70 de 1994 violó las normas legales invocadas por el actor como transgredidas. Si no se accediere a declarar dicha excepción, se denegarán, entonces, las pretensiones de la demanda por cuanto el acto acusado se ajusta a derecho concluye.

## LAS ALEGACIONES FINALES

Corrido el traslado para alegar de conclusión, hace uso de él la parte demandada para reiterar su solicitud de declarar la excepción de inepta demanda y pedir que se desestime la petición de nulidad del Acuerdo 70 de 1994 por haberse expedido éste con fundamento en el artículo 125 de la C.P. y el Decreto 052 de 1987. La parte actora, guarda silencio, y la señora Procuradora Cuarta Delegada ante la Corporación, expresa, en síntesis, que el acuerdo impugnado respeta la Constitución y la ley con excepción de la exigencia relativa a la acreditación de la experiencia profesional requerida, condición que no tiene sustento en norma constitucional o legal alguna, lo cual amerita que el Acuerdo se declare nulo en su numeral 2.6 del artículo 2°, en su totalidad, por ser violatorio del artículo 125 de la Constitución Nacional.

## CONSIDERACIONES

La Excepción propuesta

Aunque el accionante no expone el **concepto de violación** respecto de todas las normas que enuncia como infringidas, no puede decirse que sea exacto afirmar

que no se cumple en la demanda con el mencionado requisito, ya que, como ha quedado reseñado, el actor sí expone las razones por las cuales cree que el acuerdo acusado infringe disposiciones de la Constitución Nacional y del Decreto-ley 052 de 1987, así, lo haga de manera genérica, toda vez lo que en esencia arguye es que se desconoce la filosofía de dichas normas superiores.

La manera como concibe el actor el mencionado concepto, permite a la Sala hacer las consideraciones acerca del pretendido quebranto de las normas señaladas como infringidas por el acto demandado.

De allí que la excepción propuesta no tenga vocación alguna de prosperidad.

## LOS CARGOS

En relación con el primero, se aprecia sin dificultad su ninguna posibilidad de éxito, ya que si la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura no invoca al expedir el acuerdo acusado normas específicas o determinadas, sino que lo dicta apoyándose sólo genéricamente en facultades constitucionales y legales, ello no se erige en manera alguna en causal de nulidad.

La ausencia en el encabezamiento del acto administrativo de señalamiento de disposiciones en las que el autor del mismo se inspira para su expedición no constituye un vicio formal (incompetencia, expedición irregular) en su producción, menos aún uno material (falsa motivación, desviación de poder, o desconocimiento del derecho de defensa).

No es el hecho de invocar las normas en el encabezamiento del acto para sustentar su expedición sino la existencia real de las mismas en el derecho positivo colombiano que sustenten y legitimen el contenido del mismo lo que importa al derecho y a la jurisdicción, que de no ser así, daría el motivo de anulación que indefectiblemente es lo que debe demostrar el accionante.

En este orden de ideas, resulta mayormente desatinado afirmar que por no hacerse la mención específica de normas al principio del acto demandado se infringe el Decreto 052 de 1987, pues lo que hay que demostrar es que el contenido de aquel no respeta las regulaciones de éste.

La segunda censura sí alude a una presunta violación del Decreto 052 de 1987, fundada en que el acto acusado establece requisitos de experiencia para acceder al concurso de aspirantes a Jueces de la República. Sobre este particular, el actor debe estarse a lo resuelto en sentencia de 28 de septiembre de 1995, proferida por esta misma Sala en el expediente número 10.340; actor William Ignacio Guerrero Preciado; Magistrado Ponente, doctor Diego Younes Moreno, en la cual se declaró la nulidad del numeral 2.6 del artículo segundo del mismo acuerdo ahora demandado.

En relación con la tercera y última objeción, según la cual al elaborarse la lista de candidatos a jueces, concediéndose igual puntaje a la entrevista de conocimientos, se desconoce que el concurso es por méritos, la Sala observa simplemente que el acuerdo impugnado convoca a un concurso de méritos destinado precisamente a conformar el Registro Nacional de Elegibles para los cargos de Jueces de la República, con base en el cual los Consejos Seccionales de la Judicatura elaborarán las listas de los candidatos que deberán enviarlas a los competentes nominadores para la provisión de los mismos, según lo preceptúa la Constitución Política cuando previene en su artículo 256 que:

> "Corresponden al Consejo Superior de la Judicatura o a los consejos seccionales, según el caso y de acuerdo a (sic) la ley, las siguientes atribuciones:
>
> 1...
>
> 2. Elaborar las listas de candidatos para la designación de funcionarios judiciales y enviarlas a la entidad que deba hacerla...".

El actor incurre igualmente en otro error al querer restarle valor a la entrevista frente al examen de conocimientos, pues el Decreto 052 de 1987 que supuestamente estima por ello violado lo que preceptúa en su artículo 25 es que "En ningún caso la entrevista podrá utilizarse como única modalidad de concurso".

El Acuerdo 70 de 1994 no propone la entrevista como única modalidad del concurso sino como uno de los factores que integran la clasificación. Es más, la entrevista según el acto acusado, es sólo para quienes superen la prueba de conocimientos, pero no para todos los concursantes.

Por estas elementales reflexiones, este último cargo tampoco puede prosperar.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contensioso Administrativo, Sección Segunda, acorde con el concepto de Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

1. DECLARASE NO APROBADA la excepción de Inepta Demanda propuesta por la parte demanda.

2. Respecto del segundo cargo, relacionado con la pretendida nulidad del numeral del 2.6 del artículo segundo del Acuerdo 70 de 1994, estése el actor a lo resuelto en sentencia de 28 de septiembre de 1995, dictada por esta misma Sala en el expediente número 10.340, actor William Ignacio Guerrero Preciado.

3. DENIEGANSE las demás súplicas de la demanda.

En firme esta providencia, archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Discutida y aprobada por la Sala en sesión del día 9 de noviembre de 1995.

*Carlos Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.*

*Myriam Viracachá Sandoval,* Secretaria (E.).

**CARRERA PENITENCIARIA Y CARCELARIA - Reglamentación CARRERA ADMINISTRATIVA - Creación / CARRERA PENITENCIARIA - Exclusión de Personal / EMPLEADO NO UNIFORMADO - Exclusión al voto / DIRECCION GENERAL DE PRISIONES - Junta de Carrera Penitenciaria Nacional / REPRESENTANTE DEL CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA - Elección / CARRERA ADMINISTRATIVA DEL CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA - Creación / PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - Incompetencia para legislar sobre Carrera Penitenciaria**

**El Presidente de la República, sin estar facultado para ello, legisló sobre la Carrera Penitenciaria, instituyendo otra carrera administrativa; la del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del ramo penitenciario, cuando al tenor de lo preceptuado en el ordinal 10 del artículo 76 de la Constitución de 1886, sólo al Congreso compete expedir normas sobre las distintas carreras administrativas y despojó a los empleados no uniformados del ramo carcelario dependiente de la Dirección General de Prisiones del derecho a votar en la elección de representante - principal y suplente - de los empleados de la carrera penitenciaria. Es indudable que la exclusión de la carrera penitenciaria del personal de Custodia y Vigilancia de ese ramo, efectuada por el Decreto 1461 de 1990, contraría flagrantemente normas de jerarquía superior y como qniera que la resolución impugnada, en el apartado a) del artículo primero es el desarrollo de las disposiciones que consagran tal exclusión, pues precisamente reglamenta, en cuanto a ese tópico, la elección del representante de los empleados no uniformados de la Dirección General de Prisiones a la Junta de Carrera Penitenciaria Nacional, fuerza concluir que ese mandato carece absolutamente de soporte jurídico y, por ello, se impone su nulidad; más no así con el resto del acto administrativo que, no obstante incidir esa frase en la elección, se refiere tan sólo a la elección en sí misma considerada que en verdad ha obedecido a postulados legales como acaba de verse.**

**SECCION SEGUNDA**

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Doctor *Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente número 5221.

Resoluciones Ministeriales.

Actora: Cooperativa de Ahorro y Crédito de la Guardia y Ex-guardianes de la Penitenciarias y Cárceles de Colombia Ltda. "Cooguar Penal Ltda."

La Cooperativa de Ahorro y Crédito de la Guardia y ex Guardianes de la Penitenciaria y Cárceles de Colombia Ltda. "Cooguarpenal Ltda", por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A. presentó demanda ante esta Corporación a fin de que se aclare la nulidad de la Resolución número 00921 de 19 de julio de 1990 expedida por el Ministerio de Justicia - Dirección General de Presiones -, por la cual se reglamenta la elección de representantes de los empleados no uniformados de la Dirección General de Prisiones a la Junta de Carrera Penitenciaria Nacional".

Como disposiciones violadas por el acto acusado se indican los artículos 76-10 de la Constitución Política de 1886 y 2°y 9° de la Ley 32 de 1986, argumentando que según el precepto constitucional citado corresponde al legislador dictar las normas correspondientes a las carreras administrativas, judicial y militar; que mediante el Decreto-ley 1817 de 1964 se estableció la carrera penitenciaria independiente del servicio civil, pudiendo pertenecer a ella todos los empleados del ramo carcelario, salvo las excepciones consagradas en él, siempre y cuando el aspirante superara las exigencias previstas al efecto; que el Decreto 2655 de 1973, tras clasificar los empleados del ramo carcelario y penitenciario, incluyendo entre ellos a los de Custodia y Vigilancia, dispuso en el artículo 6° que todo el personal de dicho ramo puede ingresar a la carrera penitenciaria, sin excluir a los uniformados que en sus diferentes graduaciones integran el Cuerpo de Custodia y Vigilancia; que el ánimo del legislador de que éstos pertenezcan a la carrera penitenciaria permanece incólume pues ese criterio se reafirma en los artículos 2° y 9° de la Ley 32 de 1986.

La impugnadora señala, que no obstante el Gobierno Nacional "expidió por sí y ante sí" el Decreto 1491 de 9 de julio de 1990, por cuyo título 1° prácticamente crea y delimita dos carreras administrativa paralelas: La Penitenciaria y la del Cuerpo de Custodia y Vigilancia y que para ingresar a esta última, debe estarse a lo previsto en la Ley 32 de 1986, sin que allí exista ninguna normatividad al efecto; que el decreto citado es inconstitucional porque el Gobierno Nacional no había sido autorizado previamente por el legislador para crear e implementar la carrera

administrativa del Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Guardia Penitenciaria, por lo que se adjudicó competencias privativas del Congreso al tenor del ordinal 10 del artículo 76 de la Constitución Política de 1886, circunstancia que toma el artículo 1° del Decreto 1491 es inaplicable por mandato del artículo 215 de dicha Carta.

Y prosigue la impugnante señalando que con base en el artículo 2° del inconstitucional Decreto 1491, la Dirección de Prisiones expidió la resolución acusada, disponiendo que los empleados uniformados del ramo carcelario dependientes de ella no tienen derecho a votar en las elecciones para escoger representantes - principal y suplente - de los empleados de la carrera penitenciaria en la respectiva Junta, decisión contraria a lo previsto en el artículo 31 del Decreto 2655 de 1973 y en el artículo 41 del Decreto 819 de 1974, con lo cual se desconoce el ordinal 10 del artículo 76 de la Constitución de 1886, puesto que dicho personal, por disposición legal del superior en jerarquía, hace parte de la referida carrera -Decreto 1817 de 1964 y Ley 32 de 1986 - ley esta última que reafirma el ánimo del legislador de que el Cuerpo de Custodia y Vigilancia pertenezca a la carrera penitenciaria "y por ende, puede también participar en la elección de su representante principal y suplente a la Junta de la misma Carrera Penitenciaria, derecho que no se puede desconocer como se pretende por medio del acto acusado, pues viola el mandato constitucional invocado" (fl. 24).

Y concluye la accionante afirmando: "Si la resolución acusada comenzando por su epígrafe hasta su parte resolutiva excluye al Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Guardia Nacional Penitenciaria del derecho de inscripción de candidatos y elección de los representantes principal y suplente a la Junta de la Carrera Penitenciaria, so pretexto de que existe para ellos otra Carrera Administrativa de su mismo nombre (Del Cuerpo de Custodia y Vigilancia), lo cual no es cierto, según se puede establecer de la lectura atenta de la Ley 32 de 1986, la conclusión entonces de transgresión a su artículo 2° es evidente, pues dicha resolución está procediendo contra la ley, sin respetar ni acatar el mandato del legislador contenido en el citado artículo 2° invocado, el cual es expreso en su formulación al decir que el personal integra el Cuerpo de Custodia y Vigilancia pertenecerá a la "Carrera Penitenciaria". Siendo esto así, el señor Director General de Prisiones no podía excluir de este derecho al personal que integra dicho Cuerpo, pero como efectivamente sí lo hizo a través de la resolución acusada implica esto violación a ese texto legal invocado" (folio 24).

## CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuradora Novena Delegada ante el Consejo de Estado, en la vista reglamentaria, opina que las pretensiones de la demanda deben prosperar, por las razones que expone a folios 83 a 84.

Llegado el momento de decidir, a ello se procede previas las siguientes

## CONSIDERACIONES

El acto administrativo cuya nulidad se impetra reza:

"Resolución número 00921 de 19 de julio de 1990"

"Por la cual se reglamenta la elección del representante de los empleados no uniformados de la Dirección General de Prisiones a la Junta de Carrera Penitenciaria Nacional".

## EL DIRECTOR GENERAL DE PRISIONES

en uso de sus facultades legales y,

## CONSIDERANDO:

Que el artículo 31 del Decreto de 1973, modificado por el artículo 2° del Decreto 1491 del 9 de julio de 1990, determina la integración de la Junta de Carrera Penitenciaria;

Que el artículo 2° del Decreto 1491 del 9 de julio de 1990, dispone que los representantes, principal y suplente, de los empleados de Carrera Penitenciaria serán elegidos previa convocatoria que efectuará la Dirección General de Prisiones, por el sistema que ésta determine;

Que la resolución 233 del 19 de marzo de 1985 reglamentó la elección del representante y requiere sea actualizada y modificada en algunos de sus apartes.

Razón por la cual este despacho:

## RESUELVE:

Artículo primero. La elección de representante y suplente de los empleados de Carrera Penitenciaria dependiente de la Dirección General de Prisiones, se hará teniendo en cuenta las siguientes normas generales:

a) Todos los empleados no uniformados del ramo carcelario dependientes de la Dirección General de Prisiones tienen derecho a votar en la elección;

b) La votación se efectuará a nivel nacional, será universal y directa. En consecuencia, el derecho al voto es indelegable y los electores no podrán hacerse representar en tal acto;

c) El voto será secreto y se emitirá en papeletas uniformes que deben estar dentro de un sobre o cubierta que se depositará en una urna sellada, ante el respectivo jurado y en lugar de fácil acceso para todos los sufragantes;

d) Los electores sufragarán por un solo nombre, en consecuencia, las papeletas en que aparezcan nombres de más de una persona serán anuladas;

e) Si en un sobre o cubierta resultaren dos o más papeletas no se computará ninguna y el voto será declarado nulo;

f) Serán declarados nulos los votos si la elección no se verifica en el día y hora previstos y si no se han hecho los escrutinios en presencia de los integrantes de la mesa de votación;

g) La convocatoria a elecciones se hará por lo menos con treinta días de anticipación a la fecha de las mismas. En dicha resolución se indicarán las fechas de iniciación y cierre de inscripción de candidatos;

h) El resultado de la elección se definirá por mayoría simple, adjudicándose la calidad del representante principal y suplente a los nombres que obtengan mayoría de votos en orden ascendente, respectivamente en caso de no aceptación se elegirá a quienes siguen en número de votos;

i) El Representantes y suplente será elegido por un período de dos años.

**Direcciones del debate:**

Artículo segundo. La dirección máxima del debate quedará a cargo de una junta central compuesta por: el Jefe de la División de Inspección quien la presidirá, un delegado de la División de Personal del Ministerio de Justicia y el Profesional Especializado de la Dirección General de Prisiones; la ausencia justificada de algunos de los miembros se llenará por el Jefe de la División Legal o el Jefe de la División de Rehabilitación.

Artículo tercero. La junta central tendrá como funciones generales las siguientes:

a) Organizar y supervisar el debate;

b) Publicar la lista de los candidatos inscritos;

c) Elaborar las planillas de votación;

d) Realizar los escrutinios generales;

e) Informar al Director General de Prisiones los resultados de la votación en un término no mayor de treinta días después de ésta.

**Inscripción:**

Artículo cuarto. Los funcionarios no uniformados interesados en su elección podrán ser inscritos ante el Director General de Prisiones, oficina 503 para lo cual deben llenar los siguientes requisitos básicos:

a) Acreditar ser empleados no uniformados pertenecientes a la Dirección General de Presiones, dos años de servicio y estar en ejercicio en el momento de la elección;

b) Solicitar por escrito la inscripción dentro del término señalado en la resolución convocatoria de que trata el artículo primero, literal g) de la presente disposición;

c) Comprobar mediante certificado que no ha sido sancionado con medidas disciplinarias durante los últimos tres años;

d) Acreditar estudios no inferiores a seis años de educación secundaria mediante certificados del respectivo plantel;

Parágrafo. Los Jefes de las Divisiones de la Dirección General de Prisiones no podrán inscribir su nombre como candidato a representante de los empleados de la Junta de Carrera Penitenciaria.

Artículo quinto. Los candidatos inscritos someterán su nombre a votación general la cual se efectuará en la fecha señalada en la resolución de convocatoria.

**Mesas de votación:**

Artículo sexto. Para efectos de la elección funcionarán las mesas de votación que se fijen en la resolución convocatoria.

**Votación:**

Artículo séptimo. Al presentarse a votar un funcionario, el presente de la mesa solicitará su cédula de ciudadanía o el carné expedido por el Ministerio de Justicia o la Dirección General de Prisiones y verificará la identidad del sufragante cumpliendo lo anterior, el empleado depositará su voto en la urna sellada y firmará la planilla respectiva.

Artículo octavo. Solamente pueden votar en cada mesa o lugar de votación las personas pertenecientes a esa jurisdicción de acuerdo con las listas suministradas por la oficina de personal del respectivo establecimiento penitenciario.

Artículo noveno. Las personas cuyo nombre no figuren en la lista podrán votar siempre y cuando el presidente de la mesa verifique su identidad y el hecho de que no lo han realizado en otro lugar.

Artículo décimo. A quienes se les compruebe que han votado más de una vez o han hecho fraude en la elección se les investigará y sancionará de acuerdo con el régimen disciplinario vigente.

**Escrutinio:**

Artículo once. Terminada la votación los jurados harán el recuento de los votos y dejarán constancia en acta, la cual será enviada a la Dirección General

de Prisiones junto con las planillas y los votos, a más tardar dentro de los tres días siguientes a la votación.

Artículo doce. Los escrutinios se efectuarán veinte días después de la elección general y estará presidido por el Director General de Prisiones y la Junta Central del debate, actuando como Secretario Profesional Especializado de la Dirección General de Prisiones.

Artículo trece. El Director General de Prisiones comunicará la elección al representante y suplente elegidos, quienes deberán presentar por escrito su aceptación dentro de los diez días siguientes al recibo de la notificación.

Artículo catorce. Recibida la aceptación de las personas elegidas como representante y suplente, el Director General de Prisiones procederá a entregar las respectivas credenciales.

Artículo quince. Los candidatos podrán designar hasta dos observadores para que sigan el desarrollo de la votación en las respectivas mesas el día de la elección y para que asistan en los escrutinios.

Los observadores, si es el caso y así lo desean dejarán constancia de las irregularidades o de la plena satisfacción ante el proceso seguido por ellos en la elección.

Las irregularidades denunciadas serán investigadas por la Junta Central del debate y decididas de plano antes de ocho días.

Artículo dieciséis. Esta resolución rige a partir de la fecha de su expedición y deroga las que le sean contrarias.

Comuníquese y cúmplase.

Dada en Bogotá, D.E.

*Jaime Camacho Flórez* (Firmado).

Secretaria ad hoc, *Gloria Consuelo Rodríguez Madero* (Fdo.)

Argumenta la impugnadora que la resolución preinserta se fundamenta en lo dispuesto en el Decreto 1491 de 1990, el cual califica de inconstitucional, puesto que mediante él, el Presidente de la República, sin estar facultado para ello, legisló sobre la Carrera Penitenciaria, instituyendo otra carrera administrativa: la del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del ramo penitenciario, cuando al tenor de lo preceptuado en el ordinal 10 del artículo 76 de la Constitución de 1886, sólo al Congreso compete expedir normas sobre las distintas carreras administrativas y despojó a los empleados no uniformados del ramo carcelario dependiente de la Dirección General de Prisiones

del derecho a votar en la elección de representante - principal y suplente - de los empleados de la carrera penitenciaria.

Para una mejor inteligencia de la contención, conviene precisar lo siguiente:

En ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 27 de 1993 el Presidente de la República expidió el Decreto-ley número 1817 de 1964, el cual en su artículo 100 dispuso:

"Establécese la carrera de personal del Ramo Carcelario y Penitenciario, independiente del Servicio Civil, la que estará regulada por los principios que consagra este estatuto, y por las normas que dicte el Gobierno para su organización". Según voces del artículo 38 ejusdem, en armonía con el artículo 3° del Decreto Reglamentario 2655 de 1973, el personal del Servicio Carcelario y Penitenciario se clasifica en directivo, científico y técnico de custodia y vigilancia.

De modo que al consagrarse sin excepción alguna, la carrera penitenciaria para el personal del Ramo Carcelario y Penitenciario mediante el Decreto-ley 1817 de 1964, ello significa que los funcionarios pertenecientes al Cuerpo de Custodia y Vigilancia, que forman parte de ese personal, pueden acceder a dicha carrera.

Por su parte, la Ley 32 de 1986 define al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional como un organismo armado, de carácter civil y permanente, al servicio del Ministerio de Justicia e integrado por personal uniformado, recalcando que "Sus miembros recibirán formación y capacitación en la Escuela Penitenciaria Nacional; pertenecerán a la Carrera Penitenciaria de que trata el artículo 100 del Decreto 1817 de 1964 y no podrán elegir o ser elegidos para corporaciones políticas ni participar en organizaciones o actividades de índole partidista" (subraya fuera de texto).

No obstante lo anterior y como acertadamente lo advierte la demandante, el Gobierno Nacional sin contar con las correspondientes facultades extraordinarias profirió el Decreto 1491 de 1990, en cuyo artículo 1°, modificatorio del artículo 6° del Decreto 2655 de 1973, señaló:

"Podrán pertenecer a la Carrera Penitenciaria todos los funcionarios que cumplan los requisitos exigidos en el presente decreto y que no formen parte el Cuerpo de - Custodia y Vigilancia -.

La Carrera del Cuerpo de Custodia y Vigilancia se regirá por lo establecido en la Ley 32 de 1986.

La norma transcrita claramente excluye a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la Carrera Penitenciaria, contrariando lo dispuesto en las disposiciones de orden legal, Decreto 1817 de 1964 y Ley 32 de 1986, que permiten su acceso a la referida carrera, evidenciándose en consecuencia, su desarmonía no solo con los mandatos legales mencionados, sino con el precepto constitucional a que alude la demandante, - ordinal 10 del artículo 76 de la Constitución de 1886 -, conforme al cual corresponde al Congreso de la República legislar sobre aspectos concernientes a las distintas carreras administrativas, o al Presidente de la República en ejercicio de precisas facultades extraordinarias que aquel le confiera y esto no sucede en el *sub lite*.

De otra parte, es imperativo observar que el Consejo de Estado en providencia fechada el 26 de octubre de 1990, suspendió provisionalmente la expresión "y que no forma parte del Cuerpo de Custodia" y Vigilancia", utilizada en el inciso primero, del artículo 1° del Decreto 1491 de 1990, modificatorio del artículo 6° del Decreto 2655 de 1973, para la cual razonó así:

> "Es el primer aparte que se ha subrayado donde se ve una evidente violación de normas superiores, citadas por el demandante, percibible a través de una sencilla comparación, puesto que al paso que la norma legal, es decir, la Ley 32 de 1986 en el art. 2°, segundo inciso, establece que los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia 'pertenecerán a la Carrera Penitenciaria de que trata el artículo 100 del Decreto 1817 de 1964', la norma reglamentaría los excluye, dado que precisa que si los funcionarios forman parte del cuerpo en cuestión, no podrán pertenecer a la mencionada carrera".

De acuerdo con lo expuesto, es indudable que la exclusión de la carrera penitenciaria del personal de Custodia y Vigilancia de ese ramo, efectuada por el Decreto 1461 de 1990, contraría flagrantemente normas de jerarquía superior y comoquiera que la resolución impugnada, en el apartado a) del artículo primero es el desarrollo de las disposiciones que consagran tal exclusión, pues precisamente reglamenta, en cuanto a ese tópico, la elección del representante de los empleados no uniformados de la Dirección General de Prisiones a la Junta de Carrera Penitenciaria Nacional, fuerza concluir que ese mandato carece absolutamente de soporte jurídico y, por ello, se impone su nulidad; más no así con el resto del acto administrativo que, no obstante incidir esa frase en la elección, se refiere tan solo a la elección en sí misma considerada que en verdad ha obedecido postulados legales como acaba de verse.

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:

Anúlase la expresión "no uniformados" contenida en el literal a) del artículo primero de la resolución número 00921 de 19 de julio de 1990, expedida por el Director General de Prisiones, del Ministerio de Justicia, por la cual se reglamentó la elección del representante de los empleados en la Junta de Carrera Penitenciaria.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en los anales del Consejo de Estado y archívese el expediente. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 2 de noviembre de 1995.

*Carlos Arturo Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.*

*Myriam C. Viracachá Sandoval,* Secretaria (E.).

**CARRERA PENITENCIARIA Y CARCELARIA - Régimen Aplicable / CARRERA PENITENCIARIA - Ingreso / CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA - Régimen de Carrera**

**La carrera de personal del ramo carcelario y penitenciario creada por el Decreto-ley 1817 de 1964, se rige por los principios que el mismo consagra y por las normas que dicte el gobierno para su organización, ostentando primacía los previstos en el estatuto, que no excluye de la carrera penitenciaria a quienes "formen parte del cuerpo de custodia y vigilancia". Es más, la Ley 32 de 1986 por la cual se adopta el Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia, después de definirlo y prever su formación y capacitación en la Escuela Penitenciaria Nacional, determina que "pertenecerán a la Carrera penitenciaria de que trata el artículo 100 del Decreto 1817 de 1964".**

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintiocho (28) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Alvaro Lecompte Luna.*

Radicación número 5333.

Referencia: Decretos del Gobierno.

Actora: Cooperativa de ahorro y crédito de la guardia y exguardianes de la penitenciaría y cárceles de Colombia Ltda. "Cooguarpenal Ltda."

En demanda presentada el 14 de septiembre de 1990, la Cooperativa de Ahorro y Crédito y Ex-guardianes de la penitenciaría y cárceles de Colombia Ltda. "Cooguarpenal Ltda.", a través de apoderado, y en ejercicio de la acción de nulidad de que trata el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicitó de la jurisdicción la declaratoria correspondiente respecto del Decreto Reglamentario

número 1491 de 1990 "por el cual se modifica parcialmente el Decreto número 2655 de 1973, sobre la carrera penitenciaria".

Admitida la demanda fue contestada oportunamente, por el apoderado de la Nación-Ministerio de Justicia, oponiéndose a sus pretensiones.

## I. DE LOS HECHOS, DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

En síntesis, en los hechos de la demanda se afirma:

Que "el artículo 100 del Decreto 1817 de 1964 estableció la carrera penitenciaria para el personal del ramo carcelario y penitenciario, independiente del servicio civil; por los artículos 101 y 102 *ibidem* previó que pueden pertenecer a dicha carrera las personas que hubiere (sic) obtenido título de idoneidad en la Escuela Penitenciaria Nacional, como también los empleados que estén prestando o hayan prestado con eficacia servicios en el ramo de prisiones y que aprueben los cursos que organice la Dirección General de Prisiones".

Que el artículo 3º del Decreto 2655 de 1973 precisó los empleos que comprende el ramo carcelario y penitenciario y quiénes pueden ingresar a la carrera correspondiente.

Que el artículo 31 de la norma en comento indicó la composición de la Junta de la carrera penitenciaria.

Que el artículo 4º del Decreto 819 de 1974 modificó la norma anterior disponiendo que hacen parte de la Junta de la carrera además un suplente del representante de los empleados; que actuará como secretario de la Junta el Jefe de la División de Inspección de la Dirección General de Prisiones. Establece igualmente la forma de elección y el período del representante de los empleados y su suplente.

Que el artículo 9º de la Ley 32 de 1986 determina el procedimiento de inscripción del guardián en la carrera penitenciaria.

Que a pesar de lo anterior, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1491 de 1990, modificando su artículo 1º al 6º del Decreto 2655 de 1973, disponiendo que sólo podrán pertenecer a la carrera penitenciaria "todos los funcionarios que cumplan los requisitos exigidos en el presente decreto y que no formen parte del cuerpo de custodia y vigilancia se regirá por lo establecido en la Ley 32 de 1986", es decir que creó dos carreras: la penitenciaria y la del cuerpo de custodia y vigilancia.

Que el artículo 2º del decreto acusado, establece que en la elección del representante y suplente de los empleados sólo pueden participar aquellos inscritos

en la carrera penitenciaria, con exclusión del personal de carrera del cuerpo de custodia y vigilancia creada por el artículo 1°.

Por último se precisa, que la Dirección General de Prisiones expidió la Resolución número 0921 de 1990 para reglamentar "la elección del representante de los empleados no uniformados de la Dirección General de Prisiones a la Junta de carrera penitenciaria" y que como consecuencia de lo anterior, sólo otorga el derecho al voto para los fines de la elección a "todos los empleados no uniformados del ramo carcelario dependientes de la Dirección General de Prisiones". (Fols. 18 a 20).

Estima el libelista que el decreto acusado violó las disposiciones contenidas en los artículos 55 y 76-10 de la Constitución de 1886.

En el concepto de la violación, el actor manifiesta que el Ejecutivo invadió la órbita de competencia del legislativo, puesto que es a éste a quien corresponde dictar las normas atinentes a la carrera administrativa.

Que el Gobierno Nacional para dictar el decreto en cuestión, necesitaba autorización precisa y *pro tempore* del órgano legislativo.

## II. DE LA SUSPENSION PROVISIONAL

La demanda fue admitida por auto del 26 de octubre de 1990, en el que se decretó la suspensión provisional de la proposición "y que no formen parte del Cuerpo de Custodia y Vigilancia" contenida en el primer inciso del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1491 de 1990, expedido por el presidente de la República y refrendado por el Ministro de Justicia. Se denegó la suspensión provisional de las demás disposiciones del acto acusado.

La Sala, en esa oportunidad, después de confrontar el texto de la norma acusada y las disposiciones constitucionales y legales pertinentes, determinó que:

> "El acto acusado y cuya suspensión provisional íntegra se solicita, invoca 'las facultades que le confieren el numeral 3° del artículo 120 de la Constitución Política y el artículo 100 del Decreto 1817 de 1964'. Trátese por consiguiente, y en primer lugar, de un decreto de tipo reglamentario, emanado por ende, de la atribución que la Carta otorga al presidente de la república como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa para expedir aquellas medidas necesarias para la cumplida ejecución de las leyes. En segundo término, se fundamenta en la facultad que le otorga el artículo 100 citado, que a la letra dice: 'Establécese la carrera de personal del ramo carcelario y penitenciario, independiente del servicio civil, la que estará regulada por los principios que consagra este estatuto, y con las normas que dicte el gobierno para su organización'. Es decir, que además de la atribución constitucional de la

potestad reglamentaria, el acto acusado se apoya, igualmente en esa prerrogativa que le asigna el mencionado Decreto-ley 1817 de 1964 en la proposición comprendida en las palabras que la Sala ha subrayado dentro del texto transcrito.

Sin embargo, es claro, que 'la carrera del personal del ramo carcelario y penitenciario' creada por el mencionado Decreto-ley 1817 de 1964 se rige, en principio, no sólo 'con las normas que dicte el Gobierno para su organización' (debió decir 'por las normas...') sino también por 'los principios que consagra este estatuto', los que por tener rango legislativo, ostentan primacía sobre aquellas, por razones obvias. Y uno de esos principios es aquel según el cual (arts. 101 y 102) pertenecen a la carrera penitenciaria 'las personas que hubieren obtenido título de idoneidad en la Escuela Penitenciaria Nacional' o las que estén prestando con eficiencia servicios en el ramo de prisiones y aprueben los cursos que organice la Dirección General de Prisiones. Para expresarlo de otro modo, no excluye a quienes integren el Cuerpo de Custodia y Vigilancia mas no indica en forma contundente, que puedan pertenecer o estar inscritos en la misma. (Las citas constitucionales se refieren a la Carta de 1886; hoy la potestad reglamentaria se contiene en el artículo 189-11 de la de 1991).

No obstante lo anteriormente anotado; la Ley 32 de 1986 (febrero 3) 'por la cual se adopta el Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia, define éste como un 'organismo armado, de carácter civil y permanente al servicio del Ministerio de Justicia e integrado por personal uniformado' rubricando seguidamente que 'sus miembros recibirán formación y capacitación en la Escuela Penitenciaria Nacional; pertenecerán a la Carrera Penitenciaria de que trata el artículo 100 del Decreto 1817 de 1964 y no podrán elegir ni ser elegidos por corporaciones políticas ni participar en organizaciones o actividades de índole partidista'". (Se subraya).

Pese a lo que se ha destacado por la Sala en el párrafo precedente, el acto cuya suspensión provisional se solicita, dice a la letra:

"Podrán pertenecer a la Carrera Penitenciaria todos los funcionarios que cumplan los requisitos en el presente Decreto y que no formen parte del Cuerpo de Custodia y Vigilancia.

La Carrera del Cuerpo de Custodia y Vigilancia se regirá por lo establecido en la Ley 32 de 1986.

El Director General de Prisiones, los Jefes de División de la Dirección General de Prisiones y el Director de la Escuela Penitenciaria Nacional, serán funcionarios de libre nombramiento y remoción del Gobierno" (art. 1° que

subroga el art. 6° del Decreto Reglamentario 2655 de 1973; las subrayas no son del texto).

Es en el primer aparte que se ha subrayado donde se ve una evidente violación de normas superiores, citadas por el demandante, percibible a través de una sencilla comparación, puesto que al paso que la norma legal, es decir, la Ley 32 de 1986 en el artículo 2°, segundo inciso, establece que los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia "pertenecerán a la Carrera Penitenciaria de que trata el artículo 100 del Decreto 1817 de 1964", la norma reglamentaria los excluye, dado que precisa que si los funcionarios forman parte del cuerpo en cuestión, no podrán pertenecer a la mencionada carrera.

## III. DE LOS ARGUMENTOS DEL OPOSITOR

Notificada la demanda fue contestada oportunamente por el apoderado de la Nación-Ministerio de Justicia, oponiéndose a sus pretensiones, argumentando que "se aprecia claramente que el Decreto 1491 del 9 de julio de 1990, se expidió en el ejercicio legítimo de las atribuciones que le otorga al Presidente de la República, contenidas en el numeral 3°, del artículo 120, que lo faculta para ejercer la potestad reglamentaria, como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa, y para el cual también se indicó en segundo término, la facultad otorgada por el artículo 100 del Decreto 1817 de 1964 que a la letra dice "establecer la Carrera del personal del Ramo Carcelario y Penitenciario, independiente del servicio civil, la que estará regulada por los principios que consagra este estatuto, y con las normas que dicte el Gobierno para su organización" (fls. 50 a 53).

## IV. DEL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El agente del Ministerio Público conceptúa que la pretensión de nulidad tiene vocación de prosperidad, solamente respecto del inciso primero del artículo 1° del Decreto 1491 de 1990, en cuanto a la expresión "que no forme parte del Cuerpo de Custodia y Vigilancia", suspendida en el auto admisorio de la demanda. Por lo demás, en su opinión, el Ejecutivo no invadió la órbita de acción del Legislativo con su expedición, ya que se expidió con fundamento en la potestad reglamentaria prevista en el numeral 3° del artículo 120 de la Constitución Política vigente en la época de su expedición, y en el artículo 100 del Decreto 1817 de 1964.

## V. DEL TEXTO DEL DECRETO ACUSADO

"DECRETO NUMERO 1491 DE 1990

(julio 9)

*por el cual se modifica el Decreto 2655 de 1973, sobre la Carrera Penitenciaria.*

El Presidente de la República de Colombia, en uso de las facultades que le confiere el numeral 3° del artículo 120 de la Constitución Política y el artículo 100 del Decreto 1817 de 1964.

**DECRETA:**

Artículo 1°. El artículo 6° del Decreto 2655 de 1973, quedará así:

Artículo 6°. Podrán pertenecer a la Carrera Penitenciaria todos los funcionarios que cumplan los requisitos exigidos en el presente decreto y que no formen parte del Cuerpo de Custodia y Vigilancia.

La carrera del Cuerpo de Custodia y Vigilancia se regirá por lo establecido en la Ley 32 de 1986.

El Director General de Prisiones y el Director de la Escuela Penitenciaria Nacional, serán funcionarios de libre nombramiento y remoción del Gobierno.

Artículo 2°. El artículo 31 del Decreto 265 de 1973, quedará así:

Artículo 31. La Junta de la Carrera Penitenciaria estará integrada por el Director General de Prisiones o su delegado, el Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia o su delegado, el Jefe de la División de Inspección de la Dirección General de Prisiones quien actuará como Secretario de la junta y el representante de los empleados.

Los representantes principal y suplente de los empleados de la Carrera Penitenciaria, serán elegidos por los mismos para un período de dos años, previa convocatoria que hará al Dirección General de Prisiones y por el sistema que ésta determine.

Artículo 3°. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias".

Llegado el momento de decidir y no observándose vicio alguno que afecte el proceso, para resolver,

**SE CONSIDERA**

1. El acto acusado y cuya nulidad íntegra se solicita, invoca "las facultades que le confieren el numeral 3° del artículo 120 de la Constitución de 1886 y el artículo 100 del Decreto 1817 de 1964". Trátase, por lo tanto, de un decreto de tipo reglamentario, fundamentado además en la facultad otorgada por el artículo 100 citado.

2. El artículo 100 *ibidem* prescribe: "Establécese la carrera del personal del Ramo Carcelario y Penitenciario, independiente del servicio civil, la que estará regulada por los principios que consagra este estatuto y por las normas que dicte el Gobierno para su organización".

3. La carrera penitenciaria creada por el mencionado Decreto-ley se rige por los principios en él consagrados y por "las normas que dice el gobierno para su organización".

4. Dispone el artículo 101 que "Pertenecerán a la Carrera las personas que hubieren obtenido títulos de idoneidad en la Escuela Penitenciaria Nacional". Y el artículo 102 establece: "Podrán pertenecer también a la Carrera, los empleados que están prestando o hayan prestado con eficiencia servicios en el Ramo de Prisiones y que aprueben los concursos que organice la Dirección General de Prisiones".

5. La Ley 32 de 1986 "por la cual se adopta el Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia" lo define como "un organismo armado de carácter civil y permanente al servicio del Ministerio de Justicia e integrado por personal uniformado" agregando que "sus miembros recibirán formación y capacitación de la Escuela Penitenciaria Nacional; pertenecerán a la Carrera Penitenciaria de que trata el artículo 100 del Decreto 1817 de 1964 y no podrán ser elegidos para corporaciones políticas ni participar en organizaciones o actividades de índole partidista". (Subrayas fuera del texto. Art. 2°).

6. Del estudio de las normas transcritas queda claro que "la carrera del personal del ramo carcelario y penitenciario" creada por el Decreto-ley 1817 de 1964, se rige por los principios que el mismo consagra y por las normas que dicte el gobierno para su organización, ostentando primacía los previstos en el estatuto, que no excluye de la carrera penitenciaria a quienes "formen parte del cuerpo de custodia y vigilancia". Es más, la Ley 32 de 1986 por la cual se adopta el Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia, después de definirlo y prever su formación y capacitación en la Escuela Penitenciaria Nacional, determinar que "pertenecerán a la Carrera Penitenciaria de que trata el artículo 100 del Decreto 1817 de 1964".

7. A través de una sencilla comparación del acto demandado con las normas superiores citadas, se evidencia que aquel las infringe, puesto que, la Ley 32 de 1986 artículo 2°, segundo inciso, establece que los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia pertenecerán a la Carrera Penitenciaria de que trata el artículo 100 del Decreto 1817 de 1964 y la norma reglamentaria los excluye, dado que precisa que si los funcionarios forman parte del cuerpo en cuestión, no podrán pertenecer a la mencionada carrera.

Respecto del segundo inciso del artículo 1° del decreto demandado, no se encuentra que contraríen disposiciones superiores, dado que se trata de una remisión a la Ley 32 de 1986, que de un lado adopta el Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia y de otro lo involucra –al Cuerpo de Custodia y Vigilancia– a la ya existente carrera penitenciaria.

En relación al inciso tercero del mismo artículo 1° y a los artículos 2° y 3° del decreto acusado, no encuentra la Sala transgresión alguna a la normatividad superior.

Lo anteriormente expuesto, conduce a que la Sala sólo acceda a decretar la nulidad de la proposición "y que no formen parte del Cuerpo de Custodia y Vigilancia" contenida en el primer inciso del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1491 de 1990, y que no acoja tal petición en lo que atañe a los demás acápites del acto acusado.

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

**FALLA:**

DECRÉTASE la nulidad de la proposición "y que no formen parte del Cuerpo de Custodia y Vigilancia" contenida en el primer inciso del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1491 de 1990, expedido por el Presidente de la República y refrendado por el Ministro de Justicia.

DENIÉGASE la otra petición de la parte actora.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en los **Anales del Consejo de Estado** y archívese el expediente. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 2 de noviembre de 1995.

*Carlos Arturo Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.*

*Myriam C. Viracachá Sandoval,* Secretaria (E.).

**PERSONAL DOCENTE - Vicariato Apostólico / PENSION DE JUBILACION DE PERSONAL DOCENTE DE VICARIATO APOSTOLICO - Entidad obligada a pagar / EDUCACION CONTRATADA - Vicariato Apostólico/ IGLESIA CATOLICA - Educadores**

**La Caja de Previsión Social de Casanare se negó a reconocer la pensión vitalicia de jubilación a la ahora demandante que conforme a lo dispuesto en el artículo 75 del Decreto 1848 de 1969, la pensión de jubilación se reconocerá y pagará por la última entidad de previsión social a la cual estuviere afiliado el funcionario oficial al momento de su retiro del servicio. Y si éste no estuviere afiliado a ninguna entidad de previsión el reconocimiento y pago deberá hacerlo directamente la entidad o empresa empleadora. De tal suerte, que como la actora en ningún momento fue afiliada a la entidad demandada, corresponde al Vicariato Apostólico de Casanare pagar dicha prestación, por ser ésta, la entidad en donde la demandante prestó sus servicios como docente. La Fiscal Novena de la Corporación estima, como ya se dijo, que las pretensiones de la demanda deben denegarse, confirmando, por ende, el fallo recurrido, con fundamento en que conforme a los contratos realizados entre el Estado y la Iglesia Católica, los sueldos y demás gastos inherentes a la buena marcha de los centros educativos bajo contrato serían pagados por el Estado. Estando demostrado que la actora prestó sus servicios al Vicariato apostólico bajo la modalidad de la Educación Contratada, eventualmente podría concluirse que correspondería a la Nación (Ministerio de Educación), reconocer y pagar la pensión de jubilación solicitada por la actora.**

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintiocho (28) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Alvaro Lecompte Luna.*

Radicación número 5357.

Referencia: Autoridades Nacionales.

Actora: Carlota Morales de Riveros.

Entra la Sala a decidir acerca del recurso de apelación interpuesto, por medio de apoderado debidamente reconocido, por la señora Carlota Morales de Riveros contra la sentencia de 29 de agosto de 1990 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, en la cual dicha corporación denegó las pretensiones de la demanda instaurada por la actora contra las resoluciones por las cuales la Caja de Previsión y Seguridad Social de Casanare negó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, a la que según ella tiene derecho por haber laborado como "maestra de educación primaria en diferentes municipios y veredas del territorio de la Intendencia Nacional de Casanare" y haber cumplido los requisitos de tiempo y edad exigidos para ello.

La providencia objeto del recurso de alzada niega las pretensiones incoadas en el correspondiente libelo demandatorio, estimando que existe ilegitimación en la causa por pasiva, pues, cuando se presentó la demanda ya estaba en vigencia la Ley 43 de 1975, por medio de la cual se nacionalizó la educación pública. De tal suerte, que los gastos de funcionamiento, que antes de la promulgación de la precitada ley, eran sufragados por la respectiva entidad territorial que prestara el servicio, pasaron a ser de cuenta de la Nación. De manera, dice el *a quo,* que la demanda debió incoarse contra la Nación y no contra la Caja de Previsión Social de Casanare, como en el presente caso se hizo.

Al descorrer el traslado que para alegar de conclusión se dio a las partes mediante auto de 17 de enero de 1991, con relación a los argumentos expuestos por el Tribunal de instancia para denegar las pretensiones de la demanda, el apoderado de la parte demandante sostiene en el escrito respectivo, que si bien la Ley 43 de 1975 estatuyó en su artículo 1° que los gastos de educación primaria y secundaria antes de la expedición de la precitada ley eran sufragados por las respectivas entidades territoriales en donde se prestara el servicio sería de cuenta de la Nación, no es menos cierto, que al tenor de lo dispuesto en el artículo 2° de la misma ley, las prestaciones sociales que se hubieren causado hasta ese momento, serían pagadas por la entidad a la cual estuviere adscrito el funcionario docente. Arguye, además, que según la norma general la pensión de jubilación está a cargo de la última entidad a la cual estuvo vinculada laboralmente, correspondiente, entonces, a la Intendencia de Casanare satisfacer las pretensiones de la demandante, por ser ésta la entidad en donde la actora laboró como maestra.

La Agencia Fiscal del Ministerio Público ante esta Corporación en vista que corre a folios 110 a 116 del cuaderno principal, éstima que la sentencia recurrida amerita confirmarse. Pero, hace algunos reparos a los argumentos esgrimidos por el *a quo* para llegar a la decisión que ahora es objeto de impugnación, afirmando que la actora había adquirido el derecho a la pensión de jubilación con anterioridad a la expedición de la Ley 43 de 1975. Por lo tanto, dice la Fiscalía, la legislación que debe aplicarse o tenerse en cuenta para analizar el derecho impetrado, es la normatividad vigente al momento en el cual este derecho fue adquirido, y no la Ley 43 en la cual se basó el Tribunal Administrativo de Boyacá.

Tramitado el proceso en legal forma sin que se observe defecto que incida en la actuación, debe la Sala proferir sentencia, a lo cual procede previas las siguientes

## CONSIDERACIONES

Se trata de dilucidar en este asunto la legalidad de los actos acusados y, por ende, si la demandante tiene o no el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, por un lado, y si esta obligación está a cargo de la entidad demandada, como lo afirma la actora, o, por el contrario, su reconocimiento y pago corresponde a la Nación, como lo afirman desde sus respectivas posiciones el Tribunal de instancia y la agencia del Ministerio Público.

Puede inferirse de las pruebas que obran en el proceso, y así lo acepta la entidad demandada en los actos acusados, que por haber reunido los requisitos de edad (50 años) y de tiempo de servicio a la administración pública (20 años), la actora había adquirido el status de pensionada, teniendo, por consiguiente, derecho a que se le reconociera la pensión vitalicia de jubilación. No obstante lo anterior, la Caja de Previsión Social de Casanare se negó a reconocer dicha prestación a la ahora demandante señora Carlota Morales de Riveros, arguyendo que conforme a lo dispuesto en el artículo 75 del Decreto 1848 de 1969, la pensión de jubilación se reconocerá y pagará por la última entidad de previsión social a la cual estuviere afiliado el funcionario oficial al momento de su retiro del servicio. Y si éste no estuviere afiliado a ninguna entidad de previsión el reconocimiento y pago deberá hacerlo directamente la entidad o empresa empleadora. De tal surte, que como la actora en ningún momento fue afiliada a la entidad demandada, corresponde al Vicariato Apostólico de Casanare pagar dicha prestación, por ser ésta, la entidad en donde la demandante prestó sus servicios como docente.

La Fiscal Novena de la Corporación estima, como ya se dijo, que las prestaciones de la demanda deben denegarse, confirmando, por ende, el fallo recurrido, con fundamento en que conforme a los contratos realizados entre el Estado y la Iglesia Católica, los sueldos y demás gastos inherentes a la buena marcha de los

centros educativos bajo contrato serían pagados por el Estado. Estando demostrado que la actora prestó sus servicios al Vicariato Apostólico bajo la modalidad de la Educación Contratada, eventualmente podría concluirse que correspondería a la Nación (Ministerio de Educación), reconocer y pagar la pensión de jubilación solicitada por la actora.

Estos criterios llevan a concluir que la solicitud de la señora Morales de Riveros no debió elevarse a la Caja de Previsión Social de Casanare, máxime cuando la certificación expedida por el Coordinador Nacional de Educación de esa sección del país así lo revela, es decir, que los servicios prestados fueron a la Nación, a través del Vicariato Apostólico.

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 29 de agosto de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá por la cual denegó las pretensiones de la demanda incoada por la señora Carlota Morales de Riveros.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al tribunal de su origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada en Sala en sesión celebrada el día 20 de noviembre de 1995.

*Carlos Arturo Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.*

*Myriam C. Viracachá Sandoval,* Secretaria (E.).

**DOCENTE UNIVERSITARIO - Concepto / DOCENTE UNIVERSITARIO - Inexistencia / PROGRAMA DE BIENESTAR ESTUDIANTIL / Instructor ajedrecista**

**El accionante realizaba labores de instrucción ajedrecística con los estudiantes que cursaban las distintas carreras que ofrecía la universidad. La verdad es que esas labores no permiten catalogar al actor como docente, en los términos descritos por el artículo 8º del Acuerdo 7 de 1971 y el artículo 23 del Acuerdo 5º de 1981. Nótese que la primera norma define como docentes a quienes "ejercen funciones de enseñanza superior o actividades investigativas de carácter científico", y que la segunda considera como tales a quienes "ejercen directa y primordialmente funciones de enseñanza universitaria, técnica o práctica, o actividades investigativas o de asesoría"; vale decir, que docente universitario, que es el carácter que el actor pretende se le reconozca, es el que imparte la formación académica propia de la respectiva carrera profesional o que adelanta actividades de investigación o asesoría en dicho proceso de formación profesional, mas no quien se encarga de planear, dirigir, evaluar, coordinar y ejecutar actividades recreativas y competitivas del deporte a su cargo, cual era la función básica asignada al demandante. La labor que ejecutó el actor se ubicaba entre los programas de bienestar estudiantil, cuya finalidad si se quiere, podría ser la de coadyuvar a la formación integral del educando, mas no a su formación profesional propiamente dicha, lo que conduce a colegir, que el aprendizaje de disciplinas deportivas dentro de la programación de las actividades de bienestar, no tiene como finalidad la formación de profesionales en esa actividad, como sí acontece con las asignaturas constitutivas del pénsum específico de una carrera universitaria; dentro del bienestar estudiantil se desarrollan actividades de esparcimiento, distensión, y por qué no de distracción, que coadyuvan al proceso de formación de la persona,**

**pero que no necesariamente se requieren para la formación del profesional.**

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., noviembre veintinueve (29) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Joaquín Barreto Ruiz.*

Radicación número 6651.

Referencia: Autoridades Departamentales.

Actor: Daniel Mauricio Rodríguez Pineda.

Decide la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 6 de diciembre de 1991 por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

## LA DEMANDA

Está encaminada a obtener la nulidad de las Resoluciones números 777 y 858 de 1988, proferidas por el Consejo Superior de la Universidad de Antioquia, mediante las cuales se negó la petición formulada por el demandante, señor Daniel Mauricio Rodríguez Pineda, en el sentido de que reconociera que desde el 23 de abril de 1973, fecha de su ingreso a la mencionada universidad, tiene la calidad de docente, a que se declare que ha tenido derecho a encontrarse vinculado al escalafón docente en los términos del estatuto respectivo y a que se condene a la entidad demandada a cancelarle, en forma retroactiva, los reajustes salariales y prestaciones sociales de que no disfrutó por no haber sido vinculado a dicho escalafón, tomando como base el salario a que tendría derecho si estuviera escalafonado como docente.

Subsidiariamente el demandante solicitó, además de la nulidad de las resoluciones citadas, que se declare que la Universidad de Antioquia incumplió el contrato celebrado el 5 de junio de 1985, al no reincorporarlo a una posición docente y no reexaminar sus condiciones y ubicación en el escalafón universitario, de acuerdo con lo previsto en la cláusula 4ª *ibidem* y, consecuencialmente, que se determine que desde el 1° de julio de 1986 tiene la calidad de docente y derecho a las prerrogativas que ella le confiere, y se le paguen desde esa fecha los ajustes salariales y prestacionales que dejó de disfrutar, a las cuales tendría derecho si se le hubiera escalafonado como docente.

Relata el actor que mediante la Resolución número 442 de 1973 ingresó a la Universidad de Antioquia, como profesor de medio tiempo en la especialidad deportiva de ajedrez, correspondiéndole desarrollar las funciones que especifica; que en 1975 se vinculó a la Asociación de Profesores de la Universidad, lo cual sólo podía hacer si ostentaba la calidad de docente, según se desprende del artículo 5° de los estatutos de esa asociación; que en diferentes documentos la entidad demandada le dio el calificativo de profesor, condición que se prueba mediante los diferentes trabajos realizados con y por los alumnos, con los conceptos de varias personas sobre el particular y con el hecho de habérsele expedido carné de docente y, que por ostentar ese carácter, en el contrato de comisión de estudios que celebró con la Universidad en el año de 1985, ésta se comprometió a reincorporarlo a una posición docente y a reexaminar sus condiciones de ubicación en el escalafón docente y que el lapso de comisión se tendría en cuenta para el tiempo de jubilación y liquidación de cesantía, en las condiciones previstas en el artículo 116 del Acuerdo número 5 de 1981, así como para su escalafón en la universidad.

Estima infringidos los artículos 17 de la Constitución Política de 1886, 2°, 25 y 35 del Decreto 2845 de 1984, 45 y 46 del Decreto 515 de 1986, 2° y 23 del Acuerdo número 5° de 1981, e invoca como fundamento de sus pretensiones además de los decretados citados, los estatutos generales de 1969 y 1980, los acuerdos números 4 de 1965, 14 de 1976, 3 y 5 de 1981 y las Resoluciones números 2° de 1968 y 133 de 1973.

## LA SENTENCIA

El Tribunal del conocimiento negó las pretensiones de la demanda en virtud de que consideró infundados los argumentos esgrimidos por el accionante, pues aunque se le haya dado el trato de profesor, esa calidad sólo la confiere la autoridad competente de acuerdo con las prescripciones legales; porque no existe una relación directa entre los trabajos realizados por los alumnos y la calidad de docente del señor Rodríguez Pineda; porque la expedición del carné de docente al actor y su vinculación a la asociación y a la cooperativa de profesores de la Universidad, no prueban esa condición, pues pudo ocurrir que esas instituciones hayan obrado *motu proprio* o incurrido en equivocación al adoptar esas determinaciones.

También adujo el *a quo* que si bien en el contrato de comisión de estudios que el demandante celebró con la Universidad en 1985, se incluyeron las cláusulas a las que se hace alusión en la demanda, ello acaeció por descuido, pues en la parte inicial de ese documento se afirma claramente que se trata de un contrato para personal administrativo, no para un docente y que contractualmente no es posible desconocer lo que la ley ha estatuido con anterioridad, y que los conceptos emitidos por varias personas sobre el carácter de docente del accionante nada prueban, ya

que ni siquiera se incorporaron legalmente al expediente, esto es, en la forma establecida en los artículos 268 y ss. del Código de Procedimiento Civil.

Igualmente se indica en el fallo que desde su ingreso a la Universidad, se consideró al actor como entrenador o instructor adscrito a la Oficina de Deportes y al Departamento de Deportes Universitario y que él mismo afirma que en el año de 1980, el Comité de Evaluación de Oficios lo clasificó como empleado administrativo, que nunca hizo parte de una facultad o escuela, sino de la mencionada dependencia, a la cual compete todo lo relacionado con la práctica del deporte por los estudiantes; que aunque una de sus funciones como entrenador haya sido la de impartir instrucción teórica y práctica a los asistentes de los programas y efectuar evaluación de su desempeño, esa labor no equivale a la ejecutada por quienes son calificados como ejecutada por quienes son calificados como docentes de la Universidad, por cuanto no dependía de una facultad; y que si, se aceptara que la mencionada fuera la actividad principal del actor, que no lo fue, a la luz de lo dispuesto en los artículos 8° y 23 de los acuerdos números 7 de 1971 y 5° de 1981 –Decreto 693 de 1981–, tampoco saldría avante su argumento, toda vez que dicha instrucción no corresponde a una enseñanza superior o a una actividad investigativa de índole científica, como se establece en dichas normas, cuando se señalaba la forma como está constituido el cuerpo docente de la Universidad.

## EL RECURSO

En el memorial de sustentación, el demandante aduce que de conformidad con el artículo 23 del Reglamento del Personal Docente de la Universidad –Acuerdo número 5 de 1981–, los elementos que caracterizan al docente son: 1. Vinculación a la entidad. 2. Funciones de enseñanza la cual puede ser universitaria, teórica o práctica y 3. La realización de actividades de investigación o asesoría, y según se desprende de los artículos 2° y 4° *ibidem,* se está en presencia de una actividad docente, cuando se cuenta con estos elementos: interrelación de profesores y estudiantes, utilización de instrumentos, aprovechamiento de aptitudes y actitudes, y cambios de conducta, todo lo cual caracterizó su actividad como entrenador, por lo que debe concluirse que desarrolló las labores propias de un docente.

Con base en lo anterior, impetra la revocación del fallo y el despacho favorable de las pretensiones de la demanda.

La Procuraduría Cuarta Delegada en lo contencioso, se abstuvo de emitir concepto sobre la presente contención.

Llegado el momento de decidir, a ello se procede, previas las siguientes

## CONSIDERACIONES:

Se trata de establecer si el demandante durante el tiempo que estuvo vinculado laboralmente a la Universidad de Antioquia, tuvo o no el carácter de docente. Para eso es menester, precisar lo siguiente:

– Consta en autos que el señor Daniel Mauricio Rodríguez Pineda mediante Resolución 442 de 1973 fue designado entrenador de ajedrez, con adscripción a la Oficina de Deportes –Dirección de Asuntos Estudiantiles (fls. 4 a 6) y que a raíz de la modificación de su nombramiento efectuada por medio de la Resolución 115 de 1975, quedó como instructor entrenador (fls. 59 a 62).

De conformidad con los documentos obrantes a folios 290 y 291, aportados por la entidad demandada y admitidos como pruebas (fls. 278 y 327), son funciones del entrenador de deportes:

Función básica:

Planear, dirigir, evaluar, coordinar y ejecutar las actividades recreativas y competitivas del deporte a su cargo, de acuerdo con las políticas definidas por el superior inmediato.

Funciones específicas:

1. Planear, organizar, dirigir y controlar las actividades del personal a su cargo.

2. Orientar en la parte teórica y práctica a los auxiliares de deportes que tiene bajo su coordinación.

3. Planear, dirigir, evaluar y coordinar las actividades y programas a nivel competitivo en representación de la Universidad, tanto a nivel local y departamental como nacional e internacional.

4. Proponer la reglamentación de las competencias internas que programe el departamento, en su respectiva disciplina.

5. Proponer la programación y atender actividades de proyección a la comunidad, tales como: asesorías, charlas, conferencias, seminarios, foros, demostraciones, etc. Atender solicitudes de diferentes entidades.

6. Diseñar programas sobre torneos de carácter recreativo para el personal vinculado a la Universidad.

7. Impartir instrucción teórica y práctica a los asistentes a los programas y efectuar la evaluación de su desempeño.

8. Participar en las actividades colectivas (reuniones, mesas redondas, conferencias, comisiones, etc.) efectuadas en la Universidad en cumplimiento de trabajos específicos de la rama deportiva correspondiente.

9. Propender por el cumplimiento de las normas y reglamentaciones del Departamento de Deportes y de la Universidad.

10. Coordinar y/o participar de las Comisiones existentes en el Departamento: deporte competitivo, deporte formativo, deporte recreativo - interno, prensa, relaciones públicas, mantenimiento.

11. Establecer bajo la orientación del Jefe inmediato relaciones con ligas, clubes, etc.

12. Colaborar con el registro y suministro de estadísticas en proyectos de investigación en el campo del deporte.

13. Cumplir con las demás funciones inherentes a su oficio y que le sean asignadas por autoridad competente" (fls. 291 y 292).

El artículo 8° del Acuerdo 7 de 1971, contentivo del reglamento docente de la Universidad de Antioquia, vigente cuando se operó el ingreso del actor a ella, establecía:

"Calidad de docentes. El cuerpo docente universitario está formado por las personas que al servicio de la Universidad ejercen funciones de enseñanza superior o actividades investigativas de carácter científico" (folio 311).

Por su parte el artículo 23 del Acuerdo 5° de 1981, aprobado por el Decreto 693 del mismo año, que contiene el Reglamento de Personal Docente, sustitutivo del mencionado anteriormente (fl. 384), prescribe:

"Calidad de docente. El cuerpo docente de la Universidad está formado por las personas que estando a su servicio ejercen directa y primordialmente funciones de enseñanza universitaria, teórica o práctica, o actividades investigativas o de asesoría.

En su nombramiento deberá constar expresamente el carácter de docente.

También forman parte del cuerpo docente las personas que se vinculan bajo la forma de contrato de prestación de servicios para el desempeño de funciones docentes" (fl. 384, pág. 12 vto.).

No obstante que las pruebas obrantes en el expediente demuestran que el accionante realizaba labores de instrucción ajedrecística con los estudiantes que cursaban las distintas carreras que ofrecía la Universidad, que escogían ese deporte

con el fin de cumplir con una exigencia que conforme a los reglamentos del alma mater se requería para optar el título profesional correspondiente, la verdad es que esas labores no permiten catalogar al actor como docente, en los términos descritos por el artículo 8° del Acuerdo 7 de 1971 y el artículo 23 del Acuerdo 5 de 1981. Nótese que la primera norma define como docentes a quienes "ejercen funciones de **enseñanza superior o actividades investigativas** de carácter científico", y que la segunda considera como tales a quienes "ejercen directa y primordialmente funciones de **enseñanza universitaria,** técnica o práctica, o actividades investigativas o de asesoría"; vale decir, que docente universitario, que es el carácter que el actor pretende se le reconozca, es el que imparte la formación académica propia de la respectiva carrera profesional o que adelanta actividades de investigación o asesoría en dicho proceso de formación profesional, mas no quien se encarga de planear, dirigir, evaluar, coordinar y ejecutar **actividades recreativas y competitivas del deporte a su cargo,** cual era la función básica asignada al demandante.

En otras palabras, la labor que ejecutó el actor se ubicaba entre los programas de bienestar estudiantil, cuya finalidad si se quiere, podría ser la de coadyuvar a la formación integral del educando, mas no a su formación profesional propiamente dicha, lo que conduce a colegir, que el aprendizaje de disciplinas deportivas dentro de la programación de las actividades de bienestar, no tiene como finalidad la formación de profesionales en esa actividad, como sí acontece con las asignaturas constitutivas del pénsum específico de una carrera universitaria; dentro del bienestar estudiantil se desarrollan actividades de esparcimiento, distensión y por qué no de distracción, que coadyuvan al proceso de formación de la persona, pero que no necesariamente se requieren para la formación del profesional.

Constituye fundamento del anterior aserto, lo siguiente: a) el demandante no fue asignado para desempeñar sus funciones a ninguna facultad; cumplió las de instructor de ajedrez en la Sección de Deportes de la Dirección de Bienestar Universitario (folio 62); b) su vinculación a la entidad, se produjo sin que hubiera obtenido el título profesional, el cual en principio es requisito indispensable para desempeñarse como profesor universitario; c) según los reglamentos de deportes de la Universidad, los estudiantes pueden ser liberados de su práctica por incapacidad, lo cual no procedería si ellos formaran parte del pénsum de una carrera profesional, como sería la de educación física, pues si así se procediera no podría obtener título profesional en esta área de la educación, pues sería ilógico declarar habilitado a alguien para enseñar o ejercer lo que no sabe, precisamente porque se le liberó de su aprendizaje.

Así las cosas, fuerza concluir que no es dable declarar que el demandante tuvo la calidad de docente durante el lapso en que prestó sus servicios como instructor

de ajedrez en la Universidad demandada y, por tanto; no es procedente acceder a las pretensiones que formuló en el libelo demandatorio. Deberá entonces, ser confirmada la sentencia que en tal sentido pronunció el Tribunal del conocimiento.

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

**FALLA:**

Confírmase la sentencia proferida el 6 de diciembre de 1991 por el Tribunal Administrativo de Antioquia en el proceso promovido por Daniel Mauricio Rodríguez Pineda contra la Universidad de Antioquia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 16 de noviembre de 1995.

*Carlos A. Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno,* ausente.

*Myriam C. Viracachá Sandoval,* Secretaria (E.).

**FUNCIONARIO DE CARRERA - Traslado / INCORPORACION A LA NUEVA PLANTA DE PERSONAL - Empleado de carrera / SUPRESION DE EMPLEOS**

**Los movimientos de personal efectuados al demandante luego de haber sido inscrito en la carrera administrativa se llevaron a cabo, bien mediante la figura del traslado, que por disposición legal se produce a un cargo de funciones afines al que desempeña, de la misma categoría y para el cual se exigen requisitos similares (art. 29 D. 1950/73), constituye un movimiento horizontal de personal y no implica, en principio la pérdida del fuero de carrera, bien a través de la incorporación en una nueva planta de personal, incorporación que estaba obligada a producir la administración en beneficio del actor, en cumplimiento de la estabilidad que debía garantizarle como empleado de carrera administrativa. Movimientos de personal, ambos, producidos por decisión unilateral de la administración, que tratándose del traslado, el empleado debía acatar; y tratándose de las incorporaciones, estaba en circunstancia en que ante la supresión el cargo que desempeña lo obligaban a aceptar, so pena de quedar desvinculado del servicio con clara mengua de sus derechos derivados de la carrera.**

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., noviembre veintinueve (29) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Joaquín Barreto Ruiz.*

Radicación número 7916.

Referencia: Decretos del Gobierno.

Actor: Hugo Angarita Merlo.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 25 de noviembre de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá.

## ANTECEDENTES

Hugo Angarita Merlo, mediante apoderado, solicitó al Tribunal declarar la nulidad del Decreto número 947 de 11 de abril de 1991 expedido por el Gobierno Nacional, mediante el cual se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Jefe de División, Código 2040, Grado 14, de la División Técnica del Distrito de Obras Públicas número 4 –Tunja (fl. 17 cdno. ppal.) y que, como consecuencia, la Nación (Ministerio de Obras Públicas y Transporte) reintegre al actor al empleo equivalente al de ingeniero III-23, es decir, al de Profesional Universitario, Código 3020, Grado 06, aquel en el cual fue inscrito en el escalafón de la carrera administrativa, según Resolución número 906 del 23 de julio de 1976 dictada por el Departamento Administrativo del Servicio Civil, o a otro similar o de igual o superior categoría y remuneración, sin solución de continuidad; asimismo, finalmente, que la Nación dará cumplimiento al fallo respectivo de conformidad con el término establecido en el artículo 176 del C.C.A. (fls. 39 y 40 *ibidem*).

