

REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO

TOMO CXLVIII
SEGUNDO TRIMESTRE
PRIMERA PARTE

1996

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

CONSEJO DE ESTADO

CONSEJEROS Y DIGNATARIOS
SEGUNDO TRIMESTRE DE 1996
Primera Parte

Presidente
Dr. Daniel Suárez Hernández

Vicepresidente
Dr. Joaquín Barreto Ruiz

Secretaria General
Mercedes Tovar de Herrán

SECCION PRIMERA

Ernesto Rafael Ariza Muñoz
Presidente

Juan Alberto Polo Figueroa
Libardo Rodríguez Rodríguez
Manuel Santiago Urueta Ayola

Jairo Pinzón Molano
Secretario

SECCION SEGUNDA

Dra. Clara Forero de Castro
Presidente

Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora
Alvaro Lecompte Luna
(hasta 30 de junio de 1996)
Joaquín Barreto Ruiz
María Eugenia Samper
(desde 16 de noviembre de 1995 hasta mayo 30 de 1996)
Javier Díaz Bueno
(desde 1° de junio de 1996)

Eneida Wadnipar Ramos
Secretaria

SALA PLENA

SECCION TERCERA

Jesús María Carrillo Ballesteros
Presidente

Carlos Betancur Jaramillo
Juan de Dios Montes Hernández
Daniel Suárez Hernández

Lola Elisa Benavides López
Secretaria

SECCION CUARTA

Consuelo Sarria Olcos
Presidenta

Germán Ayala Mantilla
Julio E. Correa Restrepo
Delio Gómez Leyva

Carlos Alberto Flórez Rojas
Secretario

SECCION QUINTA

Luis Eduardo Jaramillo Mejía
Presidente

Miren de la Lombana de Magyaroff
Amado Gutiérrez Velásquez
Mario Alario Méndez

Octavio Galindo Carrillo
Secretario

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Luis Camilo Osorio Isaza
Presidente

Javier Henao Hidrón
César Hoyos Salazar
Roberto Suárez Franco

Elizabeth Castro Reyes
Secretaria

PROCURADURIAS DELEGADAS

1ª. Gustavo Adolfo García
2ª. Hugo Cañizares Berbeo
3ª. Flavio Rodríguez Arce
4ª. Rafael Ballén Molina
(hasta febrero 15 de 1996)
Rodrigo Ramírez González
(desde el 16 de febrero de 1996)
5ª. Alier Hernández Enríquez
6ª. Inés Hurtado Cubides
7ª. Margarita Olaya de Obando
8ª. María del Carmen Melo Rodríguez
9ª y 10ª. Alicia Rubiano Amézquita

RELATORAS

María del Pilar Espinosa Salazar
María del Pilar Veloza Parra

SALA PLENA
DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

ACTIVIDADES DE CONSTRUCCION - Vigilancia y control / **ENAJENACION DE INMUEBLES DESTINADOS A VIVIENDA** - Vigilancia y control / **CONCEJO DISTRITAL DE SANTAFE DE BOGOTA** - Competencia de reglamentación / **CONFLICTO DE COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS** - Superintendencia de Sociedades y Concejo Distrital del D.C. / **ALCALDIA MAYOR DE SANTAFE DE BOGOTA** - Vigilancia y control de actividades de construcción

Resulta claro para la Sala que al Concejo Distrital de Santafé de Bogotá corresponde la facultad de expedir las reglamentaciones que le autorice la ley para la vigilancia y control de las actividades relacionadas con la construcción no en virtud de los artículos 313 numeral 7_ de la Carta Política y 187 de la Ley 136 de 1994, sino por mandato de la disposición antes transcrita, que tiene la misma fuerza o entidad normativa de una ley especial para el Distrito Capital, conforme a lo previsto en los artículos 322 y transitorio 41 de la C.P., ante la inexistencia de norma constitucional especial y expresa referida al mismo que le atribuya dicha facultad y porque tal norma especial prevalece frente a las normas que regulan a los municipios; y a la Alcaldía Mayor de Santafé de Bogotá, D.C., la de ejecutar tales reglamentaciones, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 38 numerales 1° y 4° del citado Decreto 1421 de 1993. En conclusión, las funciones de inspección y vigilancia de las actividades relacionadas con la enajenación de inmuebles destinados a vivienda de que tratan la Ley 66 de 1968 y el Decreto extraordinario 2610 de 1979, y entre éstas la de tomar posesión de los negocios, bienes y haberes de las personas jurídicas o naturales que se ocupen de tales actividades o disponer su liquidación, son hoy de competencia de la Alcaldía Mayor de Santafé de Bogotá, D.C., a quien corresponde ejecutar las reglamentaciones que sobre dicho aspecto expida el Concejo Distrital de Santafé de Bogotá y así habrá que declararse en la parte resolutiva de esta providencia.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo - Santafé de Bogotá, D.C., nueve (9) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: Doctor *Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. C-289. Actora: Superintendencia de Sociedades. Acción: Definición de competencias administrativas.

Negada la ponencia presentada por el Honorable Consejero doctor *Mario Alario Méndez,* procede la Sala a dirimir el conflicto de competencias administrativas surgido entre la Superintendencia de Sociedades y el Concejo Distrital de Santafé de Bogotá, D.C.