## LA SENTENCIA APELADA

El *a quo* denegó las súplicas de la demanda (fl. 269 *ibidem*).

Sostuvo el Tribunal que en el caso *sub judice* está claro que el demandante ingresó en la carrera administrativa; sin embargo, cuando su nombramiento fue declarado insubsistente en el año de 1991, no ejercía un cargo en el cual hubiera accedido cumpliendo los requisitos que la ley exige para mantenerse en la carrera; el accionante aceptó un cargo en el que no lo cobijaba el beneficio de ésta, advirtiendo que tampoco se encontraba en el empleo por medio de licencia legalmente concedida; cuando se presenta una situación de esta naturaleza se entiende que se está ocupando un cargo de libre nombramiento y remoción, donde se da la discrecionalidad para declarar la insubsistencia del nombramiento, sin que la circunstancia de haber ingresado mucho antes a otro cargo en carrera administrativa, le otorgue estabilidad en el empleo de libre nombramiento y remoción; esta clase de situaciones están regladas y cuando no se actúa de conformidad con esa reglamentación, el funcionario no puede ampararse en el hecho de que en alguna ocasión haya ingresado a la carrera, tópico sobre el cual el Consejo de Estado se ha pronunciado en diferentes oportunidades; concluye el *a quo* diciendo que como el nombramiento del actor fue declarado insubsistente de un cargo al cual no había accedido, de acuerdo con la carrera, como lo dijo la Sala en providencia del 7 de mayo de 1991, ya no tenía respecto del citado empleo fuero alguno de estabilidad.

## FUNDAMENTO DEL RECURSO

En el escrito contentivo del recurso de apelación (fls. 271 a 273 *ibidem*), el recurrente solicita se revoque la sentencia apelada en todas y cada una de sus partes para que en su lugar se adopte una decisión que restablezca al accionante en su derecho vulnerado, previa nulidad del acto administrativo impugnado.

Manifiesta el apelante que el fallo recurrido se apoya en las siguientes tres providencias de la Corporación:

1. La del 20 de febrero de 1990, según la cual las voces que la sentencia apelada trae a colación se ajustan al caso *sub lite,* pero no propiamente con el sentido y alcance dado por el Tribunal, ya que anda se discute y se pretende con la acción del demandante, más que los derechos alcanzados y derivados de su condición de funcionario de carrera, no propiamente en relación con el cargo cuyas funciones ejercía cuando le sobrevino su ilegal desvinculación definitiva del servicio, pues bien es sabido que la ley lo ha clasificado como un empleo que no pertenece a la carrera; por lo que nada se ruega frente a este, ya que la súplica se contrae a su restablecimiento en el cargo en el cual fue inscrito en la carrera y del que no dejó de pertenecer de acuerdo con las causales de la ley y con el mismo fallo jurisprudencial aportado al proceso del 14 de diciembre de 1988.

2. La del 14 de febrero de 1991, que por coincidencia es la misma de la sentencia allegada al proceso y dejada de apreciar por el *a quo* y en la cual se alude al artículo 22 del Decreto-ley 2400 de 1968 que regula los casos de comisión en que puede estar un funcionario, que es una situación administrativa inconfundible con la de la licencia, confusión esta en que cayó el sentenciador de primera instancia.

3. La del 7 de mayo de 1991, no se ajusta al presente caso, si se tiene en cuenta que el accionante accedió al cargo en el cual se produjo su retiro del servicio por virtud de la incorporación a la nueva planta de personal, que es un derecho preferencial del empleado de carrera, demostrado con la respectiva acta de posesión; inclusive el acceso a Jefe de División por la vía de la incorporación ocurrió antes de la Ley 61 de 1987, con lo que al identificar como funcionarios sujetos de la facultad discrecional a quienes lo venían haciendo dentro del escalafón de la carrera, equivale a darle a dicha ley, un alcance retroactivo que no tiene, y lo que es peor, en sentido restrictivo y desfavorable para el servidor público; de igual modo, no procede en este asunto el deber del funcionario de actualizar el escalafón en la carrera, toda vez que esto es válido siempre y cuando se trate de un empleo de carrera, imposible de hacerlo a partir de la Ley 61 de 1987, más aún imposible tal actualización cuando empleadores como el Ministerio de Obras Públicas y Transporte se apersonan de la tramitación, tanto del escalafonamiento como de la actualización, sin que en esta gestión exista la celeridad y voluntad administrativas que siempre ha requerido la carrera.

Concluye el recurrente afirmando que, por consiguiente, el fundamento jurisprudencial en que se apoya el fallo apelado, si bien procede de la forma en que se lo interpreta y aplica por el *a quo* para otros casos, no es menos cierto que no se adecua al presente con la tipicidad que se lo hizo en la sentencia apelada, dejando sin motivo justificado apreciar el fallo del 14 de diciembre de 1988, el cual además fue proferido luego de la Ley 61 de 1987.

Admitido el recurso de apelación (fl. 286 *ibidem*), 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

Como consta en autos, el demandante fue inscrito en la carrera administrativa mediante la Resolución número 906 del 23 de julio de 1976, proferida por el Departamento Administrativo del Servicio Civil (hoy de la Función Pública), en el empleo de Ingeniero III-23 del Ministerio de Obras Públicas (fls. 24, 25, 26, 145 y 146 cdno. ppal.).

Luego de dicha inscripción se produjo en los años de 1977 y 1978 la **incorporación** del accionante al cargo de Jefe de Sección (fls. 157 a 161 *ibidem*); más tarde, del mismo modo, vino a ser **incorporado** por Decreto número 1457 de junio 5 de 1981 (fls. 11, 12 y 97 *ibidem*) al cargo de Jefe de División 2040, Grado 14, de la División de Obras Públicas de Riohacha, del cual tomó posesión en la misma fecha (fl. 9 *ibidem*); posteriormente, **trasladado** del último empleo aludido al Distrito número 4 de Tunja mediante Decreto número 3200 de 12 de noviembre de 1982, del cual tomó posesión el día 1° de diciembre de este año (fls. 180, 181, 182 y 183 *ibidem*); finalmente, por Decreto número 0288 del 28 de enero de 1991 (fls. 5 y 6 *ibidem*), fue **incorporado** a un cargo igual al anterior y posesionado en él el 14 de febrero del citado año (fls. 3 y 222 *ibidem*).

Como puede observarse, los movimientos de personal efectuados al demandante luego de haber sido inscrito en la carrera administrativa se llevaron a cabo, bien mediante la figura del traslado, que por disposición legal se produce a un cargo de funciones afines al que desempeña, de la misma categoría y para el cual se exigen requisitos similares (art. 29 Decreto 1950/73), constituye un movimiento horizontal de personal y no implica, en principio la pérdida del fuero de carrera, bien a través de la incorporación en una nueva planta de personal, incorporación que estaba obligada a producir la administración en beneficio del actor, en cumplimiento de la estabilidad que debía garantizarle como empleado de carrera administrativa. Movimientos de personal, ambos, producidos por decisión unilateral de la administración, que tratándose del traslado, el empleado debía acatar; y tratándose

de las incorporaciones, estaba en circunstancias en que ante la supresión del cargo que desempeñaba lo obligaban a aceptar, so pena de quedar desvinculado del servicio con clara mengua de sus derechos derivados de la carrera. No está por demás anotar, que no es del caso entrar a analizar la legalidad y aplicabilidad del artículo 2° del Decreto número 0288 de 1991, que considera como ascenso la incorporación a la planta de personal en él establecida, respecto a los empleados de carrera (fl. 8 *ibidem*), porque de una parte el actor no ha invocado su aplicación, y de otra, no ha impetrado su incorporación al cargo de Jefe de División que ocupaba cuando fue desvinculado, sino a uno equivalente a aquel en el cual fue inscrito en la carrera.

En tales circunstancias, la Sala comparte las apreciaciones del recurrente en el sentido de que el demandante no dejó de pertenecer a la carrera administrativa en el empleo en el cual fue inscrito mediante la Resolución número 906 de 1976, pues su incorporación al cargo de Jefe de División en el cual su nombramiento se declaró insubsistente por el Decreto impugnado número 947 de 1991 (fls. 16 y 17 *ibidem*), se produjo con anterioridad a la vigencia de la Ley 61 de 1987 que lo declaró de libre nombramiento y remoción; fue esta una norma que varió la naturaleza del cargo cuando ya estaba ocupado por el funcionario de carrera y, por ende, no estaba en la obligación de obtener comisión para desempeñarlo sin perder su condición de empleado de carrera, pues cuando fue incorporado a él, el referido empleo era de carrera administrativa.

A la anterior conclusión no se contrapone el hecho de que posteriormente en 1991, el actor hubiera sido nuevamente incorporado a una nueva planta de personal, a un cargo de la misma denominación.

Así las cosas, las garantías propias de la carrera se mantienen, pero referidas a los términos exactos del escalafón.

No resulta aplicable, por ende, en caso, como el *sub examine,* lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley 61 de 1987, de conformidad con el cual cuando un empleado de carrera administrativa toma posesión de un cargo distinto del que es titular sin haber cumplido el proceso de selección o de un cargo de libre nombramiento y remoción para el cual no fue comisionado, perderá sus derechos de carrera, ya que se trata no sólo de una incorporación hecha al accionante, sino que además, se produjo con antelación a la vigencia de la referida ley, la cual vino a repetirse, como ya se dijo, en condiciones similares por el Decreto número 0288 de enero 28 de 1991.

El Consejero Ponente en este asunto destaca que el caso *sub judice* es distinto de otros en los cuales se ha pronunciado la Corporación, como al que se alude en la sentencia a que se ha hecho referencia de agosto 20 de 1993, en la que salvó su voto, porque se habían producido "promociones" o "ascensos" al margen de la ley,

y no movimientos que obedecieran a incorporaciones producidas como consecuencia de la adopción de una nueva planta de personal, o de traslados, como fueron los que ocurrieron en el *sub lite,* que producidos en las condiciones anotadas, no se traducen en la pérdida del fuero de carrera, por las razones ya expuestas.

En consecuencia, resulta forzoso concluir que el señor Hugo Angarita Merlo fue desvinculado de la administración ilegalmente y su reintegro debe ordenarse al empleo equivalente en el cual se encontraba escalafonado, ya que ninguna disposición legal obliga a mantenerlo en un cargo diferente y respecto del cual no goce de la garantía de relativa estabilidad laboral derivada de la carrera.

Por consiguiente, habrá de revocarse el fallo apelado y, en su lugar, se accederá a las súplicas del escrito introductorio, en los términos que dispondrá la parte resolutiva de la presente providencia.

Para efectos de la determinación del valor que la parte vencida pagará al actor, la Sala dispondrá el correspondiente ajuste teniendo en cuenta lo ya decidido en casos semejantes, con base en los siguientes razonamientos:

"6. De otra parte la Sala considera pertinente anotar, que en armonía con la concepción del Estado Social de Derecho que a nuestra república le imprimió la Constitución de 1991, dentro de cuyos fines está el respeto a la dignidad humana y al trabajo dentro de la vigencia de un orden justo, para lo cual le asignó a las autoridades la función de asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, la Corporación ha venido discurriendo acerca de la procedencia de decretar el **ajuste de valor o indexación** de las condenas que profiere esta jurisdicción, y dentro de tal dinámica así lo ha dispuesto cuando se trata de sumas fijas, llegando incluso a decretar oficiosamente su ajuste. (Ver las sentencias proferidas el 3 de marzo y el 18 de agosto de 1995 dentro de los procesos 5926 y 7363 instaurados por Carmen Alina Piedrahíta de Ucrós y Mariela Medina Tovar, con ponencia del Consejero Joaquín Barreto Ruiz, y las de julio 13 y julio 27 del presente año correspondientes a los procesos 6301 y 8827 con ponencia de los señores Consejeros doctores Diego Younes Moreno y Dolly Pedraza de Arenas, respectivamente).

Ahora bien, respecto a casos como el presente en el que la condena se refiere al pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir como consecuencia de la desvinculación ilegal del empleado, la Sala considera oportuno hacer las siguientes reflexiones:

a) Cuando la administración se abstiene injustificadamente de pagar oportunamente lo que adeuda, tales valores son afectados por la devaluación,

y quienes los reciben tardíamente, ven menguada su capacidad de compra de bienes y servicios y, por ende, empobrecido su patrimonio;

b) El **ajuste de valor o indexación** de las condenas proferidas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a diferencia de lo que acontece por ejemplo dentro de la jurisdicción laboral ordinaria que carece de una norma legal que faculte expresamente al juez para decretarlo, sí tiene una norma jurídica que le da sustento legal a una decisión de esta naturaleza, cual es el artículo 178 del Código de la materia, que autoriza al juez administrativo para decretar tal ajuste, tomando como base el **"índice de precios al consumidor, o al por mayor".** De manera, que esta norma despeja cualquier duda que pudiera surgirle al juez administrativo en relación con la fuente legal que le sirva de sustento a una decisión de esta naturaleza;

c) El ajuste de valor autorizado por la ley, obedece al reconocimiento del **hecho notorio** de la constante y permanente devaluación de la moneda de nuestro país, que tratándose de servidores del Estado, fustiga y disminuye en forma continua el poder adquisitivo de sus ingresos.

Por lo anterior, disponer en casos como el presente la indexación, no es sólo una decisión ajustada a la ley, sino un acto de elemental equidad, cuya aplicación por parte del juez tiene soporte al más alto nivel de nuestro ordenamiento jurídico, como lo consagra expresamente la Carta en su artículo 230, en armonía con aquellos preceptos de la Constitución que, como atrás se dijo, le asignan a las autoridades la función de asegurar el cumplimiento de los fines sociales del Estado, el respeto a la dignidad humana y al trabajo, dentro de la vigencia de un orden justo;

d) No disponer dicho ajuste cuando por el efecto de la devaluación la suma que se ordena pagar en términos reales se viene a recibir disminuida por parte de quien ha logrado demostrar dentro del proceso no sólo la equivocación de la administración al haberle negado su derecho, sino la ilegalidad de su decisión, no sólo sería un agravio a la integridad patrimonial de quien ha resultado triunfante en el ejercicio de la acción judicial, sino un enriquecimiento sin causa de quien con su negativa en reconocer oportunamente sus obligaciones, resulta haciendo a la postre una erogación menor a la que debía efectuar si hubiere cancelado en tiempo su obligación. De esta forma se estaría premiando la decisión ilegal de la administración;

e) Al obligar a la parte condenada a pagar el **valor real de lo adeudado,** en verdad no se le está imponiendo una sanción por su conducta renuente, ni se le está haciendo más gravosa su situación u ocasionando un empobrecimiento, como tampoco un enriquecimiento a la parte gananciosa de la contención; se

está obligando sí a la parte vencida, a pagar lo que en justicia debe y en su oportunidad se abstuvo de reconocer, asumiendo como consecuencia lógica de su conducta omisiva, los efectos que la devaluación ha producido en el poder adquisitivo del dinero adeudado y que en forma injustificada paga tardíamente;

f) La Sala considera que tratándose del pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir como consecuencia de una decisión ilegal de la administración, cual es el caso *sub judice,* es similar a aquel en el que lo adeudado es una prestación social que se reajusta periódicamente por mandato de la ley, pues los salarios y, consecuencialmente las prestaciones sociales que se causan durante el servicio, también se reajustan periódicamente por mandato legal; unos y otros tienen la misma fuente, el trabajo, que goza de la especial protección del Estado, ambos son afectados por la devaluación, los dos son objeto de declaración judicial y en los dos casos se ha demostrado judicialmente el proceder errado de la administración. En tales condiciones, no habría lugar a ordenar el ajuste en un caso, y abstenerse de hacerlo en el otro" (sentencia proferida el 15 de noviembre de 1995 dentro del proceso 7760 con ponencia del Magistrado Joaquín Barreto Ruiz. Actor: Guillermo de Jesús Calle Guerra).

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

**FALLA:**

1. **REVOCASE** la sentencia del 25 de noviembre de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá en el presente proceso.

2. **DECLARASE** la nulidad del Decreto número 947 del 11 de abril de 1991 expedido por el Gobierno Nacional, mediante el cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Hugo Angarita Merlo en el cargo de Jefe de División, Código 2040, Grado 14, de la División Técnica del Distrito de Obras Públicas número 4, Tunja.

3. En consecuencia, **ORDENASE** a la Nación (Ministerio de Transporte), reintegrar al señor Hugo Angarita Merlo al cargo de Profesional Universitario Código 3020, Grado 06 o a otro empleo equivalente, y cancelarle los sueldos y prestaciones correspondientes al empleo mencionado, desde la fecha en que se produjo su retiro del servicio hasta cuando en que sea reintegrado al mismo.

4. El valor adeudado será ajustado en los términos del artículo 178 del C.C.A., dando aplicación a la fórmula:

$$R=Rh \frac{\text{Indice final}}{\text{Indice Inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de remuneración y prestaciones sociales desde la fecha de su desvinculación hasta la ejecutoria de la presente sentencia, con inclusión de los reajustes salariales correspondientes a dicho período, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el Dane vigente en la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial.

5. De las sumas que se deben cancelar al señor Hugo Angarita Merlo por los anteriores conceptos, se descontarán aquellas que hubiese recibido durante el período anotado del Tesoro Público, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 128 de la Carta de 1991.

6. DECLÁRASE que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios del señor Hugo Angarita Merlo.

7. La Nación dará cumplimiento a la sentencia dentro del término señalado en el artículo 176 del C.C.A.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 23 de noviembre de 1995.

*Carlos A. Orjuela Góngora,* con aclaración de voto; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro; Alvaro Lecompte Luna.*

Los Magistrados:

*Dolly Pedraza de Arenas,* ausente; *Gaspar Caballero Sierra,* Conjuez.

*Myriam C. Viracachá S.,* Secretaria (E.).

NOTA DE RELATORIA: Sentencia proferida el 15 de noviembre de 1995 dentro del proceso 7760 con ponencia del Magistrado Joaquín Barreto Ruiz.

**EMPLEADO PUBLICO / JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Competencia / VINCULO LABORAL DE LOS EMPLEADOS - Naturaleza / EXCEPCION DE FALTA DE JURISDICCION - Improcedencia / EXCEPCION DE INEPTA DEMANDA - Improcedencia**

**La accionante era una empleada pública, pues ejercía el cargo de Abogado Negociador I sin que por su naturaleza dicho empleo pudiera considerarse como perteneciente al grupo ocupacional técnico operativo a que hace referencia el artículo 5º de la Resolución número 19 del 20 de diciembre de 1974 para calificar a la demandante como trabajadora oficial, razón por la cual este asunto sí es de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa y no de la jurisdicción ordinaria laboral, como lo expresa la parte demandada. No es viable jurídicamente que en las convenciones colectivas pueda determinarse el vínculo laboral existente entre funcionario y la administración, como sucede en el caso *sub examine,* cuando en el artículo 6º de la convención celebrada entre el IDU y su sindicato de trabajadores se consagra que "El Instituto de Desarrollo Urbano reconoce a sus servidores como trabajadores oficiales, hasta jefes de sección, inclusive las excepciones propuestas en la contestación de la demanda no tienen vocación de prosperidad: la primera de ellas, falta de jurisdicción, porque como ya se dijo la demandante era empleada pública y por ende correspondiente a esta jurisdicción conocer de la contención planteada; la segunda, atinente a la "inepta demanda", porque de una parte dentro del presente proceso no tienen aplicación las normas del Código Sustantivo del Trabajo, y de otra, contra los actos discrecionales que desvinculan a un funcionario de libre nombramiento y remoción, no proceden los recursos de reposición y apelación.**

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., noviembre veintinueve (29) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Joaquín Barreto Ruiz.*

Radicación número 8013.

Referencia: Asuntos municipales.

Actora: María Cristina del Pilar Camargo Rojas.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de julio 10 de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

## ANTECEDENTES:

María Cristina del Pilar Camargo Rojas, actuando en su propio nombre, en ejercicio de la acción denominada hoy de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó al Tribunal declarar la nulidad del acto administrativo número 610-0212 del 2 de febrero de 1987 expedido por la Jefatura de la División de Personal del Instituto de Desarrollo Urbano, IDU, dirigido a la demandante, mediante el cual se le comunica que en aplicación de la cláusula 7° del contrato de trabajo a término fijo celebrado entre ella y dicha entidad, el aludido convenio se da por terminado a partir del día 2 de marzo de ese año; que con el fin de que se proceda a la liquidación y pago de las pretensiones a que tiene derecho debe comunicarse con esa dependencia en la fecha de su desvinculación.

Como restablecimiento del derecho solicita su reintegro al cargo que desempeñaba o a otro de superior categoría y remuneración; el pago de los sueldos, con sus aumentos, y demás prestaciones dejados de percibir desde la fecha de la desvinculación hasta cuando se produzca su reintegro; se declare para todos los efectos legales que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios; así mismo, que su relación laboral con el IDU es de carácter legal y reglamentaria, es decir, de derecho público, propia de los empleados públicos (fls. 17 y 18 cdno. ppal.).

## LA SENTENCIA APELADA

El *a quo* en la sentencia apelada declaró la nulidad del acto administrativo acusado y ordenó el correspondiente restablecimiento del derecho (fl. 278 *ibidem*).

Expresó el Tribunal que el IDU es un establecimiento público del orden distrital, y que las personas que prestan sus servicios en esa clase de organismos por regla

general son empleados públicos, por lo cual si la actora desempeñaba un cargo propio de un profesional del derecho como lo señalan las mismas funciones y sus calidades académicas, se llega a la conclusión que la demandante era evidentemente una empleada pública y por esa circunstancia su relación laboral era de carácter legal y reglamentario, no obstante haberse suscrito un contrato de trabajo con sucesivas adiciones, hasta el vencimiento del término en el último período que fue cuando se le comunicó la no continuación de esa relación mediante el acto demandado; de otra parte, el oficio impugnado tenía como propósito decretar para la actora la insubsistencia de su nombramiento y el efecto que con él se buscó fue el de apartarla del servicio público de la entidad; siendo ese el efecto, no hay duda según las funciones que se le asignan al Director del IDU como representante de este organismo, que es el funcionario encargado de nombrar y remover a los empleados oficiales de la entidad, apreciación que se deriva de la lectura del artículo 17, ordinal 3 del acuerdo distrital número 19 de 1972 y del apartado A del artículo 4° de la Resolución número 18 de 1974; al no haberse acreditado que el Jefe de Personal se encontraba facultado para ejercer estas funciones, tal situación lleva al *a quo* a pensar, como lo dice el libelista, que el referido funcionario se arrogó una atribución que no tenía establecida ni en reglamento ni por vía de delegación; por ende, queda claro que el cargo de expedición del acto por quien no era competente para dicho efecto, generó la causal propuesta de expedición irregular del mismo. Anota el Tribunal que conviene hacer una aclaración adicional y pertinente a la condición de empleada que tenía la accionante, con ocasión de la expedición del nuevo Código de Régimen Municipal, Decreto-ley 1333 de 1986 que en su artículo 292 hace la previsión de que los servidores municipales son empleados públicos, sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de las obras públicas tienen la categoría de trabajadores oficiales, y que consagra que en los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo; aun con la imprecisión que trae el artículo 5° de la Resolución 19 de 1974 de la junta directiva, la demandante no tenía la condición de trabajadora oficial y se debe igualmente precisar que lo indicado en aquel artículo se hace extensivo al Distrito Capital por remisión dispuesta en el artículo 125 de la Ley 9ª de 1989; en cuanto a la desviación de poder que se predica, la relación de causalidad entre la investigación que se adelanta por la Personería Distrital contra varios funcionarios del IDU, entre los que se encontraba la accionante, y que por tal hecho se produjo su retiro del servicio, no se probó dentro del proceso, y menos podía darse por la sola existencia de la investigación, para derivar condiciones de inamovilidad; la falsa motivación que se aduce no existió por cuanto la administración estaba en el convencimiento de la índole de trabajadora oficial de la demandante; sólo que quien dio por terminado el contrato de trabajo no

tenía facultad para ello, como ya quedó demostrado; finaliza el *a quo* afirmando respecto de la petición de la demanda atinente a que se declare la calidad de empleada pública de la accionante, que ya se hicieron las correspondientes consideraciones para establecer que esa condición surge por ministerio de las normas citadas, razón por la cual no es dable acceder a dicha solicitud contenida en el ordinal d) de la parte segunda del capítulo de peticiones del escrito introductorio; en relación con las excepciones de falta de jurisdicción y de inepta demanda hechas por el apoderado del IDU, expresa que en lo que concierne a la primera, como se dijo, la demandante era empleada pública, por lo que el conflicto planteado sí es de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa; y en cuanto a la segunda, el Tribunal se abstiene de considerarla, pues no se sustentó la informalidad con la que se le denominó.

## FUNDAMENTO DEL RECURSO DE APELACION

En el escrito contentivo del recurso de apelación (fls. 299 a 304 *ibidem*), la apoderada del IDU expresa que como se ha venido insistiendo ante el *a quo,* no existe competencia para decidir el caso *sub examine* debido a que la vinculación de la demandante se hizo por contrato de trabajo a término fijo celebrado el 2 de septiembre de 1983; las controversias jurídicas que se presenten en tomo a esta relación contractual son de la esfera y competencia de la justicia ordinaria, de conformidad con lo previsto en el artículo 131 del C.C.A. y en el artículo 2° del Código de Procedimiento Laboral, por lo que lo actuado en la anterior instancia está viciado de nulidad absoluta, por carecer de competencia y jurisdicción; dice la apelante que es necesario hacer énfasis en que no es que el contrato de trabajo otorgue el carácter de trabajador oficial, porque es bien sabido que esa condición sólo la conceden la ley y los pactos extralegales que se suscriben, como en el caso que rige en el IDU; en el evento de que se considere que en tal aspecto no le asiste razón a la entidad demandada, solicita se revoque la sentencia apelada porque la notificación surtida por la Jefe de la División de Personal a la accionante respecto de la terminación del contrato de trabajo estaba legalmente expedida y transmitiendo una orden del Director Ejecutivo en cumplimiento de la cláusula séptima del contrato de trabajo suscrito entre las partes; concluye la recurrente que en el supuesto caso de que se confirme la providencia del Tribunal a las condenas que se impongan se deberá descontar lo percibido por la accionante en su carácter de funcionaria de la Empresa de Energía de Santa Fe de Bogotá donde se vinculó desde el 23 de febrero de 1989.

Admitido el recurso de apelación (fl. 306 *ibidem*), 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

La Sala comparte las apreciaciones del *a quo* en cuanto que la actora tiene el carácter de empleada pública respecto de su vinculación laboral con el Instituto de Desarrollo Urbano "IDU", no obstante haber suscrito con esa entidad un contrato de trabajo a término fijo vigente hasta el 2 de marzo de 1987 (fls. 7, 8, 10, 79 y 80 cdno. ppal.), fecha en que se dio por terminado el convenio mediante el acto administrativo impugnado expedido por la Jefe de Personal del citado organismo (fl. 2 *ibidem*).

En providencia de la Corporación de fecha 27 de enero de 1994, expediente número 8350, actor: Alvaro Antonio Azuero Quiñones; Magistrado Ponente: doctor Alvaro Lecompte Luna, en que se estableció la naturaleza del vínculo laboral que ataba al demandante con el "IDU", se expuso lo siguiente:

> El Instituto de Desarrollo Urbano "IDU" fue creado por el Acuerdo número 19 de 1972 como establecimiento público por el Concejo Distrital de Bogotá (fls. 166 a 169).
>
> Mediante la Resolución número 19 de 20 de diciembre de 1974 (fls. 79 a 123), expedida por la Junta Directiva del Instituto de Desarrollo Urbano, se adoptó el estatuto de personal para el mismo, que entre otras cosas, establece:
>
> "Artículo 3°. Las personas que prestan sus servicios en el Instituto, se clasifican en:
>
> a) Empleados públicos;
>
> b) Trabajadores oficiales;
>
> c) Meros auxiliares de la administración.
>
> "Artículo 4°. Son empleados públicos las personas que se vinculan al Instituto por medio de un acto condición y conforme al procedimiento establecido en el presente estatuto.
>
> "Artículo 5°. Son trabajadores oficiales las personas que se vinculan al Instituto por medio de un contrato de trabajo y que pertenecen al grupo ocupacional técnico operativo de conformidad con la naturaleza del cargo.
>
> "Artículo 6°. Son meros auxiliares de la administración las personas que prestan sus servicios al Instituto de manera accidental o transitoria y se vinculan por medio de contrato. No adquieren por este solo hecho la condición de trabajadores oficiales".
>
> Más adelante establece la resolución en el parágrafo del artículo 7° lo siguiente:

"De acuerdo a la naturaleza de las funciones, responsabilidad y complejidad inherentes a los empleados, éstos se distribuirán en los siguientes grupos ocupacionales:

"1. Grupo ocupacional directivo.

"2. Grupo ocupacional profesional

"3. Grupo ocupacional técnico operativo.

"4. Grupo ocupacional administrativo".

Ahora bien, la Resolución número 02 de 14 de febrero de 1975 (fls. 212 a 213), reclasifica los cargos del Instituto y en su artículo 1° incluye en el Grupo ocupacional directivo el cargo de interventor, que era el que venía desempeñando el demandante, lo que a términos de la Resolución número 19 de 20 de diciembre de 1974 le daba la categoría de empleado público al no estar el cargo comprendido entre los grupos ocupacionales Técnico Operativo ni Ocupacional Administrativo.

Así las cosas, la Sala concluye que la categoría del demandante Alvaro Antonio Azuero Quiñones, no era otra que la de empleado público, regida su vinculación con el Instituto demandado por una relación legal y reglamentaria, así formal y materialmente haya celebrado un contrato de trabajo con el Instituto, pues, es la normatividad aplicable al caso lo que determina la calidad de empleado público o de trabajador oficial de la persona vinculada con el Instituto, y no la forma de esa vinculación. En otras palabras, si la normatividad respectiva califica al servidor público como empleado, así será su status no obstante, formalmente haya celebrado contrato de trabajo con el ente u organismo; y si no celebró contrato, será trabajador oficial siempre que se trate, en verdad, de labores de construcción y sostenimiento de obras públicas o si los estatutos así lo determinan. Si tiene lugar aquello, las controversias de carácter laboral que surjan en torno con su vinculación o su desvinculación del servicio, serán del conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo; y si tiene ocurrencia el segundo supuesto, esas controversias serán del conocimiento de la jurisdicción ordinaria en lo laboral".

Consecuentemente con lo allí planteado, aplicable al caso *sub lite,* la accionante María Cristina del Pilar Camargo Rojas era una empleada pública, como ya se dijo, pues ejercía el cargo de Abogado negociador I (fls. 81 y 262 *ibidem*), sin que por su naturaleza dicho empleo pudiera considerarse como perteneciente al grupo ocupacional técnico operativo a que hace referencia el artículo 5° de la Resolución número 19 del 20 de diciembre de 1974 (fl. 83 *ibidem*) para calificar a la demandante como trabajadora oficial, razón por la cual este asunto sí es de

conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa y no de la jurisdicción ordinaria laboral, como lo expresa la parte demandada.

Añade la Sala que no es viable jurídicamente que en las convenciones colectivas pueda determinarse el vínculo laboral existente entre el funcionario y la administración, como sucede en el caso *sub examine,* cuando en el artículo 6° de la convención celebrada entre el IDU y su sindicato de trabajadores se consagra que "El Instituto de Desarrollo Urbano reconoce a sus servidores como Trabajadores Oficiales, hasta Jefes de Sección, inclusive" (fl. 145 *ibidem*).

Hecha la anterior precisión, resulta procedente entrar a estudiar si la actora fue desvinculada del servicio de conformidad con la ley.

En relación con este tópico la Sala encuentra, que está llamado a prosperar el cargo relacionado con la carencia de competencia del Jefe de Personal del IDU para disponer el retiro del servicio de la demandante en su carácter de empleada pública (fl. 20 *ibidem*), como lo destaca el Tribunal en el fallo apelado (fl. 275 *ibidem*), toda vez que tal atribución está asignada al Director de esa entidad descentralizada, y no aparece en el plenario que esa función le hubiese sido delegada al Jefe de Personal, por lo que la sentencia recurrida debe confirmarse.

En efecto, de conformidad con el artículo 17, numeral 3, del Acuerdo número 19 de 1972, "por el cual se crea y reglamenta el funcionamiento del Instituto de Desarrollo Urbano", es función de su Director "Nombrar y remover el personal de empleados del Instituto" (fl. 5 *ibidem*), disposición que se invoca como infringida en el escrito introductorio (fls. 18 y 24 *ibidem*).

Precisa la Corporación sobre este aspecto que la apoderada del IDU en el escrito contentivo del recurso de apelación (fl. 304 *ibidem*) se abstiene de controvertir los soportes jurídicios en que se fundamenta el *a* quo para dar por probado el cargo de incompetencia sostenido en el libelo, pues simplemente expone al respecto que "la notificación surtida por parte de la Jefe de la División de Personal a la demandante en relación con la terminación del contrato, estaba legalmente expedida y tan solo se estaba transmitiendo una orden del Director Ejecutivo en cumplimiento de la cláusula séptima del contrato de trabajo suscrito entre las partes...". Para que se pudiera llegar a una conclusión diferente a la alegada por la actora y aceptada por el *a quo*, que la Sala comparte, era necesario acreditar que el Jefe de Personal sí tenía competencia para desvincular a la demandante, lo cual como se anotó, no fue alegado y menos probado por la apoderada de la entidad demandada.

Las excepciones propuestas en la contestación de la demanda no tienen vocación de prosperidad: la primera de ellas, falta de jurisdicción, porque como ya se dijo la demandante era empleada pública y por ende corresponde a esta

jurisdicción conocer de la contención planteada; la segunda, atinente a la "inepta demanda", porque de una parte dentro del presente proceso no tienen aplicación las normas del Código Sustantivo del Trabajo, y de otra, contra los actos discrecionales que desvinculan a un funcionario de libre nombramiento y remoción, no proceden los recursos de reposición y apelación.

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 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 10 de julio de 1992 en el proceso instaurado por María Cristina del Pilar Camargo Rojas contra el Instituto de Desarrollo Urbano, "IDU", en orden a obtener la nulidad del Acto Administrativo número 610-212 de 2 de febrero de 1987 expedido por el Jefe de la División de Personal de dicho organismo. Adiciónase la citada providencia, en el sentido de que de conformidad con lo dispuesto por los artículos 64 de la Constitución de 1886 y 128 de la actual Carta Política, se deberá descontar lo que la accionante hubiere percibido durante el mismo lapso del tesoro público por concepto de salarios y prestaciones sociales, o en empresas industriales o instituciones en que tenga parte principal el Estado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día dos (2) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

*Carlos A. Orjuela Góngora,* con aclaración de voto; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.*

*Myriam C. Viracachá S.,* Secretaria (E.).

NOTA DE RELATORIA: Reiteración jurisprudencial de fecha 27 de enero de 1994.

**PROVIDENCIA DE CONDENA / DESCUENTO - Improcedencia / EMPLEO PUBLICO - Inexistencia / DOBLE ASIGNACION DEL TESORO PUBLICO - Inexistencia / ANALOGIA - Improcedencia (Aclaración de voto)**

**En efecto, para el suscrito consejero es claro que las sumas a que se condena en la sentencia mencionada para las cuales se toma en cuenta la equivalencia de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir entre la fecha de la desvinculación y la del reintegro no tienen el carácter de otro "empleo público" u otra asignación que provenga del "tesoro público" sino que en verdad vienen a resarcir el perjuicio que el acto ilegal, declarado nulo, le generó al respectivo demandante. No existe norma expresa que le ordene a la jurisdicción contencioso administrativa esta clase de pronunciamientos; y en esta materia no es procedente la aplicación analógica. El juez no puede crear normas, y al hacer este pronunciamiento en la sentencia y ordenar tales descuentos, está creando una disposición no prevista de esta manera en el texto constitucional, ni consignada en esos términos en la ley.**

## ACLARACION DE VOTO

Santa Fe de Bogotá, D. C., noviembre treinta (30) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Con el más profundo respeto por la opinión mayoritaria de la Sala, y no obstante compartir en su esencia la providencia adoptada en este proceso, me separo de lo dispuesto en la parte resolutiva en cuanto se ordena el descuento de las sumas que pueda haber recibido la parte demandante de otra entidad oficial, para lo cual se invocan los artículos 64 de la Constitución Nacional de 1886 y el 128 de la actual.

En efecto, para el suscrito Consejero es claro que las sumas a que se condena en la sentencia mencionada, para las cuales se toma en cuenta la equivalencia de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir entre la fecha de la desvinculación y la del reintegro no tienen el carácter de otro "empleo público" u otra asignación

que provenga del "Tesoro Público", sino que en verdad vienen a resarcir el perjuicio que el acto ilegal, declarado nulo, le generó al respectivo demandante.

Bajo la vigencia del anterior estatuto constitucional, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, al debatir este punto en procesos ejecutivos laborales donde se ventilaba el cumplimiento de sentencias de la jurisdicción contencioso administrativa, formuló –de manera reiterada– algunos razonamientos de la siguiente guisa:

> *"Tomando apoyo en el artículo 64 de la C.N. y en la circunstancia de que el ejecutante había devengado sueldo de la Policía Nacional, la Entidad demandada excepcionó compensación, cobro de lo no debido y pago respecto de los salarios y prestaciones que el demandante hace valer coercitivamente con base en sendas sentencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo que ordenaron su reintegro a la Caja de Previsión Social de Cundinamarca".*
>
> *"El artículo 64 de la Constitución Nacional, dispone:*
>
> "Nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, los departamentos y municipios".
>
> *"La prohibición que consagra el artículo 64 transcrito se refiere a la imposibilidad jurídica de recibir más de una asignación del erario; pero esa prohibición, por ser tal, no puede aplicarse a situaciones similares, así ellas revistan la condición de ser análogas puesto que, tanto en materia civil y por ende la laboral, en ese punto de prohibiciones rige el principio de la tipicidad; no hay prohibición sin ley que la consagre; la analogía en las penas es inadmisible".*
>
> *"Nada impide recibir del Estado sueldo e indemnizaciones al mismo tiempo. Los casos de compatibilidad son numerosos. Piénsese por ejemplo, en el trabajador oficial favorecido con condena a cargo de entidad oficial obligada a pagarle la indemnización moratoria conforme al artículo 1° del Decreto 797 de 1949, cuando al mismo tiempo y durante la tramitación del correspondiente proceso ordinario y con posterioridad a él el mismo trabajador ha sido vinculado contractualmente o por relación legal y reglamentaria con otra entidad oficial. La compatibilidad entre la indemnización y el sueldo nunca ha sido puesta en duda en un caso de esa naturaleza".*
>
> *"La razón está en que la asignación, con su equivalente sueldo, no se asimila a la indemnización. Devengar simultáneamente sueldo o*

*indemnización, es decir, dos prestaciones (en sentido genérico) que tienen dos causas diferentes, no puede estimarse como prohibido por la Constitución Nacional. El artículo 64 busca, ante todo, que la misma persona no desempeñe simultáneamente dos o varios empleos públicos. Pero si una erogación del Erario Público tiene su fuente en el contrato ficto de trabajo o en la situación legal reglamentaria y otra erogación del mismo erario proviene del hecho ilegal de la administración, la prohibición del artículo 64 no puede admitirse".*

*"Es precisamente lo que ocurre en el evento de autos".*

*"Porque el pago de salario dejado de percibir que ordenó la justicia administrativa como consecuencia del reintegro tiene carácter indemnizatorio; busca reparar el daño o perjuicio que ocasionó al demandante el acto nulo de la administración que lo desvinculó ilegalmente del servicio. En cambio los salarios que el actor devengó por servicios prestados a la Policía Nacional tienen su fuente de esa relación de servicio..."* (Providencia del 28 de agosto de 1984, con ponencia del honorable Magistrado doctor Darío Sánchez Herrera, en el proceso de Camilo Cortés B. contra la Caja de Previsión Social de Cundinamarca). (Esta tesis se reiteró en el expediente número 40878, Ponente: honorable Magistrado doctor Alberto Rodríguez R. marzo 11/87; de igual manera, en el exp. número 29629, Ponente: honorable Magistrada doctora Alba Luz Mossos G., junio 5/84; en el exp. número 35949, Ponente: honorable Magistrada doctora Emilia Mesa S., octubre 15/85; y posteriormente, ha sido mantenida por la Sala mencionada del Tribunal Superior de Bogotá).

Dichos planteamientos son válidos enfrente de la redacción de la nueva norma constitucional (art. 128).

De otro lado, no existe norma expresa que le ordene a la jurisdicción contencioso administrativa esta clase de pronunciamientos; y en esta materia no es procedente la aplicación analógica.

Por último, el juez no puede crear normas, y al hacer este pronunciamiento en la sentencia y ordenar tales descuentos, está creando una disposición no prevista de esta manera en el texto constitucional, ni consignada en esos términos en la ley.

Por ello no comparto la parte resolutiva de la sentencia, en lo que se relaciona con esta clase de descuentos.

Con todo acatamiento,

*Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

**POLICIA NACIONAL - Proceso Disciplinario / PROCESO DISCIPLINARIO - Procedimiento**

**El Decreto 100 de 1989, señaló un trámite propio para juzgar a quienes incurran en faltas, el procedimiento a seguir es el consagrado en los artículos 162 a 172 y para juzgar a quienes cometan hechos constitutivos de mala conducta, se debe observar el procedimiento especial previsto en los artículos 176 a 191. No se señalan en el Decreto 100 de 1989, pautas expresas que sirvan para determinar cuándo los comportamientos de los servidores oficiales a quienes él se aplica, lesionan o no gravemente la disciplina de la institución policial; en cada caso particular habrá de sopesarse la magnitud y la trascendencia de dicho comportamiento para proceder a catalogarla como constitutiva de falta común o como falta constitutiva de mala conducta.**

**PROFESIONAL DE LA SALUD - Médico / RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA - Falta grave**

**A juicio de la Sala la conducta omisiva asumida por el actor, antes que ser considerada como el no cumplimiento con el celo y oportunidad requerida de la obligación que el cargo de médico ginecólogo tratante le imponía, traspasa los límites de una falta común, dada la importancia y trascendencia del servicio que debía prestar, pues de la puntualidad de su prestación en el momento justo, dependía la vida de dos seres: la de la madre y la del que está por nacer, es evidente entonces, el riesgo que corrieron las personas a quienes debía prestar atención médica, todo lo cual pudo además, repercutir no sólo en el prestigio de la institución policial, sino en los intereses patrimoniales de la misma. Obró así correctamente la administración, al catalogar el comportamiento del actor como falta constitutiva de mala conducta.**

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., noviembre veintinueve (29) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Doctor *Joaquín Barreto Ruiz.*

Radicación número 8101.

Referencia: Autoridades Nacionales.

Actor: José Moreno Cuesta.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 11 de febrero de 1993 por el Tribunal Administrativo del Quindío.

## LA DEMANDA

Por intermedio de Procurador Judicial el señor José Moreno Cuesta pidió al Tribunal declarar la nulidad de las providencias fechadas el 21 de diciembre de 1990, el 4 de enero y el 1° de marzo de 1991, originarias del Comando del Departamento de Policía del Quindío, por las cuales se declaró responsable disciplinariamente al actor por negligencia en el cumplimiento de sus funciones, al no asistir a la Clínica Central de Armenia a prestar sus servicios como médico ginecólogo cuando fue solicitado los días 3 y 6 de septiembre y 15 de octubre de 1990, para tender los partos de las señoras María Victoria Hernández de Prado y Gloria Guzmán y de la Agente Luz Helena Rendón Salgado respectivamente, y se solicitó a la Dirección General de esa institución su retiro del servicio por haber incurrido en faltas constitutivas de mala conducta en términos del artículo 121 numeral 26 del Decreto 100 de 1989, en concordancia con el artículo 24 literal f) del Decreto 1214 de 1990.

Así mismo impetró la infirmación del proveído expedido por la dirección General de la Policía el 1° de marzo de 1991, que despachó favorablemente al demandante el recurso de apelación que subsidiariamente había interpuesto contra la resolución primeramente mencionada y se sancionó al señor Moreno Cuesta con la pérdida del cargo de Especialista Asesor Segundo que desempeñaba en esa institución (folios 135 a 148, 161 a 165 y 170 a 176 cdno N° 2).

El accionante requirió también el restablecimiento de los derechos que estimó le fueron vulnerados con la expedición de los actos acusados.

En la demanda se citan como transgredidos el artículo 26 de la Constitución Política de 1886, porque no se le notificaron al actor los autos del 24 de febrero y

24 de agosto de 1990, por los cuales se designó a la funcionaria que adelantaría la investigación en su contra (folio 7 cdno.2) y ésta la avocó y dispuso oír en ratificación a los denunciantes y en declaración a quienes tuvieran conocimiento de los hechos de que se le acusaba y oírlo en declaración de descargos (folios 10 y 11 *ejusdem*), toda vez que por mandato del artículo 1° del C.C.A., los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se rigen por éstas, pero en lo previsto en ellas, se debe aplicar la norma de la primera parte de dicho estatuto y en virtud de lo dispuesto en el artículo 267 ibídem, en los aspectos no contemplados en dicho código, se seguirá el Código de Procedimiento civil; de suerte que era de rigor comunicar en forma directa al interesado la existencia de la investigación como lo prevé el artículo 28 del C.C.A. y no optar por la vía del artículo 328 del Código de Procedimiento civil que dispone culminar las providencias con la palabra "Cúmplase", cuando se trate de impartir órdenes al Secretario, como se hizo en dicho auto.

Acota igualmente que la rendición de descargos hace presumir la formulación previa de cargos, para lo cual deben observarse, por lo menos, los principios generales consagrados en la Ley 25 de 1974 y el Decreto Reglamentario 3404 de 1983, disposiciones que eran aplicables al *sub lite* en virtud de lo normado en el Decreto 179 de 1989, que dispone que el personal uniformado y civil de la Policía Nacional está sujeto al procedimiento consagrado en el Decreto 100 de 1989, sin perjuicio de la facultad disciplinaria que tiene la Procuraduría General de la Nación conforme a la ley citada.

Así las cosas, señala, que al inculpado debieron indicársele los hechos u omisiones que se le imputaban, las pruebas de los mismos y las disposiciones supuestamente violadas y nada de ello se cumplió en su caso.

A continuación indica el accionante que al concedérsele sólo tres días para alegar, se conculcó su derecho a la defensa, pues si el Decreto 100 de 1989 no precisa la duración de ese término, debió aplicarse el artículo 210 del C.C.A., o el 414 del Código de Procedimiento Civil, conforme a los cuales el término para ello es de 10 y 5 días respectivamente.

Arguye además que en el disciplinario, a pesar de lo dispuesto en el artículo 182 del Decreto 100 de 1989 en el sentido de que se deben practicar las pruebas solicitadas por el inculpado o por su vocero y las de oficio que se consideren conducentes a la verificación de los hechos, éstas no se decretaron.

Así, los testimonios recepcionados no aparecen decretados.

Plantea luego la transgresión del numeral 1) del artículo 115 del Decreto mencionado por falta de aplicación, porque dada la conducta irregular que se le

endilga -falta de oportunidad en el cumplimiento de sus deberes-, debió recurrirse a esa norma que tipifica como falta el "no cumplir con el debido celo y oportunidad las obligaciones y deberes del servicio..." y no al numeral 26) del artículo 121 *ejusdem*, que hace más gravosa la situación del inculpado, ya que da lugar a la desvinculación del servicio, en tanto que la falta tipificada en el artículo 115 no genera tal sanción.

Por último, el actor señala que se infringió el numeral 5° del literal b) del artículo 86 del Decreto 100 de 1989, que prevé que al personal civil de la Policía se le puede imponer como sanción la pérdida del cargo o empleo y a él se le aplicó la separación del empleo, sanción que es aplicable al personal uniformado de la institución y él no lo es, irregularidad que trató de solucionar el *ad quem* al imponerle la sanción de pérdida del cargo o empleo.

## LA SENTENCIA

El Tribunal del conocimiento negó las súplicas del demandante, en virtud de que estimó que no se dio la violación del artículo 26 de la Constitución Política, por cuanto el Decreto 100 de 1989 no prevé la notificación de la providencia mediante la cual se designa el funcionario investigador, ni la del auto cabeza del informativo, y porque además, la diligencia de descargos se surtió con sujeción a lo previsto en el artículo 180 de dicho decreto.

También se dice en la sentencia que como el decreto citado no fija término para alegar, la duración de éste queda a opción del investigador, sin que sea del caso aplicar por analogía ni el C.C.A. ni el de Procedimiento Civil, y que no hubo transgresión del artículo 182 del Decreto 100 de 1989, puesto que el investigador decretó la práctica de las pruebas conducentes, como se ordena en dicha norma, advirtiendo que la orden de practicar unas pruebas, significa en forma implícita su decreto.

Igualmente el fallador hace un análisis comparativo entre lo normado en el numeral 1) del artículo 115 del Decreto 100 de 1989 y lo dispuesto en el numeral 26 del artículo 121 ibídem, para concluir que las expresiones "no cumplir con el debido celo y oportunidad las obligaciones y deberes del servicio" y "Demostrar negligencia en el desempeño de sus funciones", son conductas muy parecidas que llevan al juzgador a optar por calificar lo que considere mas atinente al caso que se presenta, y en el *sub lite* encajó en la norma últimamente citada la conducta del demandante, para lo cual tenía facultad.

Finalmente, el *a quo* considera que la pérdida del empleo conlleva la separación de la institución y si bien el Departamento de Policía del Quindío utilizó un término diferente al de recomendar que fuera "separado de la institución", tal

imprecisión fue subsanada en el proveído del 1° de marzo de 1991 de la Dirección General de la Policía, en la cual se dispuso sancionarlo con la pérdida del cargo.

## EL RECURSO

Al sustentarlo, la parte actora insiste en que los autos de cuya falta de notificación se queja, debieron, aunque ello no se disponga en el Decreto 100 de 1989, notificársele personalmente, en aplicación de las normas de la primera parte del C.C.A. además, dice, en el auto de 24 de octubre de 1990 se dispuso su notificación y ello no se hizo; lo mismo debió hacerse con el auto cabeza de la investigación porque no es una providencia de mero trámite, por lo que debió notificarse por lo menos por estado.

Reitera igualmente que debió formularse al actor pliego de cargos, ya que tanto la doctrina como la jurisprudencia son contestes en señalar la importancia de esta diligencia en el trámite disciplinario; que por aplicación analógica de las disposiciones de los Códigos Contencioso Administrativo y de Procedimiento Civil, debió indicarse la duración de éste, de conformidad con sus artículos 210 y 414 (10 ó 5 días) que omitir expedir el derecho de pruebas, donde se señalan en concreto las que se van a practicar, es tanto como desconocer los principios de publicidad, audiencia y contradicción de la misma, lo que atenta contra el debido proceso.

Finalmente el apelante expresa que el Decreto 100 de 1989 no prevé que "el juzgador tiene facultad para encajar una conducta a su prudente juicio, y es sabido que el funcionario público sólo puede hacer lo que la ley le permite" (folio 95), de suerte, que si la asumida por él se hallaba tipificada en el numeral 1° del artículo 115 de dicho estatuto, no le era dable a aquel escoger otro tipo legal para hacerle más gravosa su situación.

Con base en tales razonamientos, solicita la revocación de la sentencia.

La Procuraduría Cuarta Delegada en lo Contencioso ante esta Corporación, se abstuvo de emitir concepto sobre la presente contención.

Rituada la segunda instancia, se procede a decidir, previas estas

## CONSIDERACIONES

La censura contra los actos acusados se fundamenta en la violación del debido proceso por no haberse notificado al demandante los proveídos por los cuales se designó el funcionario que adelantó la investigación en su contra, y aquel por medio del cual éste avocó el conocimiento de la misma; por la omisión del mismo funcionario de expedir una providencia ordenando practicar pruebas y de formularle, mediante el pliego respectivo, los cargos que se les imputaban; por conceder sólo tres días y no 10 o 5 para que el inculpado formulara sus alegatos y por considerar que los

hechos irregulares de que se le acusaba, son tipificantes de la falta consagrada en el numeral 26 del artículo 121 del Decreto 100 de 1989, y no en lo previsto en el numeral 1) del artículo 115 ibídem.

El régimen disciplinario de la Policía Nacional, para la época en que se adelantó el proceso disciplinario que culminó con los actos demandados, lo regulaba el Decreto 100 de 1989, estatuto que en el artículo II nominado "Procedimiento Disciplinario", a partir del artículo 162 a 172, consagró el procedimiento para investigar las faltas comunes y en el título III previó el procedimiento especial especial para juzgar las faltas constitutivas de mala conducta.

En términos del artículo 3° del citado decreto, las faltas en él especificadas son comunes, constitutivas de mala conducta y contra el honor policial; las primeras están constituidas por toda violación de los reglamentos u órdenes relativas al servicio o función, siempre que no lesione en materia grave la disciplina institucional (artículo 108) y las constitutivas de mala conducta son aquellas infracciones que por su naturaleza y trascendencia lesionan gravemente la moral, el prestigio o la disciplina de la Policía Nacional.

Para el juzgamiento de estas dos especies de faltas, el Decreto 100 de 1989 señaló un trámite propio: para juzgar a quienes incurran en faltas, el procedimiento a seguir es el consagrado en los artículos 162 a 172 y para juzgar a quienes cometan hechos constitutivos de mala conducta, se debe observar el procedimiento especial previsto en los artículos 176 a 191.

No se señalan en el Decreto 100 de 1989 pautas expresas que sirvan para determinar cuándo los comportamientos de los servidores oficiales a quienes él se aplica, lesionan o no gravemente la disciplina de la institución policial; en cada caso particular habrá de sopesarse la magnitud y la trascendencia de dicho comportamiento para proceder a catalogarla como constitutiva de falta común o como falta constitutiva de mala conducta.

Como quiera que la administración atribuyó al proceder por el cual se investigó al actor, esta última categoría, corresponde analizar si en verdad tal comportamiento merecía esa clasificación.

Sendos informes de los Agentes Norbey Buitrago Guarín y José Antonio Prada Donoso y del Sargento Segundo Almacenista de Farmacia Dequi (fas. 3, 4 y 5 cdno. 2) relacionados con la no concurrencia del accionante a la Clínica Central de Armenia, a pesar de los requerimientos que se le hicieron a ese efecto con el fin de que como ginecólogo tratante, atendiera los partos de las respectivas esposas de los agentes primeramente mencionados y de la agente Luz Helena Rondón Salgado, esposa del señor Hugo Benavides González, hechos ocurridos los días 5,

9 y 16 de octubre de 1990, dieron origen al inicio de la investigación administrativa que culminó con los actos acusados.

A juicio de la Sala la conducta omisiva asumida por el actor, antes que ser considerada como el no cumplimiento con el celo y oportunidad requerida de la obligación que el cargo de médico ginecólogo tratante le imponía, traspasa los límites de una falta común, dada la importancia y trascendencia del servicio que debía prestar, pues de la puntualidad de su prestación en el momento justo, dependía la vida de dos seres: la de la madre y la del que está por nacer; es evidente entonces, el riesgo que corrieron las personas a quienes debía prestar atención médica, todo lo cual pudo además, repercutir no sólo en el prestigio de la institución policial, sino en los intereses patrimoniales de la misma.

Obró así correctamente la administración, al catalogar el comportamiento del actor como falta constitutiva de mala conducta.

El procedimiento disciplinario especial consagrado en el Decreto 100 de 1989 para investigar esta clase de faltas (artículos 175 a 191), no prevé que las providencias por las que se designa investigador y por la que éste avoca el conocimiento de la investigación, deban notificarse al inculpado, si ello es así, no puede infirmarse el acto sancionatorio por falta de aplicación de normas, que en concepto del accionante, debieron aplicarse por analogía, porque la nulidad de los actos administrativos procede cuando infrinjan las disposiciones superiores a las que debían sujetarse.

Por lo demás, si buen la administración no formuló por escrito al accionante un pliego de cargos, basta leer el acta de diligencia de descargos, para comprender que, como era lógico, primero se le hacía responsable de determinados hechos u omisiones y luego el inculpado exponía su versión sobre los mismos y explicaba las razones que lo llevaron a actuar de la manera que en ese momento se cuestionaba.

De modo, que no puede decirse que no hubo formulación de cargos, toda vez que si no se le concretaron por escrito, verbalmente se hizo una clara exposición de ellos.

Es infundada también la impugnación que se apoya en la no fijación del término para alegar en 10 ó 5 días, como lo reclama el actor, porque lo que interesa a la defensa del inculpado, no es la duración de éste, sino el que se le haya brindado la oportunidad de presentar sus puntos de vista sobre la actuación adelantada por el investigador, la cual tuvo el demandante, tan es así, que durante el término señalado para el efecto, el vocero que él mismo designó en la diligencia de descargos (fl.42), presentó el respectivo alegado de conclusión, en donde expone su criterio sobre el particular (fas. 102 a 109 cdno.2).

Resta agregar, que igualmente carece de fundamento la censura que se basa en el hecho de no haberse dictado expresamente una providencia para decretar

pruebas, porque éstas en realidad se ordenaron (folio 10), y se practicaron todas aquellas que fueron necesarias para establecer plenamente que el actor había incurrido en las conductas irregulares que se le imputaron, las cuales, en su momento, fueron sopesadas en su justo valor probatorio. Es así como a folios 19 a 40, 53 a 56, 61 a 64 y 71 a 85 del cdno. 2, aparecen los testimonios de las personas, que de una u otra manera, presenciaron o tuvieron conocimiento de tales hechos.

Finalmente, no encuentra la sala motivo para anular los actos acusados porque en la providencia del 21 de diciembre de 1990 se haya ordenado solicitar a la Dirección de la Policía Nacional la separación del actor de esa institución y no se haya aludido a la sanción de la pérdida del cargo, términos que se emplean en el Decreto 100 de 1989 cuando se trata de las sanciones a imponer al personal civil de la Policía, ya que es un juego de palabras cuya significación real es exactamente la misma, por cuanto una y otra expresión implican la desvinculación del inculpado de la entidad.

En este orden de ideas, fuerza concluir que la sentencia apelada denegatoria de las súplicas de la demanda, amerita ser confirmada.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

**FALLA:**

Confírmase la sentencia proferida el 11 de febrero de 1993 por el Tribunal Administrativo del Quindío, en el proceso promovido por José Moreno Cuesta contra la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 16 de noviembre de 1995.

*Carlos A. Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.*

*Myriam C. Viracachá S.,* Secretaria (E.).

**CARRERA JUDICIAL - Administración / FUNCION PUBLICA DE ADMINISTRACION DE JUSTICIA / CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA - Funciones / CARRERA JUDICIAL - Régimen Aplicable / VACIO NORMATIVO - Inexistencia / LEY - Inaplicación General**

**De conformidad con los preceptos contenidos en los artículos 116 y 228 de la Carta Política la administración de justicia es una función pública, regida por mandatos legales expedidos por el Congreso, y salvo las excepciones establecidas por el constituyente, los cargos de la Rama pertenecen al sistema de administración de personal denominado de carrera judicial, tal como expresamente lo prescribe el artículo 125 de la Constitución Nacional. De acuerdo con el artículo 256 de la Constitución Nacional, corresponde al Consejo Superior de la Judicatura "según el caso y de acuerdo con la ley" administrar la carrera judicial, elaborar la lista de candidatos para la designación de funcionarios judiciales y enviarlas a la entidad que debe hacerla, examinar la conducta y sancionar las faltas de los funcionarios, así como la de los abogados en ejercicio de su profesión; llevar el control de rendimiento de los diferentes despachos judiciales; elaborar el proyecto de presupuesto de la Rama Judicial; dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones. Con motivo del cambio constitucional ocurrido a partir del 7 de julio de 1991, primero en cumplimiento de las disposiciones constitucionales transitorias del artículo 21, y luego con la expedición de la Ley 27 de 1992, las normas expedidas en 1987 para regular la Carrera Judicial conservaron su vigencia en todo aquello que fueran compatibles con la nueva Constitución.**

**La ley de Carrera Judicial es el Decreto-ley 052 de 1987, junto con las demás disposiciones que lo modifican y complementan. No es admisible la tesis de la inaplicabilidad general, como es decir que "algunos títulos entre otros el primero, segundo y tercero del Decreto**

**052/87, son incompatibles con la Carta Magna de 1991", porque implica admitir que por un acto administrativo abstracto se deje de aplicar la ley, pues pueden encontrarse dentro de esas normas legales algunos apartes que son justamente aplicables de conformidad con el nuevo sistema constitucional; luego al Administrador u "Operador Jurídico" no le es aceptable decir de modo general que se inaplica total o parcialmente una norma legal, pues su deber es precisar cuáles son sus contradicciones entre la ley subsistente y la Constitución Nacional.**

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., noviembre veintinueve (29) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Carlos A. Orjuela Góngora.*

Radicación número 9746.

Referencia: Autoridades Nacionales.

Actora: Patricia Devia Torres.

Procede la Sala a desatar la demanda que en acción de nulidad formuló la ciudadana Patricia Devia Torres, contra el literal A) de la Directiva número 02 de abril 28 de 1993, expedida por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

## LA DEMANDA

En el escrito correspondiente, visible a folios 3-6 se pidió la nulidad del literal a) de la Directiva número 02 expedida por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, por violar el artículo 21 transitorio de la Constitución Nacional, que dispuso que mientras se expidieran normas que reglamentaran la carrera en todas las ramas del Poder Público continuarían vigentes las que regularán la materia en cuanto no fuesen contrarias a la Constitución. Como consecuencia de lo anterior, la actora considera que el Decreto 052 de 1987 debe aplicarse en todo lo relacionado con el proceso de selección e ingreso y la calificación de quienes aspiren a ingresar a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público; estas normas no son contrarias a la Constitución y por ende es absurdo entender, como lo hace el Consejo Superior de la Judicatura que desaparecieron las que reglan la Carrera Judicial y del Ministerio Público; siendo más grave pretender que, como el Presidente de la República no ejerció las facultades otorgadas por el artículo 21 transitorio de la Constitución Nacional, ese organismo puede arrogarse funciones que son exclusivas del Congreso.

## CONTESTACION DE LA DEMANDA

La Nación - Consejo Superior de la Judicatura, por intermedio de apoderado, dio contestación al libelo demandatorio (fls. 69-72) y solicitó no darle curso a las pretensiones de la damandante y declarar ajustado a derecho el literal A) de la Directiva número 02 del 28 de abril de 1993, expedida por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Sostiene esta parte que **"la actora desconoce que por virtud de los artículos 256 y 257 de la Constitución Nacional y artículos 4°, numeral 10 y 11, numerales 1° y 2° del Decreto 2652 de 1991, la administración de la Carrera Judicial es función propia del Consejo Superior de la Judicatura y por lo tanto las instrucciones y reglamentos que éste imparta al respecto no constituya arrogación alguna de funciones".**

## NORMAS VIOLADAS

Se afirma en el libelo correspondiente que con el acto acusado se violó la siguiente normatividad: artículo 125 de la Constitución Nacional, artículo 21 transitorio de la Carta Magna; 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 7°, Título Tercero (artículo 21 a 39) y Título V (arts. 44 a 35) del Decreto 052/87.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes

## CONSIDERACIONES

De conformidad con los preceptos contenidos en los artículos 116 y 228 de la Carta Política la administración de justicia es una función pública, regida por mandatos legales expedidos por el Congreso, y salvo las excepciones establecidas por el constituyente, los cargos de la Rama pertenecen al sistema de administración de personal denominado de Carrera Judicial, tal como expresamente lo prescribe el artículo 125 de la Constitución Nacional.

De acuerdo con el artículo 256 de la Constitución Nacional, corresponde al Consejo Superior de la Judicatura **"según el caso y de acuerdo con la ley"** administrar la carrera judicial, elaborar la lista de candidatos para la designación de funcionarios judiciales y enviarlas a la entidad que debe hacerla; examinar la conducta y sancionar las faltas de los funcionarios, así como las de los abogados en ejercicio de su profesión; llevar el control de rendimiento de los diferentes despachos judiciales; elaborar el proyecto de presupuesto de la Rama Judicial; dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones.

Con motivo del cambio constitucional ocurrido a partir del 7 de julio de 1991, primero en cumplimiento de las disposiciones constitucionales transitorias del artículo

21, y luego con la expedición de la Ley 27 de 1992, las normas expedidas en 1987 para regular la carrera judicial conservaron su vigencia en todo aquello que fueran compatibles con la nueva Constitución.

El artículo 21 transitorio en comento señaló:

**"Las normas legales que desarrollen los principios consignados en el artículo 125 de la Constitución serán expedidas por el Congreso dentro del año siguiente a su instalación. Si en este plazo el Congreso no las dicta, el Presidente de la República queda facultado para expedirlas en un término de tres meses.**

**A partir de la expedición de las normas legales que regulen la carrera, los nominadores de los servidores públicos la aplicarán en un término de seis meses.**

**El incumplimiento de los términos señalados en el inciso anterior será causal de mala conducta.**

**Mientras se expidan las normas a que hace referencia este artículo, continuarán vigentes las que regulan actualmente la materia en cuanto no contraríen la Constitución".**

De la anterior norma se observa que el artículo 21 transitoria de la Carta de 1991 le asignó al Congreso de la República la tarea de desarrollar los principios consignados en el canon 125 del año siguiente a su instalación; pero no le impuso la condición de expedir un estatuto de carrera global o genérico.

Si bien es cierto que la Ley 27 de diciembre 23 de 1992 desarrolló el artículo 125 de la Constitución Política, y expidió el estatuto de Carrera Administrativa, también lo es que todo lo relacionado con Carrera Judicial se rige por las normas preexistentes, toda vez que la misma ley dispuso en su artículo 2°, inciso 3°, que:

**"Los servidores del Estado que presten sus servicios en la Presidencia de la República, Congreso de la República y por virtud de la ley, Ministerio de Defensa, Organización Electoral y demás entidades y sectores con carreras especiales o sistemas específicos de administración de personal, continuarán rigiéndose por las normas vigentes para ellos consagradas en la Constitución y la ley".**

Lo anterior significa que la Ley de Carrera Judicial es el Decreto-ley 052 de 1987, junto con las demás disposiciones que lo modifican y complementan.

El contenido del literal A) de la Directiva número 02 del 28 de abril de 1993, expedida por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, reza así:

> **"Ha vencido el plazo que el artículo 21 (transitorio) de la Constitución Política que otorgó al Gobierno Nacional para expedir el Estatuto de Carrera Judicial, sin que se hubiera hecho uso de tal atribución, de manera que toda actuación atinente a esta arteria queda suspendida, en espera de que el Consejo Superior de la Judicatura, que viene dedicado a esa tarea, expida los reglamentos apropiados para llenar los vacíos normativos, de conformidad con el Decreto 2652/91 artículos 4º, numerales 10 y 11, numeral 2º, y habida cuenta de que la Sala Administrativa, en sesión del 30 de marzo del corriente año, llegó a la conclusión de que algunos títulos entre otros el primero, segundo y tercero del Decreto 052/87, son incompatibles con la Carta Magna de 1991".**

De su simple lectura observa la Sala que la primera conclusión del Consejo Superior de la Judicatura (Sala Administrativa) es que no hay ley aplicable; este argumento no es válido porque el artículo 21 transitorio de la Nueva Constitución y la Ley 27 de 1992 le dan vigencia a las normas preexistentes.

Afirma que existe un vacío para entrar a suplirlo con sus propios actos; este proceder es contrario a la premisa constitucional plasmada en el artículo 256, que exige la preexistencia de Ley de Carrera para que se reglamente por parte del Consejo Superior de la Judicatura, y no para que éste legisle.

De otro lado, el razonamiento adicional del cual parte el Consejo Superior es el de que hipotéticamente exista una ley de carrera y ésta sea el Decreto 052 de 1987. Además de que esta tesis es contraria a las demás premisas, encierra la necesidad de su existencia para poderlo confrontar con la Constitución y deducir, por la vía de la inaplicabilidad, qué reglas concretas son las que resultan contrarias a la vigencia de la Carta Magna.

No es admisible la tesis de la inaplicabilidad general, como es decir que **"algunos títulos entre oros el primero, segundo y tercero del Decreto 052/87, son incompatibles con la Carta Magna de 1991",** porque implica admitir que por un acto administrativo abstracto se deje de aplicar la ley, pues pueden encontrarse dentro de esas normas legales algunos apartes que son justamente aplicables de conformidad con el nuevo sistema constitucional; luego al Administrador u "Operador Jurídico" no le es aceptable decir de modo general que se inaplica total o parcialmente una norma legal pues su deber es precisar cuáles son sus contradicciones entre la ley subsistente y la Constitución Nacional.

En este orden de ideas, es procedente decretar la nulidad de la Directiva número 02 de 28 de abril de 1993, emanada de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, en su literal A).

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:**

*Declarar la nulidad* del literal A) de la Directiva número 02 de abril 28 de 1993, expedida por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, que dice:

**"A. CARRERA JUDICIAL**

**Ha vencido el plazo que el artículo 21 (transitorio) de la Constitución Política otorgó al Gobierno Nacional para expedir el Estatuto de Carrera Judicial, sin que se hubiera hecho uso de tal atribución, de manera que toda actuación atinente a esta materia queda suspendida, en espera de que el Consejo Superior de la Judicatura, que viene dedicado a esa tarea, expida los reglamentos apropiados para llenar los vacíos normativos, de conformidad con el Decreto 2652/91, artículo 4°, numerales 10 y 11, numeral 2°, y habida cuenta de que la Sala Administrativa, en sesión del 30 de marzo del corriente año, llegó a la conclusión de que algunos títulos entre otros el primero, segundo y tercero del Decreto 052/87, son incompatibles con la Carta Magna de 1991".**

Notifíquese, cúmplase y publíquese en los **Anales del Consejo de Estado.**

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 19 de octubre de 1995.

*Carlos Arturo Orjuela Góngora,* Presidente.*Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.*

*Myriam C. Viracachá Sandoval,* Secretaria (E.).

**INSTITUTO COLOMBIANO DE SEGUROS SOCIALES - Régimen aplicable / SEGUROS OBLIGATORIOS - Controversias /RELACION CONTRACTUAL / JURISDICCION ORDINARIA - Competencia**

**Por medio de la Ley 90 de 1946 se estableció el seguro social obligatorio y se creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales. El artículo 68 de esta ley determina que las controversias que versan sobre la aplicación de esta ley serán de competencia de la justicia del trabajo. Con esta misma filosofía se dictó el Decreto-ley 2324 de 1984, que en su artículo 6º dispone que la justicia del trabajo tiene competencia privativa para conocer de los juicios o controversias que se susciten en cuanto a las normas del seguro obligatorio o facultativo, dejando a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de los procesos relacionados con decretos ejecutivos aprobatorios de los estatutos y reglamentos del Seguro Social. En este orden de ideas, como la resolución acusada tuvo su origen en una relación contractual, la competente para conocer de esta acción es la justicia ordinaria por carecer esta jurisdicción de facultad jurisdiccional para tramitar el proceso.**

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D.C., veintinueve (29) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia Expediente número 10751.

Autoridades Nacionales.

Actor: Instituto de Seguros Sociales.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la entidad actora, contra la providencia dictada el 29 de abril de 1994, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual declaró probada la excepción de falta de jurisdicción.

## LA DEMANDA

En el libelo que corre a folios 7-13 se pidió la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución número 00301 de 19 de enero de 1984, mediante el actual la Comisión de Prestaciones Sociales del Instituto de Seguros Sociales concedió al señor Antonio Gabriel Vanegas Siabatto una pensión de invalidez, de origen no profesional, a partir del 3 de junio de 1983, y como consecuencia que se disponga que no hay lugar al pago de pensión de invalidez, se ordene la suspensión del pago de mesadas pensionales y se provea a la restitución por parte del demandado Antonio Gabriel Vanegas S., de las sumas percibidas por él, sin fundamento legal, y al pago de intereses legales y de mora a que hubiere lugar.

Como hechos que sirven de sustento a la anterior pretensión se indican los siguientes:

El Instituto de Seguros Sociales, por medio de la Comisión de Prestaciones Sociales expidió la Resolución número 00301 de 19 de enero de 1984, para reconocer, en forma errada, una pensión de invalidez, de origen no profesional al señor Antonio Gabriel Vanegas S., quien alego su calidad de sordomudo.

Empero, esta enfermedad era congénita, es decir, que la padecía antes de empezar a cotizar las cuotas correspondientes ante el Instituto de Seguros Sociales para amparar un riesgo de futura ocurrencia. Esta pensión no podía ser reconocida, pues al momento de comenzar el amparo contra el riesgo, éste ya había ocurrido.

El Instituto ha venido ejecutándo la resolución cuya nulidad se demanda, mediante el pago de la pensión reconocida a Vanegas Siabatto.

## NORMAS VIOLADAS

Como disposiciones violadas con el acto acusado se citan las siguientes; Constitución Nacional; artículos 2, 19, 20, y 63; Código Civil, artículos 9, 18, 27, y 768; Decreto 3041 de diciembre 19 de 1966, aprobatorio del Acuerdo 224 de 1966, y el Decreto 232 de 31 de enero de 1984 que aprobó el Acuerdo 019 de 22 de diciembre de 1983, que modifica el artículo 5° del Acuerdo 224 de 1966; Decreto-ley 1050 de 1977 y disposiciones concordantes.

## LA SENTENCIA

El *a quo* declaró probada la excepción de falta de jurisdicción (fls. 140-146) porque la resolución demandada tiene su fundamento en una relación contractual laboral con una empresa particular, y por tanto el proceso no es de conocimiento de la presente jurisdicción, sino de la jurisdicción ordinaria laboral, según los artículos 131-6 y 132-6 del C.C.A. y 2° del C.P.L.

## EL RECURSO

En el memorial de sustentación del recurso (fls 165-166) la parte actora persiste en el argumento de que a la jurisdicción de lo contencioso administrativo le está atribuido el conocimiento de las acciones de lesividad promovidas por la administración contra sus propios actos, cuando considera que son contrarios al orden jurídico, así su causa mediata sea un contrato de trabajo.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes

## CONSIDERACIONES

La resolución acusada en el *sub examine* (fl. 5) es emanada de la Comisión de Prestaciones Sociales del Instituto de Seguros Sociales-Nacional, y por medio de ella se reconoce una prestación económica de origen no profesional, siendo el último patrono Industria Colombiana de Artefactos S.A., "Icasa".

De acuerdo con el anterior documental el señor Antonio Gabriel Vanegas tuvo como último patrono una empresa particular, la Industria Colombiana de Artefactos S.A., "Icasa", donde desempeñó el cargo de Operario de Soldadura, (fl. 101), lo que significa que su vinculación fue mediante un contrato de trabajo.

Por medio de la Ley 90 de 1946 se estableció el seguro social obligatorio y se creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales.

El artículo 68 de esta ley determina que las controversias que versan sobre la aplicación de esta ley serán de competencia de la justicia del trabajo.

Con esta misma filosofía se dictó el Decreto-ley 2324 de 1948, que en su artículo 6° dispone que la justicia del trabajo tiene competencia privativa para conocer de los juicios o controversias que se susciten en cuanto a las normas del seguro obligatorio o facultativo, dejando a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa el conocimiento de los procesos relacionados con decretos ejecutivos aprobatorios de los estatutos y los reglamentos del Seguro Social.

Según el artículo 131, numeral 6, los Tribunales Administrativos conocen de los siguientes procesos privativamente y en única instancia:

"De los de restablecimiento del derecho de carácter laboral, que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan actos de cualquier autoridad, cuando la cuantía no exceda de quinientos mil pesos ($500.000)...".

En igual sentido, el artículo 132 numeral 6, del Código Contencioso Administrativo señala que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, conoce de los procesos de restablecimiento del derecho de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo.

A su vez, el C.S.T., en su artículo 3° trata de las relaciones de derecho individual del trabajo de carácter particular y de las de derecho colectivo oficiales y particulares.

Así también, el artículo 2° del Código Procesal del Trabajo preceptúa que la Jurisdicción del Trabajo está instituida para decidir los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente del contrato de trabajo.

En este orden de ideas, como la resolución acusada tuvo su origen en una relación contractual la competente para conocer de esta acción es la justicia ordinaria por carecer esta jurisdicción de facultad jurisdiccional para tramitar el proceso.

Los anteriores motivos son suficientes para que la Sala confirme el proveído impugnado.

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

**FALLA:**

Confírmase la sentencia proferida el veintinueve (29) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994) por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el juicio incoado por el Instituto de Seguros Sociales.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 2 de noviembre de 1995.

*Carlos Arturo Orjuela Góngora,* Presidente, *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno,*

*Myriam C. Viracachá Sandoval,* Secretaria (E.).

**CARRERA JUDICIAL / FUNCIONARIO JUDICIAL - Inhabilidad / RESERVA MORAL / DERECHO A REELECCION**

**El artículo 3° literal h) del Decreto 1888 de 1989, consagra como inhabilidad para ser designado o desempeñar cargos en la Rama Judicial, la convicción moral de que la persona no observa una vida pública o privada compatible con la dignidad del empleo. La convicción moral o reserva moral, ha dicho la Sala, es algo que pertenece al fuero interno de las personas, pues proviene de la personal y razonable apreciación que se hace de los actos humanos para compararlos con las reglas de conducta aceptadas por la sociedad, y es motivo autorizado por la ley para que se vote en forma negativa una elección. La razón de la no reelección de la accionante fue precisamente, la reserva moral del nominador, mal podría endilgársele vicio alguno al acto administrativo del Tribunal. La ex funcionaria en su condición de juez escalafonada, dada su vocación a la reelección, tenía el derecho a que su nombre fuera considerado para la elección, pero no era titular del derecho subjetivo a ser reelegido, es decir que el nominador estaba en la obligación de considerar su nombre en la votación respectiva, como aconteció en la reunión de que da cuenta el acta número 006, pero no se le podía asegurar un resultado concreto.**

**FACULTAD DE DESIGNACION - Ejercicio / RECURSO DE APELACION - Improcedencia**

**Tampoco puede predicarse que fue desconocido el derecho de la libelista para interponer el recurso de apelación que, en su parecer, era procedente contra las decisiones acusadas, ya que contra dicho acto no procedía ningún recurso en sede gubernativa, pues se trataba del ejercicio de la facultad de designación que le asistía al Tribunal para elegir dentro de varios candidatos a la persona que en su proceder era la más adecuada para desempeñar la función judicial.**

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente doctora *Dolly Pedraza de Arenas.*

Radicación número 10239.

Referencia: Autoridades Nacionales Apelación Sentencia.

Actora: Martha Agudelo Atehortúa.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de abril diecinueve (19) de mil novecientos noventa y cuatro (1994) proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

## ANTECEDENTES

1. La actora, por intermedio de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó la nulidad de la decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia contenida en el Acta número 006 de enero 27 de 1992 y como consecuencia de dicha nulidad, pidió se declare que es hábil para desempeñar el cargo de Juez Primero Promiscuo Municipal de Amagá y se deje sin efectos la insubsistencia tácita de su nombramiento decretada en el Acta número 009 de enero 30 de 1992. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, solicitó el reintegro al cargo que desempeñaba o a otro de igual o superior categoría; la declaración de que no ha existido solución de continuidad en el ejercicio del cargo; la cancelación de todos los sueldos y prestaciones dejados de devengar con ocasión del acto acusado hasta la fecha en que se ordene su reintegro; la condena a la demandada al pago de 1.000 gramos oro por concepto de perjuicios morales y la liquidación de todas las condenas en los términos de los artículos 176, 177, 178 y 179 del Código Contencioso Administrativo.

2. Alega la demandante que con el acto demandado se desconoció el derecho de defensa, al decidir el nominador, sin procedimiento previo y sin el debido proceso, la falta disciplinaria de inhabilidad para ejercer el empleo. Expresa que el acto fue expedido irregularmente, porque no se explicaron las razones para declararla inhábil para el desempeño del cargo. Agrega la libelista que de conformidad con el Decreto 1888 de 1989 artículo 6°, la providencia que declara la insubsistencia de un nombramiento respecto del cual ha surgido una inhabilidad sobreviniente, por ser

susceptible de control mediante las acciones contencioso-administrativas, supone el agotamiento de la vía gubernativa, que en el caso, como es una providencia de un cuerpo colegiado, tiene superior jerárquico-Corte Suprema de Justicia, y por tanto era susceptible del recurso de apelación, el cual no pudo intentar, ya que fue negada la notificación que permitía ejercerlo.

## DEL FALLO RECURRIDO

El *a quo* accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda; declaró la nulidad de los actos acusados del Tribunal Superior de Antioquia, ordenó el reintegro de la actora a un cargo de igual o superior categoría y el pago de todos los salarios y prestaciones dejados de devengar con el acto acusado. No decretó la condena por perjuicios morales, por no haberse probado el daño sufrido. Estimó el a quo que para que la utilización de la llamada "reserva moral", con respecto a los empleados y funcionarios de la Rama Judicial y el Ministerio Público, sea compatible con los principios informadores del Estado de derecho que consagra la Constitución Nacional vigente, debe ajustarse a las siguientes reglas: 1. El conocimiento por parte del afectado de las razones en que se fundamenta; 2. La posibilidad de controvertir y aportar pruebas en relación con los hechos que se invocan como base de la reserva moral; 3. La necesaria motivación de la decisión, y 4. El procedimiento contradictorio en el que se brinden todas las garantías al funcionario, entre otras, el derecho a la impugnación administrativa o gubernativa. Expresa el Tribunal que ello no sucedió en el caso *sub lite* y que por tanto deben prosperar las súplicas primera y segunda de la demanda, porque el acto acusado no tuvo motivación, como se infiere del texto del acta y además fue desconocido el derecho de audiencia y defensa de la demandante.

## SUSTENTACION DE LA APELACION

La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la decisión del Tribunal. Alega que la reserva moral constituye una inhabilidad para ejercer un cargo en la Rama Judicial, que para nombrar un funcionario judicial no sólo es necesario que se cumplan los requisitos de experiencia y estudio exigidos, sino que existen otros factores que tienen una especial importancia para la función de administrar justicia, como es la convicción moral del nominador de que la persona a elegir observe una vida pública y privada compatible con la dignidad del cargo, que en el caso *sub judice*, el presunto delito de falsedad documental que se adelanta en la Fiscalía Seccional de Medellín contra la actora, es suficiente para no darle garantía al nominador para designarla.

Finalmente, considera la parte demandada que en el *sub lite* no se integró debidamente el contradictorio, porque no se vinculó al proceso al Tribunal Superior de Antioquia y al funcionario que reemplazó a la accionante.

## CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Cuarta Delegada ante esta Corporación solicita se confirme la nulidad de la decisión contenida en las actas demandadas, pero que no se acceda al restablecimiento del derecho, por no haberse demandado los actos que desvincularon a la accionante del cargo. Expresa la señora Procuradora que la reserva moral que argumentó el nominador para no elegir a la demandante en el cargo de Juez Primero Promiscuo Municipal de Amagá, le fue aplicada de plano sin ninguna motivación y sin que la ex funcionaria tuviera derecho a controvertir los cargos que se le endilgaban, infringiendo por ello el artículo 29 de la Carta Política.

Agotado el trámite procesal y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se decide previas las siguientes

## CONSIDERACIONES

Esta Sala dirá en primer término que el análisis para desatar la cuestión litigiosa versará sobre los cargos se violación que en la demanda se formularon a los actos acusados, dejando de lado los demás consignados en las alegaciones en la segunda instancia, pues sabido es que el escrito demandatorio es el marco que limita la decisión jurisdiccional.

Pues bien, a folio 39 cdno. ppal. obra documento emanado del Presidente del Tribunal de Antioquia en el que manifiesta que para el período constitucional 1991-1993, se efectuó el tercer concurso para ingreso, ascenso o permanencia en la carrera judicial y que como culminación de él, se reemplazó a la actora designando otra persona en el cargo de Juez Primero Promiscuo Municipal de Amagá.

Según constancia visible a folio 67 cdno. ppal. la actora fue propuesta por la Sala de Preselección, como candidata para desempeñar el cargo de Juez Primero Promiscuo Municipal de Amagá, y sometida a votación la reserva moral se aprobó con 12 votos a favor, 3 en contra y 3 en blanco.

A folio 74 cdno. ppal. obra el acta número 008 en que se resuelve la petición formulada por la actora para que el Tribunal reconsidere la decisión de enero 27 de 1992. Sometida a votación su solicitud no fue reconsiderada, por un voto a favor catorce en contra y cuatro en blanco.

A folio 86 el Tribunal de Antioquia nombra en período de prueba a la doctora Nancy Gutiérrez Salazar como Juez Primero Promiscuo Municipal de Amagá.

En documento visible a folio 3 obra constancia de que la actora se encontraba inscrita en el escalafón de la carrera judicial.

Como lo ha reiterado esta Corporación, el artículo 3° literal h) del Decreto 1888 de 1989, consagra como inhabilidad para ser designado o desempeñar cargos en la Rama Judicial, la convicción moral de que la persona no observa una vida pública o privada compatible con la dignidad del empleo.

La convicción moral o reserva moral, ha dicho la Sala, es algo que pertenece al fuero interno de las personas, pues proviene de la personal y razonable apreciación que se hace de los actos humanos para compararlos con las reglas de conducta aceptadas por la sociedad, y es motivo autorizado por la ley para que se vote en forma negativa una elección.

De manera que como la razón de la no reelección de la accionante fue precisamente, la reserva moral del nominador, mal podría endilgársele vicio alguno al acto administrativo del Tribunal. La ex funcionaria en su condición de juez escalafonada dada su vocación a la reelección, tenía el derecho a que su nombre fuera considerado para la elección, pero no era titular del derecho subjetivo a ser reelegida, es decir que el nominador estaba en la obligación de considerar su nombre en la votación respectiva, como aconteció en la reunión de que da cuenta el acta número 006, pero no se le podía asegurar un resultado concreto.

La Sala se aparta en consecuencia del criterio del *a quo* al considerar que el acto demandado se produjo irregularmente y con desconocimiento del derecho de defensa, pues no se trata en el *sub lite* de la imposición de una sanción disciplinaria, sino de no haber contado la accionante con la votación requerida para su elección.

De otra parte, tampoco puede predicarse que fue desconocido el derecho de la libelista para interponer el recurso de apelación que, en su parecer, era procedente contra las decisiones acusadas, ya que contra dicho acto no procedía ningún recurso en sede gubernativa, pues se trataba del ejercicio de la facultad de designación que le asistía al Tribunal para elegir dentro de varios candidatos a la persona que en su parecer era la más adecuada para desempeñar la función judicial.

En este orden de ideas, ha de revocarse la sentencia del *a quo* que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda y en su lugar negar las súplicas del libelo.

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

**FALLA:**

REVÓCASE la sentencia de abril diecinueve (19) de mil novecientos noventa y cuatro (1994) proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

En su lugar, RESUELVE:

NIÉGANSE las súplicas de la demanda, en el proceso promovido por la doctora *Martha Selene Agudelo Atehortúa.*

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del dieciseis (16) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

*Carlos Arturo Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno,*

*Myriam C. Viracachá Sandoval,* Secretaria (E.).

**DEMANDA - Requisitos / NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION**

**En forma reiterada esta Sala ha precisado que la demanda es el marco que tiene el juzgador para emitir el fallo, y que como tratándose de la impugnación de actos administrativos el accionante debe indicar las normas que considera violadas y el concepto de su violación (art. 137 C.C.A.), no le es dable al juez anularlos por violación de normas diferentes ni por conceptos de violación no expresados en el libelo.**

**CONVENCION COLECTIVA DE TRABAJO - Beneficiarios / TRABAJADORES OFICIALES**

**Las normas de la convención colectiva de trabajo que consagra beneficios a los trabajadores oficiales no se puede hacer extensiva a los empleados públicos, y finalmente, las normas del Código Sustantivo del Trabajo tampoco son aplicables en el *sub lite,* pues conforme a su artículo 3° este Código regula las relaciones de derecho individual del trabajo de carácter particular y las del derecho colectivo del trabajo oficiales y particulares que no es el caso que se debate en el presente juicio.**

**SEGURIDAD SOCIAL - Integración / EMPLEADO PUBLICO NACIONAL - Régimen Prestacional / SERVIDOR PUBLICO DEPARTAMENTAL - Régimen Prestacional Especial / SERVIDOR PUBLICO MUNICIPAL - Régimen Prestacional Especial**

**El Decreto 1848 de 1969 es reglamentario del Decreto-ley 3135 de 1968 por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales y su ámbito de**

**aplicación se circunscribe a los empleados públicos nacionales de la Rama Administrativa del Poder Público, como lo prescribe su artículo 7°, de tal manera que el sistema de prestaciones sociales de los servidores públicos del orden departamental y municipal, no se rigen ni por el Decreto 3135 de 1968 ni por su reglamentario 1848 de 1969 sino por disposiciones legales y reglamentarias propias dictadas por el Congreso de la República y por el Gobierno Nacional.**

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente: Doctora *Dolly Pedraza de Arenas.*

Radicación número 11870.

Referencia: Asuntos Municipales consulta Sentencia.

Actora: Rita Rivera de Vargas.

Procede la Sala a desatar el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia de octubre 25 de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, dentro del proceso promovido por Rita Rivera de Vargas contra la Dirección de Tránsito y Transporte del Municipio de Barrancabermeja.

## ANTECEDENTES

1. La accionante, através de apoderado en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó al Tribunal Administrativo de Santander declarar nulo el Oficio S.A.T. 741-92 de septiembre 3 de 1992, emanado del ente demandado por medio del cual se resolvió la demanda de pago del seguro obligatorio por muerte accidental de José Noel Vargas Rivera. Como consecuencia de lo anterior, solicitó le sea reconocido el derecho que le asiste de recibir el valor del citado seguro en los términos y cuantía legales, teniendo como base el salario promedio utilizado para la liquidación del auxilio de cesantías, cuyo valor total fue de $150.433.oo; la cuantificación del anterior monto la hará el Tribunal, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 48 de la Convención Colectiva de Trabajo vigente entre el Municipio de Barrancabermeja y sus trabajadores; y se condene al ente demandado a pagar el valor de la prestación solicitada en los términos y plazos de ley.

2 El *a quo* en la sentencia objeto de la consulta, declaró la nulidad del acto administrativo acusado, condenó a la entidad demandada a cancelar el seguro por muerte a la censora en los términos y cuantía señalados en la ley y denegó las demás peticiones de la demanda.

Estimó el Tribunal que en el plenario se encuentra probado que José Noel Vargas Rivera, hijo de la accionante, estuvo vinculado laboralmente a la entidad demandada; que su muerte ocurrió encontrándose en servicio, y que la administración reconoció a la censora como la única beneficiaria de las prestaciones sociales y demás derechos del fallecido empleado.

La demandada negó el seguro por muerte reclamado por cuanto éste corresponde pagarlo a la "Compañía Agrícola de Seguros" en razón de que cada empleado tiene una póliza de seguro individual, sin embargo no se demostró que la entidad haya tomado dicha póliza con esa finalidad.

En consecuencia, se debe acceder a lo pedido en razón a que el Decreto 1848 de 1969 y otras disposiciones, ordenan el pago de un seguro por muerte del empleado público que fallezca en ejercicio de su cargo. No se accede a la aplicación de la Convención Colectiva de Trabajo del Municipio de Barrancabermeja por cuanto sus disposiciones no son extensivas a los empleados públicos.

3. El señor Procurador Tercero Delegado ante esa Corporación conceptuó que hay lugar a confirmar el fallo consultado, por cuanto en efecto no se probó que el seguro por muerte que estaba obligada a cancelar la entidad lo cubriría una compañía aseguradora, ya que aparece que la póliza de vida individual alegada por la administración fue tomada por el trabajador fallecido y la cual se regulaba a través del Código de comercio.

Surtido el trámite de ley y no observándose causal de nulidad procesal, se decide previas las siguientes

## CONSIDERACIONES

En forma reiterada esta Sala ha precisado que la demanda es el marco que tiene el juzgador para emitir el fallo, y que como tratándose de la impugnación de actos administrativos el accionante debe indicar las normas que considera violadas y el concepto de su violación (artículo 137 C.C.A.), no le es dable al juez anularlos por violación de normas diferentes ni por conceptos de violación no expresados en el libelo.

En el caso *sub judice* en el *acápite* "derecho" de la demanda se expresa lo siguiente:

"Invoco como pertinentes los artículos 84, 135, 137 y demás concordantes del Código Contencioso Administrativo; artículo 53, del Decreto 1848 de 1969" (fl. 38).

En la corrección se citó; adicionalmente el artículo 6° de la Ley 11 de 1984 que modificó el artículo 214 del C. S. del T.

La demanda está dirigida a buscar la nulidad del Oficio S.A.T. 741 -92 de septiembre 3 de 1992 mediante el cual la entidad municipal demandada se abstuvo de reconocer el pago del seguro por la muerte accidental de José Noel Vargas Rivera en favor de su madre. La citada censora sostiene que su derecho se fundamenta en lo prescrito por el artículo 53 del Decreto 1848 de 1969 (hecho tercero de la demanda), en la Convención Colectiva de Trabajo vigente en el Municipio de Barrancabermeja (punto 3 de las pretensiones) y en el artículo 214 del C. S. del T. (corrección de la demanda).

Pues bien, el Decreto 1848 de 1969 es reglamentario del Decreto-ley 3135 de 1968 por el cual se prevé la integración de la seguridad social ante el sector público y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales y su ámbito de aplicación se circunscribe a los empleados públicos nacionales de la Rama Administrativa del Poder Público, como lo prescribe su artículo 7°.

De tal manera que el sistema de prestaciones sociales de los servidores públicos del orden departamental y municipal, no se rigen ni por el Decreto 3135 de 1968, ni por su reglamentario 1848 de 1969 sino por disposiciones legales y reglamentarias propias dictadas por el Congreso de la República y por el Gobierno Nacional.

Por otra parte, como lo dijo el Tribunal, las normas de la convención colectiva de trabajo que consagra beneficios a los trabajadores oficiales no se puede hacer extensiva a los empleados públicos, y finalmente, las normas del Código Sustantivo del Trabajo tampoco son aplicables en el *sub lite*, pues conforme a su artículo 3°, este Código regula las relaciones de derecho individual del trabajo de carácter particular y las de derecho colectivo del trabajo oficiales y particulares que no es el caso que se debate en el presente juicio.

En conclusión, en el presente caso no se invocó ninguna disposición legal que reconozca el presunto derecho reclamado por la accionante, consistente en lograr el pago de un seguro por muerte con ocasión del fallecimiento de su hijo José Noel Vargas Rivera, quien se encontraba vinculado laboralmente a la entidad municipal demandada. Y siendo rogada la justicia contencioso-administrativa, no puede el juez anular los actos administrativos por violación de normas no invocadas por el demandante.

Así las cosas se impone la revocatoria de la sentencia consultada y la negativa de las pretensiones de la actora.

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:

REVÓCASE la sentencia de octubre veinticinco (25) de mil novecientos noventa y cuatro (1994) proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, dentro del proceso promovido por la señora Rita Rivera de Vargas contra la Dirección de Tránsito y Transporte del Municipio de Barrancabermeja, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

En su lugar niéganse las pretensiones de la demandada.

RECONÓCESE al doctor Diego Fernando Pimiento Paéz como apoderado judicial de la entidad demandada, en los términos y para los efectos del memorial, poder que obra a folio 60 del expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día dieciséis (16) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

*Carlos Arturo Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.*

*Myriam C. Viracachá Sandoval,* Secretaria (E.).

**MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - Reestructuración / ADMINISTRADOR DE PERSONAL DE ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS NACIONALES Y NACIONALIZADOS / FONDO EDUCATIVO REGIONAL / FER - Administración / DELEGADO DEL MINISTERIO - Supervisión / DESCONCENTRACION ADMINISTRATIVA DE FUNCIONES**

**No obstante lo dispuesto en la Ley 24 de 1986 por medio de la cual se reestructuró el Ministerio de Educación Nacional y en su modificatoria la Ley 29 de 1989, en el sentido de que a los funcionarios del orden territorial como gobernadores y alcaldes se les asignaron las funciones de administración de los fondos educativos regionales por el jefe territorial respectivo pero con la supervisión del delegado del Ministerio de Educación Nacional, la Sala ha precisado que ello implica solamente un fenómeno de desconcentración administrativa de funciones y que en consecuencia, el Alcalde o el Gobernador que administra el FER actúa como agente de la Nación y no como jefe autónomo del organismo territorial, y por tanto quien está llamado a responder de las demandas que se entablen contra sus actos proferidos en tal calidad, es la Nación.**

**ENTE TERRITORIAL - Responsabilidad / PLANTA DE PERSONAL DOCENTE - Exceso / ENTE TERRITORIAL - Representación / NACION - Legitimación en la causa por pasiva**

**En virtud de lo dispuesto en el artículo 9° de la Ley 29 de 1989, únicamente cuando se produzcan nombramientos que excedan la planta de personal docente o administrativa aprobada por el Gobierno Nacional, el funcionario que los produce no estaría obrando como agente de la Nación sino en representación del ente territorial**

**respectivo y, en consecuencia, sólo en este caso estaría comprometiendo el patrimonio de éste. El Decreto 785 de 1991 objeto de impugnación, fue expedido por el Gobernador del departamento de Nariño y aparece firmado por el delegado regional del Ministerio de Educación Nacional y por él se retiró del servicio docente al demandante por haber alcanzado la edad de retiro forzoso y se nombró el correspondiente reemplazo. No se trata entonces de un nombramiento que desborde la planta de personal existente; consiguientemente es la Nación y no el departamento de Nariño la institución que ostenta la legitimación en la causa por pasiva para comparecer en este proceso contencioso laboral que se suscitó con ocasión de la expedición del citado decreto.**

**PERSONAL DOCENTE - Edad de Retiro Forzoso / INCLUSION EN NOMINA DE PENSIONADOS - Improcedencia / RETIRO POR DERECHO A PENSION - Personal docente**

**Cabe observar que el retiro forzoso del servicio de los docentes está regulado claramente en el artículo 31 del Decreto 2277 de 1979, según el cual "El educador tiene derecho a permanecer en el servicio mientras no haya sido excluido del escalafón o no haya alcanzado la edad de sesenta y cinco (65) años para su retiro". No existe en el citado decreto norma que condicione la separación del servicio de los educadores por haber arribado a la edad de retiro forzoso. Basta la confirmación de este hecho para que la administración válidamente pueda retirar del servicio al docente, pues se configura la aludida causal de retiro. Y no puede admitirse que en este caso sea aplicable el artículo 8º de la Ley 71 de 1988, que se refiere al deber de la entidad de previsión de comunicar al organismo donde labora el funcionario, la fecha a partir de la cual va a ser incluido en la nómina de pensionados, para efecto de su retiro del servicio, puesto que si en el Decreto 2277 de 1979 ni en su estatuto especial para los servidores docentes, no se condicionó el retiro de éstos por edad (65 años) al previo aviso de la entidad de previsión de su inclusión en nómina de pensionados, no puede la administración atenerse a lo prescrito al respecto en la citada ley, expedida para los empleados públicos en general, quienes para disfrutar de la pensión de jubilación deben hallarse retirados del servicio. No acontece esto en el ramo docente, porque estos servidores públicos en virtud de lo dispuesto en el articulo 5º del Decreto 224 de**

**1972 simultáneamente pueden percibir dicha prestación y ejercer la docencia. Los docentes en virtud de lo normado en el artículo 5º del Decreto 224 de 1972 se les otorgó el privilegio de disfrutar la pensión de jubilación sin haberse separado del servicio. De suerte que esta norma no puede aplicase a estos servidores que tienen un régimen especial consagrado en leyes expedidas expresamente para regular lo concerniente a esta clase de prestaciones sociales.**

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D.C., noviembre treinta (30) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Diego Younes Moreno.*

Radicación número 8185.

Referencia: Autoridades Departamentales.

Actor: Emilio Burgos López.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el apoderado del departamento de Nariño contra la sentencia proferida el 4 de marzo de 1993 por el Tribunal Administrativo de Nariño.

## ANTECEDENTES

Por intermedio de procurador judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho el señor Emilio Burgos López solicitó al Tribunal declarar la nulidad de los artículos 1º y 3º del Decreto número 785 del 15 de abril de 1991 expedido por el Gobernador del departamento de Nariño por los cuales se le retiró del servicio docente y se nombró en su reemplazo como profesor de tiempo completo de la Escuela Normal Nacional de Pasto a Bely Policarpa Paz de Mera, de los Decretos números 1564 del 9 de septiembre de ese año en el que se dispuso no reponer el aludido Decreto 1745 del 26 de octubre de 1991 por el cual se nombró provisionalmente a Javier Antonio Delgado Delgado como Coordinador Académico del Bachillerato Nocturno de la escuela mencionada.

Igualmente y a título de restablecimiento del derecho pidió su reintegro al cargo de profesor de tiempo completo y coordinador académico del bachillerato nocturno de dicha escuela y el pago de los salarios, primas, etc., que dejó de devengar desde el 10 de septiembre de 1991 hasta cuando se produzca su reintegro sin solución de continuidad.

Expone el libelista que prestó sus servicios al Estado por un lapso superior a los treinta años y que por medio del Decreto 785 de 1991 fue retirado de la docencia por haber cumplido sesenta y cinco (65) años de edad, designándose en su reemplazo a Bely Policarpa Paz de Mera; que negada la reposición de este decreto, el Gobernador de Nariño mediante el Decreto 1745 de 26 de octubre de 1991 nombró como coordinador académico del bachillerato nocturno de la Escuela Normal Nacional de Pasto, en su reemplazo, al señor Javier Antonio Delgado Delgado; que para las fechas de expedición de los actos acusados y de presentación de la demanda no había sido pensionado por la Caja Nacional de Previsión Social y, tanto, no recibía asignación alguna por ese concepto, habiendo quedado sin ingresos para atender sus necesidades elementales, por lo que se contraría lo dispuesto en el artículo 8° de la Ley 71 de 1988, en virtud de que fue retirado del servicio sin estar incluido en la nómina de pensionados de la Caja Nacional de Previsión Social, entidad a la cual se hallaba afiliado por formar parte de la categoría de profesores del nivel nacional.

## LA SENTENCIA

El Tribunal despachó favorablemente al actor las pretensiones de la demanda, bajo la consideración de que la administración al retirarlo del servicio no tuvo en cuenta lo dispuesto en el artículo 8° de la Ley 71 de 1988 y los artículos 1-1 y 9° de los Decretos Reglamentarios números 625 de 1988 y 1160 de 1989, que prevén que una vez reconocida la pensión, ésta se pagará a partir del retiro del servicio activo del beneficiario y éste se producirá cuando ocurra la inclusión del funcionario en la nómina de pensionados de la respectiva Caja de Previsión Social.

## EL RECURSO

El apoderado del departamento de Nariño interpuso en término el recurso de apelación contra la sentencia comentada, aduciendo que el acto de retiro del servicio del accionante que ajusta a derecho, por cuanto se expidió con base en lo previsto en el artículo 31 del Decreto 2277 de 1979, conforme al cual el educador tiene derecho a permanecer en el servicio mientras no haya sido excluido del escalafón o no haya alcanzado la edad de 65 años para su retiro forzoso, en armonía con lo dispuesto en el artículo 68 *ibidem* que indica que el retiro del servicio docente se produce, entre otras razones, por edad.

Advierte igualmente el recurrente que el retiro forzoso de los educadores en razón de su edad, no está sujeto a condición alguna; que el demandante no fue retirado del servicio por el hecho de que hubiera solicitado el reconocimiento de su pensión de jubilación, sino por una causal distinta: el haber cumplido el 15 de abril de 1991, sesenta y cinco años de edad, sin que hubiera cumplido con la obligación de comunicar ese hecho a la administración.

Por último señala que el actor tenía la calidad de docente de carácter nacional, por ello las súplicas de la demanda debieran dirigirse contra la Nación, puesto que si bien el Gobernador de Nariño expidió el acto acusado, no lo hizo en tal calidad, sino como agente desconcentrado del Gobierno Nacional, conforme a la normado en la Ley 43 de 1975, que desconcentró la atribución de nominación para dejarla en manos no de las entidades territoriales sino de los gobernadores, intendentes, alcaldes, etc., a través de los Fondos Educativos Regionales, organismos que de conformidad con lo preceptuado en el Decreto 102 de 1976, en el artículo 14 de la Ley 29 de 1989 y en el 71 del Decreto 525 de 1990, son entes de administración financiera y mecanismos de pago del sistema educativo a nivel regional, dirigidos por una Junta Administradora presidida en cada caso por los funcionarios mencionados.

Rituada la segunda instancia, se procede a decidir, previas estas

## CONSIDERACIONES

No obstante lo dispuesto en la Ley 24 de 1988 por medio de la cual se reestructuró el Ministerio de Educación Nacional y en su modificatoria la Ley 29 de 1989, en el sentido de que a los funcionarios del orden territorial como gobernadores y alcaldes se les asignaron las funciones de administración del personal de los establecimientos educativos nacionales y nacionalizados y en lo concerniente a la administración de los fondos educativos regionales por el jefe territorial respectivo pero con la supervisión del delegado del Ministerio de Educación Nacional, la Sala ha precisado que ello implica solamente un fenómeno de desconcentración administrativa de funciones y que en consecuencia, el Alcalde o el Gobernador que administra el FER actúa como agente de la Nación y no como jefe autónomo del organismo territorial, y por tanto quien está llamado a responder de las demandas que se entablen contra sus actos, proferidos en tal calidad, es la Nación.

En cuanto al parágrafo 2° del artículo 9° de la Ley 29 de 1989, que dispone que los nombramientos y demás novedades de personal que se llegaren a producir contrariando las normas del estatuto docente y de la carrera administrativa, serán de exclusiva responsabilidad del ente territorial que los hiciere y suyas las cargas civiles administrativas y laborales que de tales actuaciones se desprendan, la Sección ha dicho que jurídicamente no es aplicable porque riñe con principios estipulados en la Constitución Política, entre ellos el de autonomía de gestión consagrado en favor de las entidades territoriales por el artículo 287 *ejusdem*, según el cual dichos entes tienen facultad exclusiva de administrar sus recursos y por ende la Nación no puede imponer cargas fiscales eventuales pero definitivas en su contra, además de que al hacer esto se estaría vulnerando el principio de descentralización fiscal consagrado en el artículo 362 *ibidem*.

Igualmente se ha afirmado que en virtud de lo dispuesto en el artículo 9° de la Ley 29 de 1989, únicamente cuando se produzcan nombramientos que excedan la planta de personal docente o administrativa aprobada por el Gobierno Nacional, el funcionario que los produce no estaría obrando como agente de la Nación sino en representación del ente territorial respectivo y, en consecuencia, sólo en este caso estaría comprometiendo el patrimonio de éste.

Esta situación es reconocida en el acta de entrega al Alcalde del municipio de Pasto de los establecimientos educativos nacionales y nacionalizados existentes en esa municipalidad, en la cual expresamente se estableció que "La Nación, Ministerio de Educación Nacional no asume responsabilidad alguna por los nombramientos que excedan la planta de personal nacional y nacionalizado que se entreguen (sic) en la presente acta" (folio 5 cdno. 3).

En el *sub examine* el Decreto 785 de 1991 objeto de impugnación, fue expedido por el Gobernador del departamento de Nariño y aparece firmado por el delegado regional del Ministerio de Educación Nacional (folio 9) y por él se retiró del servicio docente al demandante por haber alcanzado la edad de retiro forzoso y se nombró el correspondiente reemplazo.

No se trata entonces de un nombramiento que desborde la planta de personal existente; consiguientemente es la Nación y no el departamento de Nariño la institución que ostenta la legitimación en la causa pasiva para comparecer en este proceso contencioso laboral que se suscitó con ocasión de la expedición del citado decreto.

Y como esta entidad fue demandada y vinculada al proceso (folio 37), la relación jurídico procesal se entabló correctamente. Basta entonces en caso de que sea procedente confirmar la sentencia, precisar que las condenas que en ella se hacen deben ser cumplidas única y exclusivamente por la Nación y no por ésta y por el departamento de Nariño.

A pesar de que el recurso de alzada lo interpuso el apoderado del mencionado departamento, como quiera que aun en el caso de no haber sido impugnada, esta Corporación debía conocer en grado jurisdiccional de consulta de la sentencia, toda vez que mediante ella se impuso conjuntamente a la Nación y al departamento de Nariño una condena, se procederá a establecer la legalidad de las decisiones adoptadas en ella por el Tribunal del conocimiento.

La Sala examinará entonces si el acto acusado transgrede la normatividad a que se hace referencia en la demanda, especialmente el artículo 8° de la Ley 71 de 1988 cuya infracción constituye el eje de su impugnación.

En primer lugar, cabe observar que el retiro forzoso del servicio de los docentes está regulado claramente en el artículo 31 del Decreto 2277 de 1979, según el cual "El educador tiene derecho a permanecer en el servicio mientras no haya sido excluido del escalafón o no haya alcanzado la edad de sesenta y cinco (65) años para su retiro".

No existe en el citado decreto norma que condicione la separación del servicio de los educadores por haber arribado a la edad de retiro forzoso. Basta la confirmación de este hecho para que la administración válidamente pueda retirar del servicio al docente, pues se configura la aludida causal del retiro.

Y no puede admitirse que en este caso sea aplicable el artículo 8° de la Ley 71 de 1988, que se refiere al deber de la entidad de previsión de comunicar al organismo donde labora el funcionario, la fecha a partir de la cual va a ser incluido en la nómina de pensionados, para efecto de su retiro del servicio, puesto que si en el Decreto 2277 de 1979 ni en su estatuto especial para los servidores docentes, no se condicionó el retiro de éstos por edad (65 años) al previo aviso de la entidad de previsión de su inclusión en nómina de pensionados, no puede la administración atenerse a lo prescrito al respecto en la citada ley, expedida para los empleados públicos en general, quienes para disfrutar de la pensión de jubilación deben hallarse retirados del servicio.

Precisamente ello constituye la razón para que para efecto de su retiro se exija el aviso de la inclusión del beneficiario en la nómina de pensionados.

No acontece esto en el ramo docente, porque estos servidores públicos en virtud de lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto 224 de 1972 simultáneamente pueden percibir dicha prestación y ejercer la docencia.

Mírese bien que el artículo 8° de la Ley 71 de 1988 señala como fecha de efectividad y pago de las pensiones de jubilación, invalidez y vejez la del retiro del servicio, en caso de que este requisito sea necesario para gozar de la pensión y sólo para ese fin -el de retiro- se exige a las entidades de previsión avisar al organismo empleador la inclusión del funcionario en nómina de pensionados y como es sabido, los docentes en virtud de lo normado en el artículo 5° del Decreto 224 de 1972 se les otorgó el privilegio de disfrutar la pensión de jubilación sin haberse separado del servicio. De suerte que esta norma no puede aplicarse a estos servidores que tienen un régimen especial consagrado en leyes expedidas expresamente para regular lo concerniente a esta clase de prestaciones sociales.

De acuerdo con lo anterior, se impone revocar la sentencia mediante la cual se accedió a las pretensiones del actor y, en su lugar, se denegaran éstas.

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

**FALLA:**

REVÓCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño el 4 de marzo de 1993, en el proceso promovido por Emilio Burgos López a fin de que se declarara la nulidad de los artículos 1° y 3° del Decreto 785 de 1991 y de los Decretos 1564 y 1745 del mismo año expedidos por el Gobernador del departamento de Nariño y, en su lugar, deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue leída y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 20 de noviembre de 1995.

*Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Diego Younes Moreno.*

*Eneida Wadnipar Ramos,* Secretaria.

**TEORIA DE LOS FINES Y MODALIDADES / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / ACCION DE NULIDAD - Improcedencia**

**En armonía con lo anterior y aplicando la teoría de los móviles y finalidades estructurada por el Consejo de Estado desde hace varios años, se concluye que en verdad la acción incoada por la parte actora fue la de nulidad y restablecimiento del derecho y no la de nulidad. No obstante la equivocada escogencia de la acción por la parte demandante, ello no impide que se profiriera una decisión de fondo en el caso *sub judice*, por haberse demandado los actos impugnados dentro del término de caducidad de los cuatro meses.**

**ORGANIZACION SINDICAL - Autonomía de los trabajadores / REGISTRO SINDICAL - Cancelación / LEGIMITACION EN LA CAUSA POR ACTIVA - Inexistencia**

**La autonomía de los trabajadores para constituir, organizar, administrar y fusionar o disolver y liquidar a sus organizaciones sindicales, está plenamente garantizada por nuestro ordenamiento jurídico y, que mientras en el ejercicio de tales derechos respeten la normatividad que los rige, no pueden ser objeto de condicionamientos, orientaciones o imposiciones externas que les limite o restrinja su voluntad en tales tópicos. Vale decir, que está excluida cualquier injerencia del patrono en el proceso de formación, funcionamiento, fusión o extinción de los sindicatos de trabajadores, por corresponder tales decisiones exclusivamente a los asalariados, si bien es cierto en eventos excepcionales pueden intervenir las autoridades del Estado, como acontece en los casos en que por presentarse alguna de las causales de ley la autoridad judicial debe decretar la suspensión o cancelación de la personería jurídica. La Sala considera que el Ministerio acertó, cuando consideró que la demandante carecía de legitimación en la causa para intervenir en el proceso administrativo**

de cancelación de la inscripción del "Sindicato de Trabajadores de la Industria de Cervecería y Similares", pues como se dijo, tales son decisiones y actuaciones ajenas a la voluntad del patrono y que por ende deben cumplirse sin injerencia alguna de su parte.

FUSION DE SINDICATOS

Ante la ausencia de una norma laboral que señale los efectos de la fusión de sindicatos, que según el articulo 376 del C.S.T. es atribución exclusiva de la asamblea general, la jurisprudencia de la Sala ha considerado pertinente, con sustento en el articulo 19 *ibidem,* recurrir a lo previsto en el articulo 172 del Código de Comercio que consagra la fusión como uua forma de disolver las sociedades, ya que un sindicato se extingue cuando se fusiona con otro para integrar una nueva organización sindical, evento en el que los desaparecen, o para subsumirse en el otro, caso en el cual uno desaparece subsistiendo el que lo absorbe.

INSCRIPCION EN EL REGISTRO SINDICAL - Cancelación / JUEZ LABORAL - Competencia / FUSION DE SINDICATOS / DERECHO DE ASOCIACION SINDICAL - Libertad de sindicación

En virtud del literal e) del artículo 401 del Código Sustantivo del Trabajo (Ley 50 de 1990, articulo 56) "resulta incuestionable que la competencia para cancelar la inscripción en el registro sindical está en cabeza del respectivo juez laboral, en el evento en que la organización se encontrare incursa en alguna de las causales de disolución, una de cuyas modalidades es la fusión". Cuando la Ley 50 de 1990 adicionó un inciso al artículo 401 del C.S.T. y dispuso que "en el evento de que el sindicato... se encontrare incurso en una de las causales de disolución..." corresponde al juez laboral disponer la disolución y liquidación del Sindicato y la cancelación de la inscripción en el registro sindical, se está refiriendo a situaciones diferentes a la disolución por voluntad de los miembros de la agremiación; pues no debe olvidarse que tal disposición fue adoptada por nuestro legislador para tutelar el derecho y libertad de sindicación amparados de tiempo atrás en el marco de los convenios que sobre la materia se han adoptado dentro de la OIT y que Colombia ha ratificado, derechos y libertades confirmados luego en el articulo 39 de la Constitución de 1991. Exigir que quienes han constituido una asociación deban obtener autorización

**o pronunciamiento judicial para ponerle término, resulta no sólo violatorio de los aludidos convenios, sino abiertamente contrario al derecho de libre asociación consagrado de manera genérica en el artículo 38 de la Carta, y en forma expresa en el artículo 39 del mismo ordenamiento jurídico.**

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D.C., diciembre cuatro (4) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Doctor *Joaquín Barreto Ruiz.*

Radicación número 6986.

Referencia: Autoridades Nacionales.

Actora: Cervecería del Litoral S.A.

Procede la Sala de decidir el proceso de la referencia, en el que se impetra la nulidad de algunos actos administrativos expedidos por autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

## CONTENIDO DE LA DEMANDA

Cervecería del Litoral S.A., mediante apoderado, en el ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicita se declare la nulidad de las Resoluciones números 5654 y 56, de noviembre 6 de 1991 y enero 9 de 1992, respectivamente, proferidas por el Jefe de la División de Reglamentación y Registro Sindical del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, así como del Auto número 2 del 3 de marzo de 1992, de la Sub-Directora de Relaciones Colectivas de la Dirección General del Trabajo del citado organismo (fls. 29 y 30 cdno. ppal.).

Sostiene la parte actora que mediante la Resolución número 5654 de 1991 se resolvió una petición que se había formulado en el sentido de cancelar en el registro sindical la inscripción del Sindicato de Trabajadores de la Industria de Cervecería y Similares, como consecuencia de la fusión con el Sindicato Nacional de Trabajadores de Bavaria S.A. y sus Filiales, de acuerdo con lo decidido por tales organizaciones sindicales en asambleas generales llevadas a cabo el 23 de abril y en los días 6, 7 y 8 de julio de 1991; dicha resolución dispuso que los trabajadores afiliados a la organización absorbida quedasen incorpora al último sindicato aludido y efectuar en el registro sindical las respectivas anotaciones, luego de ejecutoriada la providencia; anota que la sociedad demandante dándose por

notificada de la mencionada resolución interpuso los recursos pertinentes, invocando la irregularidad de la función de las dos organizaciones sindicales y la imposibilidad del Ministerio de cancelar, sin previa orden judicial, la inscripción del Sindicato de Trabajadores de la Industria de Cervecerías y Similares, que era el interlocutor válido de la compañía en lo atinente a las relaciones de trabajo con sus trabajadores; la Resolución número 56 de 1992 ordenó rechazar el recurso aduciendo extemporaneidad en su presentación y falta de legitimación en la causa para interponerlo; por esta razón, el apoderado de la sociedad "interpuso recurso de queja ante el superior jerárquico", quien por el auto acusado número 2 de 1992 consideró que si bien los recursos de reposición y apelación había sido interpuesto oportunamente no se demostró la legitimación en la causa para oponerse al acto administrativo, por lo que confirmó la decisión adoptada por el inferior; expresa que como la acción instaurada es la nulidad, puede ser intentada por cualquier persona, así se encamine contra un acto particular; amén del interés general en el mantenimiento de la legalidad, la parte, demandante tiene un interés concreto y específico en que se defina con arreglo al ordenamiento jurídico, cuál es su interlocutor obligado en materia de relaciones colectivas de trabajo, pues la contratación laboral en ese campo debe hacerla con la organización sindical que legalmente corresponda y no con el sindicato que de manera irregular pretenda asumir la representación de los trabajadores a su servicio.

En el capítulo dedicado a los fundamentos de derecho de las pretensiones, dice la parte actora que el artículo 84, inciso 1°, del C.C.A., no establece distinción alguna sobre el carácter general o particular de los actos susceptibles de la acción de nulidad, por lo cual debe entenderse que cabe contra los segundos; añade que, por ende, esclaro que la sociedad demandante, como persona jurídica que es, está legitimada para instaurar la acción, en defensa del orden jurídico general; la actuación administrativa enjuiciada desconoció el derecho de audiencia y defensa e infringió las disposiciones en que debió apoyarse. De conformidad con el artículo 29 de la Carta, el debido proceso debe aplicarse en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, expresión que se refiere a la garantía del derecho de audiencia y defensa establecido en el artículo 84 del C.C.A.; la demandante, que tiene interés directo en las resultas de las decisiones aludidas, debió ser citada para que actuara en el trámite de la solicitud de cancelación, según el artículo 14 del C.C.A.; debió habérsele dado oportunidad de presentar sus opiniones, al tenor del artículo 35 *ibidem*, antes de adoptar la decisión; se le debió haber informado públicamente de la misma, de acuerdo con los artículos 46 y 48 *ibidem*; por estar directamente interesada en el asunto, se debió dar trámite a los recursos interpuestos, en los términos del artículo 52 *ibidem*.

Expone así mismo la parte actora en el libelo, que se infringieron los artículos 353, 356, 365, 366, 369, 370 y 401-h del Código Sustantivo del Trabajo, pues, en síntesis, el Sindicato de Trabajadores de la Industria de Cervecería y Similares acordó la fusión con el Sindicato Nacional de Bavaria S.A. y sus Filiales, en forma abiertamente contraria al artículo 356 *ibidem*, que no prevé ni siquiera por analogía la fusión de un sindicato de empresa, como es el caso de Sinaltrabavaria, con otro de industria, como Sintrainducersi; cierto es que para la fusión sindical se invocó la declaratoria de unidad de empresa de las sociedades Cervecería Unión S.A., Bavaria S.A., Cervecería del Litoral S.A. y Cervecería Aguila S.A., decretada mediante Resolución número 874 del 8 de marzo de 1991 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, acto administrativo en el cual se consideró que la primera de las citadas, junto con otras sociedades supuestamente subordinadas a ella, ejercía control sobre Bavaria S.A. y a través de ésta sobre Cervecería Aguila S.A. y Cervecería del Litoral S.A., por lo que si en virtud de tal unidad de empresa fuera dable agrupar o todos los trabajadores sindicalizados en una sola organización sindical de empresa, ello procedería únicamente en torno del Sindicato de Cervecería Unión S.A., que es la empresa a la que el Ministerio consideró como matriz de todas las demás.

## CONCEPTO FISCAL

La Procuradora Quinta Delegada en lo Contencioso ante el Consejo de Estado en su concepto de fondo (fls. 123 a 127 cdno. ppal.) considera que los actos administrativos acusados ameritan ser anulados, en síntesis, porque resulta incuestionable que la competencia para cancelar la inscripción en el registro sindical está en cabeza del respectivo juez laboral, cuando la organización estuviere incursa en alguna de las causales de disolución, una de cuyas modalidades es la fusión; manifiesta que el Jefe de la División de Reglamentación y registro Sindical, mediante la Resolución número 5654 del 6 de noviembre de 1991 procedió a cancelar el registro sindical del Sindicato de Trabajadores de la Industria de Cervecería y Similares, sin que previamente la justicia laboral ordinaria se hubiera pronunciado sobre el tópico, la cual tan sólo lo hizo el 13 de octubre de 1992, es decir, con posterioridad a la fecha en que la autoridad administrativa produjo la mencionada cancelación; anota la agencia del Ministerio Público que en cuanto a la acción pública de nulidad incoada, teniendo como base que los actos acusados reconocen situaciones jurídicas particulares y concretas, el accionante ha actuado con interés de la guarda del orden jurídico, sin que la nulidad de dichos actos produzca realmente un restablecimiento automático de sus derechos, razón por la cual se estima viable en este evento haber instaurado la citada acción.

Procede la Sala a decidir, previas las siguientes

## CONSIDERACIONES

La Sala hará referencia en primer lugar a la naturaleza de la acción instaurada por el apoderado de Cervecería del Litoral S.A.

Como lo ha manifestado el Consejo de Estado, el ejercicio de las acciones contencioso-administrativas no es arbitrario ni caprichoso, sino que en cada caso debe utilizarse la acción que la ley establece, ya que ellas tienen sus propias características y persiguen fines específicos.

El artículo 85 del C.C.A. consagra la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual tiene sus rasgos propios que la diferencia de la simple nulidad regulada en el artículo 84 del citado Código.

Para establecer la viabilidad y procedencia de la acción, es indispensable tener en cuenta la finalidad pretendida con su ejercicio independientemente de la particularidad o generalidad del acto administrativo que se impugna.

La acción de nulidad y restablecimiento del derecho, se caracteriza porque tiene como objetivo fundamental la satisfacción de un derecho que se dice ha sido desconocido por el acto enjuiciado. Existe un interés particular que se considera lesionado, que mediante la aludida acción se pretende tutelar respecto al acto que infringe una disposición superior que consagra el derecho subjetivo conculcado; a su vez, la acción pública de nulidad tiene como único propósito, la protección del orden jurídico y busca mantener el imperio de la legalidad objetiva, impersonal y abstracta. En la acción de nulidad no puede haber un interés individual y subjetivo, como sí existe en la acción hoy denominada "de nulidad y restablecimiento del derecho."

En armonía con lo anterior y aplicando la teoría de los móviles y finalidades estructurada por el Consejo de Estado desde hace varios años, se concluye que en verdad la acción incoada por la parte actora fue la de nulidad y restablecimiento del derecho y no la de nulidad como se afirma en el escrito introductorio; pues si se tiene en cuenta el carácter particular de los actos administrativos acusados, circunstancia que reconoce expresamente en la demanda la parte actora, al igual que el interés concreto y específico que manifiesta tener respecto de ellos, pues no obstante aludir al interés general en el mantenimiento de la legalidad que persigue, anota que busca se defina con arreglo al ordenamiento jurídico, cuál es el interlocutor obligado en materia de relaciones colectivas de trabajo, ya que la contratación laboral en esa área debe realizarla con la organización sindical que legalmente corresponda y no con el sindicato que de forma irregular pretenda asumir la representación de los trabajadores a su servicio.

No obstante la equivocada escogencia de la acción por la parte demandante, ello no impide que se profiera una decisión de fondo en el caso *sub judice*, por haberse demandado los actos impugnados dentro del término de caducidad de los cuatro meses.

Definido lo anterior, la Sala procede a resolver el fondo de la contención planteada, para lo cual tiene en cuenta que, en síntesis, los cargos formulados contra los actos administrativos acusados son los siguientes:

1. Violación del derecho de audiencia y de defensa, pues en la actuación administrativa que dio lugar a los actos enjuiciados a la sociedad demandante debió citársele para que actuara en el trámite de la solicitud de cancelación en el registro sindical de la inscripción del Sindicato de Trabajadores de la Industria de Cervecería y Similares.

2. No era viable jurídicamente la fusión de un sindicato de empresa (Sinaltrabavaria) con otro sindicato de industria (Sintrainducersi), no obstante que para dicha fusión sindical se invocara la declaratoria de unidad de empresa de varias sociedades, decretada por la Resolución número 874 del 8 de marzo de 1991 proferida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; a lo sumo tal unidad de empresa sería procedente únicamente en torno del Sindicato de Cervecería Unión S.A., que es la empresa a la cual el mencionado Ministerio consideró como matriz de todas las demás.

3. No era posible que se procediera a la cancelación en el registro sindical de la inscripción del sindicato por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social sin la previa autorización judicial.

En el primer cargo alega la parte demandante que se infringió el artículo 29 de la Carta sobre el debido proceso que debe aplicarse en toda clase de actuaciones administrativas y judiciales, expresión que alude a la garantía del derecho de audiencia y defensa consagrada en el artículo 84 del C.C.A.; que como la accionante tenía interés directo en las resultas de las decisiones administrativas, debió ser citada para que actuara en el trámite de la solicitud de cancelación del registro sindical de la inscripción, habérsele dado la oportunidad de exponer sus opiniones antes de tomarse tales decisiones e informada públicamente de las mismas, y darse trámite a los recursos interpuestos, todo de acuerdo con lo establecido en los artículos 14, 35, 46, 48 y 52 del citado código.

Sobre el tópico considera la Sala que la autonomía de los trabajadores para constituir, organizar, administrar y fusionar o disolver y liquidar a sus organizaciones sindicales, está plenamente garantizada por nuestro ordenamiento jurídico y, que mientras en el ejercicio de tales derechos respeten la normatividad que los rige, no

pueden ser objeto de condicionamientos, orientaciones o imposiciones externas que les limite o restrinja su voluntad en tales tópicos. Vale decir, que está excluida cualquier injerencia del patrono en el proceso de formación, funcionamiento, fusión o extinción de los sindicatos de trabajadores, por corresponder tales decisiones exclusivamente a los asalariados, si bien es cierto en eventos excepcionales pueden intervenir las autoridades del Estado, como acontece en los casos en que por presentarse alguna de las causales de ley la autoridad judicial debe decretar la suscripción o cancelación de la personería jurídica.

Diferente es la relación que, dentro de un mutuo respeto, debe existir entre el sindicato y el patrono, como medio para determinar las condiciones en que se habrán de desarrollar las relaciones de trabajo y el cumplimiento de las obligaciones que a uno y otro imponen las normas laborales.

Es por lo anterior, que la Sala considera que el Ministerio acertó, cuando consideró que la demandante carecía de legitimación en la causa para intervenir en el proceso administrativo de cancelación de la inscripción del "Sindicato de Trabajadores de la Industria de Cervecería y Similares", pues como se dijo, tales son decisiones y actuaciones ajenas a la voluntad del patrono y que por ende deben cumplirse sin injerencia alguna de su parte.

Por tales razones, no prospera este cargo.

El segundo cargo, en criterio de la Corporación tampoco está llamado a prosperar, por las siguientes razones:

Ante la ausencia de una norma laboral que señale los efectos de la fusión de sindicatos, que según el artículo 376 del C.S.T. es atribución exclusiva de la asamblea general, la jurisprudencia de la Sala ha considerado pertinente, con sustento en el artículo 19 *ibidem*, recurrir a lo previsto en el artículo 172 del Código de Comercio que consagra la fusión como una forma de disolver las sociedades, ya que un sindicato se extingue cuando se fusiona con otro para integrar una nueva organización sindical, evento en el que los dos desaparecen, o para subsumirse en el otro, caso en el cual uno desaparece subsistiendo el que lo absorbe (Sentencia del 16 de junio de 1995, expediente número 6865, actor: Cervecería Aguila S.A., Consejera Ponente: Doctora Dolly Pedraza de Arenas; y sentencia del 1°de octubre de 1980 proferida con ponencia del doctor Ignacio Reyes Posada dentro del proceso 1142 promovido por el Sindicato de Trabajadores de Pantex.).

Consecuentemente con lo anterior, para cuando se expidieron los actos administrativos acusados, "Sintrainducersi" no existía; su extinción jurídica se había producido en virtud de su fusión con Sinaltrabavaria. La declaratoria de unidad de

empresa decretada por la Resolución número 874 de 1991 a que se alude en la demanda (fl. 35 *ibidem*) y que consta en el plenario (fls. 21 a 27 *ibidem* y fls. 6 a 12 cdno. número 2) fue declarada nula en sentencia del 8 de marzo de 1994, expediente números 5933 y 5934 (acumulación de procesos), actor: Cervecería Unión S.A. y Sindicato de Trabajadores de Cervecería Unión S.A., Consejería Ponente: Doctora Dolly Pedraza de Arenas, pero únicamente en cuanto involucró a Cervecería Unión S.A., en la referida unidad de empresa que en dicho acto administrativo se declaró, lo cual quiere decir que tal unidad de empresa subsistió en lo atinente a las demás sociedades (Bavaria S.A., Cervecería Aguila S.A. y Cervecería del Litoral S.A.).

Por ende, quienes laboraban en las aludidas sociedades, lo hacían en una misma unidad empresarial, integrada por distintas personas jurídicas, por lo que no eran los trabajadores de Cervecería del Litoral S.A. extraños a la empresa Bavaria. Por esa circunstancia no es contrario a la ley que Sintrainducersi, sindicato de industria, como se anota en la Resolución acusada 5654 de 1991 (fl. 2 cdno. ppal.) hubiera sido absorbido por Sinaltrabavaria, continuando este último con la misma naturaleza de sindicato de empresa (fls. 20, 76 y 86 *ibidem*).

Pasa la Sala a referirse al tercer cargo formulado contra los actos impugnados, el cual es compartido por la señora Procuradora Quinta Delegada cuando expresa que en virtud del literal e) del artículo 401 del Código Sustantivo del Trabajo (Ley 50 de 1990, artículo 56) "resulta incuestionable que la competencia para cancelar la inscripción en el registro sindical está en cabeza del respectivo juez laboral, en el evento en que la organización se encontrare incursa en alguna de las causales de disolución, una de cuyas modalidades es la fusión." (Fl. 126 *ibidem*).

Sobre el tópico considera la Sala que cuando la Ley 50 del 1990 adicionó un inciso al artículo 401 del C.S.T. y dispuso que "En el evento de que el sindicato... **se encontrare incurso** en una de las causales de disolución..." corresponde al juez laboral disponer la disolución y liquidación del Sindicato y la cancelación de la inscripción en el registro sindical, se está refiriendo a situaciones diferentes a la disolución por voluntad de los miembros de la agremiación; pues no debe olvidarse que tal disposición fue adoptada por nuestro legislador para titular el derecho de libertad de sindicación amparados de tiempo atrás en el marco de los convenios que sobre la materia se han adoptado dentro de la OIT y que Colombia ha ratificado, derechos y libertades confirmados luego en el artículo 39 de la Constitución de 1991. Exigir que quienes han constituido una asociación deban obtener autorización o pronunciamiento judicial para ponerle término, resulta no sólo violatorio de los aludidos convenios, sino abiertamente contrario al derecho de libre asociación

consagrado de manera genérica en el artículo 38 de la Carta, y en forma expresa en el artículo 39 del mismo ordenamiento jurídico.

Si como quedó dicho, el sindicato se disolvió al disponer sus integrantes que se fusionara a Sinaltrabavaria, el Ministerio no podía actuar en forma diferente a como lo hizo, disponiendo la cancelación del registro sindical correspondiente.

No prospera, en consecuencia, este cargo contra los actos administrativos impugnados por la parte demandante.

Así las cosas, no habiéndose desvirtuado en el plenario la presunción de legalidad de los actos acusados, las pretensiones de la demanda deben denegarse.

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

**FALLA:**

NIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día veintitrés (23) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

*Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno, Jaime Mossos Guarnizo* (conjuez).

*Myriam C. Viracachá S.,* Secretaria (E.).

NOTA DE RELATORIA: En igual sentido se reitera las sentencias de 16 de junio de 1995, Exp. 6865, Ponente: Doctora Dolly Pedraza de Arenas, Actora: Cervecería Aguila, y sentencia de 1° de octubre de 1980, Exp. 1142, Ponente: Doctor Ignacio Reyes Posada, Actor: Sindicato de Trabajadores de Pantex.

**SINDICATO - Creación de Subdirectivas Seccionales / SUBDIRECTIVAS SECCIONALES DE SINDICATOS - Creación / SUBDIRECTIVAS SECCIONALES - Requisitos**

**El artículo 55 de la Ley 50 prevé la creación de subdirectivas Seccionales con un mínimo de 25 afiliados, en municipios distintos al de su domicilio principal, y de Comités Seccionales en donde no haya 25 miembros pero se reúnan 12. En parte alguna limita a la creación de las subdirectivas con la exigencia de que sus miembros estén todos domiciliados en el mismo municipio de su sede; y al no hacerlo la ley, no le está permitido a los funcionarios del Ministerio de Trabajo negar la inscripción de los Directivos de una Subdirectiva ya creada y en funcionamiento.**

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D.C., cuatro (4) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrada Ponente: Doctora *Clara Forero de Castro.*

Radicación número 12064.