I. LA SOLICITUD

La Superintendencia de Sociedades, en ejercicio de la acción de definición de competencias administrativas instituida en el artículo 88 del Código Contencioso Administrativo, solicitó al Consejo de Estado declare que el Concejo Distrital de Santafé de Bogotá, D.C., el organismo encargado de inspeccionar, vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda, por mandato de los artículos 313 numeral 7 de la Constitución y 187 de la Ley 136 de 1994; que, en consecuencia, al Concejo Distrital de Santafé de Bogotá, D.C., le corresponde de manera exclusiva supervisar el cumplimiento de las obligaciones impuestas en la desintervención de las personas naturales y jurídicas dedicadas a la actividad relacionada con la construcción y enajena-ción de inmuebles destinados a vivienda, y que el Concejo Distrital de Santafé de Bogotá, D.C., debe avocar el conocimiento de las intervenciones o tomas de posesión en la modalidad de administración o liquidación de la persona naturales y jurídicas dedicadas a las actividades de vivienda, así como tramitar las peticiones referidas al tema que se hayan formulado o se formularen.

II. POSICION DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

Explicó la Superintendencia de Sociedades que mediante la Ley 66 de 1968, modificada por el Decreto 2610 de 1979, se atribuyó al Gobierno, a través de la Superintendencia Bancaria, la función de ejercer inspección y vigilancia sobre las actividades relacionados con la enajenación de inmuebles destinados a vivienda; así, en el artículo 12 de la citada ley, se dispuso que la Superintendencia Bancaria, por determinadas causas, podría tomar inmediatamente posesión de los negocios, bienes y haberes de las personas naturales o jurídicas que se ocuparan de tales actividades o disponer su liquidación .

Posteriormente, mediante el Decreto 78 de 1987, artículo 1°, se asignó al Distrito Especial de Bogotá y a todos los municipios beneficiarios de la cesión del impuesto al valor agregado, las funciones de intervención que ejercía entonces la Superintendencia Bancaria relacionadas con el otorga-

miento de permisos para desarrollar las actividades de enajenación de inmuebles destinados a vivienda y con el otorgamiento de permisos para el desarrollo de los planes y programas de vivienda realizados por el sistema de autoconstrucción y de las actividades de enajenación de las viviendas resultantes de los mismos, en los términos de la Ley 66 de 1968 y el Decreto 2610 de 1979 y sus disposiciones reglamentarias.

Después, mediante el Decreto 497 de 1987, artículo 2°, le fueron atribuidas a la Superintendencia de Sociedades las funciones de inspección y vigilancia sobre las personas naturales y jurídicas que desarrollaran actividades relacionadas con la enajenación de inmuebles destinados a vivienda, con excepción de las sociedades fiduciarias que adelantaran tales actividades, cuya vigilancia integral correspondía a la Superintendencia Bancaria. Y entre esas funciones, se advierte, la de tomar posesión de los negocios, bienes y haberes de las personas dedicadas a tales actividades o disponer su liquidación cuando se dieran las causales legalmente establecidas.

Mediante el Decreto 1555 de 1988, posteriormente, se reglamentó el Decreto 78 de 1987, en el sentido de delimitar aquellas funciones que correspondían a los distritos y municipios y las que eran competencia de la Superintendencia de Sociedades.

Luego la Constitución de 1991, artículo 313, numeral 7, estableció que correspondía a los concejos municipales la función de vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda, dentro de los límites que fije la ley.

El Decreto 78 de 1987 fue objeto de nueva reglamentación por el Decreto 405 de 1994, derogatorio del Decreto 1555 de 1988. Así, se dispuso que los distritos y municipios ejercían las funciones relativas a la inspección y vigilancia de la dicha actividad, salvo la toma de posesión de los negocios, bienes y haberes de las personas dedicadas a la nombrada, atribución que continuó radicada en la Superintendencia de Sociedades.

Y mediante la Ley 136 de 1994, artículo 187, en cumplimiento del mandato constitucional, se dispuso que correspondía a los concejos municipales ejercer vigilancia y control sobre la actividad de construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda, dentro de los límites señalados al respecto por las disposiciones legales y reglamentarias vigentes, y se concedió a la Superintendencia de Sociedades un término de seis meses para trasladar a los municipios los documentos relativos a tales funciones e impartir la capacitación necesaria a las autoridades respectivas para su cabal cumplimiento.

Siendo así, concluyó la Superintendencia de Sociedades, perdió ésta toda competencia en materia de control y vigilancia sobre la actividad

urbanística y dejó de ser atribución suya la relativa a la toma de posesión de los negocios, bienes y haberes de las personas dedicadas a las actividades de vivienda.