Referencia: Autoridades Nacionales.

Actor: Sindicato de Trabajadores de la Nacional Compañía de Seguros Generales de Colombia S.A. "Sintranaguros".

El doctor Joaquín Barreto Ruiz, Magistrado Ponente en el presente proceso, presentó a la Sala proyecto de auto, el cual le fue negado.

Solicita la parte demandante la suspensión provisional de los efectos de las Resoluciones números 236 de 14 de septiembre de 1994 que negó la inscripción en el registro Sindical de los Directivos nombrados en la Asamblea General Ordinaria el día 27 de agosto de 1994, del Sindicato de Trabajadores de la Nacional Compañía de Seguros Generales de Colombia S.A. - *Sintranaguros* - Subdirectiva Regional

Antioquia y los Santanderes; 282 de 3 de noviembre de 1994 que resolvió el recurso de reposición y 304 de 6 de diciembre de 1994 que resolvió el recurso de apelación confirmando la decisión anterior, dictadas por la inspectora del Trabajo y por la Jefe de la división de Trabajo de la Dirección Regional de Trabajo y Seguridad Social de Antioquia, respectivamente.

Al sustentar la medida invoca como violado el artículo 55 de la Ley 50 de 1990, con el argumento de que el Ministerio de Trabajo le dio un alcance a esta norma que no tiene, interpreta la ley y define derechos que no le competen.

Sostiene que no existe disposición alguna que exija como requisito para ser miembro de sindicato el domicilio de los afiliados, pues de ser ello así, se atentaría contra el derecho de asociación; porque el Sindicato cuenta con más de 25 afiliados en la ciudad de Medellín, domiciliados en los municipios que conforman su área metropolitana.

En relación con los perjuicios que causan los actos impugnados manifiesta el libelo que la organización sindical se encuentra sin sus directivas, pues no han podido funcionar ni tomar decisiones válidas, ni desarrollar el objeto para el cual fue creada la subdirectiva y que el Ministerio disuelve administrativamente la organización estando ello prohibido por la C.N. y el Acuerdo 87 de la O.I.T.

Para resolver se *Considera*:

La medida provisoria consagrada en el artículo 152 del C.C.A. será procedente cuando al confrontar los actos acusados con la disposición invocada por el actor se evidencie con claridad su transgresión.

El Ministerio de Trabajo mediánte la resolución acusada negó la inscripción en el Registro Sindical de los directivos del Sindicato "*Sintranaguros*", Subdirectiva Regional Antioquia y los Santanderes, porque consideró que no cumplía con lo establecido en el artículo 55 de la Ley 50 de 1990 en el sentido de que los trabajadores desarrollen sus relaciones sindicales en el ámbito propio de la empresa, es decir, que su domicilio sea el del municipio donde desempeñan sus actividades laborales.

El artículo 55 de la Ley 50 de 1990 es del siguiente tenor:

> "Directivas Seccionales. Todo Sindicato podrá prever en sus estatutos la creación de Subdirectivas Seccionales, en aquellos municipios distintos al de su domicilio principal y en el que tenga un número no inferior a 25 miembros. Igualmente se podrá prever la creación de Comités Seccionales en aquellos municipios distintos al del domicilio principal o el domicilio de la Subdirectiva y en el que se tenga un número de afiliados no inferior a 12 miembros. No podrá haber más de una subdirectiva o comité por municipio."

Como puede observarse, esta norma prevé la creación de Subdirectivas Seccionales con un mínimo de 25 afiliados, en municipios distintos al de su domicilio principal, y de Comités Seccionales en donde no haya 25 miembros pero se reúnan 12.

En parte alguna limita la creación de las subdirectivas con la exigencia de que sus miembros estén todos domiciliados en el mismo municipio de su sede; y al no hacerlo la ley, no le está permitido a los funcionarios del Ministerio de Trabajo negar la inscripción de los Directivos de una Subdirectiva ya creada y en funcionamiento, que por lo demás, no está cuestionada en los actos acusados.

No aparece tampoco prohibición para crear Subdirectivas Departamentales y por tanto la negativa de la inscripción habrá de ser suspendida, pues debido al erróneo entendimiento del artículo 55 de la Ley 50 de 1990, el Ministerio de Trabajo lo quebrantó en forma manifiesta.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda,

**RESUELVE:**

1. Admítese la demanda presentada por el Sindicato de Trabajadores de la Nacional Compañía de Seguros Generales de Colombia S.A., "Sintranaguros".

2. Notifíquese personalmente al señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social.

3. Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público.

4. Fíjese en lista por el término de 5 días para los efectos del artículo 207 numeral 5 del C.C.A.

5. Solicítese al Ministerio de Trabajo el envío de los antecedentes administrativos de los actos acusados.

6. Suspéndense provisionalmente los efectos de las Resoluciones números 236 de 14 de septiembre de 1994 y 282 de 3 de noviembre de 1994, dictadas por la inspectora de Trabajo adscrita a la División de Trabajo de la Dirección Regional de Trabajo y Seguridad Social de Antioquia, y los de la Resolución 304 de 6 de diciembre de 1994, expedida por la Jefe de División de Trabajo de la Dirección Regional de Trabajo y Seguridad Social de Antioquia.

7. Reconócese personería al doctor Jairo de Jesús Duque Rivas como apoderado del Sindicato de Trabajadores de la Nacional Compañía de Seguros Generales de Colombia S.A. **Sintranaguros** subdirectiva Regional Antioquia y Santanderes, en los términos del poder de sustitución que obra a folio 84.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al despacho de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 23 de noviembre de 1995.

*Carlos A. Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz* (Salvamento de Voto), *Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.*

*Myriam C. Viracachá Sandoval*, Secretaria (E.).

**SINDICATO - Subdirectivas Seccionales / SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia**

**Todo sindicato podrá prever en sus estatutos la creación de Subdirectivas Seccionales, en aquellos municipios distintos al de su domicilio principal y en el que tenga un número no inferior a veinticinco (25) miembros, igualmente se podrá prever la creación de Comités Seccionales en aquellos municipios distintos al del domicilio principal o el domicilio de la Subdirectiva y en el que se tenga un número de afiliados no inferior a doce (12) miembros. No podrá haber más de una subdirectiva o comité por municipio. En mi opinión, para establecer si es necesario o no que el domicilio de los afiliados sea el mismo de la Subdirectiva o Comité Seccionales, se requiere interpretar el artículo 55 transcrito, como lo hicieron tanto el aludido Ministerio como la parte demandante, labor esta que no es posible en la providencia que resuelva la solicitud de suspensión provisional, ya que el método de confrontación directa entre el acto acusado y la norma presuntamente infringida, exigido en el artículo 152 del C.C.A., impide la interpretación de la norma superior, pues sabido es que sólo son objeto de interpretación las disposiciones cuyo sentido o alcance no es suficientemente claro, de tal forma que quien pretende hacer uso de ella debe previamente adelantar razonamientos de cierta complejidad para acertar en su aplicación.**

**INTERPRETACION DE LA LEY / FUNCIONARIO PUBLICO - Interpretación de la Ley**

**A la luz del artículo 26 del Código Civil, según el cual los jueces y los funcionarios públicos, en la aplicación de las leyes a los casos particulares y en los negocios administrativos, interpretan las leyes por vía de doctrina, en busca de su verdadero sentido, así como los particulares emplean su propio criterio para acomodar las**

**determinaciones generales de la ley a sus hechos a intereses peculiares.**

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

## SALVAMENTO DE VOTO

Santa Fe de Bogotá, D.C., diciembre siete (7) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Radiación número 12064.

Referencia: Autoridades Nacionales.

Actor: Sindicato de Trabajadores de la Nacional Compañía de Seguros Generales de Colombia S.A. "Sintraseguros" Subdirectiva Regional Antioquia y los Santanderes.

Con el debido respeto por la tesis mayoritaria, consigno a continuación las razones por las cuales a mi juicio no era procedente decretar la suspensión provisional de los actos proferidos por el Ministerio de Trabajo, objeto de la presente acción.

La parte demandante afirma que el Ministerio de Trabajo y seguridad Social le dio al artículo 55 de la Ley 50 de 1990 un alcance que no tiene, además de ser incompetente para interpretar la ley y definir derechos.

Dicho mandato legal, en lo pertinente, dispone:

"Directivas Seccionales.

Todo sindicato podrá prever en sus estatutos la creación de Subdirectivas Seccionales, **en aquellos municipios distintos al de su domicilio principal y en el que tenga** un número no inferior a veinticinco (25) miembros. Igualmente se podrá prever la creación de Comités Seccionales **en aquellos municipios distintos al del domicilio principal o el domicilio de la subdirectiva y en el que se tenga** un número de afiliados no inferior a doce (12) miembros. No podrá haber más de una subdirectiva o comité por municipio." (Negrilla fuera de texto).

En mi opinión, para establecer si es necesario o no que el domicilio de los afiliados sea el mismo de la Subdirectiva o Comité Seccionales, se requiere interpretar el artículo 55 transcrito, como lo hicieron tanto el aludido Ministerio como la parte demandante, labor esta que no es posible en la providencia que resuelva la solicitud de suspensión provisional, ya que el método de **confrontación directa** entre el acto acusado y la norma presuntamente infringida, exigido en el artículo 152 del C.C.A., impide la interpretación de la norma superior, pues sabido es que sólo son

objeto de interpretación las disposiciones cuyo sentido o alcance no es suficientemente claro, de tal forma que quien pretende hacer uso de ella debe previamente adelantar razonamientos de cierta complejidad para acertar en su aplicación.

En torno a que el mencionado Ministerio careciera de competencia para interpretar aquella norma, considero que ello no es cierto a la luz del artículo 26 del Código Civil, según el cual los jueces **y los funcionarios públicos,** en la aplicación de las leyes a los casos particulares **y en los negocios administrativos,** interpretan las leyes por **vía de doctrina,** en busca de su verdadero sentido, **así como los particulares emplean su propio criterio para acomodar las determinaciones generales de la ley a sus hechos e intereses peculiares.**

De otra parte no veo, en principio, cuál podría haber sido el derecho que presuntamente **definió** la autoridad que expidió los actos acusados; el demandante, al respecto, solamente afirma la incompetencia de aquella para definir derechos.

Si es cierto que la organización demandante tiene en Medellín 25 afiliados, es un tema que requería demostrarse, independientemente de su utilidad frente a los puntos de derecho debatidos en la vía gubernativa.

Atentamente,

*Joaquín Barreto Ruiz.*

**BANCO DE LA REPUBLICA / FONDO FINANCIERO AGROPECUARIO - Creación / FINAGRO - Naturaleza / CONTRATO DE TRABAJO - Terminación**

**Con base en la Ley 5ª de 1973, se celebró entre el Gobierno Nacional y el Banco de la República la constitución del Fondo Financiero Agropecuario, encomendando al Banco su administración e incorporando a dicho fondo el "Fondo Financiero Agrario". El artículo 7° de la Ley 16 de 1990 creó el Fondo para el Financiamiento del Sector Agropecuario, Finagro, como una sociedad de economía mixta del orden nacional, organizado como establecimiento de crédito, vinculado al Ministerio de Agricultura, con patrimonio propio y autonomía administrativa. La entidad que se creó mediante este artículo sustituyó el Fondo Financiero Agropecuario, que funcionaba en el Banco de la República, según lo establecido por la Ley 5ª de 1973. Por Decreto 1799 de agosto 6 de 1990, se reglamentó parcialmente la Ley 16 de 1990, y en el artículo 5° se autorizó al Banco de la República para dar por terminados los contratos de trabajo de aquellos trabajadores a quienes se les notificara que sus servicios no serán necesarios en Finagro o que no aceptaran el ofrecimiento respectivo. En este orden de ideas dirá la Sala que los contratos de trabajo de los demandantes que prestaron servicios personales en el Departamento de Crédito Agropecuario y en las sucursales en labores propias del Fondo Financiero Agropecuario, fueron terminados de conformidad con los preceptos de que trata el artículo 5° del Decreto 1799 de 1990, expedido con base en las facultades constitucionales otorgadas al Presidente de la República (artículo 120, numeral 3°); lo que quiere significar que en el *sub lite* existió un mandato legal de obligatorio cumplimiento.**

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., diciembre cuatro (4) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Radicación número 6862.

Referencia: Resoluciones Ministeriales.

Actores: Carlos A. Acuña Corredor y otros.

Estando dentro del término legal, procede la Sala a decidir la demanda que en acción de restablecimiento del derecho instaurada por *Carlos Arturo Acuña Corredor y otros,* contra las Resoluciones números 438 de julio 26 de 1991 y 0838 de septiembre 27 de 1991 y número 000104 de enero 16 de 1992, originarias del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por las causales se negó declarar como despido colectivo el efectuado por el Banco de la República, encontrándose los accionantes entre los despedidos y afectados.

## LA DEMANDA

En el escrito visible a folios 73-77, se pide la nulidad del acto administrativo integrado por las Resoluciones números 438, 0838, 000104 emanadas del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por las cuales se negó a declarar como despido colectivo el efectuado por el Banco de la República.

A título de restablecimiento del derecho violado pide se declare que de conformidad con el artículo 40 del Decreto 2351 de 1965 se configuró como despido colectivo el efectuado entre los días 19 y 27 de diciembre de 1990, sin justa causa y con pago de indemnización, del número plural de trabajadores, por parte del Banco de la República.

Consecuencialmente ordenar que de acuerdo con el numeral 5° del Decreto 2351 de 1965 "se dará aplicación al artículo 140 del Código Sustantivo del Trabajo".

Como hechos que sirven de fundamento a las anteriores pretensiones se narran los siguientes:

Que el Decreto número 386 de 1982 Orgánico del Banco de la República preceptúa que las relaciones laborales entre el Banco y sus trabajadores son contractuales y se rigen por el Código Sustantivo del Trabajo (artículo 11).

A su vez, el artículo 40 del Decreto 2351 de 1965 señala que cuando una empresa considere que necesita hacer despidos colectivos de trabajadores o terminar labores, ya en forma transitoria o definitiva, deberá solicitar autorización al Ministerio

del Trabajo explicando los motivos y acompañando las correspondientes justificaciones.

El Banco de la República ilegalmente, sin haber solicitado la autorización de que trata el decreto expidió colectivamente, sin junta causa, con pago de indemnización, los días comprendidos entre el 19 y el 27 de diciembre de 1990, los trabajadores que se enumeran en la presente demanda.

No se discute si el Banco tuvo justificación o no para la terminación de los contratos de trabajo.

En el acto acusado, básicamente se consignó como fundamento jurídico, la inaplicación del Código Sustantivo de Trabajo y por el contrario, la aplicación de normas no laborales ni integrantes del Código.

El perjuicio causado a los demandantes brota de la evidencia de que, al haber sido privados de su empleo como fuente de ingreso económico, y al no habérseles protegido con la declaración de despido colectivo, no pudieron los trabajadores quedar devengando nuevamente el salario, de conformidad con el artículo 140 del C. S. del T.

## NORMAS VIOLADAS

Se citan como disposiciones violadas con el acto acusado las siguientes: Constitución Nacional, artículos 25 y 53; Código Sustantivo del Trabajo, artículos 1°, 13, 14, 20, 21, 464 y siguientes, subrogado por el artículo 40 del Decreto 2351 de 1965.

## EL CONCEPTO FISCAL

La Procuradora Cuarta Delegada ante esta Corporación, en el concepto que corre a folios 245 - 251 manifiesta que mediante el parágrafo 5° del artículo 18 de la Ley 16 de 1990, se autorizó a Finagro para convenir con el Banco de la República la asunción por aquella entidad de personal vinculado en la actualidad al Fondo Financiero Agropecuario, el cual gozará de derecho preferencial al ser incorporado en la planta de personal de Finagro. Y en virtud del Decreto número 1799 de 6 de agosto de 1990, se infiere que el Banco de la República estaba autorizado para dar por terminados los contratos de trabajo de aquellos trabajadores vinculados al Departamento de Crédito Agropecuario o en las Sucursales en labores propias del Fondo Financiero Agropecuario que no fuera incorporado en la nueva planta de personal. Por esta razón las relaciones de derecho individual de trabajo entre la demandada y los servicios públicos a que se ha hecho referencia, debían regirse por la norma en comento y no por el Código Sustantivo del Trabajo, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 4° del mismo. Conceptúa, en consecuencia, que los actos

acusados se ajustan a derecho, debiéndose por tanto denegar las pretensiones de la demanda.

Como no se observa causal que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes,

## CONSIDERACIONES

Mediante Resolución número 438 del 26 de julio de 1991 (fl. 59) el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social decidió una petición a fin de que se declare como despido colectivo, el efectuado por el Banco de la República entre los días 19 y 23 de diciembre de 1990, sin justa causa y con el pago de la respectiva indemnización sin autorización previa del Ministerio de Trabajo.

El despacho se declaró inhibido para fallar la petición, informando que contra ese acto administrativo proceden los recursos de reposición y subsidiariamente la apelación. Al desatar el recurso de reposición el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (fl. 64) confirmó en todas y cada una de las partes la Resolución número 439 del 26 de julio de 1991, ordenando dar trámite al recurso de apelación para ante el Director General del Trabajo.

El Director General del Trabajo, mediante Resolución número 000104 del 16 de enero de 1992, resolvió la apelación interpuesta, revocando la Resolución número 438 de 6 de julio de 1991, para en su lugar declarar que el Banco de la República no efectuó despido colectivo de trabajadores.

Con base en los anteriores pronunciamientos del Ministerio de Trabajo se inició la presente acción a fin de que esta Corporación determine si los actos acusados, por medio de los cuales se declaró que el Banco de la República no incurrió en despido colectivo de trabajadores, se ajustan a derecho.

Sea lo primero anotar que mediante Decreto número 0386 de 10 de febrero de 1982, el Presidente de la República en ejercicio de las atribuciones que le confería el numeral 14, artículo 120 de la Constitución Nacional, ejerce la intervención estatal en el Banco Emisor.

El artículo 11 de dicha normatividad dice:

**"Las relaciones laborales entre el Banco de la República y sus trabajadores continuarán siendo contractuales y rigiéndose por el Código Sustantivo del Trabajo, con las modalidades expresadas en los artículos siguientes".**

La Ley 5ª de 1973, en su artículo 6°, señala:

**"Con el producto de la colocación de los Títulos de Fomento Agropecuario, el Banco de la República constituirá un fondo para el redescuento de los préstamos de fomento agropecuario que se otorguen a corto, mediano y largo plazo, según lo establecido en esta ley. El fondo se denominará 'Fomento Financiero Agropecuario' y a él se incorporará el que viene funcionando con el nombre de 'Fondo Financiero Agrario', en el mismo Banco".**

En dicha ley se indica que la Administración del Fondo Financiero Agropecuario estará a cargo del Banco de la República, y el Gobierno quedará autorizado para celebrar con el Banco el respectivo contrato (artículo 9°).

Con base en la Ley 5ª de 1973, se celebró entre el Gobierno Nacional y el Banco de la República la constitución del Fondo Financiero Agropecuario (fl. 257 y ss., cdno. N° 3) encomendado al Banco su administración e incorporando a dicho fondo el "Fondo Financiero Agrario".

En relación con el personal del citado Fondo la cláusula 2ª preceptúa:

**"Para la correcta administración del 'Fondo Financiero Agropecuario' El Banco tendrá plena autonomía para destinar a las labores requeridas el personal de empleados que a su juicio sea necesario..."**

El artículo 7° de la Ley 16 de 1990 creó el Fondo para el financiamiento del Sector Agropecuario, Finagro, como una sociedad de economía mixta del orden nacional, organizado como establecimiento de crédito, vinculado al Ministerio de Agricultura, con patrimonio propio y autonomía administrativa.

La entidad que se creó mediante este artículo sustituyó el Fondo Financiero Agropecuario, que funcionaba en el Banco de la República, según lo establecido por la Ley 5ª de 1973.

A su vez el paragráfo 5° del artículo 18 de la Ley 16 de 1990 dispuso:

**"Autorízase a Finagro para convenir con el Banco de la República la asunción por aquella entidad del personal vinculado en la actualidad al Fondo Financiero Agropecuario, el cual gozará de derecho preferencial a ser incorporado en la planta de personal de Finagro".**

Por Decreto número 1799 de 6 de agosto de 1990, se reglamentó parcialmente la Ley 16 de 1990, y en el artículo 5° se autorizó al Banco de la República para dar por terminados los contratos de trabajo de aquellos trabajadores a quienes se les notificara que sus servicios no serán necesarios en Finagro o que no aceptaran el ofrecimiento respectivo, el tenor de la norma es el siguiente:

**"Los trabajadores del Banco de la República, vinculados al Departamento de Crédito Agropecuario o en las sucursales en labores propias del Fondo Financiero Agropecuario, a quienes se notifique que sus servicios no serán necesarios en Finagro, o que no acepten el ofrecimiento respectivo, se les indicará la fecha de terminación de su contrato de trabajo y tendrán derecho a la indemnización o prestaciones sociales previstas para ellos en las normas convencionales vigentes para el caso de terminación unilateral de un contrato de trabajo a término indefinido".**

En este orden de ideas dirá la Sala que los contratos de trabajo de los demandantes que prestaron servicios personales en el Departamento de Crédito Agropecuario y en las sucursales en labores propias del Fondo Financiero Agropecuario, fueron terminados de conformidad con los preceptos de que trata el artículo 5° del Decreto 1799 de 1990, expedido con base en las facultades constitucionales otorgadas al Presidente de la República (artículo 120, numeral 3°); lo que quiere significar que en el *sub lite* existió un mandato legal de obligatorio cumplimiento.

Por tanto, al no existir transgresión de los preceptos acusados, las pretensiones de la demanda no alcanzan prosperidad.

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

**FALLA:**

No acceder a las súplicas de la demanda instaurada por *Carlos Arturo Acuña Corredor y otros* contra las Resoluciones números 438 de julio 26 de 1991, 0838 de septiembre 27 de 1991 y 000104 de enero 16 de 1992, por las cuales se negó declarar como despido colectivo el efectuado por el Banco de la República, y emanadas del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 2 de noviembre de 1995.

*Carlos Arturo Orjuela Góngora,* Presidente. *Joaquín Barreto Ruiz* (ausente); *Clara Forero de Castro; Alvaro Lecompte Luna; Dolly Pedraza de Arenas; Diego Younes Moreno.*

*Myriam C. Viracachá Sandoval,* Secretaria (E.).

**POTESTAD REGLAMENTARIA - Extralimitación / PROFESIONAL DE LA SALUD - Asignación Mensual / LEY DE SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES - Aplicación / MEDICOS - Régimen Salarial**

**La potestad reglamentaria, como lo tiene sentado la jurisprudencia, está dirigida a desarrollar los lineamientos de la ley aprobada por el Congreso; empero, no puede ensanchar o ampliar el fondo del asunto regulado, sino que por el contrario, debe guardar la debida correlación con la función que le señala el artículo 189, numeral 11, al Presidente de la República. En el evento en estudio la comparación entre los textos mencionados muestra que el decreto reglamentario desbordó lo previsto en la disposición reglamentada, por las siguientes razones:**
**1. Es elemental que una sola persona no puede acaparar cargos, opciones o posibilidades en el sector oficial.**

**2. Así mismo, hay un límite normal de horas que puede laborar un ser humano.**

**3. La expresión "salario" tiene una connotación fundamentalmente laboral, en tanto que la de "honorarios" sugiere una relación de naturaleza diferente (civil, comercial o contractual administrativa, según el caso).**

**4. La Ley 4ª de 1992 estableció que por excepción, quien tenga un empleo público y por ello reciba una asignación del Tesoro Público, podrá recibir otra constituida por "los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud".**

**5. El decreto reglamentario introdujo una noción que rebasa las previsiones de la ley, pues debe entenderse, en sentido estricto, que las excepciones a las cuales se refiere el artículo 19 de esta ley en lo que hace con la posibilidad de percibir "honorarios", están**

**estrechamente vinculadas con lo que establezcan sobre el particular los diferentes regímenes que reglamentan la actividad de los servidores estatales; o sea, que los profesionales de la salud que tengan el carácter de servidores públicos solamente pueden percibir honorarios, adicionalmente a su asignación mensual, en la medida en que los estatutos específicos que los rigen así lo contemplen y permitan. En efecto, esta redacción del acto enjuiciado permitiría que una persona ocupe o desempeñe varios cargos públicos, mientras la remuneración que perciba no corresponda a más de ocho (8) horas diarias de trabajo, cuando lo que la ley permite es que quien desempeñe un empleo público pueda percibir, además de la asignación propia del cargo y por vía de excepción, "honorarios" por concepto de servicios profesionales de salud, que es una cuestión distinta. Esto es, que el ordenamiento positivo permite, por excepción, que un empleado público reciba, además de la asignación misma del cargo, honorarios por otros conceptos, mas no contempla la posibilidad de desempeñar varios cargos o empleos oficiales, simultáneamente. Finalmente, la Sala considera necesario dejar en claro que el correcto entendimiento del parágrafo del artículo 19 de la Ley 4ª de 1992 es el de que esa previsión se refiere al caso de aquellas personas que únicamente devengan honorarios.**

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., diciembre cuatro (4) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Radicación número 7239.

Referencia Autoridades Nacionales.

Actores: José Eduardo Narváez Viteri y Grety Patricia López Albán.

Procede la Sala a desatar la demanda que, en ejercicio de la Acción de Nulidad, incoaron los ciudadanos *José Eduardo Narváez Viteri y Grety Patricia López Albán* contra el Decreto número 1172 de julio 13 de 1992, por medio del cual se reglamenta la Ley 4ª de 1992, expedido por el señor Presidente de la República, con las firmas de los Ministros de Hacienda y Crédito Público, de Trabajo y Seguridad Social y del Director del Departamento Administrativo del Servicio Civil.

## LA DEMANDA

En el escrito correspondiente (fls. 2 a 17), se pide la nulidad del Decreto Reglamentario número 1172 de julio 13 de 1992, proferido por el señor Presidente de la República, con las firmas del Ministro de Hacienda y Crédito Público, del Ministro de Trabajo y Seguridad Social y del Director del Departamento Administrativo del Servicio Civil, por ser contrario a la Constitución y la Ley 4ª de 1992.

**De los hechos, disposiciones violadas y concepto de la violación:**

Los ciudadanos *José Eudoro Narváez Viteri y Grety Patricia López Albán,* presentan un parangón entre la norma acusada y las infringidas, así:

**Normas acusadas:** **Normas infringidas:**

El Decreto número 1172 de julio 13 de 1992, consagra:

"DECRETO NUMERO 1172 DE 1992

(julio 13)

*Por medio del cual se reglamenta la Ley 4ª de 1992.*

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 189, numeral 11 de la Constitución Política,

DECRETA:

Artículo 1°. De conformidad con el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992, los servidores públicos que prestan servicios profesionales de salud podrán recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de empresas o instituciones en que tenga parte mayoritaria el Estado, siempre y cuando el máximo de horas hábiles o laborales que generen remuneración sea de ocho (8) horas.

Artículo 2°. El presente decreto rige desde la fecha de su publicación y deroga las normas que le sean contrarias. Publíquese y cúmplase".

Sustentan el concepto de violación en varias citas jurisprudenciales, que transcriben y de las cuales concluyen que el decreto reglamentario no puede modificar ni adicionar la ley que desarrolla, por razones de jerarquía normativa; que la referida

función del Jefe del Estado se circunscribe a desarrollar, desenvolver, precisar y concretar el alcance de la ley.

Por lo tanto, al contemplar la Constitución Nacional, artículo 128, expresa prohibición para desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, solamente caben como excepción los casos expresamente determinados por la ley, que en el caso en estudio están señalados en la Ley 4ª de 1992, artículo 19; desafortunadamente, el señor Presidente en el Decreto injurídico objeto de la acción de nulidad, consagró una nueva excepción, adicional a las consignadas en la ley, de modo los servidores públicos que prestan servicios profesionales de salud, podrán recibir más de una asignación del Tesoro Público.

## ARGUMENTOS DE LA OPOSICION

La Nación-Ministerio del Trabajo, planteó su defensa así: La diferencia en los conceptos de "asignación" y "honorarios", hoy no tiene razón de ser, porque honorarios son la retribución en la prestación determinada de servicios tanto en la administración como en forma independiente y concluye afirmando que este término, por definición está comprendido dentro del concepto de asignación, con lo cual la reglamentación en manera alguna va más allá de la norma reglamentada.

La Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a su turno sostuvo que: La Ley 4ª de 1992, es "marco" por contener las normas generales a las cuales debe someterse el Gobierno Nacional con el fin de establecer salarios y prestaciones de los empleados públicos, por tanto la facultad reglamentaria es amplia dada la materia.

Hace luego un análisis sobre el concepto de "asignación", para decir que se encuentra ampliamente ligado a las relaciones legales y reglamentarias y es la denominación que se utiliza frecuentemente para caracterizar la remuneración en el sector público; por ello el concepto "honorarios" que aparece en el literal e) del artículo 19 de la Ley 4ª de 1992, debe entenderse con la acepción de asignación, porque la propia ley dejó sin piso la diferencia clásica que se plantea en la demanda; concluye afirmando que tanto "... el profesional que se encuentra prestando sus servicios a la administración pública, como aquel que se encuentra vinculado por un contrato de prestación de servicios, reciben honorarios, entendidos éstos, como retribución en la prestación de una determinada función. De esta manera, la noción de honorarios sería el concepto general que implicaría tanto lo uno con lo otro. Así se puede compatibilizar la interpretación sistemática de la norma con su exégesis y con la situación especial en la cual los profesionales de la salud prestan sus servicios...".

## EL CONCEPTO FISCAL

El Agente del Ministerio Público no emitió concepto en el caso objeto de estudio.

## CONSIDERACIONES

Es sabido que conforme al artículo 150 de la Carta Política, le "Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

"....

19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:

e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública".

Para tales efectos, el Congreso expidió la Ley 4ª de 1992, que contiene esos elementos y en lo que hace con la materia debatida en este proceso, reiteró en el artículo 19 la prohibición para desempeñar simultáneamente más de un empleo público y recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, salvo siete (7) excepciones, entre las cuales se encuentra la relacionada con "e) **Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;".**

En el acto acusado, Decreto número 1172 de 1992, dictado en ejercicio de la potestad reglamentaria, se dispuso lo siguiente:

"Artículo 1°. De conformidad con el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992, los servidores públicos que prestan servicios profesionales de salud podrán recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de empresas o instituciones en que tenga parte mayoritaria el Estado, siempre y cuando el máximo de horas hábiles o laborales que generen remuneración sea de ocho (8) horas".

La potestad reglamentaria, como lo tiene sentado la jurisprudencia, está dirigida a desarrollar los lineamientos de la ley aprobada por el Congreso, empero, no puede ensanchar o ampliar el fondo del asunto regulado, sino que por el contrario, debe guardar la debida correlación con la función que le señala el artículo 189, numeral 11, al Presidente de la República.

En el evento en estudio la comparación entre los textos mencionados muestra que el decreto reglamentario desbordó lo previsto en la disposición reglamentada, por las siguientes razones:

1. Es elemental que una sola persona no puede acaparar cargos, opciones o posibilidades en el sector oficial.

2. Así mismo, hay un límite normal de horas que puede laborar un ser humano.

3. La expresión "salario" tiene una connotación fundamentalmente laboral, en tanto que la de "honorarios" sugiere una relación de naturaleza diferente (civil, comercial o contractual administrativa, según el caso).

4. La Ley 4ª de 1992 estableció que por excepción, quien tenga un empleo público y por ello reciba una asignación del Tesoro Público, podrá recibir otra, constituida por **"los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud".**

5. El decreto reglamentario introdujo una noción que rebasa las previsiones de la ley, pues debe entenderse, en sentido estricto, que las excepciones a las cuales se refiere el artículo 19 de esta ley en lo que hace con la posibilidad de percibir **"honorarios",** están estrechamente vinculadas con lo que establezcan sobre el particular los diferentes regímenes que reglamentan la actividad de los servidores estatales; o sea que los profesionales de la salud que tengan el carácter de servidores públicos solamente pueden percibir honorarios, adicionalmente a su asignación mensual, en la medida en que los estatutos específicos que los rigen así lo contemplen y permitan.

6. En efecto, esta redacción del acto enjuiciado permitiría que una persona ocupe o desempeñe varios cargos públicos, mientras la remuneración que perciba no corresponda a mas de ocho (8) horas diarias de trabajo, cuando lo que la ley permite es que quien desempeñe un empleo público pueda percibir, además de la asignación propia del cargo y por vía de excepción, "honorarios" por concepto de servicios profesionales de salud, que es una cuestión distinta.

7. Esto es, que el ordenamiento positivo permite, por excepción, que un empleado público reciba, además de la asignación misma del cargo, honorarios por otros conceptos; mas no contempla la posibilidad de desempeñar varios cargos o empleos oficiales, simultáneamente.

8. Finalmente, la Sala considera necesario dejar en claro que el correcto entendimiento del parágrafo del artículo 19 de la Ley 4ª de 1992 es el de que esa previsión se refiere al caso de aquellas personas que **únicamente** devengan honorarios.

En ese orden de ideas, es evidente que el artículo 1° del Decreto 1172 de 1992, reglamentario de la Ley 4ª del mismo año, incurrió en un exceso en la potestad que le atribuye el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política al Presidente de la República, por manera que las pretensiones de la demanda tienen vocación de prosperidad.

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

**FALLA:**

*Declárase* la nulidad del Decreto Reglamentario número 1172 de 1992, expedido por el señor Presidente de la República con las firmas del Ministro de Hacienda y Crédito Público, del Ministro de Trabajo y Seguridad Social y del Director del Departamento Administrativo del Servicio Civil, por medio del cual se reglamentó la Ley 4ª de 1992 y que dice:

**"Artículo 1º. De conformidad con el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992, los servidores públicos que prestan servicios profesionales de salud podrán recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de empresas o instituciones en que tenga parte mayoritaria el Estado, siempre y cuando el máximo de horas hábiles o laborales que generen remuneración sea de ocho (8) horas."**

**"Artículo 2º. El presente decreto rige desde la fecha de su publicación y deroga las normas que le sean contrarias."**

Cópiese, notifíquese, cúmplase y publíquese en los "Anales del Consejo de Estado".

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su reunión del día 23 de octubre de 1995.

*Carlos Arturo Orjuela Góngora,* Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.*

*Myriam Viracachá Sandoval,* Secretaria (E.).

**EMPRESA DE TELEFONOS DE BOGOTA – Naturaleza / INSUBSISTENCIA / DESVIACION DE PODER – Inexistencia**

**En el caso *sub judice* la entidad demandada "Empresa de Teléfonos de Bogotá" es un establecimiento público descentralizado del Distrito, organizada en virtud del Acuerdo 79 de 1940 y reorganizada por el Acuerdo 72 de 1967, emanados del Concejo Distrital de Bogotá. De lo anterior se desprende teniendo en cuenta la naturaleza de la entidad. "Establecimiento Público Descentralizado" y siguiendo el criterio orgánico como lo ha sostenido la jurisprudencia, que sus servidores por regla general son empleados públicos. Lo anterior surge de los ordenamientos contenidos en la Ley 6ª de 1945, el artículo 4º del Decreto Reglamentario 2127 del mismo año y el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, aplicable también al ámbito municipal como lo ha venido sosteniendo la Sala. El citado artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, determina que constituyen excepción a la regla general los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas y aquellos cargos o actividades que se determine en los estatutos del establecimiento público serán desempeñados por personas vinculadas mediante contrato de trabajo. En el *sub lite* no se demostró que el actor se encontraba en alguna de las excepciones contenidas en la ley, en consecuencia su vinculación debe tenerse como legal y reglamentaria. El hecho de haber suscrito un contrato de trabajo en el momento de su vinculación, por sí solo no significa que adquiera la condición de trabajador oficial; de aceptarlo así significaría que los criterios consagrados en la ley sobre clasificación de empleos pueden ser modificados en cualquier momento por acuerdo entre las partes contratantes, lo que hace que no prospere la excepción de falta de competencia. El artículo 46 del citado acuerdo, arrogándose facultades del legislador, dispuso que los**

**competencia. El artículo 46 del citado acuerdo, arrogándose facultades del legislador, dispuso que los servidores de las entidades descentralizadas son trabajadores oficiales, con las excepciones enumeradas en el artículo 9º. La Sala no desconoce que el citado acuerdo estaba vigente al momento de la desvinculación y que su nulidad fue declarada con posterioridad; sin embargo, el acuerdo era totalmente contrario a la Constitución, por ello resulta inaplicable, observando que los acuerdos de los concejos municipales, son de obligatorio cumplimiento de conformidad con el artículo 192 de la anterior Constitución, pero esto es así mientras no pugnen con normas legales de mayor jerarquía, como son los preceptos constitucionales y las leyes de alcance nacional. La Sala ha reiterado en diferentes oportunidades que si se retira del servicio a un empleado que posiblemente ha cometido una falta disciplinaria, tal circunstancia en sí misma considerada, no acredita que la autoridad nominadora busca sancionar al empleado y por ello se vulnere el derecho de defensa, por ser el poder disciplinario y la facultad discrecional de remoción, atribuciones autónomas e independientes, aunque con el ejercicio de una y otra, en últimas se persiga un mismo objetivo, mejorar la prestación del servicio público, de suerte que el ejercicio de una no entorpece o enerva el de la otra y los actos administrativos que con tal ocasión se expidan gozan de la presunción de legalidad que es inherente a su naturaleza de tales, presunción que es menester quebrantar en el proceso para lograr obtener la nulidad.**

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., diciembre cuatro (4) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Carlos A. Orjuela Góngora.*

Radicación número 8762.

Referencia: Asuntos municipales. Apelación sentencia.

Actor: Jaime Musbah Angulo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 8 de junio de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por el cual accedió a las pretensiones de la demanda.

## ANTECEDENTES

El señor Jaime Musbah Angulo, por intermedio de apoderado solicitó al mencionado Tribunal declarar la nulidad del acto administrativo contenido en la comunicación del 25 de marzo de 1983, originado en la gerencia de la Empresa de Teléfonos de Bogotá, decisión en virtud de la cual se determinó desvincular de la empresa al actor quien para la fecha de su retiro desempeñaba el cargo de Jefe de la Sección de Interventoría de Edificios y que a título de restablecimiento del derecho se le reintegre a dicho cargo o a otro de igual o superior categoría y se ordene a la entidad demandada reconocerle los salarios, prestaciones sociales y finalmente que se declare que no existió solución de continuidad en la prestación de los servicios.

Los hechos y omisiones en que fundamentan sus pretensiones se pueden sintetizar así:

Ingresó a prestar sus servicios personales a la empresa en el año de 1980 en el cargo de ingeniero interventor de edificios y posteriormente fue ascendido al cargo de Jefe de Sección de Interventoría de Edificios.

En el mes de marzo de 1983 el Jefe del Departamento de Licitaciones informó al subgerente administrativo sobre posibles irregularidades en que pudo incurrir el actor al dar trámite a una licitación, solicitó la aplicación de medidas disciplinarias, que a su juicio, debían conllevar la destitución del cargo.

Por el informe anterior, la veeduría de la empresa inició investigación y concluyó solicitando que a los señores Jaime Musbah y José Caicedo se los debía escuchar en el Comité Disciplinario a fin de que ejerciten su derecho de defensa por las actuaciones que se han mencionado en el informativo.

No obstante, haberse iniciado la investigación administrativa disciplinaria, la gerencia mediante el acto acusado resolvió retirarlo del servicio sin haberle notificado los cargos, es decir, desconociendo el derecho de defensa. En consecuencia el acto acusado fue expedido en forma irregular con abuso y desviación de las atribuciones propias del gerente de la empresa.

Citó como violados los artículos de la Constitución Nacional números 16, 17, 20, 26, 28 y 62; Decreto-ley 2400 de 1968; Decreto número 3074 de 1968, artículo 1°; Decreto número 991 de 1974, que estima violados por no haberse cumplido el procedimiento completo que señala la ley al no permitir la culminación de la investigación antes de ordenar la separación del servicio; tal como se expone a folios 42 y 43 del expediente.

## LA SENTENCIA

El Tribunal para acceder a las pretensiones de la demanda tuvo en cuenta las siguientes consideraciones:

En primer lugar llega a la conclusión que no puede prosperar la excepción de incompetencia planteada por la entidad demandada cuando sostiene que el actor, es trabajador oficial, por considerar que para la época de la desvinculación –25 de marzo de 1983–, se encontraba vigente el Acuerdo número 7 de 1977, que dispuso en su artículo 46 que los funcionarios que presten los servicios a las entidades descentralizadas del Distrito, son trabajadores oficiales, con las excepciones señaladas en el acuerdo en las cuales no quedó incluido el cargo de "Jefe de Sección", para que sea desempeñado por un empleado público.

Las razones las encuentra el Tribunal en la sentencia del 4 de marzo de 1984 del Consejo de Estado que al motivar la nulidad del Acuerdo número 7 de 1977 consignó:

> "La facultad que tienen los concejos, en general y el Distrito Especial de Bogotá, en virtud del artículo 13 del Decreto número 1331 de 1968, de determinar la estructura de la administración, no implica la atribución de hacer la clasificación entre empleados públicos y trabajadores oficiales, en el caso en estudio la de los servidores del Distrito, porque el concepto de la citada estructura no comprende la última atribución".

Por lo anterior concluye el *a quo* que no obstante que la sentencia anulatoria quedó en firme con posterioridad a la declaratoria de insubsistencia del demandante, el artículo 46 del Acuerdo 7 es inaplicable, por su evidente contrariedad con la Carta fundamental, situación que era real desde cuando el acuerdo surgió a la vida jurídica, por consiguiente el demandante ostentaba la calidad de empleado público.

Definido el punto anterior y dando por establecido que el actor es un empleado público, analiza el Tribunal las pruebas aportadas encaminadas a demostrar el desvío de poder alegado para colegir que comparando las fechas, se deduce que la separación del cargo del demandante, se produjo cuando ya se habían iniciado las averiguaciones disciplinarias, de tal manera, que por razón de la oportunidad en que tal medida se tomó, puede deducirse que tuvo un carácter sancionatario, ya que cuando un empleado ha sido acusado y se le separa del servicio, semejante actuación tiene toda la apariencia de un castigo y en la práctica no es cosa distinta, lo que hace evidente el nexo entre la presunta falta y la sanción, por tanto se violó el debido proceso consagrado en el artículo 173 y ss. del Decreto número 991 de 1974 lo que implica el despacho favorable de las peticiones de la demanda.

## EL RECURSO

El apelante impetra la revocación de la sentencia al estimar que el Tribunal al tratar de fundamentar una excepción de inconstitucionalidad, desconoció la aplicación del artículo 192 de la Constitución vigente para la época de retiro del actor, por lo tanto la presunción de legalidad que poseía el artículo 46 del Acuerdo 7° de 1977 la mantuvo hasta el día que el Consejo de Estado declaró su nulidad. Además la empresa al proferir la decisión de desvinculación el 25 de marzo de 1983, estimó que la relación mantenida con el demandante era contractual, por ello canceló las indemnizaciones del plazo presuntivo al considerar además que las funciones desarrolladas por el demandante estaban dedicadas a la construcción y sostenimiento de las obras públicas.

Al ocuparse del estudio de fondo, por el cual el Tribunal accedió a las peticiones de la demanda, estima que el acto acusado no contiene ninguna motivación relacionada con la investigación disciplinaria que se dice originó la desvinculación del actor y de acuerdo a reiterada jurisprudencia la remoción se puede decretar aunque el empleado haya cometido una falta y se haya iniciado la respectiva investigación.

En el término de traslado a las partes para presentar sus alegaciones en esta instancia, tanto la parte demandante como la demandada lo hicieron oportunamente, folios 374 a 383 y el Procurador Cuarto Delegado guardó silencio.

Rituado el trámite procesal de la segunda instancia, se procede a resolver previas las siguientes

## CONSIDERACIONES

En el caso *sub judice* la entidad demandada "Empresa de Teléfonos de Bogotá" es un establecimiento público descentralizado del Distrito, organizada en virtud del Acuerdo 79 de 1940 y reorganizada por el Acuerdo número 72 de 1967, emanados del Concejo Distrital de Bogotá.

De lo anterior se desprende teniendo en cuenta la naturaleza de la entidad, "Establecimiento Público Descentralizado", y siguiendo el criterio orgánico como lo ha sostenido la jurisprudencia, que sus servidores por regla general son empleados públicos. Lo anterior surge de los ordenamientos contenidos en la Ley 6ª de 1945, el artículo 4° del Decreto Reglamentario 2127 del mismo año y el artículo 5° del Decreto 3135 de 1968, aplicable también al ámbito municipal como lo ha venido sostenido la Sala.

El citado artículo 5° del Decreto número 3135 de 1968, determina que constituyen excepción a la regla general los trabajadores de la construcción y

sostenimiento de obras públicas y aquellos cargos o actividades que se determine en los estatutos del establecimiento público serán desempeñados por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

En el *sub lite* no se demostró que el actor se encontraba en alguna de las excepciones contenidas en la ley, en consecuencia su vinculación debe tenerse como legal y reglamentaria. El hecho de haber suscrito un contrato de trabajo en el momento de su vinculación, por sí solo no significa que adquiera la condición de trabajador oficial; de aceptarlo así significaría que los criterios consagrados en la ley sobre clasificación de empleos pueden, ser modificados en cualquier momento por acuerdo entre las partes contratantes, lo que hace que no prospere la excepción de falta de competencia.

Así las cosas, se debe examinar la aplicación del Acuerdo 7 de 1977, que dice la demandada tenía plena vigencia para la época de la desvinculación del actor. En efecto el artículo 46 del citado acuerdo, arrogándose facultades del legislador, dispuso que los servidores de las entidades descentralizadas son trabajadores oficiales, con las excepciones enumeradas en el artículo 9. La Sala no desconoce que el citado acuerdo estaba vigente al momento de la desvinculación y que su nulidad fue declarada con posterioridad; sin embargo, el acuerdo era totalmente contrario a la Constitución, por ello resulta inaplicable, observando que los acuerdos de los concejos municipales, son de obligatorio cumplimiento de conformidad con el artículo 192 de la anterior Constitución, pero esto es así mientras no pugnen con normas legales de mayor jerarquía, como son los preceptos constitucionales y las leyes de alcance nacional.

Resta examinar el cargo planteado en el *sub lite*, al estimarse que la administración actuó con desvió de poder, al producir su desvinculación estando pendiente la culminación de la investigación disciplinaria que se había iniciado en su contra por supuestas irregularidades en el trámite de una licitación pública en la que debía intervenir.

Está demostrado en el proceso que la desvinculación se produjo mediante oficio emanado de la gerencia de la empresa el día 25 de marzo de 1983, fecha anterior a la recomendación de la veeduría –marzo 27 de 1983– en la que se concluye que el demandante debe ser escuchado en el comité disciplinario por la falta de actividad al dar el trámite a una modificación al pliego de condiciones de la licitación pública 04 de 1983. El mismo informe de la veeduría considera que los investigados no actuaron en forma dolosa o mal intencionada, pero sí en forma descuidada o negligente (folios 8 al 12 cdno. número 2).

De lo anterior se infiere que la decisión de retirar del servicio público al actor, al ser anterior a la solicitud de oírlo en descargos, no pudo ser el motivo necesario y concluyente de la decisión administrativa. Además la investigación disciplinaria

podía formalmente adelantarse o proseguirse con posterioridad a la separación del cargo, sin que ello enerve la facultad de remoción de que gozaba la administración por no pertenecer el empleado a carrera administrativa.

Sobre el particular la Sala ha reiterado en diferentes oportunidades que si se retira del servicio a un empleado que posiblemente ha cometido una falta disciplinaria, tal circunstancia en sí misma considerada, no acredita que la autoridad nominadora busca sancionar al empleado y por ello se vulnere el derecho de defensa, por ser el poder disciplinario y la facultad discrecional de remoción, atribuciones autónomas e independientes, aunque con el ejercicio de una y otra, en últimas se persiga un mismo objetivo, mejorar la prestación del servicio público, de suerte que el ejercicio de una no entorpece o enerva el de la otra y los actos administrativos que con tal ocasión se expidan, gozan de la presunción de legalidad que es inherente a su naturaleza de tales, presunción que es menester quebrantar en el proceso para lograr obtener la nulidad.

En el caso examinado la testigo María Patricia Silva dice no conocer las razones por las cuales fue retirado del servicio el actor, y el testigo José Caycedo Barón, tampoco depuso sobre las razones o motivos para la remoción, se limitó a comentar que se trataba de una demanda justa, por haber cometido una ligereza la empresa al no dar lugar a ninguna explicación ni defensa sobre los hechos que se estaban presentando. Así las cosas no se puede concluir, sin que exista prueba suficiente como lo hace el Tribunal, que la decisión de retiro tuvo un carácter sancionatario, tampoco se violó el derecho de defensa en razón a que la investigación podía proseguirse después del retiro del servicio del empleado.

Las anteriores razones llevan a la Sala a revocar el fallo recurrido por no estar demostrado el desvió de poder alegado 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:**

*Revócase* la sentencia de 8 de junio de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el proceso promovido por el señor Jaime Musbah Angulo, contra la Empresa de Teléfonos de Bogotá, y en su lugar se dispone negar las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese.

En firme esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día veintiuno (21) de septiembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

*Carlos A. Orjuela Góngora*, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz*, *Clara Forero de Castro*, *Alvaro Lecompte Luna*, *Dolly Pedraza de Arenas*, *Diego Younes Moreno*.

*Myriam C. Viracachá Sandoval*, Secretaria (E.).

**NACIONALIZACION DE LA EDUCACION – Efectos / PERSONAL DOCENTE – Régimen Salarial / PRESIDENTE DE LA REPUBLICA – Facultades / DERECHOS ADQUIRIDOS DE PERSONAL DOCENTE – Inexistencia / PRESTACIONES SOCIALES – Competencia para su creación / SALARIO – Factores**

**El Congreso facultó al Presidente, mediante la Ley 60 de 1976 para que fijara el régimen salarial, pero no le otorgó facultades para legislar sobre prestaciones sociales, fue así como el régimen salarial quedó plasmado en el Decreto 224 de 1977, en el que se eliminan las diferencias de remuneración e implanta la modalidad de asignación básica y adopta el sistema gradual por anualidades el anterior decreto fue complementado por los Decretos números 1247 y 1457 de 1977, en estos en concordancia con la Ley 43 de 1975, artículo 4º, parágrafo, se determinó que cualquier suma que exceda las "asignaciones básicas" fijadas para el personal docente de los departamentos, intendencias, comisarías y Distrito Especial de Bogotá, correrá siempre a cargo de la respectiva entidad territorial. En vigencia de la anterior carta política, el gobierno mediante decretos leyes señaló los efectos de la nacionalización de la educación y unificó el régimen salarial de los docentes oficiales por el sistema de grados del escalafón nacional. Cierto fue que el gobernador del Cesar profirió el Decreto número 000114 de junio 14 de 1983 en el que crea la prima semestral y el Decreto número 0053 de febrero de 1976, que consagró la prima de antigüedad, el demandante como Supervisor de Educación pre-escolar y elemental, devengó tales prerrogativas extralegales según da cuenta la inspección judicial, pero tal circunstancia no le otorga consolidación de "derechos adquiridos", porque el departamento no podía, como lo hizo, crear prestaciones de prima de servicios y de antigüedad mediante decretos departamentales, por cuanto al tenor de la preceptiva de la antigua Constitución, artículo 76, numeral 9º, es atribución del**

**Congreso de la República fijar el régimen de prestaciones sociales de los empleados oficiales y en la nueva Constitución Nacional artículo 150, numeral 19, literal e), el legislativo dicta las normas generales, a las que debe sujetarse el gobierno sobre el tema de fijación de salarios y prestaciones de los empleados públicos, por lo tanto dada la inconstitucionalidad de los decretos del gobernador, soporte de las pretensiones se actualiza su inaplicabilidad, sin tener pie los aducidos derechos adquiridos como fruto de la ilegalidad. Para el año de 1991, a partir del cual y hace reclamo el libelista, el salario asignado para el cargo de conformidad con el Decreto-ley 111 de 1991, se determinaba por dos factores: la asignación correspondiente al grado que acreditara en el escalafón y el 40% liquidado sobre la asignación básica recibida a 31 de diciembre de 1990, conforme a lo dispuesto por el Decreto Extraordinario número 74 de 1990. No le asiste la razón al demandante para reclamar que el 40 se liquide sobre el salario básico vigente a la fecha de pago, o sea las anualidades de 1991, 1992, 1993; pues lo normado por el Decreto 111 de 1991 fue muy claro al determinar que dicho porcentaje se liquida sobre el sueldo vigente a diciembre de 1990 en los términos del Decreto Extraordinario 74 de 1990.**

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., diciembre cuatro (4) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Carlos A. Orjuela Góngora.*

Radicación número 10151.

Referencia: Autoridades nacionales.

Actor: Jorge E. Alemán Palacios.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar el 17 de mayo de 1994, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda incoada por **Jorge Eliécer Alemán Palacio**.

## LA DEMANDA

En el libelo demandatorio (fls. 37 a 46), eleva como pretensiones el demandante: se decrete la nulidad del acto administrativo *ficto* presunto que suspendió el pago de los dineros reconocidos por concepto de primas semestrales

y de antigüedad, al igual que el 40% de sobresueldo, lo anterior de conformidad con los Decretos 00053 del 29 de febrero de 1976, 000114 de junio 27 de 1983 y 386 de febrero 22 de 1980.

Como consecuencia de la declaración de nulidad, el ente demandado debe ser condenado a pagar los siguientes conceptos: prima de servicio anual por los años de 1991 a 1993; primamensual de antigüedad de 1991 a 1993; el40% mensual sobre el salario vigente a la fecha de pago, correspondiente a los años de 1991 a 1993; la diferencia que resulte en el pago de prima de navidad por aplicación de la prima de servicio anual y prima mensual de antigüedad, ellos como factores salariales; los reajustes previstos en el C. C. A. artículos 177, 178.

El soporte fáctico de las súplicas en síntesis afirma: el demandante mediante Resolución número 00784 de julio 15 de 1976, fue designado como Supervisor Departamental de Educación, para 1991 se encontraba en el Escalafón Nacional en categoría 10ª; que mediante Ley 5ª de 1978, reglamentada por el Decreto 1042 de 1978, fue adoptada para el Departamento del Cesar por Decreto 000114 de junio 27 de 1983, en él se creó la prima de servicios, anual, equivalente a un mes de sueldo pagadera en los primeros quince días del mes de julio; por Decreto número 0053 de febrero 29 de 1976 se fijó el sistema de clasificación, remuneración y nomenclatura para las distintas categorías de empleados de la administración departamental, disponiendo un incremento mensual sobre el sueldo básico por concepto de prima de antigüedad; tales acreencias le fueron cubiertas por la administración departamental hasta 1989, y en 1990 por el FER y a partir de 1991 le fue suspendido el pago. Igualmente se estableció la escala salarial para el sector de la educación y el mencionado incremento no fue tomado en cuenta para liquidar el 40% más que tienen derecho los Supervisores de Educación.

Como disposiciones violadas se invocan: Decreto 00114 de junio 27 de 1983, artículo 2°; Decreto 0053 de febrero 29 de 1976, artículos 3° y 4°; Ley 12 de 1989, artículo 2°, inciso 2°; Ley 4 de 1992, artículo 2°, literal a); Constitución Nacional, artículos 53, 58; Decreto 111 de 1991.

El ente demandado dio respuesta al libelo demandatorio para lo cual adujo se demandó la nulidad de un acto administrativo inexistente, porque jamás la administración del Cesar expidió acto alguno que dispusiera la suspensión del pago, aduce además haber obrado conforme a los mandatos de la Ley 12 de 1989, artículo 2°, incisos 1, 2; como excepciones se plantearon: inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir.

## LA SENTENCIA

El *a quo* denegó las pretensiones, en la sentencia impugnada consignó análisis sobre los siguientes aspectos: en primer lugar considero que la Ley 12 de 1989, artículos 1°, 2°, nacionalizó la educación, por lo tanto el departamento quedó liberado de pagos porque el demandante tienen la calidad de empleado nacional; en segundo término por preceptos constitucionales el Departamento no puede crear prestaciones sociales, tal facultad está atribuida es al Congreso, luego las prestaciones creadas por el Gobernador en Decretos números 00053 de 1976 y 000114 de 1983 eran inconstitucionales y por último, no hubo desmejora salarial del demandante porque según la Ley 4ª de 1992, artículo 2°, porque la misma ley artículo 1° dispuso que el Gobierno Nacional fijaría el régimen prestacional de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, y el artículo 12 de la misma ley consagra que el régimen prestacional de entidades territoriales será fijado por el Gobierno Nacional.

## EL RECURSO

La parte demandante apela la sentencia del *a quo*, plantea en síntesis los siguientes aspectos de inconformidad: a) Censura de no haber dado aplicación a la Ley 4 de 1992, artículo 2°, literal a) que dispone al respecto por los derechos adquiridos; b) No es cierto que el gobernador no pueda crear prestaciones sociales porque se apoya en disposiciones no aplicables, el juzgador de primera instancia citó disposiciones del orden nacional, además el gobernador profirió los decretos en base a facultades otorgadas por la Asamblea Departamental, en actos que están vigentes y gozan de presunción de legalidad porque no se ha adelantado contra ellos acción de nulidad; c) Que no hubo pronunciamiento sobre la petición del 40%, la cual tiene soporte en el Decreto 111 de enero 14 de 1991, artículos 1, 18 por la cual se fijan asignaciones al escalafón docente nacional, por lo tanto debe revocarse la sentencia recurrida y accederse a lo pedido.

## MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Tercero Delegado en lo Contencioso ante el Consejo de Estado emitió concepto visible folios 105 a 107, en el cual conceptúa que en verdad el gobernador del Departamento creó unas prestaciones extralegales; pero con la nacionalización de la educación mediante la Ley 12 de 1989, se modificó la relación laboral del demandante y, por consiguiente el sueldo y prestaciones sociales entraron a ser pagadas por la Nación; por lo tanto el Departamento quedó liberado de tales obligaciones que venía cubriendo el actor y a este le entraron a regir los emolumentos de los servidores docentes nacionales; además analiza igualmente la inconstitucionalidad de la normatividad expedida por el gobernador al crear prerrogativas extralegales, por ser facultad del Congreso de la República.

## CONSIDERACIONES

Tres son los puntos básicos a dilucidar de los fundamentos de inconformidad de la parte recurrente, el primero esclarecer el alcance y efectos de la nacionalización de la educación, el segundo la validez y efectos de los decretos del gobernador que crearon prestaciones sociales extralegales y por último la justeza de la aspiración al reconocimiento de incremento del 40% salarial, para el efecto se hacen las siguientes consideraciones:

1. Constituye una verdad la nacionalización de la educación a partir de la Ley 43 de 1975, la cual en su artículo 1º, dispuso que la educación primaria y secundaria oficial sería un servicio público a cargo de la Nación y los gastos que ocasionare su prestación y que en esa fecha se sufragaban por las diferentes entidades territoriales pasaron a ser de cuenta de la Nación (artículo 1º).

En el artículo 4º *ibidem*, se congeló el monto de las asignaciones que los entes territoriales habían aprobado para educación secundaria, tomando como tope los presupuestos aprobados por las respectivas asambleas y concejos, advirtiendo que cualquier suma que excediera los montos allí indicados correrían a cargo de la respectiva entidad territorial.

La referida Ley 43 de 1975 revistió al Presidente de la República por el término de doce meses, de precisas facultades extraordinarias para el estatuto de personal docente y establecer el régimen salarial y prestacional; el ejecutivo en uso de esas facultades *pro tempore* expidió el Decreto 128 de 1977 que fue reemplazado por el Decreto 2277 de 1979, que constituyen las bases del estatuto docente.

Pero, el régimen salarial y de prestaciones sociales no se logró expedir durante el lapso de los doce meses fijados por la ley, razón por la cual el Congreso facultó al Presidente, mediante la Ley 60 de 1976 para que fijara el régimen salarial, pero no le otorgó facultades para legislar sobre prestaciones sociales; fue así como el régimen salarial quedó plasmado en el Decreto 224 de 1977, en el que se eliminan las diferencias de remuneración e implanta la modalidad de asignación básica y adopta el sistema gradual por anualidades el anterior decreto fue complementado por los Decretos 1247 y número 1457 de 1977, en estos en concordancia con la Ley 43 de 1975 artículo 4º, parágrafo, se determinó que cualquier suma que exceda las "**asignaciones básicas**" fijadas para el personal docente de los departamentos, intendencias, comisarías y Distrito Especial de Bogotá, correrá siempre a cargo de la respectiva entidad territorial.

Para el año de 1978 las asignaciones básicas mensuales del personal docente, se fijaron por el Decreto 715 de 1978, el cual en su artículo 11 prohibió a las entidades departamentales, municipales y a los FER modificar la asignación allí consagrada.

Ahora, los gastos de educación sufragados por el Departamento del Cesar fueron asumidos por la Nación conforme a lo dispuesto en la Ley 12 de 1989, que en su artículo 9° dispuso que la escala salarial del personal docente que labora en los establecimientos educativos que en la presente se nacionalizan, será la vigente en la actualidad.

Con las anteriores directrices y en vigencia de la anterior carta política, el gobierno mediante decretos leyes señaló los efectos de la nacionalización de la educación y unificó el régimen salarial de los docentes oficiales por el sistema de grados del escalafón nacional.

2. Cierto fue que el gobernador del Cesar profirió el Decreto número 000114 de junio 14 de 1983 en el que crea la prima semestral y el Decreto número 0053 de febrero de 1976, que consagró la prima de antigüedad (fls. 4 y 10 a 22), el demandante como Supervisor de Educación Pre-escolar y elemental según Resolución número 00784 de 1976 (fl. 4), devengó tales prerrogativas extralegales según da cuenta la inspección judicial (fls. 65, 66), pero tal circunstancia no le otorga consolidación de "**derechos adquiridos**", porque el Departamento no podía, como lo hizo, crear prestaciones de prima de servicios y de antigüedad mediante decretos departamentales, por cuanto al tenor de la preceptiva de la antigua Constitución, artículo 76, numeral 9°, es atribución del Congreso de la República fijar el régimen de prestaciones sociales de los empleados oficiales y en la nueva Constitución Nacional artículo 150 numeral 19, literal e), el legislativo dicta las normas generales, a las que debe sujetarse el gobierno sobre el tema de fijación de salarios y prestaciones de los empleados públicos; por lo tanto dada la inconstitucionalidad de los decretos del gobernador, soporte de las pretensiones se actualiza su inaplicabilidad, sin tener pie los aducidos derechos adquiridos como fruto de la ilegalidad.

Por lo tanto, al desempeñarse el actor como empleado docente del orden nacional, la remuneración y prestaciones sociales que le corresponden, son las establecidas para los servidores de su categoría en el orden nacional solamente (Ley 4ª de 1992, artículos 1°, 2°); es decir dada su categoría de servidor nacional desde ningún punto de vista le es aplicable el régimen departamental a este docente nacionalizado.

3. El cargo de Supervisor de Educación desempeñado por el actor, en virtud del Decreto 2277 de 1979, artículo 32 tiene el carácter de docente, por lo tanto la asignación salarial a que tiene derecho es la fijada en cada período por los decretos expedidos por el Gobierno Nacional. Así las cosas, para el año de 1991s, a partir del cual y hace reclamo el libelista, el salario asignado para el cargo de conformidad con el Decreto-ley 111 de 1991, se determinaba por dos factores: la asignación

correspondiente al grado que acreditara en el escalafón y el 40% liquidado sobre la asignación básica recibida a 31 de diciembre de 1990, conforme a lo dispuesto por el Decreto Extraordinario número 74 de 1990.

El artículo 18 del citado Decreto 111 de 1991, preceptúa:

"Artículo 18. A partir del 1° de enero de 1991, la remuneración mensual para quienes desempeñen los cargos docentes que más adelante se enumeran, se determinará en la siguiente forma:

1. La asignación básica, según el grado que tenga en el Escalafón Nacional Docente, conforme a lo señalado en el artículo 1° del presente decreto, y

2. Los porcentajes liquidados sobre la asignación básica recibida a 31 de diciembre de 1990, conforme a lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto Extraordinario 74 de 1990 y para quienes se vinculen durante 1991, la liquidación se hará sobre la asignación básica a 31 de diciembre de 1990 le correspondía al grado en el escalafón que acrediten al momento de la vinculación, así:

a) Supervisores de educación (o inspectores nacionales) y jefes de distrito del mapa educativo, el 40%".

La transcripción que antecede pone de manifiesto que no le asiste la razón al demandante para reclamar que el 40% se liquide sobre el salario básico vigente a la fecha de pago, o sea las anualidades de 1991, 1992, 1993; pues lo normado por el Decreto 111 de 1991 fue muy claro al determinar que dicho porcentaje se liquida sobre el sueldo vigente a diciembre de 1990 en los términos del Decreto Extraodinario 74 de 1990.

Las razones anotadas indican que no puede prosperar la petición de nulidad del acto *ficto* demandado y en tal virtud se negarán las pretensiones, como lo hizo la sentencia apelada y lo comparte la agencia fiscal.

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 Cesar el diecisiete (17) de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994), mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda, en el juicio adelantado por **Jorge Eliécer Alemán Palacio** contra la **Nación-Ministerio de Educación** y **Departamento del Cesar**.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 9 de noviembre de 1995.

*Carlos Arturo Orjuela Góngora,* Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.*

*Myriam C. Viracachá Sandoval,* Secretaria (E.).

NOTA DE RELATORIA: En igual sentido se reitera la sentencia del 4 de diciembre de 1995, Exp. 10237.

**MESADA ADICIONAL - Beneficios / POTESTAD REGLAMENTARIA - Extralimitación / PENSIONADO DE ENTIDADES DEL ORDEN NACIONAL - Mesada adicional**

**La Ley 100 de 1993, estableció en favor de los pensionados el derecho a treinta (30) días de la pensión respectiva, adicionales, para cancelarlos con la mesada de junio de 1994. Es así como este derecho se aplica a todos los pensionados, incluso los sobrevivientes. El inciso segundo de esta misma norma establecida para los pensionados por vejez del orden nacional el derecho a disfrutar de esta mesada adicional a partir de junio de 1996 pero con la condición de que fueran beneficiarios del reajuste dispuestó en el Decreto 2108 de 1992, sin embargo, este inciso fue declarado inexequible por la Corte Constitucional.**

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., diciembre cuatro (4) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Radicación número 10223.

Referencia: Decretos del Gobierno.

Actor: Fernando Hoyos Navarro.

Estando dentro del término legal procede la Sala a decidir la demanda que en acción de nulidad interpuso el ciudadano Fernando Hoyos Navarro contra el artículo 43 del Decreto Reglamentario número 692 de marzo 29 de 1994, expedido por el Gobierno Nacional "por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de diciembre 23 de 1993.

## LA DEMANDA

En el libelo demandatorio (fls. 1-4) se pide la nulidad del artículo 43 del Decreto Reglamentario 692 de 29 de marzo de 1994, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993.

Una vez ejecutoriada la sentencia que le ponga fin al proceso se solicita comunicar a la autoridad administrativa que profirió la disposición demandada, para los efectos legales consiguientes.

Como hechos de la demanda se narran los siguientes:

El Congreso de la República dictó la Ley 100 de 1993, por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones. La mentada ley en el artículo 142 establece una mesada adicional para los actuales pensionados.

El Gobierno Nacional en uso de la potestad reglamentaria dicta el Decreto 692 de 29 de marzo de 1994, por el cual se reglamentó parcialmente la Ley 100/93 y en el artículo 43 ahora demandado excedió la potestad reglamentaria, porque modifica sustancialmente el artículo 142 de la Ley 100, perjudicando los intereses de los pensionados por jubilación, invalidez y sobrevivientes.

## NORMAS VIOLADAS

Se citan como normas quebrantadas con el acto acusado las siguientes:

Artículo 43 del Decreto Reglamentario 692 de 29 de marzo de 1994, artículo 142 de la Ley 100 de diciembre 23 de 1993, numeral 11 del artículo 189 y numeral 1° del 150 de la Constitución Nacional.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado procede la Sala a decidir previas las siguientes,

## CONSIDERACIONES

El artículo 142 de la Ley 100/93 citado como violado preceptúa:

"*Artículo 142.* Mesada adicional para actuales pensionados.

"Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de los sectores públicos, oficial semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1°) de enero de 1988, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el Decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional sólo a partir de junio de 1996.

*Parágrafo.* Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual".

Empero, la Corte Constitucional en sentencia número C-409 de septiembre 15 de 1994 declaró inexequibles las expresiones "actuales" y "cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del 1° de enero de 1988", contenidas en el inciso primero del artículo 142 de la Ley 100 de 1993, al igual que el inciso segundo de la misma disposición.

Respecto a este punto sostuvo la Corte:

"Para la Sala resulta evidente que al consagrarse un beneficio en favor de los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes en los términos del artículo 142 de la Ley 100 de 1993, "cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del 1° de enero de 1988", consistente en el pago de una mesada adicional de treinta (30) días de la pensión que les corresponda a cada uno de ellos, la cual se "cancelará con la mesada del mes de junio de cada año a partir de 1994", excluyendo a las pensiones causadas y reconocidas con posterioridad al 1° de enero de 1988, se deduce al tenor de la jurisprudencia de esta Corporación, una clara violación a la prohibición de consagrar discriminaciones en el mismo sector de pensionados, otorgando privilegios para unos en detrimento de los otros, al restringir el ejercicio del derecho a la misma mesada adicional sin justificación alguna, para aquellos pensionados jubilados con posterioridad al 1° de enero de 1988".

En relación con la anulación del inciso segundo de este mismo artículo la Corte dijo:

"Encuentra la Corte que lo expuesto es igualmente aplicable en relación con el inciso segundo del artículo 142, en cuanto crea una discriminación injustificada en favor de quienes están disfrutando de la pensión con fundamento en las disposiciones anteriores a la Ley 71 de 1988, en detrimento de quienes habiendo cumplido los requisitos de edad y tiempo de servicio, adquirieron la condición de pensionado a partir del 1° de enero de 1988, por lo que declarará su inexequibilidad.

De la lectura de la anterior normatividad se evidencia que la Ley 100 de 1993, estableció en favor de los pensionados el derecho a treinta (30) días de la pensión respectiva, adicionales, para cancelarlos con la mesada de junio de 1994.

Es así como este derecho se aplica a todos los pensionados, incluso los sobrevivientes.

El inciso segundo de esta misma norma establecía para los pensionados por vejez del orden nacional el derecho a disfrutar de esta mesada adicional a partir de junio de 1996 pero con la condición de que fueran beneficiarios del reajuste dispuesto en el Decreto 2108 de 1992; sin embargo, talcomo se dijo, este inciso fue declarado inexequible por la Corte Constitucional.

A su vez el artículo 43 del Decreto Reglamentario número 692 de 29 marzo de 1994, señala:

"*Artículo 43.* Mesada adicional.

Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez o sobrevivientes, de los sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, el sector privado y el ISS, así como los retirados y pensionados de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del 1° de enero de 1988, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

Los pensionados de entidades del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el Decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta (30) días de la mesada adicional sólo a partir de junio de 1996. Cuando alguna entidad territorial ya viniere cancelando esta mesada adicional, se entenderá cumplida la obligación que establece este artículo. Cuando se estuviere cancelando en menor cuantía, se deberá proceder al respectivo reajuste para dar cumplimiento a lo dispuesto en este artículo.

Parágrafo 1°. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces al salario mínimo legal mensual. En los casos de pensiones de pago compartido, la mesada adicional se cubrirá por el ISS y el empleador en proporción a la cuota parte que esté a su cargo, siempre que el empleador haya reconocido la pensión de jubilación con anterioridad al año de 1988.

Parágrafo 2°. De conformidad con lo previsto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, a los pensionados de Ecopetrol no les es aplicable el reajuste previsto en este artículo, por haber sido excluidos del sistema de seguridad social integral".

Al analizar el texto anterior observa la Sala que el decreto reglamentario reproduce en el inciso primero del artículo 43 el inciso primero del artículo 142 de

la Ley 100 de 1993; empero, en el inciso segundo en vez de regular lo atinente al aplazamiento del derecho al disfrute de la mesada adicional del mes de junio a "los pensionados por vejez del orden nacional", lo restringió refiriéndose a "los pensionados de entidades del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados por el Decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta (30) días de la mesada adicional sólo a partir de junio de 1996...".

Esto es, que existe una evidente transgresión, de la potestad reglamentaria, puesto que introdujo una restricción no señalada por el legislador, o sea que amplió la excepción, como esta Sala tuvo oportunidad de anotarlo en el auto de 8 de agosto de 1994 (fls. 10-17) por medio del cual se suspendió provisionalmente el inciso segundo del artículo 43 del Decreto 692 de 1994, que reza:

"*Los pensionados de entidades del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el Decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta (30) días de la mesada adicional sólo a partir de junio de 1996*" en cuanto incluyó personas diferentes a los "pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el Decreto 2108 de 1992".

Esta redacción afecta a todos los pensionados de entidades del orden nacional que disfrutan pensiones diferentes a las de vejez, por manera que se crean más limitaciones no contempladas por el legislador, materia que fue objeto de análisis por la Corte Constitucional en la sentencia de 15 de septiembre de 1994 cuando sostuvo que "la desvalorización constante y progresiva de la moneda, que conlleve a la pérdida del poder adquisitivo del salario, originado en el fenómeno inflacionario, es predicable para los efectos de decretar los reajustes anuales a todas las pensiones de jubilación sin distinción alguna. Por ello no puede constituir fundamento de orden constitucional para privar de un beneficio pensional como es la mesada adicional que se consagra en la norma materia de revisión, en favor de un sector de antiguos pensionados, excluyendo a otros que legítimamente han adquirido con posterioridad el mismo derecho pensional por haber cumplido con los requisitos legales correspondientes."

Así las cosas, como es evidente que el acto acusado transgredió en ese aspecto la Constitución y la ley, en especial el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, norma que como antes de dijo fue declarada inexequible por la Corte Constitucional procede la Sala a decretar la nulidad de la frase mencionada del inciso segundo del artículo 43 del Decreto 692 de 1994 que preceptúa:

> "Los pensionados de entidades del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el Decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta (30) días de la mesada adicional sólo a partir de junio de

1996", en cuanto incluye personas diferentes a "los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el Decreto 2108 de 1992".

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

**FALLA:**

*Decrétase* la nulidad del inciso segundo del artículo 43 del Decreto 692 de 1994, que dice:

"Los pensionados de entidades del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el Decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento de los treinta (30) días de la mesada adicional sólo a partir de junio de 1996".

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Publíquese en los **Anales del Consejo de Estado.**

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 26 de octubre de 1995.

*Carlos Arturo Orjuela Góngora,* Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Claro Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.*

*Myriam C. Viracachá Sandoval,* Secretaria (E.).

**CARRERA ADMINISTRATIVA - Contraloría General de la República / CONVOCATORIA A CONCURSO - Presupuestos**

**El artículo 152 del C. C. A., señala entre los requisitos para decretar la suspensión provisional, la contradicción del acto con una de las normas invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos a la solicitud y en el *sub lite*, se daban las condiciones requeridas al efecto. Para la Sala es claro que si se convoca a un concurso como en el caso del acuerdo demandado, deben observarse las regulaciones del artículo 123 de la Ley 106 de 1993 que gobierna dicho aspecto, el cual dispone, sin excepción alguna, que todo concurso será abierto y podrán participar quienes pertenecen a la carrera, al servicio o personas ajenas a ellos. La norma no contempla restricciones de ninguna especie de manera que frente al acto la violación se encuentra transparente y nítida. Además conviene señalar que no pueden confundirse con la situación que se controvierte en el *sub lite*, otras diferentes, como serían las que se contemplan y regulan en los artículos 109 y 110 del citado ordenamiento. Del 110 en especial conviene puntualizar que allí se prevén los aspectos relativos al "movimiento de personal con ocasión de la nueva planta" y se dan precisas facultades al Contralor General para tal efecto. Es así como en virtud de las mismas, se faculta a este para proveer, mediante nombramiento ordinario, la nueva planta, dándole prelación a los empleados que actualmente laboran en la Contraloría. En parte alguna la norma establece un tipo de concurso con las características y particularidades que consagra el que ha sido adoptado ni tampoco podrían inferirse de su texto.**

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., diciembre cuatro (4) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Radicación número 11690.

Referencia: Autoridades Nacionales.

Actor: Rafael Bolívar Guerrero.

Decide la Sala el recurso de reposición interpuesto por la parte demandada, Contraloría General de la República y las partes impugnantes de la demanda, contra el auto del 15 de septiembre del presente año por el cual se suspendieron provisionalmente los actos acusados, el Acuerdo número 003 del 3 de marzo de 1995 y las convocatorias números 01, 02, 03 y 04 del 13 de marzo del mismo año.

La entidad demandada señala en primer término que el acuerdo suspendido no es de 1993 como equivocadamente se dijo en el proveído recurrido sino que se trata del Acuerdo numero 003 de 1995.

Entre las razones y argumentos para sustentar el recurso sostiene que mediante sentencia C-514 del 16 de noviembre de 1994 de la Corte Constitucional, fue declarado inexequible el artículo 122 de la Ley 106 de 1993 que había señalado entre los cargos de libre nombramiento y remoción el correspondiente a Profesional Universitarios grados 12 y 13, Jefes de División Seccional, Jefes de Unidad Seccional y Jefes de Unidad, quienes quedaron desempeñando cargos de carrera.

El artículo 110 de la ley cuyo texto transcribe, se refiere al movimiento de personal con ocasión de la nueva planta y el Consejo Superior de Carrera Administrativa, frente a la situación creada por la Corte y para dar cumplimiento a lo ordenado en el inciso segundo del citado artículo, diseñó las bases legales del concurso de acceso a la carrera administrativa contenidas en los actos acusados. Así las cosas, el Consejo o el Contralor bien hubieran podido ordenar directamente la inscripción en el escalafón de carrera porque así lo permitía la ley y sustraerse a la obligación de llamar a concurso a los funcionarios que estaban debidamente posesionados a 3 de marzo de 1995.

Agrega que el presunto quebranto del artículo 123 de la ley no cumple con las exigencias del 152 C. C. A. como quiera que no se hizo el análisis del mandato consignado en el inciso segundo del artículo 110 de la ley que es el precepto que contempla el supuesto normativo aplicable a la situación controvertida. Igualmente señala el inciso tercero de la disposición para expresar que en la misma se aduce como "*conditio sine-quanon*" para el concurso abierto, que los cargos de carrera estén vacantes. Solicita revocar el proveído (fls. 68, 78).

En cuanto a las partes que intervienen como impugnantes, la primera invoca igualmente el artículo 110 de la citada ley así como los números 106, 109 y 122 para concluir que la Sala confrontó y decidió con base en una sola disposición sin tener en cuenta la complejidad del asunto por la reestructuración de la entidad y lo que disponían otras normas. Igualmente, las particularidades del caso por la sentencia de la Corte, lo cual hace que el auto recurrido deba revocarse por no reunir los requisitos señalados en el artículo 152 del C. C. A. (fls. 82, 83).

En cuanto a la segunda, manifiesta que sería beneficioso aclarar en qué momento entra a regir la suspensión provisional si desde la notificación o la comunicación que se efectúa a la Contraloría y además, que no concuerda el año de expedición del acuerdo con el acusado y ello origina desconcierto público y jurídico (fls. 85, 86).

## SE CONSIDERA

El artículo 152 del C. C. A. señala entre los requisitos para decretar la suspensión provisional, la contradicción del acto con una de las normas invocadas como fundamento de la misma por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos a la solicitud y en el *sub lite*, se daban las condiciones requeridas al efecto. Para la Sala es claro que si se convoca a un concurso como en el caso del acuerdo demandado, deben observarse las regulaciones del artículo 123 de la Ley 106 de 1993 que gobierna dicho aspecto, el cual dispone, sin excepción alguna, que todo concurso será abierto y podrán participar quienes pertenecen a la carrera, al servicio o personas ajenas a ellos.

La norma no contempla restricciones de ninguna especie de manera que frente al acto la violación se encuentra transparente y nítida. Además conviene señalar que no pueden confundirse con la situación que se controvierte en el *sub lite*, otras diferentes, como serían las que se contemplan y regulan en los artículos 109 y 110 del citado ordenamiento.

Del 110 en especial conviene puntualizar que allí se prevén los aspectos relativos al "movimiento de personal que ocasión de la nueva planta" y se dan precisas facultades al Contralor General para tal efecto. Es así como en virtud de las mismas, se faculta a este para proveer, mediante nombramiento ordinario, la nueva planta, dándole prelación a los empleados que actualmente laboran en la Contraloría.

Agrega la disposición:

> "Para los cargos de carrera establecidos en la nueva planta de personal, tendrán prelación los empleados que actualmente laboran en la Contraloría General de la República, quienes podrán ser inscritos en el escalafón de carrera administrativa en período de prueba, previo el lleno de los requisitos

establecidos para los cargos de la nueva planta y las evaluaciones que para tal efecto determine el Contralor General de la República, para cada cargo".

"Los cargos de carrera vacantes de la nueva planta, se proveerán mediante concurso abierto, previa constatación del lleno de los requisitos del cargo al cual aspira."

Tales son los mecanismos adoptados para el movimiento de personal "con ocasión de la nueva planta". Pero en el caso propuesto, de una parte, la situación en relación con los cargos de carrera no proviene de las circunstancias descritas sino de la sentencia de la Corte Constitucional que declaró inexequible el artículo 122 de la ley según se indica y de otra, la convocatoria a concurso de que trata el Acuerdo 003, por el cual dio solución a la nueva situación surgida.

En parte alguna la norma establece un tipo de concurso con las características y particularidades que consagra el que ha sido adoptado ni tampoco podrían inferirse de su texto, de ahí la razón por la cual no podrían admitirse tales argumentos.

Ahora bien, dilucidado el punto con las conclusiones anteriores habrá de mantenerse el proveído pero con la aclaración respecto del año en que se expidió el acuerdo ya que por error involuntario se anotó que correspondía a 1993.

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

**RESUELVE:**

**No reponer** el auto del quince (15) de septiembre de mil novecientos noventa y cinco (1995). Aclárase en el sentido de que el acuerdo suspendido es el **número 003 del 3 de marzo de 1995** y no de 1993 como se había indicado.

Reconócese como partes impugnantes a **Leonor Hernández de Mosquera, José de la Cruz López y Oscar Villegas Garzón.**

Notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 23 de noviembre de 1995.

*Carlos Arturo Orjuela Góngora,* Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna; Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.*

*Myriam C. Viracachá Sandoval,* Secretaria (E.).

**DISTRITO CAPITAL - Régimen Prestacional / EMPLEADO DEL DISTRITO CAPITAL - Régimen Prestacional Aplicable / TRABAJADOR OFICIAL DISTRITAL - Régimen Prestacional Aplicable**

**De la lectura del artículo 2° del Decreto 1133 de 1994 con las modificaciones que le introdujo el Decreto 1808 de 1994, se infiere sin hesitación alguna, que el Gobierno Nacional al establecer, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 04 de 1992, el régimen prestacional de los servidores del distrito capital y sus entidades descentralizadas, quiso mantener el mismo de que estos gozaban, pero con las condiciones que en dicho decreto se consagran, las cuales, como se dijo son : respecto de los empleados públicos su continuidad en el mismo destino o la conservación de esta calidad en otro empleo al que se haya llegado por incorporación o por ascenso como resultado de un proceso de selección y en lo que atañe a los trabajadores oficiales, el mantenimiento de dicho carácter.**

**DISTRITO CAPITAL - Régimen Prestacional / EMPLEADO DEL DISTRITO CAPITAL Y TRABAJADOR OFICIAL - Diferencias Prestacionales / ENTIDAD DESCENTRALIZADA DISTRITAL - Régimen prestacional / PRINCIPIO DE LA IGUALDAD - Servidores del Distrito Capital**

**Las diferencias prestacionales que entre empleados y trabajadores del distrito existían dada la naturaleza de su vinculación laboral –empleados: prestaciones sociales fijadas por la ley y trabajadores oficiales: éstas más las obtenidas a través de las convenciones colectivas–, se seguirán manteniendo. Es decir, se les dio idéntico tratamiento porque se conservó la igualdad entre desiguales, toda vez que a unos y a otros se les siguieron reconociendo y pagando aquellas prestaciones de que gozaban. No se quebranta entonces el principio de igualdad entre las personas (art. 16 Constitución Política), porque este, como bien lo destaca la agencia fiscal es objetivo y no formal, y se predica de la identidad, de los iguales y de la diferencia entre los**

**desiguales, de suerte, que en este caso aunque se prescribió una igualdad en cuanto dejó subsistir respecto de tales servidores del distrito capital y sus entidades descentralizadas, los regímenes prestacionales que los regulaban, éstos resultan diferentes porque se parte de supuestos distintos, de personas ligadas a la administración por vínculos jurídicos laborales de diferente naturaleza que también implican diferencias tanto en el sistema que regulan las relaciones de trabajo como en el régimen prestacional (empleados públicos y trabajadores oficiales).**

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., diciembre seis (6) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Radicación número 10505.

Referencia: Decretos del Gobierno.

Actor: Carlos Arturo Castañeda Castañeda.

El ciudadano Carlos Arturo Castañeda Castañeda, en su propio nombre y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C. C. A., demandó ante esta Corporación la nulidad del Decreto número 1808 del 3 de agosto de 1994 del Gobierno Nacional, modificatorio del artículo 2° del Decreto 1133 del 1° de junio de ese año, por el cual se fijó el régimen prestacional de los empleados públicos del distrito capital y de sus entidades territoriales.

Expone el libelista que en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 12 de la Ley 4ª de 1993, el Gobierno Nacional expidió el decreto últimamente citado, en cuyo artículo 1° se estatuyó que las personas que se vincularan al servicio público en el distrito capital y en sus entidades descentralizadas a partir de la vigencia del mismo, que ostenten el carácter de empleados públicos, gozarán del régimen prestacional señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del poder público y en el artículo 2° se dispuso que las personas que se hubieren vinculado como empleados públicos o trabajadores oficiales a dichas instituciones antes de su vigencia, continuarían gozando de las prestaciones que se les venían reconociendo y pagando, siempre y cuando los empleados públicos continuaran desempeñando los cargos para los cuales fueron nombrados en el momento de entrar a regir y mientras los trabajadores oficiales mantuvieran esa calidad.

Acota igualmente que por medio del acto acusado se mantuvo el texto del primer inciso del artículo 2°, pero el segundo se modificó, en cuanto dispuso que "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 ellos se acceda por motivo de incorporación o de ascenso como resultado de un proceso de selección, como para los trabajadores oficiales mientras mantenga esta calidad" (folio 3), modificación que es violatoria de los artículos 13 y 53 de la Constitución Política, que señalan 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, y facultan al congreso para expedir el estatuto del trabajo, teniendo en cuenta, entre otros principios, el de igualdad de oportunidades para los trabajadores, y el respeto de la libertad, la dignidad humana y los derechos de los mismos.

También estima vulnerado el inciso 3° del artículo 125 de la Carta Política que estipula que el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se hará previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y las calidades de los aspirantes, lo que implica el establecimiento de la carrera administrativa en todos los órdenes, incluyendo al distrito capital, cuyos servidores por virtud del inciso 2° del artículo 2° del Decreto 1133 de 1994 demandado, se les excluye de esa prerrogativa y advierte que esta norma es arbitraria y discriminatoria "porque si lo que se pretendía era corregir el error cometido con el 1133 de 1994, no es legal que mantengan esa discriminación para los trabajadores oficiales cuando establece que "...como para los trabajadores oficiales mientras mantengan esa calidad". Significa lo anterior que los trabajadores oficiales no tienen derecho a capacitarse, a volverse profesionales o si lo hacen deben permanecer en esa calidad, no podrán concursar para ascender y pasar a empleados públicos porque si lo hacen perderán todas sus prerrogativas especiales o extralegales, lo cual resulta no solamente ilegal sino inconstitucional por ser violatorio del libre desarrollo de la personalidad" (folio 4).

Por auto del 3 de febrero de 1995 se admitió la demanda y se negó la suspensión provisional del acto acusado (folios 22 a 26) providencia que fue notificada al Ministerio Público y a los Ministros de Gobierno y de Trabajo y Seguridad Social (folios 26 vto., 27 y 36).

Por intermedio de procurador judicial, la Nación –Ministerio de Gobierno– se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que conforme a los preceptos de la Ley 04 de 1992, las entidades territoriales, incluido el distrito capital, quedan insertas en la facultad otorgada al Presidente de la República

para fijar los salarios de los servidores públicos, de acuerdo con el artículo 150 numeral 19 literales d) y f) de la Constitución Política, y que las corporaciones públicas territoriales carecen de facultad para fijar o modificar las prestaciones sociales; que los trabajadores oficiales tienden a superar el mínimo de derechos y prestaciones otorgadas por la ley y que tanto la Ley 04 de 1992, como los Decretos 1133 y 1808 de 1994, no le ponen cortapiza a esa aspiración; que los derechos prestacionales contenidos en la Ley 6ª de 1945 y demás disposiciones legales no se aplican exclusivamente a los trabajadores oficiales a quienes como mínimo se les garantizan tales derechos, sin desconocerles la posibilidad que tienen de mejorar sus condiciones por medio de la negociación colectiva.

Argumenta asímismo la entidad impugnadora que la Ley 04 de 1992 y los Decretos 1133 y 1808 de 1994 ponen en consonancia a los servidores del distrito capital con los de los demás entes territoriales y crean un nuevo régimen para las personas que se incorporen a él, sin que se menoscabe el derecho a la igualdad y los derechos adquiridos de dichos servidores.

## CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuradora Cuarta Delegada en lo contencioso ante esta Corporación estima que las súplicas de la demanda deben denegarse, por cuanto el acto administrativo acusado no transgrede los artículos 13, 16 y 53 de la Constitución Política, como son el de libertad e igualdad consagrados en el artículo 13, pues a los servidores del distrito capital se les está respetando el derecho que tienen de permanecer vinculados bien sea en calidad de empleados públicos o de trabajadores oficiales, no se les está forzando a renunciar al régimen que les venía cobijando, ni impidiendo que se capaciten, concursen o asciendan dentro de la entidad; como se sugiere en la demanda, destacando que el principio de igualdad es objetivo y no formal, permitiendo entonces que no siempre se dé el mismo trato a todos los sujetos destinatarios de los preceptos jurídicos.

En relación con el artículo 16 *ibidem*, tras señalar su alcance, la agencia fiscal indica que tampoco se quebrantó, porque no se está coartando a los servidores públicos del distrito capital la libre decisión de escoger profesión u oficio y en cuanto al artículo 53, indica que no es posible establecer su quebranto porque el demandante no explica ni desarrolla el concepto de su violación, ni el sentido de la infracción, hallándose limitada la función del fallador a analizar los motivos de la vulneración esbozados por el actor.

Por último, la Procuradora Fiscal acota que en atención –no al acto acusado, sino a la preceptiva jurídica reguladora de la materia, es obvio que si un trabajador

oficial, bien sea del distrito capital o de otra entidad, se desvincula de su cargo y pasa a ser empleado público, pierde el derecho a las prestaciones sociales extralegales de que gozaba cuando ostentó esa calidad.

Llegado el momento de decidir, a ello se procede previas las siguientes

## CONSIDERACIONES

El Decreto número 1808 del 3 de agosto de 1994, objeto de impuganción, reza:

"ARTICULO PRIMERO. El artículo 2° 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 ellos se acceda por motivo de incorporación o de ascenso como resultado de un proceso de selección, como para los trabajadores oficiales mientras mantengan esta calidad.

ARTICULO SEGUNDO. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y modifica parcialmente el Decreto 1133 del 1° de junio de 1994" (folios 18 y 19).

No obstante que la norma alude a empleados públicos y a trabajadores oficiales, al leer el libelo se establece que la impugnación apunta exclusivamente a cuestionar la juridicidad de su inciso segundo, pero sólo en cuanto dispone que a los trabajadores oficiales de las entidades públicas a las cuales se hace referencia, se les aplicará lo previsto en el inciso primero de la misma, mientras mantengan esa calidad.

De esta manera, la Sala efectuará el análisis de esa disposición frente a las normas que el demandante invoca como violadas y teniendo en cuenta la argumentación esgrimida.

Se desconoce de qué prestaciones sociales disfrutaban los servidores del distrito capital, así como los de sus instituciones descentralizadas y por supuesto, también se ignora cuál era su soporte jurídico.

Pero aún así, de la lectura del artículo 2° del Decreto 1133 de 1994 con las modificaciones que le introdujo el Decreto 1808 de 1994, se infiere sin hesitación

alguna, que el Gobierno Nacional al establecer, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 04 de 1992, el régimen prestacional de los servidores del Distrito Capital y sus entidades descentralizadas, quiso mantener el mismo de que éstos gozaban, pero en las condiciones que en dicho decreto se consagran, las cuales, como se dijo son: respecto de los empleados públicos su continuidad en el mismo destino o la conservación de esta calidad en otro empleo al que se haya llegado por incorporación o por ascenso como resultado de un proceso de selección y en lo que atañe a los trabajadores oficiales, el mantenimiento de dicho carácter.

Los anteriores condicionamientos no atentan contra los principios consagrados en los preceptos constitucionales invocados como infringidos.

En efecto, no establecen discriminación alguna entre tales servidores, ya que las diferencias prestacionales que entre empleados y trabajadores del Distrito existían dada la naturaleza de su vinculación laboral –empleados: prestaciones sociales fijadas por la ley y trabajadores oficiales: éstas más las obtenidas a través de las convenciones colectivas– se seguirán manteniendo. Es decir, se les dio idéntico tratamiento porque se conservó la igualdad entre desiguales, toda vez que a unos y a otros se les siguieron reconociendo y pagando aquellas prestaciones de que gozaban. No se quebranta entonces el principio de igualdad entre las personas (art. 16 Constitución Política), porque éste, como bien lo destaca la agencia fiscal es objetivo y no formal, y se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales; de suerte, que en este caso aunque se prescribió una igualdad en cuanto se dejó subsistir respecto de tales servidores del distrito capital y sus entidades descentralizadas, los regímenes prestacionales que los regulaban, éstos resultan diferentes porque se parte de supuestos distintos, de personas ligadas a la administración por vínculos jurídicos laborales de diferente naturaleza que también impliçan diferencias tanto en el sistema que regulan las relaciones de trabajo como en el régimen prestacional (empleados públicos y trabajadores oficiales).

Tampoco se vulnera el principio de libre desarrollo de la personalidad (art. 16 *ejusdem).* Antes por el contrario, al consagrarse un eventual cambio de régimen prestacional dependiendo de la voluntad del servidor, porque éste es quien decide si se posesiona en otro empleo público en el que se le haya asignado sin mediar proceso de selección o si modifica su condición de trabajador oficial por la de empleado público, se le está permitiendo a las personas que a la vigencia del decreto acusado se hallaban vinculadas a tales instituciones, su crecimiento personal, ya que se les respeta su autonomía para adoptar la determinación que a bien tengan, pues la norma acusada no contiene un mandato perentorio para aquéllas, en el sentido de obligarlas a decidirse en uno u otro sentido.

En cuanto a la transgresión del inciso 3° que se deduce es del artículo 125 la Constitución Política, no obstante que efectivamente no se precisa de su violación, como en él se prevé el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fija la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes, se observa que antes de desconocer este mandato, al prescribirse en el acto demandado que los empleados públicos sólo conservarían el régimen prestacional vigente antes de la expedición del Decreto 1133 de 1994, si accedían a otro cargo a través del concurso de méritos, se está dando relevancia a este sistema de selección de persona, a punto de que sólo a quienes a él se someten, pueden conservar los privilegios prestacionales excepcionales de que gozan, si acceden a otro empleo a través del sistema de méritos.

Así las cosas, fuerza concluir que no porque en el Decreto 1133 de 1994 se prevea el cambio eventual del régimen prestacional de aquellos servidores que conservaron el que traían como empleados públicos o como trabajadores oficiales al entrar en vigencia ese estatuto, se están desconociendo derechos consagrados en normas superiores, por cuanto los referidos condicionamientos no implican el menoscabo de aquéllos.

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:**

*Niéganse* las súplicas de la demanda instaurada por Carlos Arturo Castañeda Castañeda a fin de obtener la nulidad del Decreto 1808 de 1994 proferido por el Presidente de la República.

Cópiese, notifíquese y publíquese en los **Anales del Consejo de Estado.**

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 26 de octubre de 1995.

*Carlos A. Orjuela Góngora,* Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.*

*Myriam C. Viracachá Sandoval,* Secretaria (E.).

**FALLO INHIBITORIO - Sustracción de Materia**

**La agencia del Ministerio Público en su concepto de fondo estima que como bien lo precisa el apoderado del SENA, existe sustracción de materia. La Sala comparte el criterio expuesto por el señor Procurador Cuarto Delegado en cuanto en este asunto resulta procedente proferir una decisión inhibitoria, toda vez para cuando fue presentado el escrito introductorio ante la Corporación, el día 26 de octubre de 1992, el acto administrativo impugnado ya se encontraba derogado de la Resolución número 1444 de 1991, la cual fue a su vez modificada por la Resolución número 1425 de 1992.**

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D.C., catorce (14) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Doctor *Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente número 7540.

Actor: José Antonio Galán Gómez.

Procede la Sala a decidir el proceso de la referencia, en el cual se impetra la nulidad de los parágrafos 1° y 2° del artículo 11 de la Resolución 1277 de 16 de junio de 1989, expedida por el Director General del Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA".

## CONTENIDO DE LA DEMANDA

El señor José Antonio Galán Gómez, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicita se declare la nulidad de las aludidas disposiciones.

En el escrito introductorio sostiene que el Consejo Directivo Nacional del SENA en ejercicio de sus atribuciones legales conferidas mediante Decreto-ley

número 3123 de 1968 y Decreto 3130 del mismo año, expidió el Acuerdo número 130 de diciembre 16 de 1969 por el cual se determina el Estatuto de Personal del Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA"; que el precitado acuerdo fue aprobado por el Gobierno Nacional mediante Decreto número 2464 de 1970, en el cual se estableció únicamente para proveer cargos de carrera administrativa, dos clases de concursos: internos y externos; los primeros, "para personal vinculado y que haya sido ratificado en su cargo" (art. 68) y los segundos "cuando por cualquier circunstancia no se pueda proveer un cargo vacante mediante movimiento de personal vinculado al SENA, se abrirá concurso externo, es decir, para personal no vinculado". (art. 69); que las normas acusadas para proveer estos cargos establecieron una tercera clase de concursos a los cuales se les puede denominar CONCURSOS SIMULTANEOS O MIXTOS, las que facultan a la administración cuando lo considere necesario para convocar en forma simultánea a concurso de promoción interna y a selección externa; que el acto acusado se expidió irregularmente por cuando no reúne los requisitos de aprobación a que se refiere el artículo octavo letra "e" del Decreto 3123 de 1968.

De otra parte, afirma el demandante que con la expedición del acto acusado se violaron los artículos 20 y 62 de la Constitución Política; el Acuerdo número 130 de 1969 expedido por el Consejo Directivo Nacional del SENA, aprobado mediante Decreto número 2464 de 1970, artículos 65, 67, 68, 69, 72 y 78; artículo octavo letra "e" del Decreto número 3123 de 1968; que los artículos 68 y 69 del Acuerdo 130 de 1969 establecen solamente dos clases de concursos para la provisión de cargos de carrera en el SENA, los INTERNOS para personal vinculado y los EXTERNOS para personal no vinculado; que tales normas disponen un orden de prioridad para la convocatoria a concursos, prevaleciendo el concurso interno; y que el externo sólo se abrirá cuando no sea posible por cualquier circunstancia proveer el cargo de carrera mediante el concurso INTERNO; que en ninguna parte estas normas establecen la posibilidad de abrir concursos sumultáneos y por lo tanto las disposiciones demandadas son violatorias de aquellas, por cuanto facultan a la administración, cuando lo considere necesario, para convocar en forma simultánea a concurso interno y externo, siendo que las normas transgredidas establecen que primeramente se debe abrir concurso interno y en caso de fracasar éste, se podrá abrir concurso externo; que el productor del acto acusado se extralimitó en el ejercicio de sus funciones, violando entre otras disposiciones el artículo 78 del Acuerdo 130 de 1969, el cual sólo faculta al Director General del SENA para reglamentar los procedimientos para concursos dentro de los parámetros que establece el mismo acuerdo, es decir, para reglamentar los únicos concursos creados, interno y externo, pero no para crear nuevas clases de concursos como son los mixtos o simultáneos.

Agrega el demandante que, en el especial, el parágrafo primero del artículo 11 de la Resolución 1277 de 1989, es violatorio del espíritu o política establecida

en el artículo 67 del Acuerdo número 130 de 1969, pues el precepto impugnado hace énfasis en la provisión oportuna de la vacante más que en la promoción futura de las personas seleccionadas, mientras la última norma citada busca el énfasis en la futura promoción de las personas seleccionadas, más que en la solución inmediata de las necesidades de personal (fls. 1 a 14 cdno. ppal).

## SUSPENSION PROVISIONAL

En la demanda se solicitó además la suspensión provisional de los actos enjuiciados (fls. 12 a 14 ibídem), la cual fue denegada mediante auto del 12 de marzo de 1993 (fls. 110 a 116 ibídem).

## CONTESTACION DE LA DEMANDA

El apoderado del Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA" en el escrito de contestación de la demanda (fls. 179 a 182 ibídem) se opone a las pretensiones del actor, pues sostiene que la simultaneidad de los concursos no viola el orden ni tampoco el proceso de selección, porque simplemente tiende a llenar sus necesidades mediante la calificación, no pudiéndose predicar que la reglamentación acusada haya arbitrariamente creado una tercera opción distinta de concurso, que es el elemento común vinculante al interno o al externo, pero desarrollado paralelamente.

Solicita se declare la ineptitud de la demanda por inexistencia de la disposición materia de la litis, ya que la resolución demandada carece de existencia legal, por haber sido expresamente derogada por la Resolución número 1444 de julio de 1991 que reglamentó todo lo relacionado con los denominados concursos de personal, habiendo sido ésta a su vez modificada por la Resolución número 1425 de agosto de 1992, expedidas ambas por el Director General del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA.

## CONCEPTO FISCAL

La Procuraduría Cuarta Delegada en lo Contencioso ante el Consejo de Estado, opina que las normas acusadas sí están modificando el sistema de concursos establecidos en los artículos 68 y 69 del Decreto 2464 de 1970, pues se está creando una nueva forma de concursos "Mixto o Simultáneo" y alterando el orden de los mismos con un posible desmedro de la primacía que para la selección e ingreso a la carrera administrativa tiene el personal vinculado al SENA; sin embargo recomienda dicha Procuraduría Delegada se emita un pronunciamiento inhibitorio por existir sustracción de materia en el caso sub judice, en razón a que la Resolución número 1277 fue derogada por la Resolución número 1444 de 1991.

Procede la Sala a decidir, previas las siguientes

## CONSIDERACIONES

Como se observa en el proceso, el apoderado del SENA (fl. 184 ibídem) en la contestación del libelo demandatorio manifiesta que debe declararse la ineptitud de la demanda por cuanto el acto acusado carece de existencia legal, toda vez que fue expresamente derogado por la Resolución número 1444 de 1991, la cual fue a su vez modificada por la Resolución número 1425 de 1992, por lo que "la norma presuntamente violatoria de la ley ha dejado de surtir efectos, lo que convertiría en inocua la controversia de nulidad que se tramita en ese tribunal",... (fls. 181 y 182 ibídem).

Al respecto la agencia del Ministerio Público en su concepto de fondo estima que como bien lo precisa el apoderado del SENA, existe sustracción de materia "y lo viable es una sentencia inhibitoria, como así, comedidamente, lo recomienda esta Procuraduría Delegada". (fl. 196 ibídem).

La Sala comparte el criterio expuesto por el señor Procurador Cuarto Delegado en cuanto en este asunto resulta procedente proferir una decisión inhibitoria, toda vez que para cuando fue presentado el escrito introductorio ante la Corporación, el día 26 de octubre de 1992 (fl. 14 vuelto ibídem), el acto administrativo impugnado ya se encontraba derogado por la Resolución número 1444 de 1991, la cual fue a su vez modificada por la Resolución número 1425 de 1992, como lo destaca el apoderado del SENA en la contestación de la demanda.

En efecto, el acto demandado no solamente fue derogado expresamente mediante el artículo 90 de la Resolución 1444 de 1991, sino que la materia contenida en los parágrafos 1° y 2° del artículo 11 enjuiciados por el actor, fue íntegramente regulada por la aludida Resolución 1444 de 1991 expedida por el Director General del Sena, mediante la cual se reglamentan los concursos de personal en esa entidad, resolución que en los parágrafos 1° y 2° del artículo 14 hacen referencia al tópico debatido por el demandante en el escrito introductorio.

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

## FALLA:

*Declárase* inhibido para fallar en el fondo la demanda presentada por el señor José Antonio Galán Gómez en orden a obtener la nulidad de los parágrafos 1° y 2° del artículo 11 de la Resolución 1277 del 16 de junio de 1989, expedida por el Director General del Servicio Nacional de Aprendizaje, "SENA".

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en los **Anales del Consejo de Estado** y archívese.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día veintitrés (23) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

*Carlos A. Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.*

*Myriam C. Viracachá S.*, Secretaria (E.).

**PERSONAL DOCENTE - Doble Pensión / INSUBSISTENCIA - Personal Docente**

**En el escrito contentivo del recurso de apelación la apoderada de la Nación sostiene que el demandante en el momento de su retiro de la administración estaba gozando de doble jubilación, razón por la cual el señor Gobernador del departamento de Antioquia como presidente de la Administración del FER prescindió de sus servicios, afirmación que no es cierta, pues según certificado expedido por la jefe de la sección de prestaciones sociales del departamento de Antioquia secretaria de servicios administrativos "se halló constancia de que se encuentra JUBILADO por el departamento de Antioquia desde mayo 10 de 1989; el reconocimiento de la pensión de jubilación se efectuó en enero 9 de 1992" vale decir, que este hecho sucedió luego de que se produjo la desvinculación del servicio del actor, de lo cual se infiere que esa circunstancia no pudo ser la razón de la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento. Además, el hecho de que el docente devengue dos pensiones de jubilación, de por sí, no es ilegal, pues, como es de conocimiento, por vía de ejemplo, la Ley 114 de 1913 que hace referencia a la denominada pensión gracia, que tiene carácter nacional por tiempo servido en los departamentos o municipios, no es incompatible con las que reconozcan estas entidades territoriales.**

**AJUSTE DE VALOR - Salarios y Prestaciones**

**Disponer en caso como el presente la indexación, no es sólo una decisión ajustada a la ley, sino un acto de elemental equidad, cuya aplicación por parte del juez tiene soporte al más alto nivel de nuestro ordenamiento jurídico, como lo consagra expresamente la Carta en su art. 230, en armonía con aquellos preceptos de la Constitución que, como atrás se dijo, le asignan a las autoridades la función de asegurar el cumplimiento de los fines sociales del Estado, el respecto a la dignidad humana y al trabajo, dentro de la vigencia de un orden justo.**

**La Sala considera que tratándose del pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir como consecuencia de una decisión ilegal de la administración, cual es el caso *sub judice*, es similar a aquel en el que lo adeudado es una prestación social que se reajusta periódicamente por mandato de la ley, pues los salarios y, consecuencialmente las prestaciones sociales que se causan durante el servicio, también se reajustan periódicamente por mandato legal; unos y otros tienen la misma fuente, el trabajo, que goza de la especial protección del Estado, ambos son afectados por la devaluación, los dos son objeto de declaración judicial y en los dos casos se ha demostrado judicialmente el proceder errado de la administración. En tales condiciones, no habría lugar a ordenar el ajuste en un caso, y abstenerse de hacerlo en el otro.**

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D.C., catorce (14) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Doctor *Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente número 8324.

Autoridades Nacionales.

Actor: Felipe Alfredo Ospina Cardona.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia de marzo 12 de 1993 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia en el proceso incoado por el señor Felipe Alfredo Ospina Cardona en orden a obtener la nulidad del artículo único del Decreto número 1809 de 3 de mayo de 1989 expedido por el señor Gobernador del Departamento de Antioquia como Presidente de la Junta Administradora del FER, mediante el cual se declaró insubsistente su nombramiento como Supervisor de Educación en el Distrito Educativo número 9, con sede en el municipio de Caucasia, y que, como consecuencia, se ordene su reintegro al cargo que venía desempeñando, el reconocimiento y pago de las sumas de dinero dejadas de percibir por concepto de salarios y prestaciones durante el tiempo en que permanezca desvinculado de la administración; que se determine que para todos los efectos legales no existió solución de continuidad en la prestación de sus servicios.

Solicitó asimismo la parte actora, que en los términos de lo dispuesto en los artículos 77 y 78 del C.C.A., Luz Marina Henao Hidrón, Rodrigo Montoya Giraldo

y Darío Piedrahíta Zapata, como personas naturales, de manera solidaria le reconozcan y paguen todos los perjuicios que se le han causado al accionante con motivo de la expedición del acto administrativo impugnado (fls. 18, 19 y 100).

## LA SENTENCIA APELADA

El tribunal declaró no probadas las excepciones propuestas por la apoderada de la Nación respecto de que "No se acreditan las condiciones para reintegrarse al cargo" y "Doble percepción del mismo tesoro"; por cuanto tales excepciones constituyen razones propias de la defensa, motivo por el cual no son objeto de análisis; declaró igualmente la nulidad del acto administrativo acusado y ordenó reconocer y pagar al demandante los sueldos y prestaciones dejados de percibir desde su desvinculación hasta el día 5 de marzo de 1993, fecha en la cual llegó a la edad de retiro forzoso, sin acceder a las demás súplicas del libelo demandatorio (fls. 120 y 121).

Manifestó el *a quo* que el accionante se encontraba clasificado en el grado 14 del Escalafón Nacional Docente, siendo su nombramiento declarado insubsistente del cargo de carácter docente de Supervisor de Educación, de conformidad con el artículo 32 del Decreto 2277 de 1979, y de acuerdo con criterio jurisprudencial del Consejo de Estado; anota el *a quo* que según las normas del estatuto docente se determina con claridad meridiana que los docentes incorporados a la carrera de su profesión no pueden ser desvinculados de la administración discrecionalmente mediante la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, salvo cuando se trate de personal que no pertenece al escalafón o de nombramientos ilegales; precisa de otra parte que no existe elemento alguno en el plenario que permita sostener que con el acto enjuiciado se haya querido injuriar al actor o a su patrimonio, ni que haya existido culpa grave en su expedición, razón por la cual no es dable predicar responsabilidad de las personas naturales demandadas; no obstante lo anterior, dice el tribunal que no se accederá al reintegro del accionante por cuanto consta en el plenario que nació el 5 de marzo de 1928, lo que indica que para la fecha del fallo ya cumplió los 65 años de edad y, por consiguiente, debe darse aplicación a lo prescrito en los artículos 31 y 68 del Decreto 2277 de 1979.

## LOS ESCRITOS DE IMPUGNACION

1. La apoderada de la Nación en el escrito contentivo del recurso de apelación expone que el actor en el momento de su retiro del servicio estaba gozando de doble jubilación; por lo que el señor Gobernador del departamento de Antioquia como Presidente de la Junta Administradora del FER interpretando lo dispuesto en el Decreto 224 de 1972 prescindió de sus servicios, ya que el artículo 5° de esta disposición única y exclusivamente alude a la compatibilidad para continuar

trabajando en la docencia y gozar de la pensión de jubilación, sin que exprese que hay compatibilidad para seguir laborando en ella y gozar de dos jubilaciones y de esta forma recibir tres erogaciones del Tesoro Público; que existe además la prohibición constitucional consagrada en el artículo 64 de la Carta de 1886, vigente en el momento en que el demandante fue retirado de la administración, y que la actual Constitución Política en su artículo 128 alude prácticamente en los mismos términos al referido precepto constitucional; que de acuerdo con el artículo 16 de la Carta de 1886, la administración procedió a retirar del servicio al accionante que estaba gozando de doble pensión de jubilación, una con la Nación desde 1980 y otra con el Departamento a partir del 10 de mayo de 1989 y su respectivo salario; el retiro del demandante se fundamentó igualmente en la sentencia de julio 7 de 1988, expediente número 1254, Consejera Ponente: Doctora Clara Forero de Castro, sentido en el que igualmente se pronunció el Consejo de Estado en providencia de 12 de marzo de 1984 (fls. 123 a 126).

2. El apoderado del accionante expone que para que el pago sea real y ajustado a la justicia debe ordenarse que las sumas de dinero correspondientes sean indexadas; que el pago al actor se lleve a efecto por la entidad demandada, teniendo en cuenta la indexación de la moneda; tal indexación no se ha ordenado en el fallo objeto del recurso de apelación, por lo que el *ad quem* debe adoptar las medidas pertinentes para corregir la determinación del tribunal, el vicio de la pérdida de las sumas adeudadas al demandante, de su valor de adquisición de bienes y servicios por el fenómeno de la inflación (fls. 134 y 135).

Admitido el recurso de apelación (fls. 139), agotado el trámite de rigor de la segunda instancia y no observándose causal de nulidad que incida en lo actuado, se prodece a decidir, previas las siguientes:

## CONSIDERACIONES

Como consta en el proceso, al momento de proferirse el Decreto acusado número 1809 de 3 de mayo de 1989, mediante el cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor como Supervisor de Educación (o docente) en el Distrito Educativo 09, con sede en el municipio de Caucasia (fls. 2 y 3 ), el actor se encontraba inscrito en el grado 14, especialidad ciencias biológicas, del nuevo Escalafón Nacional Docente, según Resolución número 584 de 21 de diciembre de 1982 (fls. 7 y 42), al cual había sido asimilado en el grado 12, de acuerdo con la Resolución número 026 de 21 de marzo de 1980 (fl 55). Consta igualmente que para la fecha de la desvinculación del servicio no contaba aún con 65 años de edad, que era la exigida para el retiro forzoso, pues había nacido el 5 de marzo de 1928 (fls. 53 y 108) como destaca el *a quo* en la sentencia apelada (fl. 119).

Ahora bien, sobre la posibilidad de que el docente devengue simultáneamente sueldo y pensión de jubilación, sin que por esta sola circunstancia pueda la administración desvincularlo del servicio, tópico al cual alude la apoderada de la Nación en la contestación del libelo (fl 35), la Sala ha tenido la oportunidad de pronunciarse en distintas oportunidades.

En efecto, en sentencia de 17 de abril de 1991, expediente número 3156, recurso de anulación, actor: José Gratiniano Bueno González, Consejero Ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker, dijo la Corporación:

> "Constitucionalmente está consagrada la prohibición de recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, pero al mismo tiempo se contempla la posibilidad de que la ley establezca excepciones.
>
> Así, para el personal docente el artículo 1° del Decreto 2285 de 1955 que regía en el ámbito departamental y municipal hasta cuando fue nacionalizada la educación primaria y secundaria por la Ley 43 de 1975, y el artículo 5° del Decreto 224 de 1972, vigente en todos los órdenes establecieron en favor del personal docente dicha excepción, es decir, la posibilidad de devengar simultáneamente sueldo y pensión de jubilación.
>
> En ocasiones anteriores la jurisprudencia del Consejo de Estado había sostenido que la compatibilidad entre sueldo y pensión de que gozan los docentes no les confería garantía de estabilidad y, por tanto, la administración discrecionalmente podía conservar en el servicio a los maestros que gozaran de la aludida prestación social, o retirarlos.
>
> Sin embargo, en fallos más recientes, entre ellos el fechado el 19 de marzo de 1989, recaído en el proceso número 895, (Actor: Luis Fernando Castro Garzón, Ponente: Doctor Alvaro Lecompte Luna), rectificó el criterio antes expuesto, por cuanto consideró que el artículo 5° del Decreto 224 de 1972 consagró en favor de los educadores el derecho de permanecer en su empleo hasta los 65 años o sea hasta la edad de retiro forzoso, siempre y cuando se hallen mental y físicamente aptos para desempeñar las tareas propias de él.
>
> En efecto, reza así el artículo 5° del Decreto 224 de 1972:
>
> "El ejercicio de la docencia no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación siempre y cuando el beneficiario esté mental y físicamente apto para la tarea docente, pero se decretará retiro forzoso del servicio al cumplir sesenta y cinco (65) años de edad".
>
> Por manera que, en virtud de lo previsto en la norma pretranscrita, la administración carece de facultad discrecional para desvincular del servicio a los educadores pensionados que no hayan alcanzado la edad de retiro forzoso, puesto que sólo

puede disponer su remoción si éstos han sufrido un deterioro tal en sus condiciones físicas y mentales, que impida el desempeño idóneo de sus tareas docentes, o cuando, de conformidad con las reglas respecto de la permanencia en el empleo consagradas en el estatuto docente (Decreto 2277 de 1979 -artículo 31), dichos educadores hayan sido excluidos del escalafón docente por las causas y de acuerdo con los procedimientos señalados en el Decreto 2277 de 1979.

De esta suerte, la desvinculación de un maestro que se halle disfrutando de la pensión de jubilación está sujeta a lo dispuesto tanto en el Decreto 224 de 1972 como en el Decreto 2277 de 1979.

Pues bien, como el Tribunal entendió que la remoción del actor se ordenó en ejercicio legal de la facultad discrecional de la administración por tratarse de un educador pensionado, necesariamente debe concluirse que se quebrantaron los estatutos citados, que autorizan la permanencia en el cargo, con las limitaciones allí previstas".

De igual modo, en fallo de 19 de abril de 1994, expediente número 5401, actor: Edith Margarita Solano de Villalobos, Magistrada Ponente: Doctora Clara Forero de Castro, sostuvo la Sala:

"Establece el artículo 5° del Decreto 224 (febrero 21) de 1972: "El ejercicio de la docencia no es incompatible con el goce de la pensión de jubilación, siempre y cuando el beneficiario esté mental y físicamente apto para la tarea docente, pero se decretará retiro forzoso del servicio al cumplir sesenta y cinco (65) años de edad".

Por otra parte, debe advertirse que la jurisprudencia actual de la Sala, reiterada en numerosas ocasiones y que rectifica una anterior, reconoce el derecho de los docentes escalafonados a permanecer en sus cargos mientras no sean excluidos del escalafón, se hallen física y mentalmente aptos para el cumplimiento de sus funciones y no hayan llegado a la edad de retiro forzoso, es decir, a los 65 años.

Ese derecho y la compatibilidad entre pensión de jubilación y sueldo de actividad, priva a la administración de remover al docente del servicio a través de medidas discrecionales como la declaratoria de insubsistencia.

En esta oportunidad aparece probado que la actora fue escalafonada en el grado octavo el 5 de septiembre de 1985, según Resolución 638 de la Junta Seccional de Escalafón de Sucre (fls. 9-10).

No hay constancia de que hubiera sido excluida de ese escalafón.

Por otra parte, según registro eclesiástico de bautismo obrante a folio 11, la demandante nació el 28 de septiembre de 1934, es decir que cumple la edad de retiro forzoso en la misma fecha de 1999.

Tampoco motivó la expedición del acto acusado el que sus facultades físicas y mentales estuvieran disminuidas al punto de impedirle cumplir con su labor docente.

En tal virtud, su retiro del servicio a través de insubsistencia contraría las normas invocadas en la demanda".

Añade la Corporación a lo expuesto en las citadas providencias, que es preciso recordar que la declaratoria de inexequibilidad del artículo 70 del Decreto 2277 de 1979 por sentencia de 20 de febrero de 1981 de la Corte Suprema de Justicia, no tiene incidencia en lo dispuesto por el artículo 5° del Decreto 224 de 1972, pues, como se determina del mismo contenido de dicho fallo, no desapareció la compatibilidad entre sueldo y pensión para los docentes, ya que ésta siguió vigente por estar establecida con anterioridad en otra norma legal, como lo es el mencionado decreto.

De otra parte, la Sala en sentencia de 31 de mayo de 1994, expediente número 7268, actor: Germán de Jesús López Cañas, Consejera Ponente: Doctora Dolly Pedraza de Arenas, en asunto de características similares al que ahora se debate en el presente proceso expresó lo siguiente:

"Tampoco se solicitan pruebas tendientes a demostrar la percepción por parte del actor de dos pensiones oficiales de jubilación a la vez que devengue el salario correspondiente al cargo que desempeñaba, circunstancia de la cual hubiera podido inferirse que la Nación pretendía apoyar en ella su defensa.

Mal podía entonces el Tribunal establecer la legalidad del acto enjuiciado frente a planteamientos no esbozados por las partes. Su tarea analítica necesariamente debía circunscribirse a determinar la validez jurídica de las alegaciones del demandante y de los razonamientos de la parte demandada en orden a justificar la actuación administrativa impugnada.

Portanto, no es dable admitir, en esta instancia los nuevos argumentos de defensa de la entidad, cuando en el momento procesal idóneo no los esgrimió y mucho menos procedería aceptar su validez con apoyo en pruebas que no fueron solicitadas y aportadas en la oportunidad prevista en el ordenamiento procesal.

De acuerdo con lo anterior, el recurso interpuesto carece de vocación de prosperidad.

No sobra agregar que a la luz de las normas invocadas como violadas por el accionante consagratorias del derecho de relativa estabilidad para los educadores

> inscritos en el escalafón docente, la insubsistencia del nombramiento del demandante dispuesta por el nominador en forma discrecional, sin motivar la providencia y sin el requisito previo de su exclusión del escalafón, resulta contraria a derecho, toda vez que se le desconoce el fuero de relativa estabilidad que según voces del Decreto 2277 de 1989 (sic) le asiste a los docentes escalafonados porque se omitió excluirlo previamente del escalafón, como lo ordena el artículo 28 ibídem, como acertadamente lo precisa el Tribunal en el fallo apelado, razón por la cual se impone la confirmación, adicionándola en el sentido de ordenar que de las sumas que por razón de la sentencia deban pagarse al demandante deberá descontarse cuanto haya recibido del tesoro público o de las entidades en que tenga parte principal el Estado, salvo las sumas percibidas por emolumentos que por expresa autorización legal pueden devengar los docentes conjuntamente con su salario."

Observa la Corporación, que en el escrito contentivo del recurso de apelación la apoderada de la Nación sostiene que el demandante en el momento de su retiro de la administración estaba gozando de doble jubilación, razón por la cual el señor Gobernador del departamento de Antioquia como Presidente de la Junta Administradora del FER prescindió de sus servicios, afirmación que no es cierta, pues según certificado expedido por la Jefe de la Sección de Prestaciones Sociales del departamento de Antioquia - Secretaría de Servicios Administrativos - "se halló constancia de que se encuentra JUBILADO por el departamento de Antioquia, de conformidad a la Ley 91 de 1989, desde mayo 10 de 1989; el reconocimiento de la pensión de jubilación se efectuó mediante Resolución número 053 de enero 9 de 1992." (fl. 127), vale decir, que este hecho sucedió luego de que se produjo la desvinculación del servicio del actor, de lo cual se infiere que esa circunstancia no pudo ser la razón de la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento. Además, el hecho de que el docente devengue dos pensiones de jubilación, de por sí, no es ilegal, pues, como es de conocimiento, por vía de ejemplo, la Ley 114 de 1913 que hace referencia a la denominada pensión gracia, que tiene carácternacional por tiempo servido en los departamentos o municipios, no es incompatible con las que reconozcan estas entidades territoriales.

Para efectos de la determinación del valor que la parte vencida pagará al actor, la Sala dispondrá el correspondiente ajuste teniendo en cuenta lo ya decidido en casos semejantes, con base en los siguientes razonamientos:

> "6. De otra parte la Sala considera pertinente anotar, que en armonía con la concepción del Estado Social de derecho que a nuestra república le imprimió la Constitución de 1991, dentro de cuyos fines está el respeto a la dignidad humana y al trabajo dentro de la vigencia de un orden justo, para lo cual le asignó a las

autoridades la función de asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, la Corporación ha venido discurriendo acerca de la procedencia de decretar el ajuste de valor o indexación de las condenas que profiere esta jurisdicción, y dentro de tal dinámica así lo ha dispuesto cuando se trata de sumas fijas, llegando incluso a decretar oficiosamente su ajuste. (Ver las sentencias proferidas el 3 de marzo y el 18 de agosto de 1995 dentro de los procesos 5926 y 7363 instaurados por Carmen Alina Piedrahíta de Ucrós y Mariela Medina Tovar, con ponencia del Consejero Joaquín Barreto Ruiz, y las de julio 13 y julio 27 del presente año correspondientes a los procesos 6301 y 8827 con ponencia de los señores Consejeros doctores Diego Younes Moreno y Dolly Pedraza de Arenas, respectivamente).

Ahora bien, respecto a casos como el presente en el que la condena se refiere al pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir como consecuencia de la desvinculación ilegal del empleado, la Sala considera oportuno hacer las siguientes reflexiones:

a) Cuando la administración se abstiene injustificadamente de pagar oportunamente lo que adeuda, tales valores son afectados por la devaluación, y quienes los reciben tardíamente, ven menguada su capacidad de compra de bienes y servicios y, por ende, empobrecido su patrimonio;

b) El ajuste de valor o indexación de las condenas proferidas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a diferencia de lo que acontece por ejemplo dentro de la jurisdicción laboral ordinaria que carece de una norma legal que faculte expresamente al juez para decretarlo, sí tiene una norma jurídica que le da sustento legal a una decisión de esta naturaleza, cual es el artículo 178 del Código de la materia, que autoriza al juez administrativo para decretar tal ajuste, tomando como base el "índice de precios al consumidor, o al por mayor". De manera, que esta norma despeja cualquier duda que pudiera surgirle al juez administrativo en relación con la fuente legal que le sirva de sustento a una decisión de esta naturaleza;

c) El ajuste de valor autorizado por la ley, obedece al reconocimiento del hecho notorio de la constante y permanente devaluación de la moneda de nuestro país, que tratándose de servidores del Estado, fustiga y disminuye en forma continua el poder adquisitivo de sus ingresos.

Por lo anterior, disponer en casos como el presente la indexación, no es sólo una decisión ajustada a la ley, sino un acto de elemental equidad, cuya aplicación por parte del jez tiene soporte al más alto nivel de nuestro

ordenamiento jurídico, como lo consagra expresamente la Carta en su artículo 230, en armonía con aquellos preceptos de la Constitución que, como atrás se dijo le asignan a las autoridades la función de asegurar el cumplimiento de los fines sociales del Estado, el respeto a la dignidad humana y al trabajo, dentro de la vigencia de un orden justo;

d) No disponer dicho ajuste cuando por el efecto de la devaluación la suma que se ordena pagar en términos reales se viene a recibir disminuida por parte de quien ha logrado demostrar dentro del proceso no sólo la equivocación de la administración al haberle negado su derecho, sino la ilegabilidad de su decisión, no sólo será un agravio a la integridad patrimonial de quien ha resultado triunfante en el ejercicio de la acción judicial, sino un enriquecimiento sin causa de quien con su negativa en reconocer oportunamente sus obligaciones, resulta haciendo a la postre una erogación menor a la que debía efectuar si hubiere cancelado en tiempo su obligación. De esta forma se estaría premiando la decisión ilegal de la administración;

e) Al obligar a la parte condenada a pagar el valor real de lo adeudado, en verdad no se le está imponiendo una sanción por su conducta renuente, ni se le está haciendo más gravosa su situación u ocasionando un empobrecimiento, como tampoco un enriquecimiento a la parte gananciosa de la contención; se está obligando sí a la parte vencida, a pagar lo que en justicia debe y en su oportunidad se abstuvo de reconocer, asumiendo como consecuencia lógica de su conducta omisiva, los efectos que la devaluación ha producido en el poder adquisitivo del dinero adeudado y que en forma injustificada paga tardíamente;

f) La Sala considera que tratándose del pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir como consecuencia de una decisión ilegal de la administración, cual es el caso *sub judice*, es similar a aquel en el que lo adeudado es una prestación social que se reajusta periódicamente por mandato de la ley, pues los salarios y, consecuencialmente las prestaciones sociales que se causan durante el servicio, también se reajustan periódicamente por mandato legal; unos y otros tienen la misma fuente, el trabajo, que goza de la especial protección del Estado, ambos son afectados por la devaluación, los dos son objeto de declaración judicial y en los dos casos se ha demostrado judicialmente el proceder errado de la administración. En tales condiciones, no habría lugar a ordenar el ajuste en un caso, y abstenerse de hacerlo en el otro". (Sentencia proferida el 15 de noviembre de 1995 dentro del proceso 7760 con ponencia del Magistrado Joaquín Barreto Ruiz. Actor: Guillermo de Jesús Calle Guerra).

Teniendo en cuenta los anteriores razonamientos, se adicionará el fallo del Tribunal con la orden de ajustar el valor de lo adeudado al actor.

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

**FALLA:**

1. Confírmase la sentencia de 12 de marzo de 1993 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia en el proceso promovido por Felipe Alfredo Ospina Cardona contra la Nación (Ministerio de Educación Nacional).

2. Adicionase el fallo mencionado, en el sentido de que el valor adeudado será ajustado en los términos del artículo 178 del C.C.A., dando aplicación a la fórmula

$$R = Rh \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

en la que el valor presente ( R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de remuneración y prestaciones sociales desde la fecha de su desvinculación hasta el 5 de marzo de 1993, fecha en la cual cumplió la edad de retiro forzoso, con inclusión de los reajustes salariales correspondientes a dicho período, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente en la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 30 de noviembre de 1995.

*Carlos A. Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.*

*Myriam C. Viracachá S.,* Secretaria, (E.).

NOTA DE RELATORIA: La Sala Plena del Consejo de Estado acogió la tesis del ajuste de valor en asuntos laborales en la sentencia del 28 de agosto de 1996, Exp. S-638, con ponencia del doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora. Reiteración jurisprudencial de la sentencia de 17 de abril de 1991 Exp. 3156 C.P. Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. El fallo de 19 de abril de 1994 Exp. 5401 C.P. Doctora Clara Forero de Castro Sentencia de 31 de mayo 1994 Exp. 7268.

## DOTACION DE CALZADO Y VESTIDO DE LABOR - Beneficiarios

**Dotación de calzado y vestido de labor. La exigencia de esta prestación se fundamenta el artículo de la Ley 70 de 1988. La norma mencionada establece el derecho al suministro de calzado y vestido de labor en favor de los servidores oficiales sin distingo alguno, esto es, sin hacer referencia exclusiva al nivel de la administración a que pertenezca. Por su parte, el Decreto Reglamentario 1978 de 1989, en su artículo 1°. precisó que disfrutarían de ese derecho los trabajadores permanentes vinculados mediante relación legal y reglamentaria o contrato de trabajo al servicio de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos, unidades administrativas especiales, empresas industriales o comerciales de tipo oficial y sociedades de economía mixta tanto del orden nacional como en las entidades territoriales. No cable duda alguna acerca de que la normatividad referida es aplicable al accionante, toda vez que se halla acreditado que presentaba sus servicios a un establecimiento público del orden municipal.**

## AUXILIO DE TRANSPORTE - Empleado Local

**El pago de auxilio de transporte lo reclama con base en lo dispuesto en el artículo 50 del Decreto 1042 de 1978, norma que considera le es aplicable por cuanto devengaba menos de dos salarios mínimos y la empresa no asumía por cuenta, su transporte desde el sitio donde residía hasta aquel en que laboraba. De conformidad con la norma mencionada y en armonía con el artículo 1°. ibídem al cual remite, a este auxilio tienen derecho quienes en condición de empleados públicos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional devenguen el salario allí determinado y como el actor**

no laboraba en ninguna de estas instituciones, no era dable apoyándose en el Decreto 1042 de 1978 reconocer a su favor el auxilio de transporte.

**VIGILANTE NOCTURNO - Horas Extras / HORAS EXTRAS EMPLEADO MUNICIPAL - Régimen Aplicable / NORMA NACIONAL - Inaplicación**

Horas extras. El demandante desempeñaba el cargo de vigilante nocturno, con una jornada que empezaba a las 6 de la tarde y terminaba a las 6 de la mañana. De acuerdo con el artículo 3°. de la Ley 6ª de 1945, las horas de trabajo no pueden exceder de ocho al día, excepto en algunas actividades, entre ellas, las discontinuas o terminantes y las de simple vigilancia que pueden ser hasta de 12 horas. Por su parte, la Ley 64 de 1946, por la cual se adicionó y reformó aquella, la jornada ordinaria nocturna está comprendida entre las dieciocho y las seis horas. El reglamento interno de trabajo de las empresas públicas, aprobado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, tras determinar que la jornada de trabajo será de ocho horas diarias o de cuarenta y ocho semanales, estableció el horario de trabajo de sus servidores incluyendo los vigilantes del Palacio Municipal y de la Plaza de Mercado. La fijación de esta forma de horario de trabajo para los vigilantes, según se refiere de las normas citadas, se halla en consonancia con la duración máxima de la jornada de trabajo que conforme a la ley dichos servidores deben cumplir. Sin embargo, como el total de horas laborales por él en la semana supera las 72, el actor estima que de acuerdo con lo normado en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, esa jornada excedía en 6 del límite de horas de trabajo semanales, las cuales no podían ser de 66 y que conforme a lo estipulado en el Decreto 85 de 1986, que fija en 44 horas la jornada semanal de trabajo para los celadores, el número de horas trabajadas por él en exceso, sería de 28 a la semana, los decretos leyes 1042 de 1978 y 85 de 1986, señalados como infringidos, regulan lo concerniente a la duración máxima de la jornada laboral de los empleados públicos del orden nacional de los que en tal calidad y a ese nivel desempeñan el cargo de celadores. Habida consideración de que el demandante es un empleado público perteneciente a la Administración Municipal de Calarcá y no se citaron como infringidas las disposiciones que a nivel municipal reglamentan este tema, no es posible declarar contraria a

**derecho la negativa de las empresas demandadas de reconocer el pago de las horas que como extras dice haber trabajado.**

**CELADOR - Dominicales y Festivos / DOMINICALES Y FESTIVOS - Empleado Municipal / ESCALA DE REMUNERACION MUNICIPAL - Fijación**

**Al tenor de lo estatuido en el ordinal 3º del artículo 197 de la Constitución Política de 1886 vigente para la época a que se contrae la reclamación sobre el pago del trabajo en domingos y festivos, corresponde a los concejos Municipales "Determinar la estructura de la administración municipal, las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración correspondiente a las distintas categorías de empleo..." Las empresas demandadas forman parte de la administración municipal de Calarcá y como tal remuneración de sus servidores debe ser determinada por el Concejo de esa municipalidad. No obstante, el libelista no señaló como infringida ninguna disposición expedida por el Concejo en que se regulara lo concerniente a la remuneración de los empleados públicos que prestan sus servicios en la Administración Municipal de Calarcá en dominicales y festivos; solo se refirió al reglamento de trabajo expedido por la entidad demandada, la cual carecía de competencia para determinar la remuneración de los empleados públicos a ella vinculados. Reconocimiento de los emolumentos que por este concepto impetra el demandante.**

**SUMINISTRO DE CALZADO Y VESTIDO DE LABOR - Improcedencia de Factor Salarial**

**Si la única reclamación que prospera es la relacionada con el suministro del calzado y vestido de labor y si esta prestación no es salario ni se computa en ningún caso como tal, según lo estatuye el artículo 2º. de la Ley 70 de 1988, no es caso ordenar el reajuste de los referidos haberes.**

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., catorce (14) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrada Ponente: Doctora *Clara Forero de Castro.*

Radicación número 7655.