III. POSICION DEL CONCEJO DISTRITAL DE SANTAFE DE BOGOTA

La posición del Concejo Distrital de Santafé de Bogotá fue expresada en el oficio de 30 de marzo de 1995 dirigido por el Presidente de ese organismo a la Superintendencia de Sociedades, en el cual se dijo que la Ley 136 de 1994, artículo 187, atribuyó a los concejos municipales la función de vigilancia y control de la actividad de construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda, de conformidad con lo establecido en el artículo 313, numeral 7 constitucional; que esta última función, según la disposición constitucional, está supeditada a la reglamentación legal, pues los concejos municipales no tenían tal función; que según que el artículo 322 constitucional el régimen político, fiscal y administrativo del Distrito Capital será determinado por la Constitución, "las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios"; que el régimen especial del Distrito Capital contenido en el Decreto 1421 de 1993, en el artículo 12, numeral 12, tiene establecida como atribución del Concejo Distrital en la materia la de promover y estimular la industria de la construcción, fijar los procedimientos que permitan verificar su sometimiento a las normas vigentes, sobre uso del suelo y disponer las sanciones correspondientes, y expedir las reglamentaciones que le autorice la ley para la vigilancia y control de las actividades relacionadas con la enajenación de inmuebles destinados a vivienda; que la facultad así otorgada al Concejo Distrital por el régimen especial ordenado en la Constitución defiere del común de los demás municipios, y no incluye la función de vigilancia y control de las actividades de construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Correspondía al Gobierno, a través de la Superintendencia Bancaria, ejercer la inspección y vigilancia sobre las actividades relacionadas con la enajenación de inmuebles destinados a vivienda, por haberlo dispuesto así el artículo 1° de la Ley 66 de 1968, modificado por el artículo 1° del Decreto extraordinario 2610 de 1979. Para ello, los interesados en desarrollar esas actividades debían registrarse ante la Superintendencia Bancaria, según lo dispuesto en el artículo 3° de esa ley, modificado por el artículo 3° del Decreto 2610 de 1979; además, en cada caso, para anunciar y desarrollar actividades de enajenación de inmuebles destinados a vivienda, debían obtener el permiso correspondiente, como mandaba el artículo 5° de la ley, modificado por el 4° del mismo decreto.

Tenía la Superintendencia Bancaria entre sus atribuciones la de tomar posesión de los negocios, bienes y haberes de las personas jurídicas o naturales que se ocuparan de tales actividades, o disponer su liquidación, por determinadas causas, con la aprobación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, según lo establecido en los artículos 12 y 26 de la Ley 66 de 1968.

Y, según lo establecido en el artículo 28, la de imponer multas a quienes incumplieran las órdenes o requerimientos que hubiera expedido en uso de sus facultades de inspección y vigilancia.

Por el Decreto extraordinario 125 de 1976, artículos 1°, literal b), y 73, fue reiterada la competencia de la Superintendencia Bancaria para ejercer la inspección y vigilancia sobre las actividades de enajenación de inmuebles destinados a vivienda.

La Ley 66 de 1968 y el Decreto 2610 de 1979 fueron reglamentados mediante los Decretos 219 y 1742 de 1981.

El Decreto extraordinario 1939 de 1986, artículo 43, dispuso que la Superintendencia Bancaria continuaría desarrollando las funciones que le fueron otorgadas mediante la Ley 66 de 1968 y el Decreto extraordinario 2610 de 1979.

En la misma fecha fue expedido el Decreto 1941 de 1986, con invocación de las atribuciones del artículo 132, inciso 2°, de la Constitución vigente para entonces, que permitía al Presidente de la República distribuir los negocios, según sus afinidades, entre los Ministerios, Departamentos Administrativos y establecimientos públicos. Y se decidió, en el artículo 1°, literal a) asignar al Ministerio de Desarrollo Económico las funciones de vigilancia y control atribuidas a la Superintendencia Bancaria mediante el Decreto 1939 de 1986 sobre las personas dedicadas a las actividades de enajenación de inmuebles destinados a vivienda, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 66 de 1968 y el Decreto extraordinario 2610 de 1979, con excepción de las sociedades fiduciarias que adelantaran proyectos de enajenación de inmuebles en desarrollo de negocios de fideicomiso, cuya vigilancia integral conservaría la Superintendencia Bancaria.

Posteriormente, por el Decreto extraordinario 78 de 1987, artículo 1°, se asignaron al Distrito Especial de Bogotá y a todos los municipios beneficiarios de la cesión del impuesto al valor agregado, las funciones de intervención que ejercía el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a través de la Superintendencia Bancaria, relacionadas con el otorgamiento de permisos para desarrollar actividades de enajenación de inmuebles destinados a vivienda y para el desarrollo de los planes y programas de vivienda

realizados por el sistema de autoconstrucción y de las actividades de enajenación de las viviendas resultantes de los mismos, en los términos de la Ley 66 de 1968, el Decreto extraordinario 2610 de 1979 y sus disposiciones reglamentarias.

Así, mediante el artículo 2° de ese decreto se dispuso que el Distrito Especial de Bogotá y los nombrados municipios ejercerían, entre otras, las funciones de llevar el registro de las personas dedicadas a las actividades de enajenación de inmuebles destinados a vivienda; otorgar los permisos correspondientes para anunciar y desarrollar tales actividades; otorgar permisos para desarrollar planes y programas de autoconstrucción y para anunciar y enajenar las unidades de vivienda resultantes de los mismos; informar acerca de la ocurrencia de cualquiera de las causales establecidas en el artículo 12 de la Ley 66 de 1968 a la entidad que ejerza la inspección y vigilancia, e imponer multas.