Referencia: Asuntos Municipales.

Actor: Saúl David Puentes.

En grado jusrisdiccional de consulta ha llegado a esta Sección del Consejo de Estado la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío el 22 de septiembre de 1992.

## ANTECEDENTES

Por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor Saúl David Puentes solicitó al Tribunal declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. 005143 de 23 de noviembre de 1990 suscrito por el Gerente de las Empresas Públicas Municipales de Calarcá, por medio del cual no se accedió al reconocimiento y pago del subsidio de transporte, dotación de calzado y vestido de labor, horas extras, dominicales y festivos por trabajo permanente, recargo por trabajo nocturno y ajuste al valor de primas y vacaciones, peticiones que había formulado el 20 de noviembre de 1990 en su calidad de empleado de esa institución y que como consecuencia de tal declaratoria y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada a pagarle los emolumentos que reclama con la retroactividad indicada en las normas vigentes.

Así mismo el actor impetró el pago del mayor valor de las primas y demás prestaciones de acuerdo con la reliquidación que se efectúe y la cancelación en el futuro de sus asignaciones correspondientes a subsidio de transporte, dotación de calzado y vestido de labor, dominicales y festivos, recargo por trabajo nocturno, horas extras y ajustes al valor por primas y vacaciones a que tiene derecho, de los intereses comerciales desde la fecha de ejecutoria de la sentencia y moratorios transcurridos tres meses de tal ejecutoria hasta el pago total.

Al exponer los presupuestos fácticos de la acción, el actor relata que se vinculó a las Empresas Públicas de Calarcá como celador nocturno mediante la resolución número 09 de 1984 expedida por la Gerencia de esa entidad: que desde su posesión como celador nocturno se le asignó una jornada de 6 p.m. hasta las 6 a.m., incluyendo domingos y días festivos, otorgándole un día a la semana como compensatorio por el trabajo dominical; que respecto de él no se ha empleado el sistema de turno, correspondiéndole el mismo horario diariamente; que desde su ingreso a las empresas no se le ha cancelado lo correspondiente a auxilio de transporte, dotación de calzado y vestido, dominicales y festivos, recargo por trabajo nocturno, horas extras y ajuste al valor de las primas; que el subsidio de transporte se le pagó desde noviembre de 1989 hasta el 1°. de diciembre de 1990; que el 20 de noviembre de 1990 requirió de la entidad demandada el pago de los dineros que

se le adeudan por esos conceptos y mediante el oficio acusado su solicitud fue negada tomando como fundamento el concepto del Asesor Jurídico de las Empresas y suspendiendo el pago del subsidio de transporte, advirtiéndole además la administración, que con esa comunicación quedaba agotada la vía gubernativa.

Informa igualmente que fue amenazado en el sentido de que si no renunciaba a los derechos cuyo reconocimiento solicitaba no podía continuar en el cargo, además de que se le suspendió el pago del auxilio de transporte y fue así como fue removido de su empleo.

Como normas transgredidas cita los artículos 16, 17 y 30 de la Constitución, 3° y 7° de la Ley 6ª de 1945, 1°. de la Ley 64 de 1946, 2°., 4°., 14 de la Ley 15 de 1959, 1° numeral 3°., 2°. y 4° del Decreto 3181 de 1968, 33, 34, 36 a 39, 49 y 97 del Decreto 1042 de 1974, 1°. y 2°. de la Ley 85 de 1986, 1° de la Ley 70 de 1988, 1°, 2°, 5° y 6°. del Decreto 1978 de 1989, 158 a 161, 166, 169, 172, 173, 177, 179 y 181 del Código Sustantivo del Trabajo, 15, 25 a 29, 31, 32, 33, 35, 37, 71 numeral 4 y 73 numeral 11 del Reglamento Interno de Trabajo de las Empresas Públicas Municipales de Calarcá, aprobado por resolución 014 de 1987, sobre cuyo concepto de violación se discurre a folios 55 a 67.

## LA SENTENCIA

El Tribunal del conocimiento luego de declarar no probadas las excepciones de caducidad y prescripción propuestas por la entidad demandada, declaró la nulidad de los actos acusados, en cuanto negaron la dotación de calzado y de vestido de labor al demandante y se abstuvo de hacerlo en relación con las demás decisiones que en ellos se adoptaron y condenó *in genere* a las Empresas Públicas de Calarcá a pagarle al actor el valor de siete pares de calzado y siete vestidos de labor, pues la Ley 70 de 1988 que consagró el derecho a percibir a un par de zapatos y un vestido de labor cada 4 meses, en favor de los empleados del sector oficial entró a regir el 23 de diciembre de 1988; por manera, que ese número de elementos debió ser su dotación hasta el mes de diciembre de 1990, cuando fue removido de su empleo, y señaló que de las sumas a pagarle al señor Saúl David Puentes por ese concepto, deben descontarse $28.000 en caso de que éstos ya le hubieren sido cancelados por la entidad, como se comprometió a hacerlo en la audiencia de conciliación.

Para proferir decisión adversa en cuanto a la pretensión de reconocimiento de auxilio de transporte y de primas de vacaciones y de servicios, el *a quo* se basó en el hecho de que el actor al reclamarlos se fundamentó en los Decretos 1042 y 1045 de 1978, no siendo estos estatutos aplicables al *sub lite* porque regulan la materia pero en el ámbito nacional, y el demandante es un empleado del orden municipal; para negar el reconocimiento de horas extras, el Tribunal adujo que los Decretos 3181 de 1968 y 1912 de 1973 no se refieren en lo pertinente a los

empleados oficiales de los establecimientos públicos, sino a los empleados de los ministerios, departamentos administrativos y superintendencias, y que a pesar de que el reglamento interno de las "Emca" remite al Decreto 1045 de 1978, estas normas no son aplicables a empleados del orden municipal.

Respecto de la Ley 85 de 1986 el a-quo advierte que no existe y que si el actor pretendió referirse al Decreto 85 de ese año, éste no tiene aplicación al sub examine, porque alude a la jornada de trabajo de los celadores pertenecientes a la rama ejecutiva del poder público en lo nacional.

En cuanto a las horas extras, el fallador indica que no es dable reconocerlas al demandante por cuanto la jornada de trabajo en actividades discontinuas o intermitentes, así como las de simple vigilancia, en términos del artículo 3°. de la Ley 6ª. de 1945, es de 12 horas diarias y porque la Ley 64 de 1946 establece que la jornada nocturna va entre las 18 horas y las 6 a.m., y en el reglamento interno de la entidad para los vigilantes del Palacio Municipal, como lo era el accionante, la jornada para los del turno nocturno va desde las 6 p. m., hasta las 6 a. m., vale decir que no excede las 12 horas diarias.

En relación con la remuneración del tiempo laborado los días domingos y festivos de acuerdo con lo estatuido en los artículos 36 y 37 del Reglamento Interno del Emca, el *a quo* estima que no es procedente ya que existe prueba en autos que cuando ello ocurría, al accionante se le daba un día compensatorio, que según lo afirma el Gerente de la misma en el oficio número 2-006716 de 17 de febrero de 1992, podía ser el lunes, martes o el jueves de esa semana. De esto concluye "que, como se trataba de un vigilante nocturno, su labor era continua y como tal, se le concedía un día de descanso compensatorio. Como su trabajo era habitual, la Sala considera que en el sueldo iba incluido el recargo del 100% por laborar los días de descanso obligatorio y así no lo era, no demostró lo contrario, es decir, que no se le pagaba dicho recargo o que no se le concedía el compensatorio". (fl. 169).

La Procuradora Judicial Quinta solicita la confirmación de la sentencia consultada puesto que el actor tenía derecho a la dotación de zapatos y ropa de labor, de conformidad con la Ley 70 de 1988 hasta la fecha de su retiro que lo fue el 31 de diciembre de 1990, "descontando lo que se haya entregado en efectivo por dicho concepto, con los intereses solicitados en la demanda por no haberse realizado oportunamente la dotación por cuanto lo que la ley exige es el suministro en especie. Vale la pena anotar que de conformidad con el artículo 2°. de la Ley 70 de 1988 este emolumento no constituye salario ni se computa como factor del mismo" (fls. 180 y 181).

De igual manera, la colaboradora Fiscal anota que "En cuanto a los otros pedimentos señalados en el libelo de la demanda, como son el subsidio de transporte, los dominicales y festivos, el recargo por trabajo nocturno, las horas extras y con base en lo anterior, el reajuste de primas y vacaciones recibidas a que tiene derecho como empleado de la Institución y que se la han dejado de pagar, considera el Despacho tal como lo anota la providencia recurrida que las normas señaladas en la demanda como infringidas por parte de los actos acusados no se refieren a los empleados del orden municipal por cuanto son de aplicación exclusiva para los del orden nacional" (fl. 181).

Surtido el trámite del grado jurisdiccional de consulta, se procede a decidir, previas estas.

## CONSIDERACIONES

En primer lugar, la Sala estima acertada la decisión del a-quo de no declarar probada la excepción de caducidad de la acción propuesta por la entidad demandada, toda vez que si en el oficio de 23 de noviembre de 1990, cuya nulidad se impetra, por el cual se negó el reconocimiento de los emolumentos que ahora se reclaman en sede jurisdiccional, se le informó al actor que con él se agotaba la vía gubernativa, ello quiere decir que las Empresas Públicas de Calarcá a la segunda petición que en tal sentido elevó aquél el 20 de noviembre de dicho año, le dio el alcance de un recurso de reposición contra la decisión que sobre el particular había adoptado la administración en oficio de 11 de octubre de 1990 dirigido al apoderado que en nombre del accionante había formulado idéntico reclamo (fls. 10 y 11 cdno. 2). En esto se confirmará la sentencia.

En cuanto al fondo del asunto, el accionante impetra el pago de los emolumentos que considera se le adeudan por concepto de subsidio de transporte, dotación de calzado y vestido de labores, dominicales y festivos, recargo por trabajo nocturno, horas extras y por ajuste al valor de primas y vacaciones.

1°. **EL pago del auxilio de transporte** lo reclama con base en lo dispuesto en el artículo 50 del Decreto 1042 de 1978, norma que considera le es aplicable por cuanto devengaba menos de dos salarios mínimos y la empresa no asumía por su cuenta, su transporte desde el sitio donde residía hasta aquel en que laboraba.

De conformidad con la norma mencionada y en armonía con el artículo 1°. *ibidem*, al cual remite a este auxilio tienen derecho quienes en condición de empleados públicos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias,

establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional devenguen el salario allí determinado y como el actor no laboraba en ninguna de estas instituciones, no era dable apoyándose en el Decreto 1042 de 1978 reconocer a su favor el auxilio de transporte.

2°. **Dotación de calzado y vestido de labor**. La exigencia de esta prestación se fundamenta el artículo 1°. de la ley 70 de 1988, cuyo texto es el siguiente:

> "Los empleados del sector oficial que trabajan al servicio, de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos, unidades administrativas especiales, empresas industriales o comerciales de tipo oficial y sociedades de economía mixta, tendrán derecho a que la entidad con que laboran les suministre cada cuatro (4) meses, en forma gratuita, un (1) par de zapatos y un (1) vestido de labor, siempre que su remuneración mensual sea inferior a dos (2) veces el salario mínimo legal vigente. Esta prestación se reconocerá al empleado oficial que haya cumplido más de tres (3) meses al servicio de la entidad empleadora".

La norma mencionada establece el derecho al suministro de calzado y vestido de labor en favor de los servidores oficiales sin distingo alguno, esto es, sin hacer referencia exclusiva al nivel de la administración a que pertenezcan. Por su parte, el Decreto reglamentario 1978 de 1989, en su artículo 1°. precisó que disfrutarían de ese derecho los trabajadores permanentes vinculados mediante relación legal y reglamentaria o contrato de trabajo al servicio de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos, unidades administrativas especiales, empresas industriales o comerciales de tipo oficial y sociedades de economía mixta tanto del orden nacional como en las entidades territoriales.

No cabe duda alguna acerca de que la normatividad referida es aplicable al accionante, toda vez que se halla acreditado que prestaba sus servicios a un establecimiento público del orden municipal, y en tal virtud tiene derecho a que las Empresas Públicas de Calarcá le cancelen el valor de los pares de zapatos y de los vestidos de labor a cuya dotación tenía derecho a partir de la vigencia de dicha Ley –23 de diciembre de 1988– y en los términos allí previstos, hasta el 31 de diciembre de 1990 día en que según se desprende de la certificación obrante a folio 1 del cuaderno número 3 y de lo aseverado por el apoderado del demandante en la audiencia de conciliación (fl. 104 cdno. 1), estuvo vinculado a dichas empresas.

Así las cosas, la entidad demandada adeuda al actor por ese concepto el valor correspondiente a la dotación que debió hacérsele conforme a lo resuelto por el Tribunal.

En audiencia de conciliación celebrada el 16 de agosto de 1991 ante la Fiscal Primera del Tribunal (fls. 103 a 106), la entidad demandada se comprometió a cancelarle al demandante por este concepto la suma de $28.000. Esta suma fue aceptada solamente como pago parcial sin que sobre el resto hubiera conciliación. Actuó entonces correctamente el Tribunal al disponer que de los valores que las empresas Públicas de Calarcá le adeuden por dicho concepto, se debe deducir la suma aludida en caso de que ésta ya le hubiere sido cancelada.

3°. Como quiera que la pretensión concerniente al reconocimiento del recargo nocturno, en su integridad fue objeto de conciliación, según se desprende del acta de la respectiva audiencia (fl. 105) y que sobre el monto de las mismas no existe duda alguna, ya que se concilió teniendo en cuenta que el recargo por jornada nocturna según el ordenamiento jurídico, equivale al 35% sobre el valor de la asignación mensual, la Sala estima correcta la determinación del fallador en el sentido de abstenerse de analizar los argumentos esgrimidos por el demandante en apoyo de esta reclamación, lo cual debe traducirse en un pronunciamiento inhibitorio, por presentarse el fenómeno de la cosa juzgada.

4°. **Horas extras**. Tanto de lo afirmado por la parte actora, como de algunos documentos y de la prueba testimonial obrante en autos, se establece que el demandante desempeñaba el cargo de vigilante nocturno, con una jornada que empezaba a las 6 de la tarde y terminaba a las 6 de la mañana.

De acuerdo con el artículo 3°. de la Ley 6ª. de 1945, las horas de trabajo no pueden exceder de ocho al día, excepto en algunas actividades, entre ellas, las discontinuas o intermitentes y las de simple vigilancia que pueden ser hasta de 12 horas. Por su parte, la Ley 64 de 1946, por la cual se adicionó y reformó aquella, la jornada ordinaria nocturna está comprendida entre las dieciocho (18) y las seis (6) horas.

El Reglamento Interno de Trabajo de las Empresas Públicas de Calarcá, probado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por Resolución número 14 de 1987 (fls. 19 a 44), en su artículo 15, tras determinar que la jornada de trabajo será de ocho (8) horas diarias o de cuarenta y ocho (48) semanales, estableció el horario de trabajo de sus servidores, incluyendo los vigilantes del Palacio Municipal y de la Plaza de Mercado, respecto de los cuales señaló el siguiente:

| **Vigilantes de Palacio Municipal** | **Entrada** | **Salida** |
|---|---|---|
| Diurnos - Martes a Domingo | 6.00 A.M. | 6:00 P.M. |
| Nocturnos - Sábados a Jueves | 6:00 P.M. | 6.00 A.M. |

**Vigilantes Plaza de Mercado**

Diurnos - Miércoles a Lunes 6.00 A.M. 6.00 P.M.

Nocturnos - Viernes a Miércoles 6.00 P.M. 6.00 A.M.

La fijación en esa forma del horario de trabajo para los vigilantes, según se infiere de las normas citadas, se halla en consonancia con la duración máxima de la jornada de trabajo que conforme a la ley dichos servidores deben cumplir.

Sin embargo, como el total de horas laboradas por él en la semana supera las 72, el actor estima que de acuerdo con lo normado en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, esa jornada excedía en 6 del límite de horas de trabajo semanales, las cuales no podían ser más de 66 y que conforme a lo estipulado en el Decreto 85 de 1986, que fija en 44 horas la jornada semanal de trabajo para los celadores, el número de horas trabajadas por él en exceso, sería de 28 a la semana.

Aunque la realidad laboral del accionante frente a las normas citadas sea la anteriormente descrita, la verdad es que los Decretos leyes 1042 de 1978 y 85 de 1986, señalados como infringidos, regulan lo concerniente a la duración máxima de la jornada laboral de los empleados públicos del orden nacional y de los que en tal calidad y a ese nivel desempeñan el cargo de celadores. Habida consideración de que el demandante es un empleado público perteneciente a la Administración Municipal de Calarcá y no se citaron como infringidas las disposiciones que a nivel municipal reglamentan este tema, no es posible declarar contraria a derecho la negativa de las Empresas demandadas de reconocerle al señor Saúl David Puentes el pago de las horas que como extras dice haber trabajado.

5°. **Dominicales y Festivos**. El demandante reclama que el trabajo realizado los domingos y festivos se le pague en la forma establecida en los artículos 36 y 37 del reglamento, según los cuales se remunera con un recargo del 100% sobre el salario ordinario y que el trabajador que labore excepcionalmente el día de descanso obligatorio debe gozar de un descanso compensatorio remunerado sin perjuicio de la retribución en dinero prevista en el artículo 36 *ibidem*; esto es, deberá cancelársele el salario ordinario con un recargo del 100% (fl. 27).

De acuerdo con la preceptiva jurídica reguladora de la materia, son días de descanso obligatorio los domingos y festivos.

De las pruebas aportadas al plenario se deduce que el demandante laboró los días en que le correspondía hacerlo según el reglamento de trabajo, como ya se dijo, entre los cuales se encontraban días domingos y festivos aunque éstos no se precisan por el demandante. También del acervo probatorio se infiere que la entidad demandada no le canceló el trabajo realizado en domingos y en los festivos con el aludido recargo.

Ahora bien, al tenor de lo estatuido en el ordinal 3°. del artículo 197 de la Constitución Política de 1886 vigente para la época a que se contrae la reclamación sobre el pago del trabajo en domingos y festivos, corresponde a los Concejos Municipales "Determinar la estructura de la administración municipal, las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo..."

Las empresas demandadas forman parte de la administración municipal de Calará y como tal la remuneración de sus servidores debe ser determinada por el Concejo de esa municipalidad.

No obstante, el libelista no señaló como infringida ninguna disposición expedida por el Concejo en que se regulará lo concerniente a la remuneración de los empleados públicos que prestan sus servicios en la Administración Municipal de Calarcá en dominicales y festivos, solo se refirió al reglamento de trabajo expedido por la entidad demandada, la cual carecía de competencia para determinar la remuneración de los empleados públicos a ella vinculados.

Por las razones expuestas no es dable a la jurisdicción, cuya naturaleza rogada es de todos conocida, efectuar el reconocimiento de los emolumentos que por este concepto impetra el demandante.

6°. No procede igualmente reconocer al actor **las primas de vacaciones y de servicios** con base en lo dispuesto sobre la materia por el Decreto 1045 de 1978, porque este estatuto legal solo se aplica a los servidores oficiales del orden nacional resulta injurídico efectuar dicho reconocimiento aduciendo que en el preámbulo del reglamento interno de trabajo se hace remisión al citado decreto, toda vez que como se trata de prestaciones sociales, su regulación corresponde al Congreso en términos de los ordinales 9 y 10 del artículo 76 de la Constitución Política de 1886, vigente a la sazón, y no se invocó ninguna norma legal que respecto de los empleados del orden municipal como lo era el accionante, consagre tales primas.

7°. **Ajuste del valor de las primas y vacaciones.** Si la única reclamación que prospera es la relacionada con el suministro de calzado y vestido de labor y si esta prestación no es salario ni se computa en ningún caso como tal, según lo estatuye el artículo 2°. de la Ley 70 de 1988, no es del caso ordenar el ajuste de los referidos haberes.

De acuerdo con lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

## FALLA:

1°. *Confírmase* el fallo de 22 de septiembre de 1992, proferido por el Tribunal Administrativo del Quindio en el proceso promovido por Saúl David Puentes contra las Empresas Públicas de Calarcá.

2°. Adiciónase el fallo en el sentido de declarar la inhibición para hacer un pronunciamiento de mérito sobre la pretensión relacionada con el reconocimiento de los recargos nocturnos, por cuanto frente a lo conciliado existe cosa juzgada.

Cópiese y notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 30 de noviembre de 1995.

*Carlos A. Orjuela Gongora, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.*

*Myriam Viracachá Sandoval*, Secretaria (E.).

**ADMINISTRACION PUBLICA - Objeto / SERVIDOR PUBLICO - Requisitos / MANUAL DE FUNCIONES Y REQUISITOS - Sena / INSUBSISTENCIA EMPLEADO DEL SENA - Desviación del Poder / REEMPLAZO EN EL CARGO - Inexistencia de Requisitos**

**La administración pública está concebida para que desarrolle y preste los servicios que la comunidad requiere, de manera que los asociados satisfagan sus necesidades básicas. Pero la buena marcha de la administración pública depende de la suficiente preparación técnica o académica y de la idónea experiencia de cada servidor para el ejercicio de cada uno de sus empleos. Para este fin se expide el Manual de funciones y de requisitos, que representa el pilar básico para que el servicio público funcione de manera eficiente. El Sena al proceder a reemplazar al demandante, debía haber exigido al candidato, que acreditara los requisitos que el Manual exigía, so pena de no poder nombrarlo. No puede estimarse que esta conducta laxa de la entidad en la exigencia de los requisitos para el desempeño de las funciones de un cargo, conduzca a una seria y adecuada prestación del servicio oficial, y puede facilitar la arbitrariedad, si la administración no se siente obligada a respetar las normas sobre calidades y requisitos para el desempeño del empleo. Como se demostró que el reemplazo del actor no reunía las exigencias legales, en materia de requisitos, la Sala estima que ello demuestra que el Sena al proferir el acto acusado, no tuvo en cuenta el buen servicio público, motivo por el cual se revocará el fallo apelado, y se accederá a las súplicas de la demanda.**

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., diciembre catorce (14) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Diego Younes Moreno.*

Expediente número 9014.

Autoridad Nacional.

Autor: Holmer Osorio Ospina.

*Holmer Antonio Osorio Ospina* solicita se declare nula la Resolución número 0276 de 24 de febrero de 1992 proferida por el Sena, mediante la cual se declaro insubsistente su nombramiento como Jefe del Centro Agropecuario de Buga, por estimar que con su remoción no se deseaba un buen servicio público pues él siempre tuvo un correcto y adecuado desempeño de sus funciones durante los siete años de vinculación con la entidad y una prueba de ello, es que se designó en su reemplazo, a quien no reunía los requisitos exigidos en el Manual de Funciones:

## LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo denegó las súplicas de la demanda por estimar que el actor no demostró la desviación de poder, puesto que la certificación de estudios del reemplazo del actor tiene a la fecha de presentación de la demanda, 8 años de haber sido expedida, y en sentido contrario, dicha persona es responsable, seria y de liderazgo reconocido.

## EL RECURSO

El actor interpuso el recurso de apelación, reiterando lo expuesto en la demanda, y haciendo énfasis en que las pruebas demuestran la desviación de poder, puesto que su reemplazo no reunía los requisitos señalados en el Manual de Funciones.

Precisamente el certificado de estudios de este funcionario con 8 años de expedición, era el único que podía aportar al proceso, porque fue el que dicho funcionario acreditó en la hoja de vida, lo cual confirma que si no aportó otra prueba mas actualizada, ello demuestra que sólo esos son los estudios de su escolaridad.

## CONSIDERACIONES

1°. En esencia el actor solicita la nulidad del acto por estimar que con su remoción no se deseaba el buen servicio público, puesto que él siempre atendió las funciones públicas de la entidad en forma correcta y adecuada, y una prueba de ello es que su reemplazo fue designado sin reunir los requisitos del cargo.

2°. La Administración pública está concebida para que desarrolle y preste los servicios que la comunidad requiere, de manera que los asociados satisfagan sus necesidades básicas.

3°. Pero la buena marcha de la administración pública depende de la suficiente preparación técnica o académica y de la idónea experiencia de cada servidor para el ejercicio de cada uno de sus empleos.

Para este fin se expide el Manual de funciones y de requisitos, que representa el pilar básico para que el servicio público funcione de manera eficiente.

4°. El Manual de Requisitos que obra al folio 6 del cuaderno número 3, prescribe que para desempeñar el cargo de jefe grado 06 del Centro Agropecuario del Sena, que era el desempeñando por el actor al momento de su remoción, exige el lleno de los siguientes requisitos:

> "... Título Universitario en Administración Educativa, Administración Pública o de Empresas, Administración y Supervisión Educativa, Administración Hotelera y de Turismo, Administración de Negocios, Contaduría Pública, Comercio Exterior, Derecho, Economía, Filosofía, Ingeniería Industrial, Mecánica, Eléctrica, Electrónica, Psicología, Psicología Educativa, Psicopedagogía, Sociología."

Como puede observarse, el Manual de requisitos exigirá a quien desempeñara dicho cargo, la posesión de un título de estudios superiores universitarios, para el ejercicio de las funciones que le correspondía desempeñar.

5°. Al Folio 36 del Acuerdo número 3, aparece constancia de que el reemplazo del actor, señor Aristóbulo Lasso Lasso acredita 5 años de primaria y 6 de secundaria con título de bachiller.

Aunque dicho documento fue expedido siete años antes del nombramiento, no se puede presumir que dicha persona adelantó posteriormente otros estudios. El documento solamente demuestra que para esa fecha era titular de tales estudios, pero nada más, y el Sena al proceder a reemplazar al demandante, debía haber exigido al candidato, que acreditara los requisitos que el Manual exigía, so pena de no poder nombrarlo.

6°. No puede estimarse que esta conducta laxa de la entidad en la exigencia de los requisitos para el desempeño de las funciones de un cargo, conduzca a una seria y adecuada prestación del servicio oficial, y puede facilitar la arbitrariedad, si la administración no se siente obligada a respetar las normas sobre calidades y requisitos para el desempeño del empleo.

7°. Por consiguiente, como se demostró que el reemplazo del actor no reunía las exigencias legales, en materia de requisitos, la Sala estima que ello demuestra que el Sena al proferir el acto acusado, no tuvo en cuenta el buen servicio público, motivo por el cual se revocará el fallo apelado, y se accederá a las súplicas de la demanda.

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

**FALLA:**

*Revócase* el fallo de 2 de septiembre de 1993, proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en demanda proferida por Holmer Antonio Osorio Ospina, y en su lugar, declárase nula la Resolución número 0276 del 24 de febrero de 1992, expedida por el Director General del Servicio Nacional de Aprendizaje "Sena", mediante el cual fue declarado insubsistente el nombramiento del actor en el cargo de Jefe 06 del Centro Agropecuario de Buga de la Regional del Valle.

Como restablecimiento del derecho, el Sena reintegrará al demandante a dicho cargo, o a otro igual o de superior categoría, debiéndole cancelar los salarios y prestaciones dejados de percibir, entre el día 28 de febrero de 1992, fecha de su desvinculación y la fecha de su reintegro, debiéndosele descontar aquellas sumas percibidas en este lapso de tiempo, por concepto de una relación laboral con el sector público en los términos señalados en el artículo 128 de la C.N.

Para todos los efectos legales se tendrá como tiempo servido, el de su desvinculación con la entidad.

Los valores monetarios de la condena se actualizarán con base en la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina mutiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de remuneración y prestaciones sociales desde la fecha de su desvinculación hasta la fecha de su reintegro, con inclusión de los reajustes salariales correspondientes a dicho período, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente en la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial.

Cópiese, notifíquese, publíquese en los **Anales del Consejo de Estado,** y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 6 de diciembre de 1995.

*Carlos A. Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro,* (salva voto); *Alvaro Lecompte Luna,* (salva voto), *Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno, Guillermo López Guerra,* Conjuez que dirimió el empate.

*Myriam C. Viracachá S.,* Secretaria (E.).

**INSUBSISTENCIA - Presunción de Legalidad / ACTO DE NOMBRAMIENTO DEL REEMPLAZO Y ACTO DE INSUBSISTENCIA - Independencia / DESVIACION DE PODER - Prueba (salvamento de voto)**

**La validez del acto de insubsistencia no está condicionada necesariamente a la validez del nombramiento que posteriormente se haga para el mismo cargo; que se trata de dos actos independientes entre sí y que la desviación de poder debe estar probada en forma plena para que pueda declararse nula la insubsistencia.**

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., quince (15) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Referencia: Expediente número 9014.

Autoridades Nacionales.

Actor: Holmer Antonio Osorio Ospina.

**SALVAMENTO DE VOTO DE LOS DOCTORES CLARA FORERO DE CASTRO Y ALVARO LECOMPTE LUNA**

Respetuosamente nos apartamos de la decisión mayoritaria de la Sala por cuanto, a nuestro juicio, en este caso no está plenamente probada la desviación de poder.

La declaratoria de insubsistencia es un acto administrativo independiente y autónomo que se presume expedido por razones de servicio y para destruir esa presunción de legalidad no basta demostrar que la persona nombrada para ocupar el cargo desempeñado por el empleado declarado insubsistente, no reúne los requisitos exigidos para desempeñarlo.

Esta circunstancia constituye un indicio solamente, de una posible desviación de poder; pero es necesario el acopio de otras pruebas que demuestren que en

verdad el servicio sufrió desmejora para que pueda afirmarse categóricamente, como se hace en la sentencia, que el acto acusado no se expidió por razones de buen servicio.

En resumen, creemos que la validez del acto de insubsistencia no está condicionada necesariamente a la validez del nombramiento que posteriormente se haga para el mismo cargo; que se trata de dos actos independientes entre sí y que la desviación de poder debe estar probada en forma plena para que pueda declararse nula la insubsistencia.

Como en este caso la desviación de poder se sustentó únicamente en la falta de requisitos de la persona que reemplazó al señor Holmer Antonio Osorio Ospina, consideramos que no ha debido ser anulada la declaratoria de insubsistencia.

Atentamente,

*Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna.*

**INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES - Configuración / INSUBSISTENCIA - Fallo Inhibitorio**

**El artículo 82 del C.P.C. exige requisitos para la viabilidad de la acumulación de pretensiones de varios actores, como son: Que las pretensiones provengan de la misma causa, o versen sobre el mismo objeto, o se hallen entre sí en relación de dependencia o deban servirse específicamente de las mismas pruebas. En el *sub lite,* los hechos, omisiones y los actos administrativos que sirven de fundamento a las pretensiones son lo que constituyen la causa a que se refiere la norma. En efecto, aunque tengan el mismo texto, los actos administrativos producen efectos específicos para cada uno de los demandantes y por esta razón màl pueden ser un elemento común, causal de aquélla. Los servicios prestados por cada uno de los demandantes, son suyos, utilizables jurídica y exclusivamente para cada uno y generan derechos en igual forma, por esto no pueden ser causa común para los demás. Además de lo anterior, el objeto pretendido tampoco es el mismo, porque el salario y el cargo son diferentes. El verdadero alcance de la igualdad de objeto establecida en el artículo 82 del C.P.C., no llega a ser la igualdad del nombre del derecho pretendido. Tampoco se hallan, entre sí, las pretensiones de los demandantes en relación de dependencia. Por el contrario, son independientes. Tampoco deben servirse específicamente de las mismas pruebas, como que la hoja de vida de cada uno de ellos es distinta. Como las pretensiones de la demandada no provienen de la misma causa y no versan sobre el mismo objeto, la sentencia recurrida amerita ser revocada y en su lugar habrá de producirse fallo inhibitorio.**

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., quince (15) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Referencia: Expediente número 9270.

Autoridades Nacionales.

Consejero Ponente: Doctor *Carlos A. Orjuela Góngora.*

Actor: José Verlaine López y otro.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 3 de noviembre de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual denegó las súplicas deprecadas en el libelo demandatorio.

## LA DEMANDA

En el libelo demandatorio, visible a folios 7-24, se impetra la nulidad de las Resoluciones números 018 de 2 de septiembre de 1992, expedida por el Banco de la República, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento de José Verlaine López del cargo de Auxiliar de la Casa de Moneda en Ibagué y número 019 de la misma fecha, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento de María Cristina Rodríguez V., del cargo de Auxiliar de Personal de la misma entidad, con efectos fiscales a partir del 7 de septiembre de 1992.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se pide el reintegro de cada uno de los demandantes a los cargos que ocupaban al momento del retiro o a otros de igual o superior categoría y remuneración y reconocerles y pagarles todos los sueldos, gastos de representación, primas técnicas o de cualquier otra naturaleza, subsidios, bonificaciones, viáticos y toda clase de suplementos salariales y/o prestacionales que hubieren dejado de devengar durantre el tiempo de la desvinculación; y que se reconozca, para todos los fines y legales, que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio. Que se condene igualmente a la demandada a pagar a los actores todos los daños y perjuicios de orden moral que se les causaron con el despido y sus antecedentes. Que se declare que la entidad demandada tiene derecho a repetir contra la persona y bienes del responsable conexo por todos los perjuicios que les hubiere ocasionado con el proferimiento ilegal de los actos impugnados. Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos que señalan los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

Como hechos que sirven de sustento a las anteriores pretensiones se narran los siguientes:

Los actores se vincularon a la demandada mediante una relación de derecho administrativo, desempeñando sus funciones con honestidad, dedicación y eficiencia.

No obstante lo anterior, sus nombramientos fueron declarados insubsistentes, por medio de las resoluciones ya mencionadas, suscritas únicamente por el Subgerente de Relaciones Industriales.

Estos actos fueron expedidos con un vicio de incompetencia puesto que la facultad nominadora no se puede delegar por contrato y la que expresamente se invocó sólo se refiere a la representación legal de las entidades administradas por el Banco de la República.

Los actos acusados fueron expedidos con desviación de poder, por la relación de causa efecto que existió dado el vicio oculto que se presentó en relación con el oficio del 28 de agosto de 1992 al que se le dio carácter confidencial, porque las insubsistencias no se expidieron con la finalidad de mejorar el servicio.

## NORMAS VIOLADAS

Con el acto acusado se violaron las siguientes disposiciones: Constitución Nacional, artículos 120-5 y 135; 21 transitorio y 125 de la actual Constitución, Ley 14 de 1984, Decreto 482 de 1985, Decreto 400 de 1983 y Decreto 786 de 1985.

## LA SENTENCIA

El fallo (fls. 92-99), luego del análisis de los vicios enunciados denegó lo pedido porque para el *a quo* los accionantes no probaron que los actos impugnados fueran expedidos con fines distintos del mejoramiento del servicio.

## EL RECURSO

En su impugnación los recurrentes (fls. 104-106) afirman que se descartó el cargo de incompetencia sin detenerse en el axioma según el cual la convención no es el medio legal para transmitir el ejercicio de determinadas funciones públicas. Además, porque el *a quo* no apreció el alegato de conclusión, en donde se plantearon indicios que son aplicables a las entidades públicas.

## EL CONCEPTO FISCAL

El Procurador Tercero Delegado ante esta Corporación, en el escrito visible a folios 131-134, aduce que a pesar de que no es la declaratoria de insubsistencia la medida aplicable en el evento de advertir la administración que sus funcionarios se encuentran implicados en irregularidades, se abstiene de profundizar en el tema, debido a que se presenta en autos una indebida acumulación de pretensiones, improcedente de acuerdo con el artículo 82 del C.P.C., que permite acumular en una misma demanda pretensiones de varios demandantes siempre que provengan de la misma causa, o versen sobre el mismo objeto, o se hallen entre sí en relación de dependencia o deban servirse de las mismas pruebas. Así las cosas, considera

que en el *sub examine* la sentencia recurrida debe ser revocada para, en su lugar, proferir fallo inhibitorio.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir, previas las siguientes

## CONSIDERACIONES

Son dos los actos demandados: La Resolución número 018 de 2 de septiembre de 1992 (fl. 3) por medio de la cual el Subgerente de Relaciones Industriales de la demandada declara insubsistente el nombramiento de José Verlaine López Agudelo del cargo de Auxiliar de la Casa de Moneda - Ibagué y la Resolución número 019 de la misma fecha, mediante la cual se declara insubsistente el nombramiento hecho a la señora María Cristina Rodríguez Varón, Auxiliar de Personal en la Casa de Moneda - Ibagué (fl. 5). Es de anotar que las pretensiones de la demanda son comunes. Pero ello es intrascendente, por cuanto el artículo 82 del C.P.C. exige requisitos para la viabilidad de la acumulación de pretensiones de varios actores, como son:

Que las pretensiones provengan de la misma causa, o versen sobre el mismo objeto, o se hallen entre sí en relación de dependencia o deban servirse específicamente de las mismas pruebas.

En el *sub lite,* los hechos, omisiones y los actos administrativos que sirven de fundamento a las pretensiones son lo que constituyen la causa a que se refiere la norma.

En efecto, aunque tengan el mismo texto, los actos administrativos producen efectos específicos para cada uno de los demandantes y por esta razón mal pueden ser un elemento común, causal de aquélla.

Los servicios prestados por cada uno de los demandantes, son suyos, utilizables jurídica y exclusivamente para cada uno y generan derechos en igual forma; por eso no pueden ser causa común para los demás.

Además de lo anterior, el objeto pretendido tampoco es el mismo, porque el salario y el cargo son diferentes. El verdadero alcance de la igualdad de objeto establecida en el artículo 82 del C.P.C., no llega a ser la igualdad del nombre del derecho pretendido. Tampoco se hallan, entre sí, las pretensiones de los demandantes en relación de dependencia. Por el contrario, son independientes. Tampoco deben servirse específicamente de las mismas pruebas, como que la hoja de vida de cada uno de ellos es distinta.

En este orden de ideas, como las pretensiones de la demanda no provienen de la misma causa y no versan sobre el mismo objeto, la sentencia recurrida amerita ser revocada y en su lugar habrá de producirse fallo inhibitorio.

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

**FALLA:**

*Revócase* la sentencia proferida el tres (3) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993), por el Tribunal Administrativo del Tolima, en el juicio promovido por José Verlaine López y María Cristina Rodríguez Varón y en su lugar declárase *inhibida* la Corporación para pronunciar una decisión de mérito, por indebida acumulación de pretensiones.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 30 de noviembre de 1995.

*Carlos Arturo Orjuela Góngora,* Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas. Diego Younes Moreno.*

*Myriam C. Viracachá Sandoval,* Secretaria (E.).

**FISCALIA GENERAL DE LA NACION - Carrera de la Fiscalía / EMPLEADO DE CARRERA DE LA FISCALIA - Estabilidad / RETIRO DEL SERVICIO EMPLEADO DE CARRERA DE LA FISCALIA - Improcedencia**

**La actora incorporada al personal de la fiscalía se encontraba inscrita en carrera, mediante acto administrativo vigente, razón por la cual su paso a la Fiscalía fue en igualdad de condiciones, por ello el nuevo ente nominador en los actos administrativos de incorporación respetó dicho status. Al ser característica del ingreso a la Carrera la estabilidad y no habiéndose probado ineficiencia, inmoralidad, indisciplina o mala calificación en el ejercicio de las funciones que le correspondían a la actora, ella no podía ser removida (C.N. art. 125 inciso 2º), porque no tenía la calidad de empleada de libre nombramiento y remoción. Por lo tanto se incurrió en el quebranto de los preceptos de orden constitucional y legal en el acto administrativo atacado, ésta la razón para que deba declararse nulo como lo dispuso el *a quo* y por ende confirmar la sentencia consultada.**

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., diciembre quince (15) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Carlos A. Orjuela Góngora.*

Radicación número 10960.

Referencia: Autoridades Nacionales.

Actora: Martha C. Yepes Echávez.

Decide la Sala el grado de Consulta de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre el 12 de octubre de 1994, mediante la cual accedió a las pretensiones impetradas en la demanda por Martha Cecilia Yepes Echávez.

## LA DEMANDA

En el libelo demandatorio (fls. 2 a 6) eleva como pretensiones la demandante que se declare la nulidad del artículo segundo de la Resolución número 305 de agosto 26 de 1993, proferida por el Director Nacional de la Fiscalía General de la Nación.

Como consecuencia de la nulidad se solicita se ordene el restablecimiento del derecho de la demandante, para lo cual debe ordenarse el reintegro al cargo que venía desempeñando o a uno equivalente a aquél donde fue escalafonado en la Carrera Administrativa y el pago de todos los sueldos, prestaciones sociales, bonificaciones y demás emolumentos que se causen entre la fecha de la remoción y la fecha en que sea efectivamente reintegrada; los anteriores reconocimientos se solicitan aplicando el I.P.C.; se declare para todos los efectos legales que no existió solución de continuidad en la prestación del servicio y que la sentencia se cumpla de acuerdo a lo dispuesto en el C.C.A., artículos 176-177-178.

El soporte fáctico de las súplicas en síntesis afirma: la demandante fue incorporada a la Planta de Personal de la Fiscalía General de la Nación mediante Resolución número 0059 de julio 1° de 1992, aclarada por la Resolución número 096 de junio 30 de 1993, ambas dictadas por el Director Seccional del Cuerpo Técnico de Investigaciones de Sincelejo, en el cargo de "Investigadora Judicial Grado 08", al producirse esa incorporación la actora estaba inscrita en el escalafón de la Carrera Judicial mediante Resolución número 071 del 5 de junio de 1991, inscripción que se encuentra vigente y pese a su situación de estabilidad el Director Nacional del Cuerpo Técnico de Investigaciones de la Fiscalía General de la Nación profirió la Resolución número 305 de agosto 26 de 1993 mediante la cual la declaró insubsistente.

Como normas violadas se invocan: C.N., artículo 125-253-251, Decreto 2699 de 1991, artículos 65-66-100, Decreto 1950 de 1973, artículos 244, numeral 4°, parágrafo 1°.

## LA SENTENCIA

El *a quo* accedió a las pretensiones de la demanda, por considerar que el acto atacado quebrantó el artículo 65 del Decreto 2699 de 1991, al desconocer que la actora estaba inscrita en carrera judicial, cuando se produjo su incorporación a la Fiscalía.

## MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Tercero Delegado ante esta Corporación presentó alegato (fls. 72 a 75), en el cual sostiene que se debe de confirmar la sentencia, por considerar acertado el análisis del *a quo*.

## CONSIDERACIONES

Bajo los parámetros propios de la Consulta, la Sala revisa el asunto de fondo que consiste en dilucidar si en el acto de insubsistencia, la administración incurrió en quebrantos a preceptos constitucionales y legales o no, al respecto se observa:

1. Constituye una verdad la inscripción en Carrera Judicial de Martha Cecilia Yepes Echávez, como "Escribiente grado 05 de Juzgado de Instrucción Criminal", según la Resolución número 071 de junio 5 de 1991 emitida por el Consejo Seccional de la Carrera Judicial -Sucre- (fls. 8); la certificación expedida por la Dirección Seccional de Administración Judicial (fls. 4-5 cuaderno anexo) en la cual da fe de que la demandante fue incorporada a la Fiscalía desde julio 1° de 1992 y que en ese momento estaba inscrita en el Registro Nacional de Escalafonados de empleados como "Escribiente grado 05, del Juzgado de Instrucción Criminal", por Resolución número 071 de junio 5 de 1991; en el listado de personal inscrito en Carrera en el Distrito de Sincelejo figura la demandante con tal calidad (fl. 7 - cuaderno anexo).

2. La Fiscalía General de la Nación por intermedio del Director Seccional del Cuerpo Técnico de Investigaciones de Sincelejo-Sucre, profirió Resolución número 0059 de julio de 1992, en la cual resolvió (fl. 10):

**"... Artículo Primero: Incorporar a: Martha Yepes Echávez identificada con cédula de ciudadanía número 42.206.425 expedida en Corozal, actualmente Escribiente Juz. 11 Inscrim., al cargo de investigador grado 08, en la ciudad de: Sincelejo - Sucre..."**

La anterior Resolución fue aclarada por la número 016 (fl. 12), en el sentido de precisar que el grado del cargo al cual fue incorporado al demandante era el 08.

Es de advertir que el cargo al cual fue incorporada la demandante, sí se encontraba en el organigrama de la planta de personal de la Fiscalía dispuesto en la Resolución número 00013 de junio 23 de 1992, proferida con fundamento en el Decreto 2699 de noviembre 30 de 1991 (fls. 76 a 78 anexo).

3. Con la reforma constitucional de 1991 y la creación de la Fiscalía General de la Nación, en desarrollo de las facultades conferidas por el literal a), artículo 5° transitorio de la C.N., se profirió el Decreto Extraordinario número 2699 de 1991, mediante la cual se expidió el estatuto orgánico de dicha entidad, que en el capítulo segundo se destina al tema "Del Régimen de la Carrera" y textualmente consagra:

**"... Art. 65. La carrera de la Fiscalía tiene por objeto garantizar la igualdad de oportunidades para el ingreso, permanencia y ascenso en el servicio de los funcionarios y empleados que la conforman.**

**Los funcionarios y empleados que conforman los juzgados de instrucción criminal, de la justicia ordinaria, penal aduanera, fiscalías de los juzgados superiores, penales del circuito, superiores de aduanas y de orden público, de las direcciones seccionales y generales de instrucción criminal, el cuerpo técnico de policía judicial que pasen a la Fiscalía General de la Nación, serán incorporados en las mismas condiciones en que se encuentren vinculados a sus actuales cargos, mientras el Consejo de la Judicatura realiza la respectiva homologación al régimen de carrera de la Fiscalía.**

**Los Juzgados de Instrucción Penal Aduanera se incorporarán a la Fiscalía General de la Nación a más tardar el 1° de mayo de 1992" (subrayado fuera del texto).**

**Art. 66. Los empleados de la Fiscalía se clasifican, según su naturaleza y forma como deben ser provistos; en de libre nombramiento y remoción y de carrera. Son de libre nombramiento y remoción las personas que desempeñan los empleos de:**

**1. Vice-fiscal General de la Nación.**

**2. Secretario General.**

**3. Jefes de Oficina de la Fiscalía General.**

**4. Directores nacionales y jefes de división de la Fiscalía General.**

**5. Director de escuela.**

**6. Directores regionales y seccionales.**

**7. Los empleados del despacho del Fiscal General, del Vice-fiscal y de la Secretaría General.**

**Los directores regionales y seccionales ingresarán por concurso y sólo podrán ser removidos, previa autorización del Consejo Nacional de Policía Judicial.**

**Los demás cargos son de carrera y deberán porveerse mediante el sistema de méritos" (Subrayado fuera del texto).**

La armonía y consonancia de lo preceptuado en la C.N., artículos 125-253 con las normas transcritas, confrontadas con la realidad del caso en estudio, indican que Martha Cecilia Yepes Echávez, para julio 1° de 1992 cuando la actora fue incorporada al personal de la Fiscalía se encontraba inscrita en carrera, mediante acto administrativo vigente, razón por la cual su paso a la Fiscalía fue en igualdad de

condiciones, por ello el nuevo ente nominador en los actos administrativos de incorporación respetó dicho status.

Entonces, al ser características del ingreso a la carrera la estabilidad y no habiéndose probado ineficiencia, inmoralidad, indisciplina o mala calificación en el ejercicio de las funciones que le correspondían a Martha Cecilia Yepes Echávez, ella no podía ser removida (C.N., art., 125 inciso 2°), porque no tenía la calidad de empleada de libre nombramiento y remoción. Por lo tanto se incurrió en el quebranto de los preceptos de orden constitucional y legal en el acto administrativo atacado, ésta la razón para que deba declararse nulo como lo dispuso el *a quo* y por ende confirmar la sentencia consultada.

En mérito de lo expuesto, en 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 Administrativa de Sucre el doce (12) de octubre de mil novecientos noventa y cuatro (1994), mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda, en el juicio adelantado por Martha Cecilia Yepes Echávez, contra la Nación-Fiscalía General de la Nación.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devúelvase el expediente al tribunal de origen.

Publíquese en los anales del Consejo de Estado.

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 20 de noviembre de 1995.

*Carlos Arturo Orjuela Góngora,* Presidente, *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno,*

*Myriam C. Viracachá Sandoval,* Secretaria (E.).

**RENUNCIA - Aceptación / DESISTIMIENTO DE RENUNCIA -Término**

**La renuncia que no es otra cosa que la manifestación de voluntad que hace un servidor público para retirarse del empleo que desempeña, todo el que sirva un empleo de voluntaria aceptación, puede renunciarlo libremente y se entiende que la renuncia se produce cuando el empleado manifiesta en forma escrita e inequivoca, su voluntad de separarse definitivamente del servicio, el artículo 121 de Decreto número 1950de 1973, establece que la renuncia regularmente aceptada la hace irrevocable; de ello se desprende que la renuncia presentada por parte de un empleado antes de que se expida el acto administrativo que la acepte, es susceptible de retirar dentro de la libertad y voluntariedad de que goza el empleado para retirarse o permanecer en el servicio público. Por consiguiente, si se acepta una renuncia de la cual se ha desistido oportunamente ante la administración, como ocurrió en el *sub lite*, que con una buena antelación se le notificó al director regional el desistimiento de ella, y éste no le dio el trámite interno como lo había hecho con la renuncia inicial, la administración debe correr con las consecuencias de sus negligencias, al permitir que se expidiera un acto administrativo de aceptación, cuando ya no podia hacerlo por sustracción de materia.**

**RETIRO DEL SERVICIO - Ajuste de Valor Oficioso**

**La Sala considera pertinente anotar, que en armonía con la concepción del Estado Social de Derecho que a nuestra república le imprimió la "Constitución de 1991, dentro de cuyos fines está el respeto a la dignidad humana y el trabajo dentro de la vigencia de un orden justo, para lo cual le asignó a las autoridades la función de asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, la Corporación ha venido discurriendo acerca de la procedencia de**

**decretar el ajuste de valor o indexación de las condenas que profiere esta jurisdicción, y dentro de tal dinámica así lo ha dispuesto cuando se trata de sumas fijas, llegando incluso a decretar oficiosamente su ajuste. La Sala considera que tratándose del pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir como consecuencia de una decisión ilegal de la administración, cual es el caso *sub judice*, es similar a aquel en el que lo adeudado es una prestación social que se reajusta periódicamente por mandato de la ley, pues los salarios y, consecuencialmente las prestaciones sociales que se causan durante el servicio, también se reajustan periódicamente por mandato legal; unos y otros tienen la misma fuente, el trabajo que goza de la especial protección del Estado, ambos son afectados por la devaluación, los dos son objeto de declaración judicial y en los dos casos se ha demostrado judicialmente el proceder errado de la administración. En tales condiciones, no habría lugar a ordenar el ajuste en un caso, y abstenerse de hacerlo en el otro.**

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., diciembre dieciocho (18) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: Doctor *Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente número 7832.

Autoridades Municipales.

Actor: Miryam del Carmen García Orozco.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la entidad demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena el 9 de octubre de 1992, mediante la cual se anuló el acto demandado y se accedió a las peticiones de la demanda.

## ANTECEDENTES

La señora Miryam del Carmen García Orozco, mediante apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C. C. A. demandó del citado Tribunal la nulidad de la Resolución número 0530 del 27 de marzo de 1989, proferida por el Director General del Servicio Nacional de Aprendizaje "Sena", mediante la cual aceptó la renuncia presentada por la actora del cargo de Jefe 01 de contabilidad, regional Magdalena. A título de restablecimiento solicitó el reintegro a dicho cargo

o a otro de igual o superior categoría y el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir mientras dure la separación del servicio público, declarando además que no se configuró solución de continuidad en la prestación del servicio.

Como hechos de la demanda señala:

1. Inició a prestar sus servicios al Sena, mediante relación legal y reglamentaria el 16 de enero de 1986, y el último cargo desempeñado fue el de jefe de contabilidad.

2. En las evaluaciones del desempeño del empleo que realiza la entidad anualmente, siempre obtuvo calificaciones favorables.

3. A comienzos de 1989, la entidad efectuó algunos cambios en el personal de la oficina y el manejo y funcionamiento de los equipos de contabilidad y presupuesto, por lo cual se presentaron inconvenientes y un clima de dificultades para ejercer plenamente sus funciones.

4. Por estos motivos, la actora cayó en estado de enfermedad y fue incapacitada por el ISS en el mes de febrero de 1989.

5. Las atribulaciones en el trabajo y el estado de enfermedad llevaron intempestivamente a la actora a presentar renuncia el 21 de febrero de 1989, renuncia condicionada y obligada, por los "quebrantos de salud", que tuvieron origen en los problemas de trabajo.

6. Terminada su incapacidad iniciada en febrero de 1989, el 13 de marzo del mismo año la actora acudió a su lugar de trabajo por sugerencia del gerente regional y con el fin de que obtuviera su total recuperación, solicitó se le otorgara el disfrute de unos días de vacaciones pendientes que fueron concedidas entre el 13 y el 22 de marzo del citado año.

7. Como la carta de renuncia había sido recibida por el Sena el 22 de febrero de 1989 y ésta no había sido regularmente aceptada, la actora decidió retirarla el 16 de marzo, manifestando en forma clara las circunstancias de enfermedad que la habían originado e indicando en forma explícita que ella había entrado en estado de franca mejoría.

8. La carta del 16 de marzo fue contestada por el Director Regional del Sena, informándole que la nota dimisoria del 22 de febrero de 1989, había sido enviada oportunamente a la Dirección General para que fuera resuelta por ser ese despacho el competente.

9. El 27 de marzo de 1989 el Director del Sena aceptó a partir de esa fecha la renuncia presentada, no obstante que once (11) días antes había sido retirada por

la dimitente, renuncia que, además, se aceptó después de treinta (30) días de haber sido presentada.

10. Citó como normas violadas el artículo 27 del Decreto número 2400 de 1968; los artículos 112 y 126 del Decreto 1950 de 1973, artículo 122 y 123 del Decreto Reglamentario 1660 de 1978. Argumenta que la renuncia no contenía una expresión inequívoca de la voluntad de separarse del servicio, que se debió a un estado de enfermedad, y que la renuncia puede ser retirada o se puede desistir de ella, siempre que la administración no la haya aceptado en forma regular (folios 5 a 8 del Cdno. número 1).

## LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal accedió a las peticiones de la demanda para lo cual consideró que una renuncia presentada por quebrantos de salud en forma escrita y luego revocada por el dimitente, no se puede considerar válida y no puede producir los efectos jurídicos determinados por la ley.

En el *sub lite* se pudo establecer que concurrieron estados de enfermedad que obnubiló el recto criterio de la dimitente al encontrarse bajo fuertes presiones emocionales que le impidieron la necesaria seriedad para advertir que no era la renuncia la vía más adecuada para solucionar su situación personal y laboral además, el Sena no actuó de buena fe y con lealtad frente a la funcionaria, de conformidad con el deber de solidaridad que le impone la ley (artículo 6° Decreto 2400 de 1968), en razón a que los directivos debieron indagar cuáles eran los quebrantos de salud que determinaban la renuncia, pues en tales condiciones no se podía considerar la misma como espontánea. Estima que la actitud del Director Regional no fue diligente porque una vez conocido el retire de la renuncia debió realizar las gestiones pertinentes para que ésta no siguiera su trámite. Si se observa el tiempo transcurrido entre la fecha del retiro de la renuncia -16 de marzo- y la aceptación de la misma -27 de marzo- transcurrieron por lo menos siete (7) días hábiles dentro de los cuales con los medios modernos de comunicación de que debe disponer el Sena, con mediana diligencia hubiese sido posible comunicar al superior que no existía en la renunciante, ánimo inequívoco de renunciar y que además había desistido de ella en orden a que el Director General no procediera a su aceptación.

Considera el Tribunal que en el Departamento de Contabilidad del Sena, regional Magdalena, existió una situación de trabajo anómala según se desprende de la prueba documental que obra a folios 18 a 22 del cuaderno principal, prueba que demuestra la posible situación que condujo a la Jefe de la Oficina el estado de estrés laboral de que da cuenta la doctora Martha Inés Bermúdez, (folio 89), quien en su prueba testimonial informa que este hecho en su calidad de sicóloga, la indujo

a remitir de manera urgente a la demandante para que fuera atendida en el servicio siquiátrico, quien le dio una incapacidad a partir del 27 de febrero de 1988.

Por estos hechos, dio por demostrado el quebrantamiento del artículo 27 del Decreto número 2400 de 1968, y el artículo 111 del Decreto 1950 de 1973, lo que conllevó la anulación del acto impugnado.

## RECURSO DE APELACION

Al sustentar el recurso, el apoderado de la entidad demandada aduce que el *a quo* no apreció la prueba que obra a folio 14 del expediente, medio probatorio importante para la defensa, porque en él se consigna la respuesta dada a la demandante por el Director Regional del Sena en el Magdalena a la comunicación de 16 de marzo de 1989, por tanto la señora García Orozco no desconocía que la persona competente para conocer y decidir sobre la renuncia era el Director Nacional y no el Regional, y que frente a esa respuesta ella guardó, silencio y no insistió ante las instancias correspondientes, no obstante no haberse proferido para esa fecha decisión alguna sobre su renuncia.

Por otra parte, argumenta que resulta evidente que la renuncia presentada lo fue de manera libre y espontánea, su aceptación se produjo dentro de los términos indicados por la ley y su aceptación no conllevó transgresión alguna de las disposiciones invocadas como violadas (folios 117 a 119 Cdno. Pcipal.)

## CONCEPTO FISCAL

La Procuraduría Cuarta delegada ante el Consejo de Estado, estima que se debe confirmar la sentencia impugnada. Considera que la situación de trabajo anómala en el departamento de contabilidad del Sena, Regional Magdalena, condujeron a la Jefe de Oficina, señora García Orozco a un estado de estrés tal, que el 23 de febrero de 1989, la sicóloga del Instituto de los Seguros Sociales, doctora Martha Inés Bermúdez, debió remitirla con carácter urgente al psiquiatra (folio 89), quien la incapacitó desde el 27 de febrero (folio 90).

El estado emocional descrito en la solicitud de remisión al psiquiatra "con crisis de angustia, cefalea, pérdida momentánea de visión, llanto incontrolable" no aparece de improvisto y a no dudarlo, es un estado patológico de gravedad.

Las presiones y graves conflictos emocionales aniquilaron la voluntad de la hoy demandante, impidiéndole gozar de la serenidad necesaria para advertir que la renuncia no era la vía más adecuada para su situación personal y laboral.

Finaliza afirmando que la administración no actuó de buena fe, con lealtad, ni solidaridad ante el cuadro que presentaba la demandante, y obró negligentemente

el director regional al no darle trámite o poner en conocimiento de la autoridad competente, el desistimiento de la renuncia, tal como lo hizo con la dimisión presentada inicialmente, dando lugar con su conducta a que se expidiera ilegalmente el acto demandado (folio 171 a 172 Cdno. Pcipal).

## CONSIDERACIONES

La renuncia que no es otra cosa que la manifestación de voluntad que hace un servidor público para retirarse del empleo que desempeña, está regulada por el artículo 27 del Decreto 2400 de 1968. De su texto se desprende que todo el que sirva un empleo de voluntaria aceptación, puede renunciarlo libremente y se entiende que la renuncia se produce cuando el empleado manifiesta en forma escrita e inequívoca, su voluntad de separarse definitivamente del servicio.

De las pruebas allegadas al proceso se evidencia que el 22 de febrero de 1989, la empleada Miryam García Orozco, envió una carta al Director Seccional del Sena, en la Regional Magdalena, en la que manifiesta "con la presente informo a usted que debido a quebrantos de salud me veo obligada a renunciar al cargo que he venido desempeñando en la sección de contabilidad a partir del día de hoy" (folio 12 Cdno. número 1).

También se evidencia de las pruebas que para la época de los hechos, la accionante se había quejado ante el director regional por los problemas que afrontaba en la oficina de contabilidad por la carencia de personal y la falta de elementos básicos para el funcionamiento pleno de los computadores (folios 18 a 21 cdno. pcipal); se demostró igualmente que fue incapacitada por el servicio médico del Instituto de los Seguros Sociales, por presentar reacción depresiva, ansiosa, producto del stress laboral, hecho probado con los documentos que obran a folios 37 a 40 del cdno. pcipal. y ratificado por el testimonio de la sicóloga que la atendió en el seguro: doctora Martha Inés Bermúdez.

Igualmente se desprende de las pruebas que una vez vencieron las incapacidades otorgadas por el Seguro Social, la actora se presentó el lugar de trabajo, se le autorizó al disfrute de unos días de vacaciones pendientes entre el día 12 y 22 de marzo de 1989 (folio 17 Cdno. número 1). En ese lapso, el día 16 de marzo y por las razones expuestas en la comunicación dirigida al director regional del Sena en el Magdalena, la actora le manifestó que se reintegraría el cargo, por tanto revoca la renuncia presentada en fecha 22 de febrero, por encontrarse ya restablecida de la crisis y solicita a la administración que deje sin efecto la citada renuncia (folio 3 del expediente).

El director regional en vez de enviar la carta de desistimiento de la renuncia a la dirección general, tal como lo había hecho con la renuncia inicial, le dio respuesta

el 17 de marzo indicándole, que es imposible resolver la petición, porque carece de facultades para pronunciarse sobre renuncias e inexplicablemente no informa del hecho al nominador (folio 14 del cdno. pcipal.).

El artículo 112 del Decreto número 1950 de 1973, establece que la renuncia regularmente aceptada la hace irrevocable; de ello se desprende que la renuncia presentada por parte de un empleado antes de que se expida el acto administrativo que la acepte, es susceptible de retirar dentro de la libertad y voluntariedad de que goza el empleado para retirarse o permanecer en el servicio público. Por consiguiente, si se acepta una renuncia de la cual se ha desistido oportunamente ante la administración, como ocurrió en el *sub lite*, que con una buena antelación se le notificó al director regional el desistimiento de ella, y éste no le dio al trámite interno como lo había hecho con la renuncia inicial, la administración debe correr con las consecuencias de sus negligencia, al permitir que se expidiera un acto administrativo de aceptación, cuando ya no podía hacerlo por sustracción de materia.

Las anteriores consideraciones llevan a la Sala a confirmar el fallo impugnado al encontrar demostrado los motivos de ilegalidad sustentados en la demanda.

Para efectos de la determinación del valor que la parte vencida pagará a la actora, la Sala dispondrá el correspondiente ajuste teniendo en cuenta lo ya decidido en casos semejantes, con base en los siguientes razonamientos:

> "6. De otra parte la Sala considera pertinente anotar, que en armonía con la concepción del Estado Social de Derecho que a nuestra república le imprimió la Constitución de 1991, dentro de cuyos fines está el respeto a la dignidad humana y al trabajo dentro de la vigencia de un orden justo, para lo cual le asignó a las autoridades la función de asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, la Corporación ha venido discurriendo acerca de la procedencia de decretar el ajuste de valor o indexación de las condenas que profiere esta jurisdicción, y dentro de tal dinámica así lo ha dispuesto cuando se trata de sumas fijas, llegando incluso a decretar oficiosamente su ajuste (Ver las sentencias proferidas el 3 de marzo y el 16 de agosto de 1995 dentro de los procesos 5926 y 7363 instaurados por Carmen Alina Piedrahíta de Ucrós y Mariela Medina Tovar, con ponencia del Consejero Joaquín Barreto Ruiz, y las de julio 13 y julio 27 del presente año correspondientes a los procesos 6301 y 8827 con ponencia de los señores Consejeros doctores Diego Younes Moreno y Dolly Pedraza de Arenas, respectivamente).
>
> Ahora bien, respecto a casos como el presente en el que la condena se refiere al pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir como

consecuencia de la desvinculación ilegal del empleado, la Sala considera oportuno hacer las siguientes reflexiones:

a) Cuando la administración se abstiene injustificadamente de pagar oportunamente lo que adeuda, tales valores son afectados por la devaluación, y quienes los reciben tardíamente, ven menguada su capacidad de compra de bienes y servicios y, por ende, empobrecido su patrimonio;

b) El ajuste de valor o indexación de las condenas proferidas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a diferencia de lo que acontece por ejemplo dentro de la jurisdicción laboral ordinaria que carece de una norma legal que faculte expresamente al juez para decretarlo, sí tiene una norma jurídica que le da sustento legal a una decisión de esta naturaleza, cual es el artículo 178 del Código de la materia, que autoriza al juez administrativo para decretar tal ajuste, tomando como base el "índice de precios al consumidor, o al por mayor". De manera, que esta norma despeja cualquier duda que pudiera surgirle al juez administrativo en relación con la fuente legal que le sirva de sustento a una decisión de esta naturaleza;

c) El ajuste de valor autorizado por la ley, obedece al reconocimiento del hecho notorio de la constante y permanente devaluación de la moneda de nuestro país, que tratándose de servidores del Estado, fustiga y disminuye en forma continua el poder adquisitivo de sus ingresos.

Por lo anterior, disponer en casos como el presente la indexación, no es sólo una decisión ajustada a la ley, sino un acto de elemental equidad, cuya aplicación por parte del juez tiene soporte al más alto nivel de nuestro ordenamiento jurídico, como lo consagra expresamente la Carta en su artículo 230, en armonía con aquellos preceptos de la Constitución que, como atrás se dijo, le asignan a las autoridades la función de asegurar el cumplimiento de los fines sociales del Estado, el respeto a la dignidad humana y al trabajo, dentro de la vigencia de un orden justo;

d) No disponer dicho ajuste cuando por el efecto de la devaluación la suma que se ordena pagar en términos reales se viene a recibir disminuida por parte de quien ha logrado demostrar dentro del proceso no sólo la equivocación de la administración al haberle negado su derecho, sino la ilegalidad de su decisión, no sólo sería un agravio a la integridad patrimonial de quien ha resultado triunfante en el ejercicio de la acción judicial, sino un enriquecimiento sin causa de quien con su negativa en reconocer oportunamente sus obligaciones, resulta haciendo a la postre una erogación menor a la que debía efectuar si hubiere cancelado en tiempo su obligación. De esta forma se estaría premiando la decisión ilegal de la administración;

e) Al obligar a la parte condenada a pagar el valor real de lo adeudado, en verdad no se le está imponiendo una sanción por su conducta renuente, ni se le está haciendo más gravosa su situación u ocasionando un empobrecimiento, como tampoco un enriquecimiento a la parte gananciosa de la contención, se está obligando sí a la parte vencida, a pagar lo que en justicia debe y en su oportunidad se abstuvo de reconocer, asumiendo como consecuencia lógica de su conducta omisiva, los efectos que la devaluación ha producido en el poder adquisitivo del dinero adeudado y que en forma injustificada paga tardíamente;

f) La Sala considera que tratándose del pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir como consecuencia de una decisión ilegal de la administración, cual es el caso *sub júdice*, es similar a aquél en el que lo adeudado es una prestación social que se reajusta periódicamente por mandato de la ley, pues los salarios y, consecuencialmente las prestaciones sociales que se causan durante el servicio, también se reajustan periódicamente por mandato legal; unos y otros tienen la misma fuente, el trabajo, que goza de la especial protección del Estado, ambos son afectados por la devaluación, los dos son objeto de declaración judicial y en los dos casos se ha demostrado judicialmente el proceder errado de la administración. En tales condiciones, no habría lugar a ordenar el ajuste en un caso, *y abstenerse de hacerlo en el otro*". (Sentencia proferida el 15 de noviembre de 1995 dentro del proceso 7760 con ponencia del Magistrado Joaquín Barreto Ruiz. Actor: Guillermo de Jesús Calle Guerra).

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

**FALLA:**

1°. *Confírmase* la sentencia del nueve (9) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992), proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, en el proceso promovido por Miryam García Orozco, mediante la cual se accedió a las súplicas de la demanda.

2°. Adiciónase el fallo mencionado, en el sentido de que el valor adeudado será ajustado en los términos del artículo 178 del C. C. A., dando aplicación a la fórmula:

Indice final

R= Rh Indice inicial

en la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la demandante por concepto de remuneración y prestaciones sociales desde la fecha de su desvinculación hasta la ejecutoria de la presente sentencia, con inclusión de los reajustes salariales correspondientes a dicho período, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el Dane vigente en la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial.

3°. De las sumas que se deben cancelar a la señora Myriam del Carmen García Orozco por los anteriores conceptos, se descontarán aquellas que hubiese recibido durante el período anotado del tesoro público, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 128 de la Carta de 1991.

Cópiese, notifíquese,

Una vez en firme este proyecto, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 6 de diciembre de 1995.

*Carlos A. Orjuela Góngora*, con aclaración de voto; *Clara Forero de Castro*; *Dolly Pedraza de Arenas*, Ausente; *Joaquín Barreto Ruiz*; *Alvaro Lecompte Luna*; *Diego Younes Moreno.*

*Myriam C. Viracachá Sandoval*, Secretaria (E.).

NOTA DE RELATORIA: La Sala Plena del Consejo de Estado acogió la tesis del ajuste de valor en asuntos laborales en la sentencia del 28 de agosto de 1996, Exp. S-638, Ponente: doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora.

Reiteración de las sentencias de marzo 3 de 1995, 18 de agosto de 1995, 15 de noviembre de 1995 Exp. 5926, 7363 y 7760 respectivamente C. P. *Joaquín Barreto Ruiz* y de las providencias del 13 de julio de 1995 y 27 de julio de 1995 correspondiente a los procesos 6301 y 8827 con ponencia de los doctores Diego Younes Moreno y Dolly Pedraza de Arenas, respectivamente.

**DOBLE ASIGNACION DEL TESORO PUBLICO - Improcedencia / INDEMNIZACION - Retiro del Servicio**

**Las sumas a que se condena en la sentencia mencionada por las cuales se toma en cuenta la equivalencia de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir entre la fecha de la desvinculación y la del reintegro no tienen el carácter de otro "empleo público" u otra asignación que provenga del "Tesoro Público", sino que en verdad vienen a resarcir el perjuicio que el acto ilegal, declarado nulo, le generó al respectivo demandante.**

**Nota de la Relatoría: se reiteran las sentencias del 11 de marzo de 1987. Exp. 40878. Ponente: Dr. Alberto Rodríguez de junio 5 de 1984. Exp. 29629, Ponente: Dra. Alba Luz Mossos G.; de junio 5 de 1984, Exp. 35949 y de octubre 15 de 1985, Ponente: Dra. Emilia Mesa S., pertenecientes a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá.**

Magistrado Ponente: Doctor *Joaquín Barreto Ruiz.*

Aclaración. Ref. Anales: T

Sala o Sección: *Sección Segunda.*

Aclaración de voto: Carlos Arturo Orjuela Góngora.

Expediente: 7832.

Fecha: 19 de diciembre de 1995.

## ACLARACION DE VOTO

Santa Fe de Bogotá, D. C., diciembre diecinueve (19) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Con el más profundo respeto por la opinión mayoritaria de la Sala y no obstante compartir en su esencia la providencia adoptada en este proceso, me separo de lo dispuesto en la parte resolutiva en cuanto se ordena el descuento de las sumas que pueda haber recibido la parte demandante de otra entidad oficial,

para lo cual se invocan los artículos 64 de la Constitución Nacional de 1886 y el 128 de la actual.

En efecto, para el suscrito Consejero es claro que las sumas a que se condena en la sentencia mencionada, para las cuales se toma en cuenta la equivalencia de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir entre la fecha de la desvinculación y la del reintegro no tienen el carácter de otro "empleo público" u otra asignación que provenga del "Tesoro Público", sino que en verdad vienen a resarcir el perjuicio que el acto ilegal, declarado nulo, le generó al respectivo demandante.

Bajo la vigencia del anterior estatuto constitucional, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, al debatir este punto en procesos ejecutivos laborales donde se ventilaba el cumplimiento de sentencias de la jurisdicción contencioso administrativa, formuló -de manera reiterada- algunos razonamientos de la siguiente guisa:

> *"Tomando apoyo en el artículo 64 de la C. N. y en la circunstancia de que el ejecutante había devengado sueldo de la Policía Nacional, la entidad demandada excepcionó compensación, cobro de lo no debido y pago respecto de los salarios y prestaciones que el demandante hace valer coercitivamente con base en sendas sentencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo que ordenaron su reintegro a la Caja de Previsión Social de Cundinamarca."*
>
> *"El artículo 64 de la Constitución Nacional, dispone:*
>
> *"Nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, los departamentos y municipios."*
>
> *"La prohibición que consagra el artículo 64 transcrito se refiere a la imposibilidad jurídica de recibir más de una asignación del Erario Público; pero esa prohibición, por ser tal, no puede aplicarse a situaciones similares, así ellas revistan la condición de ser análogas puesto que, tanto en materia civil y por ende la laboral, en ese punto de prohibiciones rige el principio de la tipicidad; no hay prohibición sin ley que la consagre; la analogía en las penas es inadmisible,"*
>
> *"Nada impide recibir del Estado sueldo e indemnizaciones al mismo tiempo. Los casos de compatibilidad son numerosos. Piénsese por ejemplo, en el trabajador oficial favorecido con condena a cargo de entidad oficial obligada a pagarle la indemnización moratoria conforme*

*al artículo 1º del Decreto 797 de 1949, cuando al mismo tiempo y durante la tramitación del correspondiente proceso ordinario y con posterioridad a él el mismo trabajador ha sido vinculado contractualmente o por relación legal y reglamentaria con otra entidad oficial. La compatibilidad entre la indemnización y el sueldo nunca ha sido puesta en duda en un caso de esa naturaleza."*

*"La razón está en que la asignación, con su equivalente sueldo, no se asimila a la indemnización. Devengar simultáneamente sueldo o indemnización, es decir, dos prestaciones (en sentido genérico) que tienen dos causas diferentes, no puede estimarse como prohibido por la Constitución Nacional. El artículo 64 busca, ante todo, que la misma persona no desempeñe simultáneamente dos o varios empleos públicos. Pero si una erogación del Erario Público tiene su fuente en el contrato ficto de trabajo o en la situación legal reglamentaria y otra erogación del mismo Erario proviene del hecho ilegal de la administración, la prohibición del artículo 64 no puede admitirse."*

*"Es precisamente lo que ocurre en el evento de autos."*

*"Porque el pago de salario dejado de percibir que ordenó la justicia administrativa como consecuencia del reintegro tiene carácter indemnizatorio; busca reparar el daño o perjuicio que ocasionó al demandante el acto nulo de la administración que lo desvinculó ilegalmente del servicio. En cambio los salarios que el actor devengó por servicios prestados a la Policía Nacional tienen su fuente de esa relación de servicio..."* (Providencia del 28 de agosto de 1984, con ponencia del honorable Magistrado doctor Darío Sánchez Herrera, en el proceso de Camilo Cortés B. contra la Caja de Previsión Social de Cundinamarca). (Esta tesis se reiteró en el expediente número 40.878, Ponente: honorable Magistrado doctor Alberto Rodríguez R., marzo 11 de 1987; de igual manera, en el expediente número 29629, Ponente: honorable Magistrada doctora Alba Luz Mossos G., junio 5 de 1984; en el expediente número 35949, Ponente: honorable Magistrada doctora Emilia Mesa S., octubre 15 de 1985; y posteriormente, ha sido mantenida por la Sala mencionada del Tribunal Superior de Bogotá).

Dichos planteamientos son válidos enfrente de la redacción de la nueva norma constitucional (artículo 128).

De otro lado, no existe norma expresa que le ordene a la jurisdicción contencioso administrativa esta clase de pronunciamientos; y en esta materia no es procedente la aplicación analógica.

Por último, el juez no puede crear normas, y al hacer este pronunciamiento en la sentencia y ordenar tales descuentos, está creando una disposición no prevista de esta manera en el texto constitucional, ni consignada en esos términos en la ley.

Por ello no comparto la parte resolutiva de la sentencia, en lo que se relaciona con esta clase de descuentos.

Con todo acatamiento,

*Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

**ACCION DISCIPLINARIA - Titularidad / SENA - Facultades de la Comisión de Personal / NORMA ESPECIAL - Aplicación / PROCESO DISCIPLINARIO - Comisión de Personal / COMISION DE PERSONAL - Facultad Instructiva**

**En la acción disciplinaria aunque distinta a la Civil y a la Penal, atribuida aquella en últimas al nominador por regla general y en otros eventos al Ministerio Público también por mandato constitucional y legal, no resulta contraria a ninguna previsión constitucional la participación de la administración en la instrucción del asunto así deba ella aplicar la sanción disciplinaria. El estatuto de personal de la Entidad, Decreto 2464 de 1970, confiere a la Comisión de personal sin lugar a la confusión de facultades, tanto las de convertirse en instructora para escuchar los descargos del empleado como las suyas conceptuales u opinitivas, que no punitivas o sancionatorias de modo específico. Aquéllas surgen una vez que el empleado ha sido impuesto de la ocurrencia del hecho constitutivo de falta y su eventual sanción, donde se le enterará de la celebración de la audiencia especial en la cual la Comisión de Personal le oirá en descargos y fijará su concepto sobre el caso, para que prosiga la actuación ante el director o su delegado, a quien en últimas corresponde, tal como lo preceptúa el articulo 56 de dicho estatuto, la escogencia entre sancionar o no. Según el actor la ilegalidad obedeció a la acumulación de las facultades instructivas de la subcomisión de personal, cuando en el régimen general de los decretos citados de 1968 y de 1973 no se le otorgan, pero como se ha visto es verdad que en el Sena están acumuladas pero diferenciadas las atribuciones instructivas y las conceptuales de la comisión de personal y difieren de las punitivas del nominador, sin que exista lesión de las garantías constitucionales del Título III de entonces, y que su generador, en este evento la propia Entidad por mandato legal, *strictu y latu sensu* en materia disciplinaria no podria desconocer aunque sí apartarse del sistema disciplinario genérico y**

**establecer uno particular donde observara las garantías memoradas. Hay que tener en mente que en el proceso disciplinario la carga de la prueba incumbe al titular de la acción disciplinaria y la del descargo al investigado. Las conclusiones sobre su valoración se atacan en el proceso disciplinario a través del ejercicio de los recursos legales previstos contra los actos legales que allí se produzcan. Agotada esta etapa, de no estar excluido el control jurisdiccional sobre lo actuado, el acto, como administrativo que es, se presume ajustado a derecho en todos sus aspectos de fondo y forma y en cuanto culminación del proceso respectivo de las garantías constitucionales del investigado. De suerte que si éste opta por acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa contra lo decidido en el proceso disciplinario, asume la carga de la prueba de los vicios constitucionales hasta los estrictamente legales atribuidos al acto, según el inciso 2° del art. 84 del C.C.A., aplicable a la acción del artículo 85 *idem*.**

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., diecinueve (19) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Carlos A. Orjuela Góngora.*

Radicación número 4998.

Referencia: Autoridades Nacionales.

Actor: Ernesto Sánchez Guerra.

Procede la Sala de lo Contencioso Administrativo a decidir la apelación propuesta contra la sentencia del 10 de noviembre de 1989 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en este asunto.

## ANTECEDENTES

1. La demanda se dirige contra los actos del Servicio Nacional de Aprendizaje, Sena, por medio de los cuales impuso la sanción disciplinaria de destitución y la accesoria de prohibición para el desempeño de cargos públicos a *Ernesto Sánchez Guerra.*

Los cargos contra las Resoluciones números 1238, 1460 de la Gerencia Regional de Bogotá y la número 636 de la Gerencia General de la Entidad, predican la violación de los derechos del actor en el proceso disciplinario, por cuanto la Subcomisión de Personal en la Regional de Bogotá actuó como instructora trocando su competencia legal de asesoría, que configuran lesiones al debido proceso, al

derecho de defensa y a la generación del acto por órgano incompetente. Aparte de lo anterior se dice que no se probaron las faltas atribuidas. Con los procederes denunciados se desconocieron por la demandada las reglas del Decreto 2400 de 1978 y de su reglamento, como las propias del Estatuto del Sena que aplicó (fls. 6-10).

2. La demandada aceptó unos hechos y otros los defirió a su debate probatorio y en relación con las violaciones jurídicas argumentó que el demandante no pertenecía a la carrera administrativa de la entidad, que de conformidad con su estatuto de personal la subcomisión de personal tiene funciones instructivas y consultivas y cuando hay empate se dirime por el nominador conforme al artículo 12 el Acuerdo número 8 de 1977 del Consejo Directivo Nacional. Se opone por lo tanto al acogimiento de la demanda (fls. 44-68).

3. Se cumplió el período probatorio, esencialmente con la remisión de los antecedentes administrativos, de la hoja de vida del actor y del asunto disciplinario; previa alegación del demandante y con la colaboración fiscal que puntualiza que los antecedentes documentales están incompletos y es adverso a la viabilidad de la demanda, porque la indagación disciplinaria provino de la Oficina de Control Interno del Ente, según trasciende de algunas piezas de la misma; que se aplicaron las reglas propias de la Entidad y no las genéricas invocadas por el actor, sin lesión de sus derechos constitucionales y legales; que el criterio del desempate estuvo correctamente aplicado, llamando la atención en que los subcomisionados coincidieron en la ocurrencia de la falta pero divergieron en su calificación. A todo lo anterior la consideración de la presunción de legalidad de los actos administrativos para concluir con la petición de denegar lo pedido (fls. 78-81).

## LA SENTENCIA

4. La sentencia cuya apelación se desata para negar las pretensiones comenzó por definir el marco jurídico aplicable y reiterar el pronunciamiento de la Sala en asunto similar, decidido con la vigencia del Decreto-ley 2464 de 1970, con el cual el Ejecutivo aprobó el Estatuto de Personal del Sena, respecto de cuya nulidad existe decisión negativa en sentencia del Consejo de Estado. Pasa al estudio de su artículo 56 que regula el procedimiento especial para la aplicación de las sanciones, al cual se sometió la administración, donde se contempla el ejercicio del derecho de defensa. Sobre el concepto de la Comisión dice que aunque paso obligado y garantía, no es obligatorio para la administración, puesto que se tornaría en medio de suplantar al Jefe del Organismo. Como en el análisis del *a quo* no se demostraron los cargos formulados en la demanda y el acto conserva el amparo de la presunción de legalidad, denegó lo suplicado (fls. 112-122).

5. La inconformidad del demandante consiste en que el Sena no observó las formalidades propias de la investigación administrativa, pues como ha quedado demostrado fue la subcomisión de personal la que citó al demandante para que rindiera sus descargos que ella le formuló; tampoco se calificó la falta, ni se perfeccionó la investigación; ni se escuchó el concepto previo de la Comisión de Personal, pretermitiéndose el procedimiento disciplinario, el de las normas cuya violación acusa; que las comisiones de personal carecen de función instructora, pues su facultad legal es de emitir concepto previo en la destitución, con lo cual se quebrantó el derecho de defensa que le permitía desvirtuar las faltas atribuidas, y en suma, acusa la falta de aplicación del Decreto 1950 de 1973 y del artículo 26 de la Carta anterior, por cuya virtud pide revocar la sentencia.

6. En esta instancia la demandada recaba la información de la sentencia dado que tiene su propio estatuto de personal, que fueron formulados los cargos por la Oficina de Control Interno como lo admite el mismo libelo en el hecho segundo y que la Entidad aceptó al responderlo; que los descargos los presentó ante la subcomisión de personal y las infracciones al régimen disciplinario se demostraron legalmente; que el inculpado gozó de su derecho de réplica y todas las etapas del proceso se observaron, y, por lo consiguiente, no hubo violación del artículo 26 superior.

Respecto de la presunta violación del Decreto 1950 de 1973 se apoya en el concepto del Fiscal sobre la legalidad de su Estatuto de Personal y en la sentencia del 9 de diciembre de 1975 por la cual se negó su anulación (fls. 144-145).

7. La intervención de la Fiscalía en la alzada pide la confirmación de la sentencia. Participa de la conclusión a que llegaron tanto la Fiscalía ante el Tribunal como la demandada respecto de la legalidad aplicable, y por eso estudia las funciones de la subcomisión de personal para concluir que, no obstante estar incompleto el apoyo documental del proceso, –sugiriendo su complementación mediante prueba oficiosa en relación con un documento–, advierte que la Oficina de Control Interno del Sena rindió informe sobre la visita practicada al área de asesoría a las Empresas de la Unidad Agroindustrial de la Regional de Bogotá, cuyos cargos le fueron trasladados al demandante y se ocupó en explicarse y pedir sus pruebas, procedimientos que terminó con el resultado conocido. Para la Fiscalía aparte de los reproches que puede elevar a la manera como la administración condujo la acción disciplinaria, se cumplieron las etapas de rigor y no hubo quebranto del derecho de defensa y por tanto solicita la confirmación de la sentencia (fls. 146-151).

## CONSIDERACIONES

1. Para el estudio de los reparos formulados a la actuación administrativa disciplinaria respecto del demandante, como los formulados contra la sentencia, entiende la Sala es necesario definir, de modo previo, el marco jurídico aplicable: discusión que se ha ubicado entre la vigencia del sistema general de la administración de personal civil en la Rama Ejecutiva invocado por el demandante o la de las normas aplicadas por la entidad pública y por la sentencia.

El Sena atribuyó el origen de las facultades disciplinarias ejercidas a los numerales 1°, 2°, 3°, 8° y 15 del artículo 48 del Decreto 2464 de 1970, que es su Estatuto de Personal, cumplidas por el Gerente Regional mediante delegación de funciones a través de la Resolución 1195 de 1974 y de acuerdo con el Decreto 3123 de 1968; apoyadas por el Acuerdo 8° de 1977 de su Consejo Directivo Nacional. El fallo discurrió sobre la actuación disciplinaria de la subcomisión de personal por su conformidad con el artículo 56 del Decreto 2464 de 1970, como estatuto de personal del establecimiento. Para el demandante debieron observarse en lo pertinente las disposiciones del Decreto-ley 2400 de 1968 y su reglamento, específicamente porque la comisión de personal carece de facultad instructora y su papel es solo de conceptuación respecto de la sanción de destitución.

Pues bien, como lo recordó la entidad demandada, la Sección Primera del Consejo de Estado en sentencia del 15 de diciembre de 1975 no anuló su estatuto de personal, lo cual le otorga efectos de cosa juzgada respecto de la *causa petendi;* además de su especificidad como régimen de sus servidores públicos en carrera administrativa o fuera de ella y aplicable al demandante, que de otra parte, no pertenecía a la carrera administrativa del ente. Sobre la extensión de los efectos de la cosa juzgada relativa a la acción de nulidad (art. 84 C.C.A.) cuando la sentencia es negativa y dentro de la vigencia del artículo 175 del Decreto-ley 01 de 1984, la Sala en el expediente 4247, en un proceso también contra actos del Sena, memoró su generalidad en tanto guarde relación con la *causa petendi*; y dicho fallo precisó haberlo sido respecto de uno de sus sustentos legales pues el decreto fue expedido en ejercicio de atribuciones conferidas por el literal c) del artículo 8° del Decreto-ley 3123 de 1968, esa vez no acusadas ante el Consejo de Estado.

Secuela de todo ello es que existe cosa juzgada sobre el punto y que el Decreto 2464 de 1970 es el aplicable como regla especial en dicho establecimiento público; y que deben desatenderse los reparos del demandante fundados en la inaplicación del Decreto 2400 de 1968 y su reglamento.

2. Procede ahora a estudiar el cargo de la incompetencia de la subcomisión de personal de la entidad, dentro de la perspectiva de haberse inferido lesión a los

derechos y garantías constitucionales previstos en el artículo 26 de la ley superior vigente hasta el 7 de julio de 1991.

De conformidad con el inciso 2° del artículo 26 de la Constitución anterior, correspondía a la ley regular los aspectos del retiro o despido en el servicio público, una de cuyas especies es la sanción disciplinaria de destitución. En general el título de los derechos y de las garantías civiles en aquella constitución contenía la del juzgamiento de la persona ante autoridad competente, con las formalidades legales, por motivo previamente definido en las leyes (art. 23) y observando las formas propias de cada juicio (art. 26), conocidas como las del juez natural, del debido proceso, y en él la de su defensa, y la tipicidad ante facto; todas predicables de la acción disciplinaria.

El Constituyente de 1886, como todos quienes le precedieron hasta 1991, un sólo evento consagró como limitación a la acumulación de funciones públicas en una misma persona o corporación en tiempo de paz, para que no se ejerciera la autoridad política o civil y la judicial o la militar por una misma persona u órgano (art. 61 C.N.), pero tal veda es inextendible a la acción disciplinaria. Defirió al legislador determinar las normas de juzgamiento, sus elementos subjetivos, objetivos y procesales, garantía conocida como el debido proceso. En la Carta Política de 1886 nada impedía que el juez instruyera y decidiera el asunto y no era regla superior o mandato constitucional la del juzgamiento por persona diferente a quien indagara o investigara, expresiones entendidas en forma lata, desde luego, siempre que el instructor y el fallador observaran la plenitud de las formas del procedimiento pertinente y el derecho de defensa del encartado.

En la acción disciplinaria, aunque distinta a la civil y a la penal, atribuida aquella en últimas al nominador por regla legal y en otros eventos al Ministerio Público también por mandato constitucional y legal, no resulta contraria a ninguna previsión constitucional la participación de la administración en la instrucción del asunto así deba ella aplicar la sanción disciplinaria.

Ni siquiera de la acción penal del Estado donde el juez, en vigor del sistema constitucional anterior, indagaba y aplicaba la sanción de ser preciso, podría sostenerse la prohibición constitucional como la expone el actor para extenderla a la disciplinaria que es distinta; pues no existió canon superior que determinara al legislador las formas del juzgamiento disciplinario ni le impusiera la independencia orgánica para la sanción. Antes bien, quedaban al arbitrio del legislativo según las características de cada evento concreto. No existía precepto que impidiera al legislador condensar o plasmar las funciones instructoras y las decisorias en un único órgano, pues su arbitrio en ese campo únicamente conocía los límites del respeto a las garantías del derecho de defensa, ante el órgano que le juzgaba, el

debido proceso y la tipificación antelada. Tampoco atentaba contra el imperio constitucional que el órgano instructor conceptuara o aún que el juzgamiento se cumpliera por el mismo órgano instructor, o bien que el juzgamiento fuera encomendado a órgano diferente o tal vez ajeno a la misma entidad, como suele ocurrir en materia disciplinaria con las facultades de la Procuraduría General de la Nación, al respecto.

Ni por mandato constitucional se podía colegir que el concepto de la Comisión de Personal fuere optativo u obligatorio o vinculante para el nominador que funge como titular de la acción disciplinaria; ni tampoco reñía con el orden constitucional la circunstancia de que quien juzgara hubiera participado en la etapa indagativa o fuera integrante del órgano consultivo; ni que, en últimas, la instancia o la decisión se adoptara en órganos ajenos a la administración. Es una característica propia de la actuación administrativa la de mostrarnos al Nominador de algún modo, como "juez y parte", dicho con la licencia para no atender la expresión dentro del rigor jurisdiccional ni con su connotación de membresía por ello, de la Rama Judicial del Poder Público, ni con el carácter que suele dársele, como quiera que se trata de actuación orgánicamente administrativa aunque funcionalmente juzgadora.

Tal variedad sistemática le imponía la generalidad de los derechos y las garantías consagradas en los mencionados textos constitucionales que sobre la trilogía del juez natural, debido proceso y derecho de defensa, permitían al legislador ordinario y al extraordinario específicamente habilitado para ello, diseñar múltiples esquemas heurísticos disciplinarios o su unicidad; multiplicidad de procedimientos; una no agotada manera de enfrentar el juzgamiento de las conductas humanas ante el orden jurídico, si dentro del sistema especial o particular se respetan las garantías nombradas; además de la tipificación del hecho juzgado antefacto. Razón, entonces, de la coexistencia legislativa de sistemas cuantos las circunstancias hicieran menester, compenetrables e influenciables entre sí, pero no jerárquicamente subordinados como los entiende el demandante; pues todos son emanación de la ley aun los estatutarios expedidos en desenvolvimiento de facultades legales que gozan de especificidad y no son reglamentos del sistema general, sino verdaderas individualidades del procedimiento disciplinario. Pueden alegarse los reparos del interesado como motivos de *lege ferenda,* discutibles frente a otro sistema constitucional punitivo–, pero no fundan ataque de ilicitud, porque la acción disciplinaria de la entidad no debe subordinación jurídica a las reglas generales de la acción disciplinaria de los servicios públicos: la debe a la Constitución.

2.1. En la hipótesis de este proceso, el estatuto de personal de la entidad, Decreto 2464 de 1970, confiere a la Comisión de Personal sin lugar a la confusión de facultades, tanto las de convertirse en instructora para escuchar los descargos

del empleado como las suyas conceptuales u opinativas, que no punitivas o sancionatorias de modo específico. Aquéllas surgen una vez que el empleado ha sido impuesto de la ocurrencia del hecho constitutivo de falta y su eventual sanción, donde se le entera de la celebración de la audiencia especial en la cual la Comisión de Personal le oirá en descargos y fijará su concepto sobre el caso, para que prosiga la actuación ante el Director o su Delegado, a quien en últimas corresponde, tal como lo preceptúa el artículo 56 de dicho estatuto, la escogencia entre sancionar o no.

Según el actor la ilegalidad obedeció a la acumulación de las facultades instructivas de la subcomisión de personal, cuando en el régimen general de los Decretos citados de 1968 y 1973 no se le otorgan. Pero como se ha visto es verdad que en el Sena están acumuladas pero diferenciadas las atribuciones instructivas y las conceptuales de la comisión de personal y difieren de las punitivas del nominador, sin que exista lesión de las garantías constitucionales del Título III de entonces, y que su generador, en este evento la propia entidad por mandato legal, *strictu y latu sensu* en materia disciplinaria no podría desconocer aunque si apartarse del sistema disciplinario genérico y establecer uno particular donde observara las garantías memoradas. Ha de concluirse que el cargo en esa perspectiva no procede.

3. Concierne estudiar el cargo por la violación del debido proceso edificado, como el anterior, por violaciones al reglamento de 1973. Dada la especialidad del artículo 56 Decreto 2464 de 1970 donde se señaló el procedimiento y vistos la hoja de vida, los antecedentes remitidos y el recuento que de ellos se hace en los actos cuestionados, el cargo del quebranto procesal es insostenible. En efecto: trasciende de los documentos que la Oficina de Control Interno de la Entidad llevó a cabo comprobación respecto de las actuaciones del demandante y llegó a conclusiones que elevó a la condición de cargos. En sendas sesiones de la subcomisión de personal se oyeron sus descargos, tanto orales como escritos y se recibieron las pruebas que estimó fundaban su defensa. Como acto separado los subcomisionados fijaron su concepto que coincidió en la ocurrencia de los hechos y su carácter constitutivo de falta disciplinaria, aunque divergieron en su calificación; que el nominador considerándola como empate, dirimió optando por la sanción de destitución cual le autorizaban, frente a lo primero, normas internas de la entidad que no han sido acusadas y; ante lo segundo, sus facultades inherentes como jerarca de la entidad, en lo regional delegado por su Gerente General.

En suma, se cumplieron los trámites precedentes a la sanción y con el concepto de la comisión de personal que tanto el régimen general como en el propio de la entidad es previo, inexorable, pero no obligatorio para el nominador. De modo que en los prolegómenos de la sanción tampoco hubo violación legal ni constitucional. No se observan a sí mismo en los eventos desencadenados por los recursos

interpuestos contra los actos sancionatorios, a más de no existir reclamación del interesado en ese extremo, lesiones de sus garantías.

4. Restaría el estudio de la acusación contra la apreciación de la prueba de cargo y de descargo. La Sala, a pesar de los esfuerzos surtidos en las entidades por acopiar los elementos de hecho apreciados por al entidad pública, en la solución del conflicto tendrá en cuenta que el pliego de cargos es un hecho indiscutido pues existen de él suficientes referencias documentales y testimoniales directas e indirectas en la actuación disciplinaria, en uno de los actos y en el proceso; como sobre los descargos rendidos. Asunto diverso es el de aporte de las pruebas de descargo porque el actor ha sostenido que no cometió las faltas y no comparte el análisis de las pruebas efectuado en el curso de la acción disciplinaria y resultan esenciales para el estudio y despacho del cargo en ese aspecto.

El demandante dijo que no incurrió en ninguna de las prohibiciones que le endilgaron en los actos acusados y singularizados en el hecho segundo de la demanda, coincidente con los de la parte motiva del primero de los actos cuestionados, y como únicamente figuraban en el proceso los cargos y los documentos en los cuales el Sena se apoyó para destituir, la Sala decretó la remisión de tales documentos, con el siguiente resultado: fueron enviadas las copias de las actas de descargos (de los días 5 de febrero de 1981 y del 3 de abril de 1981) que obran en autos, pero no las certificaciones que el demandante figura entregó a la comisión, como tampoco las "pruebas aportadas y practicadas a instancias del exempleado", solicitadas también.

Hay que tener en mente que en el proceso disciplinario la carga de la prueba incumbe al titular de la acción disciplinaria y la de descargo al investigado. Las conclusiones sobre su valoración se atacan en el proceso disciplinario a través del ejercicio de los recursos legales previstos contra los actos legales que allí se produzcan. Agotada esta etapa, de no estar excluido el control jurisdiccional sobre lo actuado, el acto, como administrativo que es, se presume ajustado a derecho en todos sus aspectos de fondo y forma y en cuanto culminación del proceso respectivo de las garantías constitucionales del investigado. De suerte que si éste opta por acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa contra lo decidido en el proceso disciplinario, asume la carga de la prueba de los vicios constitucionales hasta los estrictamente legales atribuidos al acto, según el inciso 2° del art. 84 del C.C.A., aplicable a la acción del artículo 85 *idem*. En tal virtud el interesado señalará y demostrará las violaciones y su concepto y al no lograrlo las súplicas no prosperarán.

Tenemos que el exempleado sostuvo en la demanda: "que en ninguna de esas prohibiciones y faltas incurrió, ...por lo que existió indebida aplicación de dichas

normas, que también señalan que para la sanción debe observarse el procedimiento correspondiente, lo que como se ha establecido no se hizo" (fl. 9), sin otras adiciones, precisiones o especificaciones. La entidad en el pliego de cargos le especificó los hechos y le refirió algunos elementos de convicción al respecto. En los descargos orales y escritos el inculpado los discutió. El resultado de esa controversia en la comisión de personal fue que para una parte de ella el actor no había "logrado desvirtuar los cargos que le fueron imputados" y para otro sector, que las faltas se habían cometido pero eran leves. Para el Sena según la primera de las resoluciones acusadas, con miras en el tercero y décimo de sus considerandos, los hechos cometidos no fueron desvirtuados y constituyen falta grave (fl. 18). Al sustentar la reposición y la apelación el empleado debatió los diferentes incisos del tercero de los considerandos y los medios probatorios en los cuales se sustentaba como el mérito que le ofrecía a los suyos, al paso que el Sena al desatar la reposición dijo "así como las razones que le dieron origen a los argumentos expuestos por el recurrente en su escrito no encuentran motivos para producir la modificación o revocatoria de la providencia impugnada (fl. 2) y al decidir la alzada que "no encuentra motivos de fondo ni de forma como causales para revocar la resolución recurrida" (fl. 4).

Desvirtuar en éste proceso contencioso administrativo, bajo una o varias de las formas de violación indicadas en el inciso 2° del art. 84 del C.C.A., es labor que incumbía al demandante, pues una vez se hubieran agotado los recursos de la denominada vía gubernativa dentro del proceso disciplinario, el acto administrativo quedaría prevalido de la presunción de legalidad: en lo concerniente con el debido proceso y el derecho de defensa, de la recta valoración de la prueba tanto de cargo como de información o descargo y de la correcta aplicación de la legalidad; cuyo desquiciamiento impone al acusante la demostración de sus acertos en contra.

Como se vio las amplias afirmaciones del demandante, que no pueden ser entendidas como indefinidas para relevarle de su demostración, no hallaron apoyo probatorio en el expediente de este proceso, como que no probó las específicas violaciones de este proceso, por apreciación equivocada o falta de apreciación de las pruebas, para que las conclusiones a las cuales llegó el Sena estuvieren infundadas o fueren diversas a las contenidas en los actos impugnados. Luego la demanda no prospera y la sentencia debe confirmarse.

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

## FALLA:

CONFÍRMASE la sentencia del diez (10) de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989) proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 6 de diciembre de 1995.

*Carlos Arturo Orjuela Góngora,* Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.*

*Myriam C. Viracachá Sandoval,* Secretaria (E.).

**PROCESO DISCIPLINARIO - Términos / DEBIDO PROCESO EN PROCESO DISCIPLINARIO - Inexistencia de Violación / PRUEBAS - Inconducencia**

**La sentencia no aceptó el argumento del actor que afinca la nulidad en la violación de la garantía constitucional del debido proceso y del derecho de defensa, porque la investigación no se llevó a cabo dentro del término legal. En rigor, el cargo no está llamado a prosperar porque de conformidad con el artículo 7º de la Ley 13 de 1984, el término de la investigación disciplinaria es variable, fijado por el jefe del organismo, según los criterios que el artículo 23 del Decreto 482 de 1985 indica, tales como "el número de participantes, la naturaleza y complejidad de los mismos", prorrogables por una sola vez y hasta otro tanto; pero su vencimiento no impone el decaimiento del poder disciplinario, como que sus objetivos no pueden estar librados al arbitrio ni el jefe del ente, ni de las partes del proceso; ni conlleva la extinción de la acción disciplinaria salvo su prescripción, razones que han permitido al Consejo de Estado sostener que la inobservancia de los términos no incide en la eficacia de los actos disciplinarios. En el *sub lite* no se vulneró. El auto que denegó las pruebas fue materia de recurso y se atendió parcialmente, es decir hubo oportunidad de contradecirlo, pero ante todo se afirma por la Sala que no hubo violación del derecho constitucional porque las pruebas pedidas eran inconducentes y por lo tanto estuvieron bien denegadas.**

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., diciembre diecinueve (19) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Carlos A. Orjuela Góngora.*

Radicación número 6274.

Referencia: Autoridades nacionales.

Actor: Luis Héctor Mariño Clavijo.

Procede la Sala a resolver la apelación propuesta contra la sentencia del 6 de septiembre de 1991 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en la demanda promovida por *Luis Héctor Mariño Clavijo.*

## LA DEMANDA

Acusa la Resolución 11632 del 17 de agosto de 1988, proveniente del Jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil que impuso al demandante la sanción de destitución (fls. 46-51), y la número 14939 del 6 de octubre de 1988 que desató el recurso de reposición contra la anterior. Las razones de acusación, en resumen, son éstas: las actuaciones del investigador designado fueron extemporáneas, teniendo presente el lapso concedido para la indagación; le negó la práctica de pruebas y los recursos contra esa determinación; no se tuvo en cuenta el concepto de la representante de los empleados en la Comisión de Personal y que como no está probado el hecho imputado, hubo falsa motivación (fls. 68-73).

## LA ACTUACION DISCIPLINARIA

A ella se refieren los actos acusados y en el decurso del proceso fue remitida como antecedentes administrativos y para la Sala, resultan preponderantes los siguientes hitos:

– El Jefe de la Oficina Auditoría Administrativa de la entidad, al llevar a cabo la visita a las dependencias de la misma en el aeródromo Bonilla Aragón (Palmaseca), halló por los años de 1986 en los meses de julio y agosto, y por el de 1987 en los meses de junio, julio y septiembre, que el ingeniero Luis Héctor Mariño Clavijo, había cobrado viáticos por, comisiones a los lugares y en los montos allí precisados (fl. 55 cdno. 2) mediante la presentación de "cumplidos" a diferentes aeropuertos en las mismas fechas.

– A folio 61 *idem,* obra la apertura de la indagación disciplinaria, el 1° de marzo de 1988.

– Luego de adelantadas algunas averiguaciones, se elevó el pliego de cargos, con expresión de los hechos, las pruebas que hasta el momento existían, de las normas pretensamente infringidas, del orden nacional, disciplinarias y penales, y se le enteró personalmente de ello (fl. 167 *idem*).

– Los descargos aparecen a partir del folio 174 del cuaderno número 2.

– El 5 de abril de 1988 se profirió el decreto de las pruebas y negó algunas de las pedidas por el investigado (fl. 185 loc. cit.).

– Mediante auto del 13 de abril (fl. 200 *id.*), lo cual se hizo el 18 de abril de 1988, con las siguientes conclusiones: "Haber presentado cumplidos de comisión a diferentes aeropuertos en las mismas fechas" y por "haber cobrado viáticos de la misma comisión dos veces" (fl. 209 cdno. 2).

– El 11 de julio de 1988 la Comisión de Personal (fl. 231 *loc cit*) se ocupó del asunto y en forma dividida conceptuó sobre la aplicación de la sanción de destitución, pero la representante de los empleados se inclinó por la suspensión.

– Finalizó con las resoluciones impugnadas.

## LA SENTENCIA

Previo concepto del Agente del Ministerio Público adverso a las súplicas del libelo, el 6 de septiembre de 1991 el Tribunal denegó las peticiones, pronunciándose sobre cada uno de los motivos invocados así: en cuanto a la nulidad por no haberse realizado la investigación dentro del término, recordó la jurisprudencia del Consejo de Estado, en que no es causal de nulidad (fl. 134 cdno. 1); que en el proceso disciplinario, la Ley 13 de 1984, reconoce al investigado el derecho a solicitar pruebas, las que se decretarán siempre que sean conducentes y las rechazadas no conducían a desvirtuar los cargos (fl. 135 cdno. 1) y finalmente que tanto en la averiguación disciplinaria como con las pruebas practicadas en este proceso, se demostró que el actor aparece cumpliendo comisión en lugares diferentes y distantes y cobrando los viáticos.

Al impugnar la decisión el actor insiste en que únicamente se limitó a cumplir con las órdenes e instrucciones impartidas por la Entidad, que no es ordenador del gasto en ella, que su desarreglo administrativo no puede imputársele, amén de repetir los argumentos de las etapas disciplinarias y jurisdiccional ya aludidos.

En su colaboración de instancia, la Delegada del Ministerio Público, opina que la sentencia debe mantenerse, aunque pudieron existir fallas en la organización administrativa de la Entidad, "el único responsable para que todo esto sucediera fue el demandante, quien no ha debido presentar cumplidos de comisión en diferentes aeropuertos en las mismas fechas, ni haber cobrado viáticos dobles por comisión" (fl. 148-157).

## CONSIDERACIONES

1. Cuando se acude ante la jurisdicción contencioso administrativa en ejercicio de la acción de nulidad y de restablecimiento del derecho (art. 85 C.C.A.) contra el acto terminal del proceso disciplinario, los motivos invocables puede ser uno o varios de los indicados en el inciso 2° del artículo 84 del C.C.A., de lo cual hará mérito la demanda según el número 4 del artículo 137 *ibidem,* de modo tal que, como ésta jurisdicción es particularmente rogada, *el thema probandum* y el

*decidendum* lo determina el accionante, sin perjuicio de las facultades jurisdiccionales respeto de las excepciones, conforme al inciso 2° del artículo 164 *ejusdem*.

El proceso contencioso en hipótesis como la que nos concita, no es una instancia adicional o extraordinaria del trámite disciplinario, que incluso el propio legislador puede excluir, sino la expresión del control de constitucionalidad y legalidad, por petición de parte, respecto del acto terminal disciplinario, el cual, entre tanto, se asume ajustado a la ley y por ende corresponde a las partes la prueba de sus respectivas afirmaciones.

2. En la especie de éste proceso, el sancionado ha propuesto la violación del debido proceso, consistente en la inobservancia de los términos legales para el adelantamiento de la investigación, y el del derecho de defensa a través de la negación de pruebas y desatención de una recusación, y la demostración de los cargos formulados, todas ellas cometidas en el transcurso de la investigación disciplinaria y en la primera de las resoluciones acusadas.

El derogado artículo 26 de la Constitución de 1886, vigente para la época de los hechos, disponía como uno de los derechos civiles y garantías sociales, el del juzgamiento "observando la plenitud de las normas propias de cada juicio", conocido como el debido proceso y que comprende el derecho de defensa, de los cuales no se puede sustraer el régimen disciplinario. De aquél hablan el inciso 2° del artículo 3° y los artículos 5°, 7°, 8° y 9°, entre otros, de la Ley 13 de 1984 y del segundo especialmente del artículo 12 de la ley en comento. El objetivo del régimen disciplinario es el de asegurar a la sociedad y a la Administración Pública la eficiencia en la prestación de los servicios a cargo del Estado, así como la moralidad, la responsabilidad y la conducta correcta de los funcionarios públicos y a éstos los derechos y las garantías que les corresponden como tales (art. 1° Ley 13 de 1984).

3. La sentencia no aceptó el argumento del actor que afinca la nulidad en la violación de la garantía constitucional del debido proceso y del derecho de defensa, porque la investigación no se llevó a cabo dentro del término legal. En rigor, el cargo no está llamado a prosperar porque de conformidad con el artículo 7° de la Ley 13 de 1984, el término de la investigación disciplinaria es variable, fijado por el Jefe del Organismo, según los criterios que el artículo 23 del Decreto 482 de 1985 indica, tales como "el número de participantes, la naturaleza y complejidad de los mismos", prorrogable por una sola vez y hasta en otro tanto; pero su vencimiento no impone el decaimiento del poder disciplinario, como que sus objetivos no pueden estar librados al arbitrio ni del jefe del ente, ni de las partes del proceso; ni conlleva la extinción de la acción disciplinaria salvo su prescripción, razones que han permitido al Consejo de Estado sostener que la inobservancia de los términos no incide en la eficacia de los actos disciplinarios. El art. 20 del reglamento, distingue además, las

etapas de la investigación disciplinaria así: iniciación, práctica de pruebas, formulación de cargos, recepción de cargos y cierre de la investigación, que deben atenderse con aplicación de los principios de la actuación administrativa según el artículo 3° del C.C.A.

Adicionalmente porque el averigatorio se llevó a cabo dentro del término prorrogado legalmente. Asunto diferente es la etapa evaluativa y de juzgamiento que ni la ley, ni la lógica han señalado que deba hacerse dentro de aquel término sino dentro de otro dependiendo de las diferentes circunstancias según lo imponga el informe rendido.

La violación del derecho constitucional consiste en omitir etapas del proceso disciplinario o de la investigación, cercenarle los derechos de defensa y de contradicción, aunque el ideal de la justicia pronta y eficaz resulte ser el de alcanzar el cometido dentro de los términos legales. No significa ello que la sala justifique las dilaciones o el desacato a los principios de celeridad y eficacia del proceso disciplinario y administrativo, ni que por soslayarlos se pueda valer el encartado o la administración para evadir sus propias cargas de responsabilidad ético-administrativa, pues han de ejercerse los respectivos derechos para equilibrar los intereses de la sociedad, de la administración y los del servidor, lo cual se garantiza mediante la ponderación en la conducción de la acción disciplinaria de acuerdo con la complejidad de los hechos.

4. El derecho a defenderse en el proceso disciplinario, que constitucionalmente es una opción y no una obligación, como garantía constitucional antes y ahora derecho fundamental, se integra por el conocimiento del informe y las pruebas que se alleguen a la investigación, ser escuchado en descargos y con la práctica de las pruebas que solicite "siempre que sean conducentes al esclarecimiento de los hechos" y de asesoramiento por la organización sindical a que pertenezca, si lo desea (art. 12 Ley 13 de 1984). En el *sub lite* no se vulneró. El auto que denegó las pruebas fue materia de recurso y se atendió parcialmente, es decir hubo oportunidad de contradecirlo, pero ante todo se afirma por la Sala que no hubo violación del derecho constitucional porque las pruebas pedidas eran inconducentes y por lo tanto estuvieron bien denegadas.

Las probanzas desechadas no apuntaban a demostrar que el ingeniero encontrándose en el cumplimiento de las comisiones dubitadas y originantes de los cargos, –porque, apunta la Sala, no debe olvidarse que la Oficina de Auditoría no glosó todas las comisiones del empleado sino unas específicamente, con lo cual el debate probatorio se limitaba a ese y no otro asunto–, fue instruido de órdenes que redujeron los términos de estada en dicho lugar y le imponían movilizarse a otro, ni propendían a establecer qué motivo exculpativo le había impedido en ese momento

proveerse del respectivo cumplido por el tiempo que llevaba de permanencia en dicho lugar, pues el cargo consistía en haberse atribuido el don de la ubicuidad para cumplir los mandatos de la entidad y formular las cuentas de cobro por los viáticos, ante el imposible físico y moral de hallarse simultáneamente, en cumplimiento de servicios, en lugares diferentes, con las consabidas inconsistencias de los documentales que soportaban su petición de pago y que satisfizo la entidad, desde luego, indebidamente en parte.

En el juzgamiento disciplinario, esencialmente ético y subjetivo, la responsabilidad del servidor es la generada por su propia conducta, pudiéndose afirmar que es personal y que no se juzga la conducta de la Administración. Con todo admite las calificaciones de la culpabilidad en la manera como lo haya impuesto el respectivo estatuto en forma antelada al hecho y las exoneraciones legalmente admitidas, tales como la inexistencia del hecho investigado (ausencia de objeto), que la ley no lo considera como falta disciplinaria (atipicidad disciplinaria), que haya lugar a exoneración de responsabilidad, ya que porque "el funcionario inculpado no lo cometió (inculpabilidad sicofísica o se atribuye a un tercero de modo exclusivo, o existe fuerza mayor o caso fortuito) pero no cuando el hecho se comete en conjunto o con la concurrencia de la actividad de otros miembros de la administración o de terceros ajenos a ella, o por causa del propio sistema administrativo o por ausencia o ineficiencia de sus propios controles (art. 40 Decreto 482 de 1985). La compensación de culpas no es eximente absoluto de la responsabilidad disciplinaria, supuesto que la falta del empleado deviene del incumplimiento de sus deberes, del abuso de sus derechos, o de su incursión en las prohibiciones legales bajo las formas de imputación que el estatuto indique.

5. Así mismo, es inconsistente el cargo de no haberle atendido la recusación, pues tal como se observa en autos oportunamente se le despachó. Idéntica ineficacia encuentra la Sala en el reparo contra el acto porque no se siguieron las opiniones de la representante de los empleados de la Comisión de Personal, pues ni el concepto de la comisión, ni uno de sus integrantes en particular, es obligatorio.

6. Suma de todo lo precedente es que no fue desvirtuada la legalidad de los actos acusados, ni probados los vacíos atribuidos a la actuación disciplinaria y el fallo se confirmará.

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 seis (6) de septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991) proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala el día 6 de diciembre de 1995.

*Carlos Arturo Orjuela Góngora,* Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.*

*Myriam C. Viracachá Sandoval,* Secretaria (E.).

**ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO - Caducidad de la Acción / PRESTACIONES PERIODICAS - Inexistencia**

**Las resoluciones debatidas por el demandante no son *strictu sensu* las que reconocen el derecho de percepción periódica aludido en el inciso tercero del art. 136 del C.C.A., sino que, al contrario, enfáticamente no le reconocieron el derecho pretendido, por lo que el tenor aplicable resulta ser el que aplicó el Tribunal correctamente. Como se trata de un acto que culminó una petición en interés particular, pero que no tiene el efecto positivo o afirmativo de haberle reconocido al demandante un derecho de percepción periódica, el actor reclamante debió demandar dentro de los cuatro meses subsiguientes a la fecha en que se le notificó la última actuación en la sede administrativa, que lo fue el día 27 de enero de 1988.**

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Carlos A. Orjuela Góngora.*

Radicación número 8496.

Referencia: Autoridades Nacionales.

Actor: Luis A. Babativa Bustillo.

Se decide la apelación contra la sentencia del 19 de febrero de 1993 proferida en este asunto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

## LA DEMANDA

El 2 de septiembre de 1988 (f. 15 vto.) se presentó contra la Resolución número 1372 del 2 de octubre de 1987 y la Resolución número 089 del 21 de enero de 1988 emanadas de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (fls. 2-

9), esta última notificada el 27 de enero de 1988, mediante las cuales se negó incluir en la asignación de retiro del demandante la prima de vuelo, negarle el reajuste de la prima de actividad, y se le negó la inclusión de la prima de especialista, lo cual se pidió en la demanda, donde se expresaron las normas violadas y en concepto en que lo fueron.

## POSICION DE LA DEMANDADA

La respuesta de la entidad reproduce y explana los argumentos de orden jurídico contenidos en los actos acusados, entre ellos la inaplicabilidad retroactiva del Decreto-ley 089 de 1984 y el respeto al derecho adquirido por el pensionista conforme a la ley vigente al momento de su retiro del servicio (fls. 23-28).

## LA SENTENCIA

De conformidad con las piezas procesales y las diligencias de notificación de los actos impugnados, el Tribunal constató que la demanda se presentó extemporáneamente, es decir, por fuera del término de caducidad de la acción, lo cual le condujo a inhibirse para decidir respecto de la demanda (f. 99).

## LA IMPUGNACION

El cuestionamiento de la sentencia respecto de la caducidad de la acción, en voces del apelante, corresponde a la circunstancia de ser ella un mecanismo procesal incidental excepcional, porque lo que el Tribunal no reparó es que existe en el ordenamiento norma, el art. 136 del C.C.A., cuyo tenor gramatical resuelve favorablemente la admisión de la demanda.

A partir del vocablo "reconozcan" visible en el inciso tercero del artículo 136 del C.C.A. y de su sentido semántico, dice el apelante, es admisible en este caso, "el reconocimiento del reajuste en la resolución como también el reconocimiento que recaiga en decisión de futuro" (f. 101); que admite la decisión positiva y favorable que ordena el reconocimiento y también lo alcanza semánticamente para un reconocimiento de futuro que se desprenda de la resolución administrativa, que en razón de anterioridad no reconoce, pero que con posterioridad por fuerza gramatical del subjuntivo, permita que "lo reconozcan" después, por lo cual en cualquier tiempo puede presentarse la demanda.

En seguida formula los argumentos del acogimiento de las pretensiones.

La demandada por su parte se apuntala en la declaración de la caducidad, y respecto del ejercicio de la acción en cualquier tiempo expresa que debe entenderse establecida en favor de la administración frente a los actos reconocedores de

prestaciones periódicas, pues ella exclusivamente está llamada a proferir esa especie de actos (fl. 113-114).

Las restantes partes no intervinieron y como no se observa causal de anulación procesal de lo actuado, se decide previas las siguientes

## CONSIDERACIONES

Razones de seguridad jurídica, fundamentos a su vez de la discrecionalidad y arbitrio del legislador, son las que le permiten conferir a los sujetos la acción, entendida como el derecho de acceder a la administración de justicia en orden a la satisfacción de una petición específica y de conformidad con su naturaleza y la de las relaciones jurídicas objeto de las pretensiones, como una facultad para ejercer ora dentro de un lapso determinado o bien en cualquier tiempo.

La técnica procesal ha denominado a la institución entre nosotros, como la **caducidad de la acción** cuando está ligada a un plazo o término hábil para demandar, lapso que es objetivo e ininterrumpible.

Respecto de la función jurisdiccional la incidencia es la de inhibir su facultad decisoria.

En la especie de esta litis, según el fallo impugnado, acaeció el suceso de la caducidad de la acción del demandante, vista como contencioso subjetivo de nulidad y de restablecimiento del derecho definida en el art. 85 del C.C.A., ya que en tratándose de un particular que se duele del desconocimiento de un derecho suyo amparado por norma jurídica, debió presentar su libelo dentro de los cuatro meses subsiguientes al acto cuestionado. Para el interesado, al contrario, yerra el Tribunal en su aserto porque, en su sentir, la norma que resulta aplicable no es la invocada por el juez sino la contenida en otra parte del mismo texto de cuya intelección y cobijo, en su evento, le habilitaría demandar en cualquier tiempo.

Los incisos segundo y tercero del art. 136 del C.C.A. de conformidad con la redacción original del Decreto-ley 01 de 1984, tenor que regía al momento de la presentación de la demanda, determinaron el plazo de caducidad de la acción consagrada en el art. 85 *idem,* en esa época denominada de restablecimiento del derecho, bajo las siguientes distinciones:

Aquel en su primera parte referíase a la hipótesis del particular sedicente lesionado por el acto cuya nulidad acusada, para imponerle la obligación de demandarlo dentro de los cuatro (4) meses subsiguientes al día de **"la publicación, comunicación, notificación o ejecución del acto, según el caso".** Proseguía la regla diciendo que el término sería de dos (2) años si actuaba como demandante una entidad pública.

El inciso tercero del mismo artículo, decía: **"Sin embargo, cuando se demanden actos que reconozcan prestaciones periódicas la acción podrá proponerse en cualquier tiempo, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe".**

Para la Sala la redacción del inciso tercero del artículo 136 del C.C.A., no permite concluir, como lo hace el recurrente, que su demanda podía presentarla en cualquier tiempo; es decir, que no estaba sometida a plazo de caducidad; porque, al contrario de lo que asevera, la regla respecto del contencioso subjetivo, llámese de "restablecimiento del derecho" como en el Decreto-ley 01 de 1984, o de "nulidad y de restablecimiento del derecho" como lo nombró el legislador extraordinario de 1989 en el Decreto-ley 2304, es la del deber de presentar la demanda dentro de un término legal de caducidad.

Por ello mismo, la excepción es la habilitación intemporal para demandar que se estableció respecto de los actos administrativos que reconozcan prestaciones periódicas, con la restricción que protege la buena fe generadora de derechos al impedir la repetición contra particulares beneficiados de buena fe con el acto impugnado.

Al respecto procede esta observación adicional de la Sala pues no es exacta la inferencia de la demandada en el sentido de que este inciso concede legitimación activa sólo a la Administración, aunque sea ella la que profiere los actos que reconocen las prestaciones periódicas, pues bien puede tratarse de particulares que resulten afectados cuando la Administración en detrimento de sus derechos les reconoce a otras personas derechos del demandante ya total o parcialmente suyos, como por ejemplo en el evento de las concurrencias respecto de órdenes de precedencia o de preferencia que se colacionan por el legislador respecto del derecho en concreto.

Pero dentro de la misma hilación conceptual, el inciso tercero no es aplicable sino cuando el acto debatido reconoce u otorga la prestación periódica, entendida no bajo la visión limitada de las prestaciones sociales como la expone el recurrente, sino dentro de su tenor más multicomprensivo del objeto de la obligación, de la "prestación" como esencia o materia de la obligación a cargo de la Administración, y con la adición de que se trate de un derecho de percepción sucesiva en el tiempo.

En ese contexto, las resoluciones debatidas por el demandante no son *strictu sensu* las que reconocen el derecho de percepción periódica aludido en el inciso tercero del art. 136 del C.C.A., sino que, al contrario, enfáticamente no le reconocieron el derecho pretendido, por lo que el tenor aplicable resulta ser el que aplicó el Tribunal correctamente.

En efecto, de la literalidad de las resoluciones de la Entidad de Previsión demandada se colige sin esfuerzo que no accedió a lo pedido, que no reconoció lo solicitado, lo que se contrae a una modificación de la asignación de reitero de la cual goza el demandante; acto que, por otra parte, no es el que se debate en este proceso, que sería, ese sí, el que le reconoció el derecho de percepción periódica.

Y así, como se trata de un acto que culminó una petición en interés particular, pero que no tiene el efecto positivo o afirmativo de haberle reconocido al demandante un derecho de percepción periódica, el actor reclamante debió demandar dentro de los cuatro meses subsiguientes a la fecha en que se le notificó la última actuación en la sede administrativa, que lo fue el día 27 de enero de 1988, o sea a más tardar el 27 de mayo del mismo año. Y ocurrió que la demanda únicamente se presentó el 2 de septiembre de 1988, a todas luces vencido el término de caducidad, por lo cual la sentencia es acertada y deberá 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 diecinueve (19) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993) proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se inhibió para un pronunciamiento de mérito respecto de la demanda incoada por el señor *Luis Arturo Babativa Castillo.*

Cópiese, notifíquese, cúmplase, publíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en su sesión del día 6 de diciembre de 1995.

*Carlos Arturo Orjuela Góngora,* Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas,* ausente; *Diego Younes Moreno.*

*Myriam C. Viracachá Sandoval,* Secretaria (E.).

**COMISION DE SERVICIOS - Inexistencia / COMISION DE SERVICIOS - Naturaleza**

**De conformidad con el Decreto 1950 de 1973, existe comisión cuando el empleado oficial por disposición de autoridad competente, ejerce las funciones propias de su cargo en sitio diferente a la sede habitual de trabajo o cuando transitoriamente atiende actividades oficiales distintas a las del empleo del cual es titular. La Comisión de servicios se confiere por ejercer transitoriamente funciones del empleo en lugares distintos a la sede habitual hasta por 30 días prorrogables por tiempo igual, salvo excepciones legales y prohíbe la comisión permanente. El ejercicio de funciones en lugar habitual de trabajo, jamás implica comisión de servicios, en el hecho de que para aspectos relacionados con la jurisdicción y competencia de la rama judicial, se haya radicado en la cabecera del Distrito Judicial, de Villavicencio al Juzgado 26 de Instrucción Criminal, no implica que la sede habitual del mismo sea Villavicencio, precisamente la Resolución número 093 de marzo 12 de 1987 emanada de la Dirección de Instrucción Criminal, determinó que la "sede" (no provisional como se afirma en la demanda) del juzgado sería Puerto Inírida y su jurisdicción el Territorio de la antigua comisaría.**

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Carlos A. Orjuela Góngora.*

Radicación número 8765.

Referencia: Autoridades Nacionales.

Actor: *Luis Alfredo Sánchez Sánchez.*

Decide la Sala la consulta de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Meta el 19 de agosto de 1993, que accedió a las súplicas de la demanda, en el proceso promovido por Luis Alfredo Sánchez Sánchez, contra la Nación –Ministerio de Justicia–.

## LA DEMANDA

Estuvo encaminada a obtener la nulidad de la decisión administrativa contenida en el oficio número 381 de abril de 1990, expedida por el Director Seccional de Instrucción Criminal de Villavicencio, por medio del cual niega el reconocimiento y pago de unos viáticos ocasionados a favor del actor por haber laborado en el cargo de Secretario Grado 10 del Juzgado 26 de Instrucción Criminal, juzgado radicado en la cabecera del Distrito Judicial de Villavicencio, con sede provisional en Puerto Inírida –Guainía–; se debe anular además el oficio número 482 de mayo 2 de 1990 que resolvió el recurso de reposición, negando el reconocimiento de los viáticos.

Como consecuencia de la nulidad solicita la cancelación de los valores adeudados por concepto de viáticos con su correspondiente indemnización.

Como fundamento de sus pretensiones narra los siguientes hechos:

El demandante fue nombrado en el cargo de Secretario Grado 10 en el Juzgado 26 de Instrucción Criminal, con sede provisional en Puerto Inírida (Guainía); por el Decreto número 001 de mayo de 1987, cargo que desempeñó hasta el 30 de junio de 1988.

El Juzgado 26 de Instrucción Criminal fue radicado en la cabecera del Distrito Judicial de Villavicencio y mediante Resolución 093 de marzo 12 de 1987, estableció su sede provisional en la ciudad de Puerto Inírida.

Por la anterior razón el actor solicitó el reconocimiento y pago de los viáticos que se ocasionaron con el desplazamiento del Juzgado 26 a su sede provisional en Puerto Inírida. Esta petición fue negada por la administración.

Al fijar la sede provisional en Puerto Inírida, obligó al demandante a desplazarse provisionalmente a una sede diferente a la principal y por ende se causaron viáticos legales, los cuales no pueden ser inferiores a $1.000.00 pesos, ni superiores a $5.000.00.

## NORMAS VIOLADAS

Se citan como quebrantados los artículos 2°, 10, 11, 16, 17 y 20 de la anterior constitución, artículos 25 del Decreto número 717 de 1978; 3° del Decreto número 1200 de 1987; 314 del Decreto 50 de 1987 de enero 13 –C. de P. Penal–; 54 del Decreto número 409 de 1971 anterior al C. de P. Penal y artículo 12 del Decreto 2267 de 1969.

## LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo del Meta accedió a las peticiones de la demanda, al considerar que es una verdad manifiesta que el Juzgado 26 de Instrucción Criminal se radicó en la ciudad de Villavicencio pero con sede provisional en Puerto Inírida, hoy Departamento del Guainía, circunstancia que necesariamente obligó tanto al Juez como al Secretario a desplazarse de la capital del Meta a la capital de Guainía, con el fin de ejercer las tareas que le son propias. Si el empleado fue arraigado en la ciudad de Villavicencio, ejerció sus funciones en sede provisional diferente, se ubicó dentro de la figura de la Comisión reglamentada en el Decreto número 1950 de 1973.

## EL RECURSO

La parte demandada interpuso recurso de apelación argumentando que el decreto de nombramiento es absolutamente claro en el sentido de que el juzgado estaba radicado en Puerto Inírida así se ratificó en el acta de posesión, en consecuencia, nunca estuvo en Comisión lo que existió fue un traslado del Juzgado.

## EL MINISTERIO PUBLICO

La Procuraduría Quinta ante el Consejo de Estado presentó la vista reglamentaria y conceptúa que la sentencia debe ser revocada porque no se configuró la comisión en razón a que en Puerto Inírida se posesionó el empleado y allí ejerció las funciones sin que exista prueba que la sede del juzgado hubiere sido cambiada a otro lugar y en especial a Villavicencio. Además las comisiones son transitorias y están prohibidas las permanentes en los términos del Decreto número 1950 de 1973 y 1042 de 1978, salvo la excepción del artículo 65 del Decreto 1042 de 1987.

Como no se observa causal que invalide lo actuado, la Sala procede a decidir previas las siguientes

## CONSIDERACIONES

De conformidad con el Decreto número 1950 de 1973, existe Comisión cuando el empleado oficial, por disposición de autoridad competente, ejerce las funciones propias de su cargo en sitio diferente a la sede habitual del trabajo o cuando transitoriamente atiende actividades oficiales distintas a las del empleo del cual es titular. La Comisión de servicios se confiere por ejercer transitoriamente funciones del empleo en lugares distintos a la sede habitual hasta por 30 días prorrogables por tiempo igual, salvo excepciones legales y prohíbe la comisión permanente.

En el *sub lite* se observa que por Resolución número 093 de mazo de 1987, el Ministerio de Justicia, hizo la radicación y asignó competencias territoriales a los juzgados de Instrucción Criminal adscritos a la Seccional de Villavicencio y determinó así la sede habitual de los siete (7) juzgados de Instrucción Criminal (folio 20-21).

El Tribunal Superior de Villavicencio, por Acuerdo número 009 de 4 de marzo de 1987, hizo los nombramientos de los Jueces para los lugares previamente determinados, entre ellos uno para Puerto Inírida (Guainía), con sede en esa ciudad y con jurisdicción en todo el territorio de la Comisaría, el cual tendría el número 26.

De lo anterior se infiere sin lugar a dudas que la Sede del Juzgado 26 de Instrucción Criminal fue Puerto Inírida, lugar en el cual en forma permanente prestó los servicios el actor. En consecuencia cualquier desplazamiento de los empleados de esta sede habitual a otras ciudades o poblaciones del país, previa autorización de la comisión por disposición del funcionario competente para ello, es la que podía causar viáticos.

Lo anterior se corrobora con los diferentes documentos y resoluciones que autorizaron comisiones para el Juez 26 de Instrucción Criminal y su Secretario encaminados a adelantar funciones propias de su cargo, en lugares diferentes a Puerto Inírida (folios 50 y ss. cuaderno de prueba).

En consecuencia, el ejercicio de funciones en el lugar habitual de trabajo, jamás implica comisión de servicios, el hecho que para aspectos relacionados con la jurisdicción y competencia de la rama judicial, se haya radicado en la cabecera del Distrito Judicial de Villavicencio al Juzgado 26 de Instrucción Criminal, no implica que la sede habitual del mismo sea Villavicencio, precisamente la Resolución número 093 de marzo 12 de 1987 emanada de la Dirección de Instrucción Criminal, determinó que la "sede" (no provisional como se afirma en la demanda) del Juzgado sería Puerto Inírida y su Jurisdicción el Territorio de la antigua comisaría.

Los planteamientos anteriores llevan a la Sala a revocar el fallo consultado y en consecuencia denegar las peticiones de la demanda.

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

**FALLA:**

REVÓCASE la sentencia de 19 de agosto de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, recaída en el proceso promovido por Luis Alfredo Sánchez Sánchez, contra la Nación –Ministerio de Justicia–, y en su lugar se dispone negar las peticiones de la demanda.

Cópiese y notifíquese.

Una vez en firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 6 de diciembre de 1995.

*Carlos A. Orjuela Góngora,* Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Diego Younes Moreno.*

*Myriam C. Viracachá Sandoval,* Secretaria (E.).

**CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS - Características / CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS - Tipificación / FUNCION ADMINISTRATIVA - Inexistencia / EMPLEADO PUBLICO - Inexistencia**

**El cargo de nulidad que se plantea en la demanda depende de establecer si la demandante cumplió verdaderamente un cargo público o estuvo vinculada a la administración mediante un contrato de prestación de servicios. De conformidad con el Decreto 222 de 1983, las características para que se tipifique el contrato de prestación de servicios profesionales son: –Presencia de un alto margen de autonomía-. Ausencia de subordinación. –Previsión de emolumentos u honorarios como contraprestación. –Prohibición de pactar prestaciones sociales. No nos hallamos frente al conocimiento de una acción relativa a la contratación administrativa (art. 87 del C.C.A.) sino el eventual desvío de las atribuciones del funcionario contratante, que utilizó la forma externa del contrato administrativo de prestación de servicios omitiendo la generación de un nombramiento ordinario de la demandante en la planta de la entidad. Ahora bien; como no resulta contrario a la ley el cumplimiento de funciones administrativas mediante la celebración y ejecución de contratos de prestación de servicios, es elemental que no existe motivo de nulidad respecto del acto acusado. Esta conclusión no es contraria a la realidad procesal que emana de la prueba testimonial recaudada ya que los deponentes dan cuenta de la actividad personal de la accionante, su horario de trabajo y el cumplimiento de labores específicas, lo cual es posible materializar a través del contrato de prestación de servicios. Como en criterio de la Sala se encuentra probado que la demandante no fue empleada de la Administración Pública, sino que estuvo vinculada por contratos innominados de prestación de servicios profesionales, y es obvio que la consecuencia legal de esta relación jurídica es la señalada en el artículo 159 del Estatuto Municipal, o sea que la demandante no tenía derecho sino a los honorarios pactados; por tanto, las pretensiones de la demanda no alcanzan prosperidad.**

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Carlos A. Orjuela Góngora.*

Radicación número 9140.