Después fue expedido el Decreto 497 de 1987, con invocación también de las atribuciones del artículo 132, inciso 2°, constitucional. Así, se dispuso en el artículo 1° distribuir entre los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Desarrollo Económico las funciones de inspección y vigilancia sobre las personas que desarrollaran las actividades a que se referían la Ley 66 de 1968 y los Decretos 219 de 1969, 2610 de 1979 y 1742 de 1981; en el artículo 2° se estableció que el Ministerio de Desarrollo Económico, a través de la Superintendencia de Sociedades, ejercería las funciones de inspección y vigilancia sobre todas las personas que desarrollaran tales actividades, con excepción de las sociedades fiduciarias, cuya vigilancia integral conservaría el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a través de la Superintendencia Bancaria; en el artículo 3° se estableció que la Superintendencia de Sociedades, para el ejercicio cabal de las funciones que se le otorgaban, contaría con los mismos recursos y facultades que mediante las disposiciones citadas le fueron asignadas a la Superintendencia Bancaria, y entre éstas, se advierte, la de tomar posesión de los negocios, bienes y haberes de las personas a que se refiere el decreto, como fue reiterado en el artículo 5°

Como se considerara "indispensable reglamentar la distribución de competencias entre la Superintendencia de Sociedades y el Distrito Especial de Bogotá y los municipios, mediante la diferenciación de las funciones inherentes al ejercicio de inspección y vigilancia, de aquellas otras que corresponden al ejercicio de la función de intervención", fue expedido para el efecto el Decreto 1555 de 1988, reglamentario de los Decretos 78 y 497 de 1987. Así, en el artículo 1°, se asignó al Distrito Especial de Bogotá y a los demás municipios la facultad de llevar el registro de las personas naturales y jurídicas dedicadas a las actividades señaladas en la Ley 66 de 1968 y el Decreto extraordinario 2610 de 1979, entre otras, pero se reservó a la Super-

intendencia de Sociedades, según lo dispuesto en los artículos 3° y 5°, la atribución de inspección y vigilancia, sin perjuicio de su potestad de tomar posesión o disponer la liquidación de los negocios o haberes de las personas dedicadas a la referida actividad, por las causas establecidas en el artículo 12 de la Ley 66 de 1968.

El artículo 51 del Decreto extraordinario 2155 de 1992 dispuso que la inspección, control y vigilancia sobre las personas naturales o jurídicas dedicadas a la construcción y enajenación, continuaría siendo ejercida por la Superintendencia de Sociedades hasta tanto se reglamentara su traslado a los municipios o se delegara de acuerdo con la ley.

El Decreto 1555 de 1988 fue derogado por el Decreto 405 de 1994, reglamentario del Decreto 78 de 1987, en cuyo artículo 1° se dispuso que los distritos y los municipios ejercerían las funciones establecidas en este último decreto y que mediante el Decreto 1555 de 1968 fueron trasladadas a la Superintendencia de Sociedades. Y en su artículo 2° se estableció que los distritos y municipios debían anexar a la información acerca de la ocurrencia de cualquiera de las causales previstas en el artículo 12 de la Ley 66 de 1968, los antecedentes que poseyeran de la persona que se pretenda intervenir, y que la Superintendencia de Sociedades evaluaría la información remitida a fin de determinar la ocurrencia de alguna de esas causales, y que si del estudio efectuado se concluía que dichas causales no se configuraban, devolvería el expediente al respectivo distrito o municipio.

La Constitución de 1991, en en Capítulo 3 Título XI, que comprende los artículos 311 a 321, reguló el Régimen Municipal. En el Capítulo 4 reguló el Régimen Especial y dentro de él se refirió a Santafé de Bogotá, Distrito Capital, señalándole así una categoría especial a nivel de las entidades territoriales y diferente de la de los municipios.

El artículo 322 *ibidem* prevé:

"Santafé de Bogotá, Capital de la República y del Departamento de Cundinamarca, se organiza como Distrito Capital.

Su régimen político, fiscal y administrativo será el que determinen la Constitución, las leyes especiales para que el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios...".

Del contenido de la norma transcrita se infiere que las disposiciones aplicables al Distrito Capital son, en su orden: en primer lugar, las constitucionales para el mismo, señaladas en los artículos 322 a 327; en segundo lugar, las contenidas leyes especiales; y en defecto de éstas, las constitucionales y legales vigentes para los municipios.

Dentro de las normas constitucionales antes mencionadas relativas al régimen especial contenidas en el Capítulo 4 Título XI no existe precepto alguno que haya hecho referencia a la facultad del Distrito Capital de Santafé de Bogotá de inspeccionar, vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda.

Siguiendo el orden de prelación de las normas que le son aplicables al Distrito Capital trazado en la norma constitucional, se encuentran las disposiciones del Decreto 1421 de 21 de julio de 1993 *"por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá"*, el cual por haber sido expedido con fundamento en el artículo transitorio 41 de la Carta Política tiene la misma fuerza o entidad normativa de una ley especial.

Dicho decreto, en su artículo 12 numeral 12, estatuye:

*"**Atribuciones**. Corresponde al concejo distrital, de conformidad con la Constitución y la ley:*

(...)

12. Promover y estimular la industria de la construcción, particularmente de vivienda, fijar los procedimientos que permitan verificar su sometimiento a las normas vigentes sobre uso del suelo, y disponer las sanciones correspondientes. Igualmente, expedir las reglamentaciones que le autorice la ley para la vigilancia y control de las actividades relacionadas con la enajenación de inmuebles destinados a vivienda;...".

Resulta claro para la Sala que al Concejo Distrital de Santafé de Bogotá corresponde la facultad de expedir las reglamentaciones que le autorice la ley para la vigilancia y control de las actividades relacionadas con la construcción, no en virtud de los artículos 313 numeral 7° de la Carta Política y 187 de la Ley 136 de 1994, sino por mandato de la disposición antes transcrita, que tiene la misma fuerza o entidad normativa de una ley especial para el Distrito Capital, conforme con lo previsto en los artículos 322 y transitorio 41 de la Carta Política, ante la inexistencia de norma constitucional especial y expresa referida al mismo que le atribuya dicha facultad y porque tal norma especial prevalece frente a las normas que regulan a los municipios; y a la Alcaldía Mayor de Santafé de Bogotá, D.C., la de ejecutar tales reglamentaciones, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 38 numerales 1° y 4° del citado Decreto 1421 de 1993.

En conclusión, las funciones de inspección y vigilancia de las actividades relacionadas con la enajenación de inmuebles destinados a vivienda de que tratan la Ley 66 de 1968 y el Decreto extraordinario 2610 de 1979, y entre éstas la de tomar posesión de los negocios, bienes y haberes de las

personas jurídicas o naturales que se ocupen de tales actividades o disponer su liquidación, son hoy de competencia de la Alcaldía Mayor de Santafé de Bogotá, D.C., a quien corresponde ejecutar las reglamentaciones que sobre dicho aspecto expedida el Concejo Distrital de Santafé de Bogotá, y así habrá de declararse en la parte resolutiva de esta providencia.

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

RESUELVE:

Dirimir el conflicto de competencias administrativas surgido entre la Superintendencia de Sociedades y el Concejo Distrital de Santafé de Bogotá, D.C., en el sentido de declarar que es competencia de la Alcaldía Mayor de Santafé de Bogotá vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda, dentro de los límites establecidos en la ley, de conformidad con las reglamentaciones que sobre tales aspectos expida el Concejo Distrital de Santafé de Bogotá, D.C.

Cópiese, notifíquese, cúmplase, publíquese en los Anales del Consejo de Estado y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión de nueve (9) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

Daniel Suárez Hernández, Presidente; *Mario Alario Méndez (con salvamento de voto), Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Jesús María Carrillo Ballesteros, Julio Enrique Correa Restrepo, Gullermo Chahin Lizcano, Clara Forero de Castro, Delio Gómez Leyva, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía (ausente), Juan de Dios Montes Hernández, Carlos A. Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, Juan Alberto Polo Figueroa, Libardo Rodríguez Rodríguez, Consuelo Sarria Olcos, María Eugenia Samper R., Miren de la Lombana de Magyaroff, Manuel Urueta Ayola.*

ENAJENACION DE INMUEBLES DESTINADOS A VIVIENDA - Reglamentación / **CONFLICTO DE COMPETENCIA ADMINISTRATIVA** - Superintendencia de Sociedades y Concejo Distrital del D. C.

Mediante el artículo 12, numeral 12, del Decreto 1421 de 1993, o Estatuto Orgánico de Santafé de Bogotá, se facultó el Concejo Distrital para expedir las reglamentaciones que le autorice la ley para la vigilancia y el control de las actividades relacionadas con la enajenación de inmuebles destinados a vivienda. Esta norma, frente a lo dispuestos en los artículos 313, numeral 7, y 322 de la Constitución, no excluye la vigilancia y el control que ha de ejercer el Concejo sobre las actividades relacionadas con la enajenación de inmuebles destinados a vivienda, sino que sujeta el ejercicio de esas funciones por el Concejo a las reglamentaciones que para el efecto expida el mismo concejo, en conformidad de la ley siendo así el conflicto de competencias administrativas surgido entre la Superintendencia de Sociedades y el Concejo Distrital de Santafé de Bogotá D.C., debió dirimirse en el sentido de declarar que es competencia de este último vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción, enajenación de inmuebles destinados a vivienda, dentro de los límites establecidos en la ley, claro está, y con sujeción a las reglamentaciones que expida el mismo concejo en conformidad con la ley.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo - Santafé de Bogotá, D.C., quince (15) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: Doctor *Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. C-289. Demandante: Superintendencia de Sociedades. Acción de definición de competencias administrativas.

De conformidad con lo establecido en el artículo 313, numeral 7 de la Constitución, a los concejos municipales corresponde vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmue-

bles, dentro de los límites que fije la ley, y así fue reiterado en Ley 136 de 1994, artículo 187.

De la misma manera, vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles, dentro de los limites que fije la ley, son funciones del Concejo del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, porque según lo dispuesto en el artículo 322 de la Constitución el régimen político, fiscal y administrativo de Santafé de Bogotá será el que determinen, a más de la Constitución y las leyes especiales, las disposiciones vigentes para los municipios.

Ahora bien, mediante el artículo 12, numeral 12 del Decreto 1421 de 1993, o Estatuto Orgánico de Santafé de Bogotá, se facultó al Concejo Distrital para expedir las reglamentaciones que le autorice la ley para la vigilancia y el control de las actividades relacionadas con la enajenación de inmuebles destinado a vivienda. Esta norma, frente a lo dispuesto en los artículos 313, numeral 7, y 322 de la Constitución, no excluye la vigilancia y el control que ha de ejercer el Concejo sobre las actividades relacionadas con la enajenación de inmuebles destinados a vivienda, sino que sujeta el ejercicio de esas funciones por el Concejo a las reglamentaciones que para el efecto expida el mismo Concejo, en conformidad con la ley.