Referencia: Asuntos municipales.

Actor: *Patricia M. Sierra Vásquez.*

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, el 24 de septiembre de 1993, mediante la cual denegó las súplicas impetradas en el libelo demandatorio.

## LA DEMANDA

La actora instauró demanda (fls. 2-7) contra el municipio de Medellín, solicitando la nulidad de los contratos de prestación de servicios números 110 de 1987, 199 de 1987, 279 de 1987, 007 de 1988, 020 de 1988, 129 de 1988, 286, 518 del mismo año, 018 y 286 de 1989, y 046 de 1990.

Como consecuencia de la anterior declaración pide se ordene restablecimiento del derecho a través de las siguientes o similares declaraciones:

a) Que la relación existente entre Patricia María Sierra y el municipio de Medellín es de carácter legal y reglamentario;

b) Que se concreten en nombre de la demandante todos los efectos laborales de la citada relación, y que por ello sea reintegrada a su empleo;

c) Que el municipio de Medellín le cubra el valor de los salarios prestaciones sociales que no se cubrieron oportunamente, además del valor de los gastos que por tal motivo hubo de sufragar la actora;

d) Que el municipio de Medellín le cubra el valor de los salarios y prestaciones sociales, con sus respectivos incrementos, desde el momento de su desvinculación hasta su reintegro efectivo al servicio;

e) Que la sentencia respectiva se cumpla dentro de los términos previstos en el C.C.A. a través del artículo 176 y siguientes.

Como hechos se indica que la demandante laboró al servicio del municipio de Medellín, sin solución de continuidad, desde el 9 de marzo de 1987 hasta el 30 de junio de 1990.

Las labores fueron desempeñadas como abogado en el departamento de Ejecuciones Fiscales de la Tesorería de Rentas Municipales.

Las funciones desarrolladas son las citadas en el numeral 4 de los hechos de la demanda (fl. 2-3).

La demandante no sólo recibía órdenes, cumplía jornada de trabajo y percibía contraprestación salarial por su trabajo, sino que también era citada como empleada de tesorería a cumplir jornadas de aseo.

Simultáneamente con la demandante otros abogados ejecutores cumplían idénticas funciones pero vinculados como empleados públicos. Tanto las funciones desempeñadas, el acatamiento de órdenes, el cumplimiento de la jornada de trabajo, la percepción del sueldo, el tratamiento como empleada, demuestran que estamos en presencia de una relación legal y reglamentaria hábilmente camuflada como **"Contrato de prestación de servicios"**, y por esta razón el ente público le ha venido burlando el cubrimiento de rubros tales como sueldos en igualdad de condiciones a quienes ejecutaban idénticas labores; las prestaciones sociales; subsidio familiar, atención médica y odontológica para ella y para su hijo menor.

A más de lo anterior, la trabajadora con fecha 30 de junio de 1990, fue separada del cargo, sin que mediara acto administrativo de ninguna especie.

## NORMAS VIOLADAS

Con el acto acusado se citan como violadas las siguientes disposiciones:

Decreto 3135 de 1968, artículo 5º; Decreto 1848 de 1969, artículo 1º y 2º; Decreto número 222 de 1983, artículo 163; artículo 2º de la Constitución Nacional.

## LA SENTENCIA

El *a quo* denegó las pretensiones de la demanda por considerar en primer lugar que las normas citadas en el concepto de violación son de carácter nacional y lo cierto es que a nivel municipal existen normas propias que son las aplicables en el presente caso. Una vez analizado el Estatuto Contractual de la municipalidad, llega a la conclusión de que los acuerdos de voluntades celebrados, está estipulado expresamente que por este concepto no se generan prestaciones sociales.

## EL RECURSO

La parte actora inconforme con la anterior decisión interpone en tiempo recurso de apelación (fls. 363-364) reiterando la tesis de que la vinculación de la demandante fue legal y reglamentaria, además de que laboró para el municipio de Medellín, en la que sus servidores se presumen empleados públicos, con la excepción de quienes se dedican a la construcción y sostenimiento de obras públicas.

Como no se observa causal que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes

## CONSIDERACIONES

El cargo de nulidad que se plantea en la demanda depende de establecer si la demandante cumplió verdaderamente un cargo público o estuvo vinculada a la administración mediante un contrato de prestación de servicios.

En autos se encuentra probado (fls. 8 y siguientes) que la actora se vinculó al municipio de Medellín a través de contratos de prestación de servicios, siendo su objeto la realización de labores de abogado en el departamento de ejecuciones fiscales de la tesorería municipal, siendo directamente responsable ante el abogado ejecutor del departamento de Ejecuciones Fiscales por la correcta ejecución de las labores asignadas que se describen en cada uno de los contratos.

De conformidad con el Decreto número 222 de 1983, las características para que se tipifique el contrato de prestación de servicios profesionales son:

–Presencia de un alto margen de autonomía.

– Ausencia de subordinación

– Previsión de emolumentos u honorarios como contraprestación

– Prohibición de pactar prestaciones sociales

A su vez el artículo 163, *ibidem*, define el contrato de prestación de servicios así:

"Para los efectos del presente estatuto, se entiende por contrato de prestación de servicios, el celebrado por personas naturales o jurídicas para desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones que se hallen a cargo de la entidad contratante, cuando las mismas no puedan cumplirse con personal de planta.

No podrá celebrarse esa clase de contratos para el ejercicio de funciones administrativas, salvo autorización expresa de la Secretaría de Administración Pública de la Presidencia o de la dependencia que haga sus veces.

Se entiende por funciones administrativas aquellas que sean similares a las que estén asignadas, en todo o en parte, a uno o varios empleos de planta de la entidad contratante".

En el caso que ocupa la atención de la Sala conviene anotar que el Decreto número 150 de 19 de marzo de 1983 es el Estatuto Contractual para el municipio de Medellín (fls. 233-325), y en el Capítulo VIII; define el contrato de prestación de servicios en los mismos términos del Decreto 222 de 1983.

En relación con la forma de adjudicación de este tipo de contratos, el artículo 161 de la normatividad en cita señala que se adjudicarán directamente por el alcalde cuando su cuantía sea inferior a tres millones de pesos, y en suma superior su adjudicación la hará el Consejo de Gobierno.

El artículo 159 define la remuneración de las personas naturales en los siguientes términos:

> "Las personas naturales vinculadas por contrato de prestación de servicios sólo tendrán derecho a los emolumentos expresamente convenidos. En ningún caso podrá pactarse el pago de prestaciones sociales".

Conclúyese de todo lo anterior, que la contratación para la prestación de servicios está autorizada por la ley.

No nos hallamos frente al conocimiento de una acción relativa a la contratación administrativa (artículo 87 del C.C.A.) sino el eventual desvío de las atribuciones del funcionario contratante, que utilizó la forma externa del contrato administrativo de prestación de servicios omitiendo la generación de un nombramiento ordinario de la demandante en la planta de la entidad.

Ahora bien; como no resulta contrario a la ley el cumplimiento de funciones administrativas mediante la celebración y ejecución de contratos de prestación de servicios, es elemental que no existe motivo de nulidad respecto del acto acusado.

Esta conclusión no es contraria a la realidad procesal que emana de la prueba testimonial recaudada (fls. 331 siguientes) ya que los deponentes dan cuenta de la actividad personal de la accionante, su horario de trabajo, y el cumplimiento de labores específicas, lo cual es posible materializar a través del contrato de prestación de servicios.

Como en criterio de la Sala se encuentra probado que la demandante no fue empleada de la Administración Pública, sino que estuvo vinculada por contratos innominados de prestación de servicios profesionales, y es obvio que la consecuencia legal de esta relación jurídica es la señalada en el artículo 159 del Estatuto Municipal, o sea que la demandante no tenía derecho sino a los honorarios pactados; por tanto, las pretensiones de la demanda no alcanzan prosperidad.

Por las razones anteriormente enunciadas la sentencia recurrida merece ser confirmada.

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 de Antioquia, el veinticuatro (24) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993), recaída en el proceso promovido por **Patricia María Sierra Vásquez.**

Notifíquese, cópiese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 6 de diciembre de 1995.

*Carlos Arturo Orjuela Góngora,* Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas,* ausente; *Diego Younes Moreno.*

*Myriam C. Viracachá Sandoval,* Secretaria (E.).

# Consejo de Estado

## Relatoría

### INDICE DE ACTORES


**A** **Págs.**

Ahorramás Corporación de Ahorro y Vivienda. ..... 239, 247,250,251

Alejandro Angel Peñaranda Narváez. ..... 635

Alfredo Castaño M. ..... 995

Andrés Rodríguez Pizarro. ..... 729

Armando Palau Aldana. ..... 605

Asociación Colombiana de Droguistas. Detallistas. "Asocoldro" ..... 386

Augusto Santander Negrete Calderín. ..... 406

**C**

Cales y Derivados. ..... 426

Camilo Enrique Cortés Bruschi. ..... 47

Carlos A. Acuña Corredor y otros. ..... 1116

Carlos Alberto Mantilla Gutiérrez. ..... 280

Carlos Arturo Castañeda Castañeda. ..... 1155

Carlos Enrique Soto Medina ..... 507,665

Carlos H. Muñoz Barrera. ..... 946

Carlos Saúl Pérez Lizcano. ..... 100

Carlos Saúl Pérez Lizcano. ..... 91,95,98,99

Págs.

Carlos Saúl Pinzón Herreño. ..... 523

Carlota Morales de Riveros. ..... 1030

Cervecería del Litoral S.A. ..... 1100

César Alvarado Pacheco. ..... 888

Compañía Colombiana de Alimentos Lácteos S. A., "Cicolac". ..... 67

Comunidad de Propietarios del subsuelo Petrolífero de los globos de terreno denominados La Hacienda Santa Bárbara de las Cabezas y San José de Mata de Indios o la Embocada. ..... 32

Cooperativa de Ahorro y Crédito de la Guardia y Ex-guardianes de las Penitenciarías y Cárceles de Colombia Ltda. "Cooguar Penal Ltda."... 1012,1021

**D**

Daniel Mauricio Rodríguez Pineda. ..... 1034

Defensor del pueblo. ..... 773

Diego Ignacio Rivera Mantilla. ..... 834

**E**

Edgar Guillermo Parra Camargo. ..... 445

Edificio 9411 S. A. ..... 496

Eduardo Otoniel Montúfar Eraso. ..... 17,29

Emilio Burgos López. ..... 1092

Empresa Transportes Puerto Santander S. A. –Trasan S. A.– ..... 691

Ernesto Sánchez Guerra. ..... 1221

Esperanza Mesa vda. de Alvarez. ..... 11

**F**

Federación Colombiana de Empresarios de Juegos y Apuestas (Feceap). ..... 759

Federación Nacional de Centros Docentes, Conaced. ..... 460

Feisal Mustafá Barbosa. ..... 179

Felipe Alfredo Ospina Cardona. ..... 1167

Félix Hoyos Lemus. ..... 866

Págs.
Fernando Hoyos Navarro. ..... 1144
Fernando Matiz Espinosa. ..... 671
Francisco Morris Ordóñez. ..... 896
Freddy Alfredo Muñoz Vargas. ..... 158

G

Gaspar Caballero Sierra. ..... 592
Gloria Teresa Cifuentes de Huertas. ..... 563
Gráficas Martell Ltda. ..... 147
Guillermo de Jesús Calle Guerra. ..... 975

H

Holmer Antonio Osorio Ospina. ..... 1190,1194
Hugo Angarita Merlo. ..... 1041

I

Ingenieros Civiles Asociados S. A. ..... 54,62
Instituto de Seguros Sociales. ..... 1075
Iván José Castro Maya. ..... 531

J

Jaime Musbah Angulo. ..... 1129
Javier Roa Salazar. ..... 513
Jesús Camargo Mendoza. ..... 39
Joaquín Romero Calle y otros. ..... 743
Jorge E. Alemán Palacios. ..... 1137
Jorge Enrique Gutiérrez Avila. ..... 699
José Antonio Galán Gómez. ..... 339,1161
José Eduardo Narváez Viteri y Grety Patricia López Albán. ..... 1122
José Gabriel Agudelo Morales. ..... 334
José Moreno Cuesta. ..... 1062

Págs.
José Verlaine López y otro. ..... 1197
Juan Bernardo Paredes. ..... 324
Juan Carlos Cuesta Quintero. ..... 872
Juan Eduardo Ramírez Saavedra. ..... 557

## L

Laboratorios León Limitada. ..... 429
Leonel Buitrago Bonilla y Perla de los Angeles Buitrago Daza. ..... 81,87
Leopoldo Alberto Rincón Garzón. ..... 956
Libardo Bravo Solarte. ..... 645,655
Libia María Torres Gutiérrez. ..... 983
Luis A. Babativa Bustillo. ..... 1238
Luis Alfredo Sánchez Sánchez. ..... 1243
Luis Antonio Bustos Nieto. ..... 949,959
Luis Carlos Sáchica Aponte. ..... 573
Luis Fernando Palacios Florido. ..... 258
Luis Héctor Mariño Clavijo. ..... 1232
Luis Henao Vallejo. ..... 598

## M

María Cristina del Pilar Camargo Rojas. ..... 1051
María Cristina Velásquez Galarza. ..... 802
Marlén María Rivera de Suárez y otro. ..... 265
Martha Agudelo Atehortúa. ..... 1080
Martha C. Yepes Echávez. ..... 1201
Martha Isabel Pachón Yepes ..... 999
Martha Lucía Botero Ramos. ..... 357
Martín Alejandro Castro Polo. ..... 545
Miguel Andrés Fonseca Gámez. ..... 991

Págs.

Miryam del Carmen García Orozco. ..... 1207

Municipio de Armenia. ..... 860

Municipio de Envigado. ..... 585

Municipio de Morroa. ..... 378

Myriam Perlman de Mishkin. ..... 395

**N**

Natalia Aguirre Gómez. ..... 789

**O**

Orlando Bernal Morales. ..... 1006

**P**

Patricia Devia Torres. ..... 1070

Patricia M. Sierra Vásquez. ..... 1249

Pedrito Tomás Pereira Caballero. ..... 617

Pedro Miguel Ramírez Martínez. ..... 103,110,113,122,,133,138,142

Procesadora de Leches S.A., Proleche S.A. ..... 311

**R**

Rafael Bolívar Guerrero. ..... 1151

Rafael José Wilches Puello. ..... 934,940,942

Rafael Rodríguez Melo, Clara Patricia Martín de Rodríguez, Ingrid Tatiana y Lysed Caterine Rodríguez Martín. ..... 169

Ricardo Alonso Ochoa Molano. ..... 823

Rita Rivera de Vargas. ..... 1086

Rodolfo Ramos y otros. ..... 625

Rodolfo Vergara Hoyos. ..... 472

Rómulo Perdomo Medina y otros. ..... 841

Rosmary Clavijo Morales. ..... 927

Págs.

S

Saúl David Puentes. ..... 1180

Sindicato de Trabajadores de la Nacional Compañía de Seguros Generales de Colombia S.A. "Sintranaguros". ..... 1108,1113

Sociedad Inversiones Keno S. A. ..... 364

Sociedad Litoplásticos Limitada. ..... 347

Sociedad Monsanto Company. ..... 297

Sociedad Rivera G. y Cía. S. C. A. Manufacturas Stop. ..... 719

Sociedad Transportes La Independencia S. A. ..... 454

Sociedad Unicorp S. A. ..... 677

U

Universidad Autónoma de Bucaramanga ..... 658

W

William Ignacio Guerrero Preciado. ..... 878

# Consejo de Estado

## Relatoría

### INDICE TEMATICO


| | Págs. |
|---|---|
| ABANDONO DE RUTAS | 453 |
| ABOGADO -Etica Profesional | 965 |
| ACCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA - Características | 80 |
| ACCION DE CUMPLIMIENTO -Protección al medio ambiente | 624 |
| ACCION DE NULIDAD - Improcedencia | 141, 645, 802,1098 |
| ACCION DE NULIDAD - Inexistencia | 109 |
| ACCION DE NULIDAD - Procedencia | 492,654 |
| ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO | 120 |
| ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO - Caducidad de la Acción | 645,1238 |
| ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Improcedencia | 690 |
| ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Titularidad | 133 |
| ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Reparación del daño o perjuicio | 954 |
| ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO | 109,141, 118,471,945,1098 |
| ACCION DE NULIDAD | 471,1098 |
| ACCION DE REPARACION DIRECTA - Caducidad de la acción | 168 |

| | Págs. |
|---|---|
| ACCION DE REPARACION DIRECTA - Daño especial | 202 |
| ACCION DE RESTABLECIMIENTO LABORAL - Improcedencia | 949 |
| ACCION DE SIMPLE NULIDAD - Improcedencia (Salvamento de Voto) | 120 |
| ACCION DISCIPLINARIA -Titularidad | 1220 |
| ACCION ELECTORAL - Improcedencia | 120 |
| ACCION ELECTORAL | 120 |
| ACCION ESPECIAL DE NULIDAD DE MARCAS | 429 |
| ACLARACION DE VOTO - Improcedencia | 953 |
| ACTIVIDAD AGROINDUSTRIAL | 604 |
| ACTIVIDAD ECONOMICA LICITA - Privación | 840 |
| ACTO ADMINISTRATIVO - Elementos | 394 |
| ACTO ADMINISTRATIVO - Inexistencia | 109,118 |
| ACTO ADMINISTRATIVO - Inexistencia | 394 |
| ACTO ADMINISTRATIVO -Presunción de legalidad | 965 |
| ACTO ADMINISTRATIVO | 443 |
| ACTO ADMINISTRATIVO DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA -Invocación de normas | 1005 |
| ACTO ADMINISTRATIVO LABORAL-Inexistencia | 202 |
| ACTO COMPLEJO (Salvamento de voto) | 112 |
| ACTO COMPLEJO | 141,894 |
| ACTO CONSTITUYENTE - Inexistencia | 202 |
| ACTO DE CARACTER PARTICULAR -Improcedencia de acción de simple nulidad | 645 |
| ACTO DE CONFIRMACION | 112,141 |
| ACTO DE ELECCION | 112,141 |
| ACTO DE NOMBRAMIENTO DEL REEMPLAZO Y ACTO DE INSUBSISTENCIA -Independencia | 1194 |
| ACTO DE SUPRESION DE CARGOS – Impugnación | 940 |
| ACTO ELECTORAL | 120 |
| ACTO GENERACIONAL DE LA LEY | 591 |

| | Págs. |
|---|---|
| ACTO PARTICULAR - Anulación | 109,118 |
| ACTO PARTICULAR - Contenido | 453 |
| ACTO PARTICULAR DE INTERES GENERAL -Acción de simple nulidad | 492,654 |
| ACTO PARTICULAR Y CONCRETO -Acción de nulidad | 471 |
| ACTO POLITICO | 178 |
| ACTO SIN CUANTIA - Competencia del Consejo de Estado | 949 |
| ACTUACION ADMINISTRATIVA | 297 |
| ACTUACION ADMINISTRATIVA | 405 |
| ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS - Observancia de Procedimiento | 823 |
| ACUERDO DEL C.S.J. - Expedición | 1005 |
| ACUERDOS DE PAZ | 405 |
| ADMINISTRACION PUBLICA - Objeto | 1189 |
| ADMINISTRADOR DE PERSONAL DE ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS NACIONALES Y NACIONALIZADOS -Fondo Educativo Regional | 1090 |
| AFILIADO VOLUNTARIO | 788 |
| AFILIADOS OBLIGATORIOS | 785 |
| AJUSTE DE VALOR - Improcedencia | 1179 |
| AJUSTE DE VALOR - Prestaciones periódicas | 926 |
| AJUSTE DE VALOR - Salarios y prestaciones | 1166 |
| AJUSTE DE VALOR OFICIOSO | 1206 |
| AJUSTE DE VALOR - Sentencia de condena | 973 |
| ALCALDE - Accionista sociedad economía mixta | 741 |
| ALCALDE - Incompetencia | 323 |
| ALCALDE MAYOR DE SANTA FE DE BOGOTA | 591 |
| ALCALDE MUNICIPAL - Funciones | 356 |
| ANALOGIA - Improcedencia | 1058 |
| APERITIVOS - Monopolio rentístico del departamento | 840 |
| APLICACION ANALOGICA - Prohibición | 444 |
| APODERADO JUDICIAL - Deberes | 956 |

Págs.

ARGUMENTO NUEVO - Inexistencia ..... 53

ASAMBLEA DEPARTAMENTAL - Funciones ..... 378

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE ..... 176, 178, 206

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE Legitimidad ..... 205

ASIGNACION DE RETIRO - Reajuste ..... 39

ASIGNACION DE TRATAMIENTO ESPECIAL -Inmueble ..... 495

ATRIBUCION CONSTITUCIONAL PERMANENTE -Ejercicio de potestad reglamentaria ..... 562

AUTONOMIA TERRITORIAL ..... 615

AUTONOMIA UNIVERSITARIA - Alcances ..... 635

AUTORIDAD EXTRANJERA ..... 507

AUXILIO DE TRANSPORTE - Empleado Local ..... 1177

AVIANÇA ..... 949

BANCO NACIONAL - Liquidación ..... 895

BELLAS ARTES - Graduación de estudiantes ..... 561

BENEFICIO DE EXTINCION DE LA PENA - Improcedencia ..... 405

CADUCIDAD - Término ..... 429

CADUCIDAD DE LA ACCION -Configuración ..... 645

CANCELACION - Inexistencia ..... 265

CARGO NUEVO - Improcedencia ..... 742

CARRERA ADMINISTRATIVA - Contraloría General de la República .. 1150

CARRERA ADMINISTRATIVA DEL CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA - Creación ..... 1011

CARRERA DOCENTE - Definición ..... 975

CARRERA JUDICIAL - Administración ..... 1069

CARRERA JUDICIAL - Régimen aplicable ..... 877,1069

CARRERA JUDICIAL - Reelección de Funcionario ..... 1079

CARRERA PENITENCIARIA - Exclusión de Personal ..... 1011

CARRERA PENITENCIARIA - Ingreso ..... 1021

CARRERA PENITENCIARIA Y CARCELARIA - Régimen Aplicable . 1021

| | Págs. |
|---|---|
| CARRERA PENITENCIARIA Y CARCELARIA - Reglamentación | 1011 |
| CARRERA ADMINISTRATIVA - Creación | 1011 |
| CAUCION PARA OTORGAMIENTO DE LICENCIA SERVICIO DE RADIODIFUSION - Parámetros para su fijación | 698 |
| CELADOR - Dominicales y festivos | 1179 |
| CESU - Naturaleza | 635 |
| CIRCULAR DE LA DIAN - Obligatoriedad | 664 |
| COALICION POLITICA - Ruptura | 998 |
| CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - Aplicación | 545 |
| COMISION ASESORA - Funciones | 337 |
| COMISION DE ESTUDIOS - Inexistencia de estabilidad | 990 |
| COMISION DE PERSONAL - Facultad instructiva | 1220 |
| COMISION DE SERVICIOS - Inexistencia | 1243 |
| COMISION DE SERVICIOS - Naturaleza | 1243 |
| COMITE TECNICO | 338 |
| COMITE TECNICO DE CENTRO - Funciones | 338 |
| COMITES DE RECLAMOS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS- Funciones | 676 |
| COMITES TECNICOS - Integración | 337 |
| COMITES TECNICOS - Reglamento | 337 |
| COMPETENCIA - Inexistencia | 95 |
| COMPETENCIA ILEGAL -Adquisición de vehículos | 690 |
| COMPETENCIA TERRITORIAL - Saneamiento (Salvamento de voto) | 100 |
| COMPETENCIA TERRITORIAL | 91 |
| COMPETENCIA TERRITORIAL | 95 |
| COMPLEMENTARIA EN SALUD - Diferencias | 788 |
| COMUNICACION ACUSADA - Inexistencia de acto | 934 |
| CONCEJAL - Inhabilidad | 742 |
| CONCEJO DISTRITAL - Incompetencia de creación de prestaciones sociales | 871 |

Págs.

CONCEJO MUNICIPAL - Acuerdo ..... 356

CONCEJO MUNICIPAL - Funciones ..... 741

CONCEPTO - Obligatoriedad ..... 443

CONCEPTO - Inexistencia de acto administrativo ..... 394

CONCEPTO DISTRITAL - Plan de ordenamiento físico de Santafé de Bogotá ..... 591

CONCILIACION JUDICIAL - Improcedencia en acción de nulidad y restablecimiento ..... 945

CONCILIACIÓN PREJUDICIAL - Improcedencia en acción de nulidad y restablecimiento ..... 945

CONCURSO DE MERITOS - Convocatoria ..... 877, 1005

CONEXIDAD - Inexistencia ..... 405

CONFLICTO DE COMPETENCIA - Negativa ..... 91, 95, 100

CONGRESISTA - Representación Política ..... 178

CONGRESISTA - Senador ..... 176

CONGRESO DE LA REPUBLICA - Competencia regulación régimen prestacional ..... 859, 871, 1011, 1136

CONGRESO DE LA REPUBLICA ..... 1136

CONGRESO - Supresión ..... 205

CONSEJO DE ESTADO ..... 178

CONSEJO DIRECTIVO DEL ISS - Facultades ..... 657

CONSEJO DIRECTIVO NACIONAL - Funciones ..... 337, 338

CONSEJO NACIONAL DE EDUCACION SUPERIOR - Funciones ..... 635

EDUCACION SUPERIOR -Autonomía universitaria ..... 635

CONSEJO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES ..... 513

CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL - Funciones ..... 572

CONSEJO REGIONAL - Funciones ..... 337

CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA - Funciones ..... 1005

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA - Funciones ..... 865, 1069

Págs.
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA - Incompetencia ..... 877
CONSERVACION ARQUITECTONICA ..... 494, 495
CONSTITUCIONES POLITICAS ..... 201
CONTADOR DE ENERGIA - Adulteración ..... 347
CONTADOR PUBLICO - Sanción ..... 544
CONTRATO DE CONCESION DE SERVICIO DE RADIODIFUSION - Prórroga ..... 698
CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS - Tipificación ..... 1248
CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS - Características ..... 1248
CONTRATO DE SEGURO DE SALUD ..... 786
CONTRATO DE TRABAJO CON EL FONDO FINANCIERO AGROPECUARIO - Terminación ..... 1115
CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD -Finalidad ..... 894
CONTROL JURISDICCIONAL - Improcedencia ..... 394
CONTROL JURISDICCIONAL - Inexistencia ..... 176, 178
CONTROL JURISDICCIONAL - Acto particular de interés general ..... 492, 654
CONVENCION COLECTIVA DE TRABAJO - Beneficiarios ..... 1085
CONVENIO INTERADMINISTRATIVO ..... 561
CONVOCATORIA A CONCURSO - Presupuestos ..... 1150
CORPORACION AUTONOMA REGIONAL - Poder de Policía ..... 624
CORPORACION AUTONOMA REGIONAL - Imposición de multa ..... 670
COSA JUZGADA - Efectos ..... 334
COSA JUZGADA ..... 121
COTIZACION OBLIGATORIA AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL - Monto ..... 785
CUERPO DE BOMBEROS DE BOGOTA - Régimen Pensional ..... 871
CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA - Régimen de Carrera ..... 1021
CULPA - Improcedencia ..... 257
DAÑO ANTIJURIDICO ..... 81
DEBIDO PROCESO EN PROCESO DISCIPLINARIO - Inexistencia de violación ..... 1231

Págs.

CONCILIACION PREJUDUCIAL - Improcedencia en acción de nulidad y restablecimientoCONCILIACIÓN PREJUDUCIAL - Improcedencia en acción de nulidad y restablecimiento

DEBIDO PROCESO ..... 584

DECAIMIENTO DEL ACTO - Inexistencia ..... 771

DECLARACION DE IMPORTACION ..... 444

DECRETO DE DESCONGESTION DE DESPACHOS JUDICIALES - Aplicación ..... 945

DECRETO REGLAMENTARIO - Vigencia ..... 771

DECRETOS DEPARTAMENTALES Inexistencia de presunción de conocimiento ..... 982

DELEGACION DE FUNCIONES - Improcedencia ..... 657

DELEGACION DE FUNCIONES -Representación de municipio ..... 859

DELEGADO DEL MINISTERIO - Supervisión del FER ..... 1090

DELIMITACION MUNICIPAL - Criterios ..... 378

DELITO CULPOSO - Improcedencia ..... 878

DELITOS POLITICOS ..... 405

DEMANDA - Ineptitud ..... 112, 141, 471, 934

DEMANDA - Interpretación ..... 363, 471

DEMANDA - Requisitos ..... 141,1085

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE AERONAUTICA CIVIL - Funciones ..... 728

DERECHO A LA ESTABILIDAD -Funcionario de carrera ..... 887

DERECHO A LA IGUALDAD ..... 597, 698

DERECHO A REELECCION DE FUNCIONARIO JUDICIAL -Reserva moral ..... 1079

DERECHO AL DEBIDO PROCESO -Violación ..... 496

DERECHO DE ASOCIACION SINDICAL - Libertad de sindicación ..... 1099

DERECHOS ADQUIRIDOS DE PERSONAL DOCENTE – Inexistencia 1136

DERECHOS ADQUIRIDOS SOBRE YACIMIENTOS DE HIDRO-

| | Págs. |
|---|---|
| CARBUROS - Regulación | 31 |
| DERECHOS DE LAS PERSONAS - Restricciones | 201 |
| DERECHOS DE PETICION | 394 |
| DESCONCENTRACIÓN ADMINISTRATIVA DE FUNCIONES | 1090 |
| DESCUENTO DE TARIFAS AEREAS - Improcedencia | 728 |
| DESGLOSE -Efectos | 718 |
| DESISTIMIENTO DE RENUNCIA - Término | 1206 |
| DESPIDO COLECTIVO - Impugnación | 949 |
| DESVIACION DE PODER - Definición | 363 |
| DESVIACION DE PODER - Inexistencia | 363,1128 |
| DESVIACION DE PODER - Prueba (salvamento de voto) | 1194 |
| DESVIACION DE PODER - Carga de la prueba | 990 |
| DESVIACION DE PODER - Configuración | 965,1189 |
| DESVINCULACION DEL PROCESO | 426 |
| DEVALUACION MONETARIA - Hecho notario | 926, 973 |
| DIAGNOSTICO AMBIENTAL | 278 |
| DIAN - Facultades | 507, 664 |
| DIRECCION GENERAL DE PRISIONES - Junta de carrera Penitenciaria Nacional | 1011 |
| DIRECTIVAS SECCIONALES | 337 |
| DISPOSICIONES URBANISTICAS - Violación | 496 |
| DISTRIBUCION RAZONADA - Criterios Mínimos | 385 |
| DISTRITO CAPITAL - Régimen Prestacional | 1154 |
| DOBLE ASIGNACION DEL TESORO PUBLICO - Improcedencia | 1216 |
| DOBLE ASIGNACION DEL TESORO PUBLICO - Inexistencia | 1058 |
| DOBLE TRIBUTACION - Improcedencia | 66 |
| DOCENTE UNIVERSITARIO - Concepto | 1033 |
| DOCENTE UNIVERSITARIO - Inexistencia | 1033 |
| DOCUMENTO FALSO | 257 |
| DOCUMENTO PUBLICO - Inexistencia | 494 |

| | Págs. |
|---|---|
| DOLO - Requisitos | 257 |
| DOMICILIO | 337,1108 |
| DOMINICALES Y FESTIVOS - Empleado municipal | 1179 |
| DOTACION DE CALZADO Y VESTIDO DE LABOR - Beneficiarios | 1177 |
| DROGUERIAS | 385 |
| ECOPETROL - Exclusión del sistema integral de seguridad social de sus empleados | 995 |
| ECOSALUD - Funciones administrativas | 759 |
| EDAD DE RETIRO FORZOSO Improcedencia de reintegro al cargo | 974 |
| EDUCACION CONTRATADA - Vicariato Apostólico | 1029 |
| EDUCACION SUPERIOR - Convenio integral administrativo | 561 |
| EFECTOS JURIDICOS | 443 |
| EJERCICIO FISCAL | 356 |
| LISTA DE ELEGIBLES - Criterio | 877 |
| EMISORA CLANDESTINA - Improcedencia de legalidad | 699 |
| EMPLEADO DE CARRERA DE LA FISCALIA - Estabilidad | 1201 |
| EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION - Insubsistencia | 990 |
| EMPLEADO DEL DISTRITO CAPITAL - Régimen prestacional aplicable | 1154 |
| EMPLEADO DEL DISTRITO CAPITAL Y TRABAJADOR OFICIAL - Diferencias prestacionales | 1154 |
| EMPLEADO MUNICIPAL | 1179 |
| EMPLEADO NO UNIFORMADO - Exclusión al voto | 1011 |
| EMPLEADO PUBLICO - Inexistencia | 1248 |
| EMPLEADO PUBLICO - Insusbsistencia | 956 |
| EMPLEADO PUBLICO NACIONAL - Régimen Prestacional | 1085 |
| EMPLEO PUBLICO - Inexistencia | 1058 |
| EMPRESA DE SERVICIOS DOMICILIARIOS - Comité de reclamos | 676 |
| EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS - Directivos | 743 |
| EMPRESA DE TELEFONOS DE BOGOTA - Naturaleza | 1128 |
| EMPRESA DE TELEFONOS DE BOGOTA - Clasificación de empleados | 1128 |

Págs.

EMPRESA DE TRANSPORTE AEREO - Tiquetes ..... 728

EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES DE BARRANQUILLA-Supresión 741

ENFERMEDAD CRONICA EN FASE TERMINAL - Exclusión del plan obligatorio de salud ..... 772

ENTE TERRITORIAL - Representación ..... 1090

ENTE TERRITORIAL - Responsabilidad ..... 1090

ENTIDAD DESCENTRALIZADA DISTRITAL - Régimen prestacional 1154

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-EPS ..... 786

ENTIDADES PRESTATARIAS DEL SERVICIO - Facultades ..... 676

ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD ..... 833

ENTREVISTA DE CONOCIMIENTOS - Factor de clasificación ..... 1005

ERRADICACION DE CULTIVOS ILICITOS - Competencia ..... 513

ERROR ..... 265

ERROR ARITMETICO - Inexistencia ..... 145

ERROR MECANOGRAFICO ..... 444

ESCALA DE REMUNERACION MUNICIPAL - Fijación ..... 1179

ESTABILIDAD DE EMPLEADO EN COMISION DE ESTUDIOS-Inexistencia ..... 990

ESTABILIDAD - Empleado de carrera ..... 1041

ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO -Licencia de funcionamiento .... 523

ESTADO DE DERECHO ..... 202

ESTADO DE INVALIDEZ - Prueba ..... 926

ESTATUTO FORESTAL - Violación ..... 670

ESTATUTO NACIONAL DE USUARIOS DE LOS SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Consagración de los derechos de los usuarios . 676

ESTUDIANTES DE TEATRO - Graduación ..... 561

ETICA PROFESIONAL Abogado ..... 965

EXAMEN DE ESTADO - Definición ..... 562

EXAMENES DE ESTADO - Práctica ..... 561

EXCEPCION DE COSA JUZGADA ..... 802

Págs.
EXCEPCION DE FALTA DE JURISDICCION - Improcedencia ..... 1050
EXCEPCION DE INEPTA DEMANDA - Improcedencia ..... 1050
EXPLOTACION ..... 323
EXPLOTACION DE PETROLEO ..... 278
EXPROPIACION - Inexistencia ..... 495
EXPULSION DE EXTRANJERO DEL TERRITORIO NACIONAL ..... 556
EXTRALIMITACION DE FUNCIONES - Inexistencia ..... 572
FACTOR SALARIAL - Improcedencia ..... 1179
FACULTAD DE DESIGNACION - Ejercicio ..... 1079
FACULTAD DISCRECIONAL - Improcedencia ..... 492, 654
FACULTAD DISCRECIONAL -Nominador ..... 670, 990
FACULTADES EXTRAORDINARIAS - Inexistencia ..... 591
FALSA MOTIVACION DEL ACTO - Inexistencia ..... 544
FALSEDAD DOCUMENTAL ..... 257
FACULTAD DISCRECIONAL Y PODER DISCIPLINARIO - Independencia
FALTA DISCIPLINARIA ..... 1128
FALLO DE TUTELA - Cumplimiento ..... 561
FALLO INHIBITORIO - Sustracción de Materia ..... 1161
FER - Administración ..... 1090
FINAGRO - Naturaleza ..... 1115
FINANCIACION DE CAMPAÑAS POLITICAS -Improcedencia ..... 584
FISCAL GENERAL - Acto de elección ..... 121
FISCAL GENERAL DE LA NACION - Elección ..... 102, 112, 120
FISCAL GENERAL DE LA NACION - Período ..... 102, 112, 133, 141
FISCAL GENERAL DE LA NACION - Período del Cargo ..... 138
FISCAL GENERAL DE LA NACION ..... 102, 109, 118, 122, 334
FISCALIA GENERAL DE LA NACION - Carrera de la Fiscalía ..... 1201
FONDO EDUCATIVO REGIONAL -Competencia para su administración 1090
FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTIA - Recaudo de cotizaciones 785

| | Págs. |
|---|---|
| FONDO FINANCIERO AGROPECUARIO - Creación | 1115 |
| FUNCION CONSULTIVA - Alcance | 664 |
| FUNCION PUBLICA ADMINISTRATIVA - Inexistencia | 1248 |
| FUNCION PUBLICA DE ADMINISTRACION DE JUSTICIA | 1069 |
| FUNCIONARIOS DE AERONAUTICA - Descuento tarifas aéreas | 728 |
| FUNCIONARIO DE CARRERA - Traslado | 1041 |
| FUNCIONARIO DE LA RAMA JUDICIAL | 112 |
| FUNCIONARIO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION Y FUNCIONARIO DE CARRERA - Diferencias | 887 |
| FUNCIONARIO JUDICIAL - Inhabilidad | 1079 |
| FUNCIONARIO JUDICIAL - Retiro forzoso | 334 |
| FUNCIONARIO PUBLICO - Interpretación de la Ley | 1112 |
| FUSION DE SINDICATOS - Efectos | 1099 |
| GERENTE SECCIONAL DEL ISS - Incompetencia | 657 |
| GLIFOSATO - Erradicación de cultivos ilícitos | 513 |
| GOBIERNO ESCOLAR - Composición | 459 |
| GOBIERNO NACIONAL - Representación en juntas directivas de entidad descentralizada por servicios | 742 |
| GRUPOS GUERRILLEROS DESMOVILIZADOS | 405 |
| HECHO DAÑOSO INSTANTANEO | 168 |
| HECHO NOTORIO - Concepto | 998 |
| HECHO NOTORIO - Inexistencia | 998 |
| HECHO NOTORIO -Devaluacíon monetaria | 926, 973 |
| HIDROCARBUROS - Inexistencia de Derechos Adquiridos | 31 |
| HORAS EXTRAS EMPLEADO MUNICIPAL - Régimen Aplicable | 1178 |
| ICFES - Convenio interadministrativo | 561 |
| IGLESIA CATOLICA - Educadores | 1029 |
| IMPORTACION DE VEHICULO | 444 |
| IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO - Liquidación | 53 |
| IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO | 66 |
| INCLUSION EN NOMINA DE PENSIONADOS - Improcedencia | 1091 |

| | Págs. |
|---|---|
| INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVINIENTE -Configuración | 742 |
| INCORA – Reestructuración | 934 |
| INCORPORACION A LA NUEVA PLANTA DE PERSONAL Empleado de carrera | 1041 |
| INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES -Configuración | 1196 |
| INDEBIDA DESTINACION DE DINEROS PUBLICOS - Inexistencia | 17 |
| INDEMNIZACION - Retiro del Servicio | 1216 |
| INDEMNIZACION DE PERJUICIOS | 202, 205 |
| INDEMNIZACION POR PRIVACION DE ACTIVIDAD ECONOMICA LICITA - Ampliación de Monopolio | 840 |
| INDEXACION DE LA CONDENA | 926, 973, 1166 |
| IINDIVIDUALIZACION DEL ACTO | 141 |
| INEPTA DEMANDA - Improcedencia | 145 |
| INFLACION | 616 |
| INFORMACION TRIBUTARIA ADUANERA -Convenios Internacionales de Intercambio | 507 |
| INGRESO - Exclusión | 54 |
| INSCRIPCION DE INMUEBLE | 265 |
| INSCRIPCION EN EL REGISTRO SINDICAL - Cancelación | 1099 |
| INSPECCION Y VIGILANCIA -Secretaría de educación | 460 |
| INSTITUTO COLOMBIANO DE SEGUROS SOCIALES - Régimen aplicable | 1075 |
| INSTITUTO DISTRITAL DE CULTURA Y TURISMO | 561 |
| INSUBSISTENCIA - Presunción de Legalidad | 1194 |
| INSUBSISTENCIA - Procedencia | 955 |
| INSUBSISTENCIA EMPLEADO DEL SENA -Desviación de poder | 1189 |
| INSUBSISTENCIA -Fallo inhibitorio | 1196 |
| INSUBSISTENCIA -Impocedencia | 965 |
| INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LA E.T.B. -Facultad discrecional | 1125 |
| INSUBSISTENCIA -Personal docente | 1166 |

Págs.

INTERES DIRECTO EN EL PROCESO - Inexistencia ..... 426

INTERPRETACION DE LA DEMANDA ..... 145

INTERPRETACION DE LA LEY -Titularidad ..... 664, 1112

INTERPRETACION OFICIAL -Obligatoriedad ..... 664

INTERRUPCION DEL PROCESO -Improcedencia ..... 545

INTERVENCION ESTATAL -Servicios públicos ..... 616

IRREGISTRABILIDAD DE MARCA - Causales ..... 718

IRREGISTRABILIDAD - Prórroga ..... 296

IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY ..... 31

ISS - Reestructuración ..... 657

JEFE DE CENTRO - Voz sin voto ..... 338

JEFE DEPARTAMENTO JURIDICO - Facultades ..... 859

JEFE SECCIONAL ..... 337

JUEGO DE SUERTE Y AZAR TRIBINGO - Reglamentación ..... 759

JUEGOS DE SUERTE Y AZAR ..... 323

JUEZ - Facultad interpretativa ..... 145

JUEZ - Inhabilidades ..... 878

JUEZ - Requisitos ..... 877

JUEZ DE LEGALIDAD ..... 54

JUEZ EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Facultades ..... 54

JUEZ LABORAL - Competencia cancelación registro sindical ..... 1099

JUNTA CENTRAL DE CONTADORES - Facultades ..... 544

JUNTA DIRECTIVA - Conformación ..... 743

JUNTA DIRECTIVA DE ENTIDAD DESCENTRALIZADA MUNICIPAL - Inhabilidad de Concejales ..... 742

JUNTA DIRECTIVA DE ENTIDAD DESCENTRALIZADA MUNICIPAL - Conformación ..... 742

JURISDICCION ROGADA ..... 982

JURISPRUDENCIA CONTRARIADA - Inexistencia ..... 145

Págs.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Improcedencia ..... 67

JURISPRUDENCIA DE SALA DE DECISION ..... 251, 253, 254, 255, 256

JURISPRUDENCIA DE SECCION - Improcedencia ..... 53, 66, 80, 238

JURISPRUDENCIA DE SECCION - Procedencia (Aclaración de voto)... 246

JURISPRUDENCIA DE SECCION - Procedencia ..... 62, 76, 174

JURISPRUDENCIA INVOCADA - Improcedencia ..... 238

LEGALIZACION DE MERCANCIAS ..... 597

LEGITIMACION EN LA CAUSA - Inexistencia ..... 109, 118

LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA - Inexistencia .... 471, 1098, 690

LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA ..... 120, 133

LEY - Inaplicación General ..... 1069

LEY DE INICIATIVA GUBERNAMENTAL ..... 323

LEY DE SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES - Aplicación ..... 1121

LEY DE SEGURIDAD SOCIAL - Aplicación ..... 772

LEY MARCO DE COMERCIO EXTERIOR ..... 597

LIBRE EJERCICIO DE LA PROFESION DE MEDICINA PLAN OBLIGATORIO DE SALUD - Recursos Disponibles ..... 572

LICENCIA AMBIENTAL - Requisitos ..... 278

LICENCIA AMBIENTAL -Fumigación con glifosato ..... 513

LICENCIA DE FUNCIONAMIENTO DE ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO - Inexistencia ..... 523

LIMITE TEMPORAL DEL EJERCICIO DE POTESTAD RECLAMENTARIA - Inexistencia ..... 562

LISTA DE CANDIDATOS - Elaboración ..... 1005

LISTA DE ELEGIBLES - Elaboración ..... 877

MALA FE - Inexistencia ..... 444

MANDAMIENTO EJECUTIVO EN MATERIA AMBIENTAL ..... 624

Págs.

MANTARIO OFICIAL - Empleado público ..... 956

MANUAL DE FUNCIONES Y REQUISITOS INSUBSISTENCIA - Sena 1189

MANUAL DE MEDICAMENTOS ESENCIALES Y TERAPEUTICA .. 572

MATRICULAS Y PENSIONES - Reajustes ..... 802

MEDICAMENTO ESENCIAL - Suministro ..... 787

MEDICINA PREPAGADA -Plan complementario ..... 786

MEDICOS - Régimen Salarial ..... 1121

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO - Efectos ..... 17

MEDIDA PRECAUTELATIVA - Procedimiento ..... 584

MESADA ADICIONAL - Beneficios ..... 1144

MESADA ADICIONAL A PENSIONADO DE ECOPETROL - Improcedencia ..... 995

MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - Competencia ..... 459

MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - Funciones ..... 459

MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - Reestructuración ..... 1090

MINISTERIO DE SALUD - Funciones ..... 604

MINISTERIO DE TRANSPORTE - Funciones ..... 615

MINISTERIO PUBLICO - Facultades ..... 893

MONOPOLIO DE LICORES - Ampliación ..... 840

MONOPOLIO DE TRANSPORTE - Inexistencia ..... 690

MONOPOLIOS RENTISTICOS - Régimen propio ..... 323

MOTIVACION DEL ACTO - Inexistencia ..... 495

MOTIVACION DE LA SENTENCIA ..... 47

MOVILES POLITICOS - Demostración ..... 998

MULTA - Imposición ..... 311, 670

MULTA - Nulidad ..... 444

MUNICIPIO - Límites ..... 378

MUNICIPIO - Representación legal ..... 859

NACION - Legitimación en la causa por pasiva ..... 1090

NACION - Parte Demandada ..... 145

| | Págs. |
|---|---|
| NACIONALIZACION DE LA EDUCACION - Efectos | 1136 |
| NORMA ACUSADA -Norma derogada | 604 |
| NORMA CONSTITUCIONAL-Inexistencia | 202 |
| NORMA DEROGADA | 604 |
| NORMA ESPECIAL - Aplicación | 926, 1220 |
| NORMA LOCAL -Prueba | 982 |
| NORMA NACIONAL - Inaplicación | 1178 |
| NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION - Requisitos de demanda | 1085 |
| NULIDAD EN LA SENTENCIA - Inexistencia | 47 |
| NULIDAD PROCESAL - Inexistencia | 91 |
| NULIDAD PROCESAL - Saneamiento (Salvamento de voto) | 95 |
| NULIDAD PROCESAL - Saneamiento | 100 |
| OBLIGACION CLARA, EXPRESA Y EXIGIBLE - Inexistencia | 624 |
| OFICIALES DE LAS FUERZAS MILITARES - Reajuste Asignación de Retiro | 39 |
| OFICINA DE REGISTRO | 265 |
| OFICIO - Concepto | 443 |
| ORDEN JERARQUIA ADMINISTRATIVA - Motivos de incumplimiento | 965 |
| ORDEN PUBLICO - Protección | 471 |
| ORGANIZACION SINDICAL - Autonomía de los trabajadores | 1098 |
| PACTO SOCIAL - Límite | 459 |
| PACTO SOCIAL - Finalidad | 615, 616 |
| PAGO DE PRESTACIONES SOCIALES | 973 |
| PARTES - Designación | 145 |
| PARTIDOS POLITICOS - Representación | 178 |
| PENSION DE INVALIDEZ - Preexistencia | 11 |
| PENSION DE INVALIDEZ - Reconocimiento | 926 |
| PENSION DE INVALIDEZ DE PERSONAL DOCENTE DE VICARIATO APOSTOLICO - Requisitos | 926 |
| PENSION DE JUBILACION - Entidad obligada a pagar | 1029 |

Págs.

PENSIONADO DE ENTIDADES DEL ORDEN NACIONAL - Mesada adicional ..... 1144

PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONGRESISTA - Causales ..... 28

PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONGRESISTA - Improcedencia ... 17

PERIODO CONSTITUCIONAL - Interrupción ..... 176, 204

PERIODO INDIVIDUAL - Inexistencia ..... 122

PERIODO INDIVIDUAL ..... 102

PERIODO INSTITUCIONAL ..... 112, 122, 138

PERJUICIOS POR DESPIDO - Reclamación ..... 949

PERJUICIOS MORALES ..... 204

PERSONAL DOCENTE - Edad de Retiro Forzoso ..... 1091

PERSONAL DOCENTE - Vicariato Apostólico ..... 1029

PERSONAL DOCENTE - Doble Pensión ..... 1166

PERSONAL DOCENTE - Régimen Salarial ..... 982, 1136

PERSONERIA JURIDICA - Requisitos ..... 635

PLAN DE ATENCION COMPLEMENTARIA EN SALUD-PACS - Costo exclusivo del afiliado ..... 786, 787

PLAN DE ORDENAMIENTO FISICO DE SANTA FE DE BOGOTA - Incompetencia del alcalde mayor ..... 591

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD - Cobertura ..... 772, 787

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD - Exclusión ..... 771

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD - Modalidades ..... 785

PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-POS ..... 786

PLAN OBLIGATORIO EN SALUD Y PLAN DE ATENCION COMPLEMENTARIO DE SALUD - Diferencias ..... 788

PLANTA DE PERSONAL - Incorporación ..... 934, 942

PLANTA DE PERSONAL - Reincorporación ..... 940

PLANTA DE PERSONAL DOCENTE - Exceso ..... 1090

PODER CONSTITUYENTE - Concepto de Kelsen ..... 201

PODER CONSTITUYENTE - Origen ..... 201

| | Págs. |
|---|---|
| PODER CONSTITUYENTE - Teoría Contemporánea | 202 |
| PODER CONSTITUYENTE | 176 |
| PODER LEGISLATIVO - Titularidad | 177 |
| POLICIA NACIONAL - Proceso Disciplinario | 1061 |
| POSESION DE NEGOCIOS Y HABERES DE ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS -Naturaleza del acto | 894 |
| POTESTAD DISCRECIONAL – Improcedencia | 895 |
| POTESTAD REGLAMENTARIA - Características | 562 |
| POTESTAD REGLAMENTARIA - Extralimitación | 1121, 1144 |
| POTESTAD REGLAMENTARIA - Presidente de la República | 802 |
| PREJUDICIALIDAD PENAL - Suspensión procedimiento administrativo | 670 |
| PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - Facultades | 1136 |
| PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - Incompetencia para legislar sobre carrera penitenciaria | 1011 |
| PRESTACION PERIODICA - Ajuste de valor | 926 |
| PRESTACIONES PERIODICAS - Inexistencia | 1238 |
| PRESTACIONES SOCIALES - Competencia para su creación | 871, 1136 |
| PRESTACIONES SOCIALES | 1154 |
| PRESUNCION DE CONOCIMIENTO DE NORMA LOCAL - Inexistencia | 982 |
| PRESUNCION DE LEGALIDAD -Acto administrativo | 965 |
| PRESUNCION IURIS TANTUM -Acto administrativo | 965 |
| PRESUPUESTO MUNICIPAL - Modificación | 356 |
| PREVALENCIA DE DERECHO SUSTANCIAL | 363, 495 |
| PRINCIPIO DE ECONOMIA | 297 |
| PRINCIPIO DE EFICACIA | 297 |
| PRINCIPIO DE IGUALDAD FRENTE A LAS CARGAS PUBLICAS | 205 |
| PRINCIPIO DE JERARQUIA NORMATIVA | 453 |
| PRINCIPIO DE LA BUENA FE - Vulneración | 444 |
| PRINCIPIO DE LA IGUALDAD -Servidores del Distrito Capital | 1154 |

Págs.

PRINCIPIO DE LA OBLIGATORIEDAD - Sistema de seguridad social en salud ..... 785

PRINCIPIO DE LA UNIVERSALIDAD -Sistema de seguridad social en salud ..... 785

PRINCIPIO DE PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL ..... 145

PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD ..... 28

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO - Por violación al estatuto forestal 670

PROCESO ADMINISTRATIVO - Aplicación del C.de P.C. ..... 545

PROCESO CONSTITUYENTE - Causas ..... 176

PROCESO DISCIPLINARIO - Objeto ..... 893

PROCESO DISCIPLINARIO - Procedimiento ..... 1061

PROCESO DISCIPLINARIO - Régimen ..... 893

PROCESO DISCIPLINARIO - Términos ..... 1231

PROCESO DISCIPLINARIO - Comisión de persanal ..... 1220

PROCESO DISCIPLINARIO - Culpa ..... 895, 1120

PROCESO PENAL Y PROCESO DISCIPLINARIO- Independencia ..... 893

PROCESO PENAL - Medida de Aseguramiento ..... 17

PROFESIONAL DE LA SALUD - Asignación Mensual ..... 1121

PROFESIONAL DE LA SALUD - Responsabilidad disciplinaria ..... 1061

PROGRAMA DE BIENESTAR ESTUDIANTIL -Instructor ajedrecista .. 1033

PROMULGACION DE LA LEY ..... 591

PROPIEDAD DEL SUBSUELO ..... 31

PRORROGA AUTOMATICA DE CONTRATO DE CONCESION DE SERVICIO DE RADIODIFUSION- Formalización ..... 698

PROTECCION AL MEDIO AMBIENTE ..... 604, 624

PROTOCOLIZACION - Silencio administrativo positivo ..... 530

PROVIDENCIA DE CONDENA -Improcedencia de descuento ..... 1058

PROXIMIDAD ENTRE UN ESTABLECIMIENTO Y OTRO - Inexistencia 385

PRUEBA CONTABLE ..... 54

PRUEBAS - Improcedencia ..... 47

PRUEBAS EN PROCESO DISCIPLINARIO - Inconducencia ..... 1231

Págs.
PRUEBAS EN EL EXTERIOR - Práctica ..... 507
PUBLICACION DE LA LEY - Inexistencia ..... 591
QUEJA Concepto ..... 676
QUEMA ABIERTA - Excepción ..... 604
QUEMA ABIERTA - Prohibición ..... 604
QUEMA DE LA CAÑA DE AZUCAR - Permiso ..... 604
RAZONES DE BUEN SERVICIO - Facultad discrecional del nominador 955
REBELION ..... 405
RECLAMACION - Concepto ..... 676
RECURSO DE APELACION - Contenido ..... 742
RECURSO DE APELACION - Improcedencia ..... 1079
RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION - Causales ..... 47, 157,257
RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION – Excepciones ..... 157
RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION ..... 157
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Improcedencia ..... 87
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Objeto ..... 67
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Procedencia 251, 253, 254, 255, 256
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Técnica ..... 39, 53, 66, 67, 80, 145, 238, 244
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA .....62,66, 76, 145, 174, 246,
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA-Técnica ..... 87, 238
RECURSO ORDINARIO DE SUPLICA - Impugnación (Aclaración de voto) ..... 251
RECURSO ORDINARIO DE SUPLICA - Impugnación ..... 254, 255, 256
RECURSO ORDINARIO DE SUPLICA ..... 253
REDISTRIBUCION DE DESPACHOS JUDICIALES -Distrito Judicial de Antioquia ..... 865
REEMPLAZO EN EL CARGO -Inexistencia de requisitos ..... 1189
REESTRUCTURACION DE LA PLANTA DE PERSONAL - Inexistencia 337
REFORMA CONSTITUCIONAL ..... 202

| | Págs. |
|---|---|
| REFORMA DE LA CONSTITUCION - Modos | 206 |
| REGIMEN ADUANERO - Legalización de mercancías | 597 |
| REGIMEN CONTRIBUTIVO - Aplicados obligatorios | 785 |
| REGIMEN CONTROLADO | 459 |
| REGIMEN DE TRANSICION -Erradicación de cultivos ilícitos | 513 |
| REGIMEN PRESTACIONAL DE LOS EMPLEADOS MUNICIPALES - Regulación | 859 |
| REGIMENES DEMOCRATICOS CONTEMPORANEOS | 201 |
| REGISTRO DE MARCA | 296 |
| REGISTRO DE MARCA | 297, 429 |
| REGISTRO MARCARIO - Abandono de la petición | 718 |
| REGISTRO MARCARIO - Objeto | 718 |
| REGISTRO NACIONAL DE ELEGIBLES - Conformación | 1005 |
| REGISTRO SINDICAL - Cancelación | 1098 |
| REGLAMENTACION - Alcances | 698 |
| REGLAMENTACION - Aplicación | 278 |
| REINTEGRO AL SERVICIO - Improcedencia | 974 |
| REINSERCION A LA VIDA CIVIL -Guerrillero | 405 |
| RELACION CONTRACTUAL -Competencia jurisdicción ordinaria | 1075 |
| RENUNCIA - Aceptación | 1206 |
| REPRESENTACION POLITICA | 177 |
| REPRESENTANTE DEL CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA - Elección | 1011 |
| RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR (Salvamento de voto) | 204 |
| RESPONSABILIDAD DEL MEDICO | 572 |
| RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA - Falta grave | 1061 |
| RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO | 204 |
| RESPONSABILIDAD OBJETIVA | 347 |
| RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Improcedencia. | 176 |

| | Págs. |
|---|---|
| RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Indemnización de Perjuicios | 201 |
| RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO | 81 |
| RESPONSABILIDAD POR DAÑO ESPECIAL | 205 |
| RESPONSABILIDAD POR DAÑO ESPECIAL- Requisito | 203 |
| RESPONSABILIDAD POR EL PODER CONSTITUYENTE | 204 |
| RESPONSABILIDAD POR HECHO DE LA LEY | 204 |
| RETIRO DEL SERVICIO EMPLEADO DE CARRERA DE LA FISCALIA - Improcedencia | 201 |
| RETIRO DEL SERVICIO - Ajuste de valor oficioso | 1206 |
| RETIRO DE EMPLEADO PUBLICO - Competencia de la jurisdicción de lo contencioso | 1050 |
| RETIRÓ POR DERECHO A PENSION - Personal docente | 1091 |
| RETROACTIVIDAD - Improcedencia | 28 |
| RETROACTIVIDAD DE LA LEY - Improcedencia | 39 |
| RUMOR PUBLICO - Concepto | 998 |
| RUTAS Y HORARIOS - Prórroga | 453 |
| SALA ADMINISTRATIVA CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA - Funciones | 865 |
| SALA DE DECISION - Improcedencia | 238 |
| SALA DE DECISION - Procedencia | 250 |
| SALA DE DECISION | 244 |
| SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA - Funciones | 865 |
| SALA PLENA CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA - Funciones | 865 |
| SALA UNITARIA (Aclaración de voto) | 244 |
| SALARIO - Factores | 1136 |
| SALON DE JUEGO - Ubicación | 823 |
| SALVAMENTO DE VOTO - Improcedencia | 53, 145 |
| SANCION - Contador público | 544 |
| SANCION - Identificación | 496 |
| SANCION - Inexistencia | 496 |

Págs.

SANCION POR EL ISS - Normatividad ..... 657

SANCION EN ADUANAS ..... 444

SANCIONES PECUNIARIAS -Fraude servicios públicos ..... 676

SECRETARIAS DE EDUCACION - Competencia ..... 460

SECUESTRO EXTORSIVO ..... 405

SEGURIDAD JURIDICA - Inexistencia ..... 654

SEGURIDAD JURIDICA - Inexistencia ..... 492, 654

SEGURIDAD SOCIAL - Integración ..... 1085

SEGUROS OBLIGATORIOS - Controversias ..... 1075

SENA - Facultades de la Comisión de Personal ..... 1220

SENA ..... 337, 338

SENTENCIA - Motivación ..... 54

SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD - Efectos ..... 771

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA - Motivación ..... 53

SENTENCIA INHIBITORIA ..... 109, 118

SENTENCIA LABORAL CONDENATORIA POR RETIRO ILEGAL - Pago de salarios ..... 973

SENTENCIA PENAL - Documento Falso con Fundamentación ..... 157

SERVICIO DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO - Fraude aparatos de medición ..... 676

SERVICIO DE ENERGIA - Usuarios ..... 347

SERVICIO DE SALUD - Limitaciones ..... 772

SERVICIO PUBLICO DE EDUCACION ..... 459, 460

SERVICIO PUBLICO DE ENERGIA ..... 347

SERVICIO PUBLICO DE LA SALUD - Acceso ..... 788

SERVICIO PUBLICO DE RADIODIFUSION - Licencia especial ..... 698

SERVICIO PUBLICO DE RADIODIFUSION - Emisora clandestina ..... 699

SERVICIO PUBLICO DE SALUD -Limitación a la actividad económica 833

SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE ..... 615

SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE - Límite de la autonomía territorial ..... 615, 616

Págs.

SERVICIOS PUBLICOS - Intervención estatal ..... 616

SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Prestación a través de sociedad de economía mixta ..... 741

SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Sanción por fraude ..... 676

SERVIDOR PUBLICO - Requisitos ..... 1189

SERVIDOR PUBLICO DEPARTAMENTAL - Régimen Prestacional Especial ..... 1085

SERVIDOR PUBLICO MUNICIPAL - Régimen Prestacional Especial ... 1085

SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO ..... 453

SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO - Inexistencia ..... 530

SINDICATO - Subdirectivas Seccionales ..... 1112

SINDICATO - Creación de Subdirectivas Seccionales ..... 1108

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Afiliado voluntario 788

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL - Cobertura ..... 785

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL - Afiliación ..... 785, 833

SISTEMA NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL - Entidades promotoras del Plan de Beneficios ..... 791

SISTEMA INTEGRAL DE SEGURIDAD SOCIAL - Entidades promotoras de salud ..... 833

SISTEMA NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD .... 572, 771, 788

SISTEMA NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Reglamento de plan de beneficios ..... 771

SOBERANIA NACIONAL ..... 177

SOBERANIA POPULAR. ..... 177

SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA - Creación ..... 741

SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA TERRITORIAL - Régimen aplicable 742

SOCIEDAD VIGILADA - Disolución y liquidación ..... 364

SUBDIRECTIVAS SECCIONALES DE SINDICATOS- Requisitos para su creación ..... 1108

SUBDIRECTIVAS SECCIONALES DE SINDICATOS - Creación ..... 1108

SUBSUELO PETROLIFERO ..... 31

SUMAS FIJAS DE DINERO - Ajuste de valor ..... 973

Págs.

SUMINISTRO DE CALZADO Y VESTIDO DE LABOR - Improcedencia de factor salarial ..... 1179

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO - Funciones .. 311

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD - Funciones ..... 363

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD - Inspección y vigilancia ..... 364

SUPERINTENDENTE BANCARIO - Facultades ..... 895

SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCION DEL CONSUMIDOR ..... 311

SUPERINTENDENTE PRIMER DELEGADO ..... 311

SUPRESION DE CARGOS - Impugnación ..... 942

SUPRESION DE EMPLEOS - Impugnación ..... 940

SUPRESION DE EMPLEOS - Naturaleza del acto ..... 934

SUPRESION DE EMPLEOS - Empleado de carrera ..... 1041

SUSPENSION DE SERVICIO DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO - Sanción ..... 676

SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia ..... 356, 494, 495, 556, 833, 859, 1112

SUSPENSION PROVISIONAL - Requisitos ..... 995

SUSPENSION PROVISIONAL - Técnica ..... 494

SUSPENSION PROVISIONAL ..... 496, 865

SUSTITUCION PENSIONAL - Requisito para su reconocimiento ..... 11

SUSTRACCION DE MATERIA - Improcedencia ..... 604

TACHA DE FALSEDAD - Improcedencia ..... 157

TARIFA - Control ..... 460

TARIFA - Determinación ..... 459

TARIFA DE TRANSPORTE TERRITORIAL - Fijación ..... 615

TARIFAS AEREAS - Improcedencia de descuento ..... 728

TARIFA DE TRANSPORTE - Parámetros para su fijación ..... 616

TEORIA DE LOS FINES Y MODALIDADES ..... 120, 141, 471, 1098

TEORIA DE LOS MOTIVOS Y FINALIDADES ..... 109,492, 645, 654,

Págs.

TEORIA DEL PODER CONSTITUYENTE ..... 201

TERCERA INSTANCIA - Inexistencia ..... 67

TERRITORIEDAD DEL IMPUESTO ..... 66

TITULO ACADEMICO - Otorgamiento ..... 561

TOMA DE POSESION DE BIENES ..... 895

TOMA DE POSESION DE INSTITUCION FINANCIERA - Acto complejo ..... 894

TRABAJADOR OFICIAL DISTRITAL - Régimen prestacional aplicable 1154

TRABAJADOR PARTICULAR DE AVIANCA - Despido ..... 949

TRABAJADORES OFICIALES - Aplicación de convención colectiva ... 1085

TRANSPORTE PUBLICO TERRESTRE ..... 615

TRASLADO - Empleado público ..... 1041

TRASLADO DEL CARGO DE FUNCIONARIO DE CARRERA - Desmejora ..... 887

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO ..... 91, 100, 178

UNISUR -Convenio interadministrativo con el Icfes ..... 561

UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSE DE CALDAS - Convenio interadministrativo con el Ícfes ..... 561

USUARIO DE SERVICIOS PUBLICOS -Participación en junta directiva 743

VACANCIA ABSOLUTA ..... 112, 122

VACANCIA DE RUTAS ..... 453

VACIO NORMATIVO - Inexistencia ..... 1069

VACIO NORMATIVO ..... 444

VEEDOR DEL TESORO - Funciones ..... 584

VENTA AL DETAL ..... 597

VIA GUBERNATIVA - Argumentos ..... 53

VIGENCIA DE LA LEY ..... 591

VIGENCIA FISCAL ..... 356

VIGILANCIA Y CONTROL DE PRECIOS AL CONSUMIDOR ..... 311

VIGILANTE NOCTURNO - Horas Extras ..... 1178

VINCULO LABORAL DE LOS EMPLEADOS - Naturaleza ..... 1050, 1128

| | Págs. |
|---|---|
| VIOLACION DE NORMA CONSTITUCIONAL - Improcedencia ..... | 67 |
| YACIMIENTO DESCUBIERTO - Inexistencia ..... | 31 |