Siendo así, el conflicto de competencias administrativas surgido entre la Superintendencia de Sociedades y el Concejo Distrital de Santafé de Bogotá, D.C., debió dirimirse en el sentido de declarar que es competencia de este último vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción, enajenación de inmuebles destinados a vivienda, dentro de los límites establecidos en la ley, claro está, y con sujeción a las reglamentaciones que expida el mismo Concejo en conformidad con la ley.

Mario Alario Méndez.

PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONGRESISTA - Conflicto de intereses / **CONFLICTO DE INTERESES DE CARACTER ETICO** - Interés directo/ **ENRIQUECIMIENTO ILICITO** - Congresista/ **JOSE GUERRA DE LA ESPRIELLA** - Congresista

No es válido el argumento que se aduce para que no se declare, de ser procedente, la pérdida de la investidura de congresista por motivaciones éticas, fundado en la inaplicabilidad de la institución por no haberse expedido la norma legal que consagre la enumeración taxativa de las conductas generadoras del conflicto. En efecto el artículo 286 de la Ley 5ª de 1992 fijó un marco general de causación del conflicto en cuanto dispone : "Todo congresista, cuando exista interés directo de la decisión porque le afecte de alguna manera, o a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o a alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o socios de derecho o de hecho, deberá declararse impedido de participar en los debates o votaciones respectivas...". Ese interés directo, para que genere el conflicto, fuera de tener que estar acreditado de modo indubitable, no necesariamente tiene que ser contrario al interés general prescrito en el artículo 133 de la Carta Fundamental, en cuanto dispone que los miembros de los cuerpos colegiados de ejección directa "...deberán actuar consultando la justicia y el bien común...". Para configurar la causal de pérdida de la investidura de congresista basta que la participación en el debate y la votación o en cualquiera de esos actos genere o represente algún interés directo del congresista, de sus parientes más próximos o de sus socios, con virtualidad suficiente para afectar la imparcialidad con que aquél debe obrar en ejercicio de su investidura. Incluso ese interés puede coincidir con el interés general, pues lo que el instituto busca preservar es la imparcialidad de quien participa en la discusión y aprobación del proyecto. Conviene precisar que lo que genera la causal de pérdida de la investidura no es el hecho de que el proyecto de ley en cuya discusión o votación participó el congresista llegue a convertirse en ley. La causal se da simplemente, por el hecho de participar en la discusión o votación del proyecto o artículo que genera el conflicto moral.

El artículo 182 de la Carta Fundamental impone a los congresistas el deber de poner en conocimiento la respectiva Cámara "...las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración...", simplemente. Pero como la norma constitucional que instituye la acción de pérdida de investidura de congresista, el artículo 184, sólo exige la formulación de una solicitud "por la mesa directiva de la Cámara correspondiente o por cualquier ciudadano...", puede estimarse que el pedimento no necesita reunir los requisitos de toda demanda en cuanto a la precisión de lo que se denomina la *causa petendi*. De allí que por no obrar prueba inequívoca de que al Senador *Guerra de la Espriella* se le investigaba por enriquecimiento ílicito de particulares y que él lo sabía, no incurrió en conflicto de intereses al dar su voto en favor del artículo nuevo tantas veces aludido y, consiguientemente, no prospera la pretensión de despojarlo de su investidura de congresista. En ello la Sala concuerda, en cuanto a la parte resolutiva, con el concepto del señor Procurador 5° Delegado ante esta Corporación.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo - Santafé de Bogotá, D.C., abril dieciséis (16) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: *Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia: Expediente No. AC-3301. Actor: Emilio Sánchez Alsina. Perdida de investidura.

Se procede a decidir la solicitud de pérdida de la investidura de congresista del senador *José Guerra de la Espriella,* presentada por el ciudadano *Emilio Sánchez Alsina* en ejercicio de la facultad conferida en el artículo 184 de la Constitución Política.

Es de anotar que en este proceso la mayoría de la Sala no acogió los proyectos de fallo elaborados, sucesivamente, por los Honorables Consejeros doctores *Carlos Betancur Jaramillo, Guillermo Chahín Lizcano* y *Julio E. Correa Restrepo,* correspondiendo elaborar esta cuarta ponencia al consejero que sigue en órden alfabético entre quienes rechazaron la tercera.

Es de advertir que en la relación de la solicitud y su contestación, así como de la actuación procesal, no seguirá el texto de la aludida segunda ponencia que en sos aspectos trancribió la tercera, por economía de tiempo y esfuerzo.

LA SOLICITUD

La solicitud de pérdida de investidura fue presentada el día 22 de enero del presente año, y refiere, en síntesis, los siguientes particulares:

1. Que el doctor *José Guerra de la Espriella* fue elegido Senador por el período constitucional 1994-1998, que tomó posesión del cargo y que en la actualidad está en ejercicio del mismo, según se desprende de la certificación adjunta.

2. Que el 13 de diciembre de 1995 "el Senador en referencia asistió y contestó el llamado a lista en la plenaria que para esta fecha se celebró por el ***Honorable Senado de la República***"; que luego de hacerse presenta en la referida sesión "promovió y votó un proyecto de ley sometido a su consideración", en el cual se hallaba un artículo que "pretendía presumiblemente convertir el «enriquecimiento ílicito» en una conducta subalterna, lo cual traería consigo que ese delito no existiría como tal cuando no estuviese previamente demostrado que el dinero que lo determina tiene origen en una actividad al margen de la ley".

3. Que con la aprobación del artículo mencionado, cuyo texto transcribe tal como quedó aprobado en la plenaria del Senado, el citado Senador "buscó suspender proceso de enriquecimiento ilícito que entre otros adelante la ***Honorable Corte Suprema de Justicia***, toda vez que lo que buscó fue obtener beneficios propios de índole penal".

4. Que por haber aprobado el artículo cuestionado, el cual fue sometido a estudio, consideración, discución y votación en el Senado de la República, el senador demandado violó "el conflicto de intereses" establecido por la Constitución Nacional, porque participó en un tema que le estaba vedado constitucionalmente.

5. Que no obstante la inhabilidad ética en que se encontraba para participar en la discución del tema, el doctor *Guerra* no se declaró impedido, incurriendo así "en la incompatibilidad o prohibición" que señalan los artículos 182 de la Constitución y el 286 de la Ley 5ª de 1992.

Estima el demandante que la conducta del Senador *Guerra* quebrantó la "situación de carácter moral y ético que le imponen el artículo 182 de la Constitución Nacional y el artículo 286 de la Ley 5ª de 1992..." ya que "el objetivo buscado con el artículo que se introdujo en el proyecto, fue algo habilidoso y sobrepticio (sic) toda vez que además no tiene ponente conocido lo cual indica que no fue algo accidental o desprevenido sino con un interes específico, claro e inequívocamente encaminado a beneficiar intereses propios".

El solicitante pide la práctica de pruebas y ratifica su solicitud de que se decrete por el Consejo de Estado la pérdida de la investidura de congresista que ostenta al Senador *José Guerra de la Espriella*.

Admitida la solicitud, ésta fue contestada por el Senador demandado, quien, actuando por medio de apoderado, anotó:

1. Que "no intervino en el debate en que se discutió el universo jurídico del artículo censurado", ya que "su actuación se limitó a votarlo afirmativamente".

2. Que voto afirmativamente también el informe de la Comisión Accidental de Mediación que se presentó a la Plenaria del Senado, en la cual se suprimió dicho artículo.

3. Que "es verdad que en la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, cursaban unas diligencias preliminares, pero ellas nada significan desde el punto de vista penal, pues es bien sabido que no puede haber ***procesado*** sin ***proceso***, ni persona alguna puede considerarse vinculada al mismo si no se le ha llamado a rendir ***indagatoria***. Por tal motivo el doctor *Guerra de la Espriella*, en el momento en que votó en el Senado (diciembre 13 de 1995) desconocía el universo que tenían las indagaciones preliminares reservadas".

4. Que el mismo Fiscal General de la Nación, en la sesión en la cual se discutió el controvertido artículo, pese a haber informado que tenía en su poder una lista de más de cien parlamentarios que estaban presuntamente vinculados a los carteles de la droga, se negó señalar sus nombres.

5. Que el mismo funcionario (Fiscal General) se pronunció en el sentido de que no estaba en capacidad de señalar los efectos que el artículo proyectado podría producir; circunstancia que le permite exigir que se maneje, frente a su conducta, las presunciones de inocencia y de la buena fe.

6. Que la norma proyectada finalmente no fue aprobada, o sea que, "aun aceptando, en gracia de discusión que el demandado tuviera interés directo en la aprobación del proyecto de artículo, es lo cierto que en definitiva tal normatividad no fue aprobada. Así las cosas, ***el supuesto interés***, por ***sustracción de materia***, no se concretó".

7. Que ni la Constitución ni la Ley 5ª han definido lo que debe entenderse por "interes directo". Afirma el apodera del Senador demandado que tampoco demando que tampoco la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha ocupado de agotar la materia y que aunque es verdad que la sentencia mediante la cual decretó la pérdida de investidura del doctor *César Pérez García*, se ocupó del tema, ello fue frente a una realidad fáctica bien distinta, ya que en ese caso la ley para cuya discusión dicho Senador estaba impedido, si entró en vigencia. Hace mención a dos salvamentos de voto producidos al expedirse la sentencia nombrada en los que se discurre sobre la ausencia de definición legal sobre el régimen de conflicto de intereses.

8. Que el texto de la norma censurada encuentra antecedentes legislativos en el artículo 23 del Decreto 2067 de 1991, cuya constitucionalidad fue definida por el Ministerio de Justicia.

9. Que el demandado no hizo cosa distinta al votar al artículo cuestionado que cumplir con su deber puesto que "no fue elegido por el pueblo para que no opinara ni para que no votara..." y agrega que "dentro del marco constitucional anterior se impone concluir que las personas que entablan demanda sobre pérdida de investidura, con apoyo en lo que los parlamentarios dicen u opinan o votan en la Corporación, están tratando de desnaturalizar el alcance del artículo 185 de la Constitución Nacional, o como diría *Carlos Cossio* quieren «*cazar mariposas a cañonazos*»".

Manifiesta así mismo el distinguido apoderado que "si frente a proyectos de normatividad, como la que ahora se censura por el demandante, los Congresistas deben perder su investidura, no podrán ellos votar en el futuro ninguna ley tributaria, o de reforma urbana o agraria, porque siempre será posible vivenciar que con la normatividad general, impersonal y abstracta, alguno de los Padres de la Patria reportó beneficios".

Concluye su oposición a la solicitud de pérdida de investidura manifestando que élla debe denegarse. Pide la práctica de pruebas.

ACTUACION PROCESAL

El Magistrado Ponente decretó las pruebas solicitadas tanto por el demandante como por el demandado, mediante auto de febrero 9 de 1996 en el cual sólo denegó dos de las pedidas por el primero de los nombrados.

Las pruebas decretadas se practicaron y se citó para la celebración de la audiencia pública, la cual tuvo lugar, según lo refiere el acta correspondiente visible a folios 98 y siguientes, el día 20 de febrero del año en curso.

Según se desprende de lo acontecido en la audiencia, el solicitante expuso que su interés al presentar la solicitud de pérdida de investidura del Senador *Guerra de la Espriella* no era otro que el de buscar cambiar la forma de hacer política en Colombia y que ratificaba su dicho en el sentido de que hubo afán de favorecimiento de algunos Congresistas para salir del atolladero penal en que se encuentran a la vez que reiteró que el proceso legislativo debe llevarse a cabo de frente y sin "micos".

La intervención del señor procurador Delegado en lo Contencioso Administrativo discurre sobre la inexistencia de un régimen legal que regule el conflicto de intereses de los Congresistas y expresamente considera que "la situación particular que se presenta en la demanda en relación con el Senador *José Guerra de la Espriella* no ha sido establecida por el legislador como causal de conflicto de intereses y por lo tanto no es dable aplicar el ordinal primero del artículo 183 de la Constitución Política.

Así mismo el Procurador Delegado estima que "la existencia de interés en cada uno de los Congresistas cuando legislan o cuando desempeñan algunas de las funciones que constitucionalmente les están confiadas, no es por sí misma reprochable. Más aún, lo normal es que exista. Sería casi imposible legislar de otra manera. Piénsese en ejemplos tales como una ley tributaria, como una ley de cultos, como la ley que impone la firma de los cónyuges para la disposición de bienes inmuebles de la sociedad conyugal, de una ley de salarios, etc., para determinar que si todo interés personal fuese constitutivo de obstáculos para que el Congresista participe en el trámite y votación de la ley, habría leyes que jamás se pudieran expedir.

Finalmente expresa el Ministerio Público que no se ha comprobado el interés particular que pudiese tener el Senador cuestionado pero que de tenerlo, "su interés no entraba en conflicto con el interés general, pues de diversas maneras y en diversas ocasiones se había expresado la misma tesis por la ley, la Corte Constitucional, por el Consejo de Estado, por la Corte Suprema de Justicia y por importante doctrina constitucional". Aduce que en el proceso no se probó que el senador *Guerra de la Espriella* tuviera para el 13 de diciembre de 1995 proceso penal por enriquecimiento ilícito ante la Corte Suprema de Justicia, ni disciplinario ante la Procuraduría General de la Nación, lo cual destruye el fundamento de la demanda en cuanto al interés personal del congresista de suspender tales procesos con el artículo que ha sido objeto de reproche.

El acta de la audiencia pública da cuenta igualmente de las intervenciones del doctor *Julio César Uribe Acosta* en su calidad de apoderado del Senador demandado y del propio doctor *Guerra de la Espriella*. Los dos expusieron las razones tendientes a fundamentar su petición de que no se despoje al Congresista de su investidura senatorial.

CONSIDERACIONES

La solicitud que originó este proceso se encamina a obtener la declaración de la pérdida de investidura de congresista del doctor *José Guerra de la Espriella*, por estimar el actor que dicho senador incurrió en violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades o del régimen de conflicto de intereses prescritos en el artículo 183 de la Constitución Política y en la Ley 5ª de 1992.

Por esa enunciación de los fundamentos jurídicos de lo pretendido implica grave confusión, por cuanto indiscriminadamente se citan instituciones cuya violación. conforme al numeral 1° de la norma constitucional invocada, puede conducir a la pérdida de la investidura de congresista, pero que por su naturaleza se distinguen bien claramente. También en lo que atañe a su determinación jurídica, pues en tanto las causales de inhabilidad y de incompatibilidad de los congresistas se encuentran precisamente

determinadas en los artículos 179 y 180 de la C.P., no así las de conflicto de intereses, salvo las que se originan en situaciones de carácter económico determinadas en el artículo 16 de la Ley 144 de 1994. Ello no es obstáculo sin embargo, para que la pérdida de la investidura pueda ser decretada también por conflicto de intereses de índole moral. Al respecto conviene, previamente, examinar las siguientes:

I. Cuestiones generales.

1ª. No es válido al argumento que se aduce para que no se declare, de ser procedente, la pérdida de la investidura de congresista por motivaciones éticas, fundado en la inaplicabilidad de la institución por no haberse expedido la norma legal que consagre la enumeración taxativa de las conductas generadores del conflicto. En efecto, el artículo 286 de la Ley 5ª de 1992 fijó un marco general de causación del conflicto en cuanto dispone: "Todo congresista, cuando exista interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera, o a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o socios de derecho o de hecho, deberá declararse impedido de participar en los debates o votaciones respectivas...".

Ese interés directo, para que genere el conflicto, fuera de tener que estar acreditado de modo indubitable no necesariamente tiene que ser contrario al interés general prescrito en el artículo 133 de la Carta Fundamental, en cuanto dispone que los miembros de los cuerpos colegiados de elección directa "...deberán actuar consultando la justicia y el bien común ...". Para configurar la causal de pérdida de la investidura de congresista basta que la participación en el debate y la votación en cualquiera de esos actos genere o represente algún interés directo del congresista, de sus parientes más próximos o de sus socios, con virtualidad suficiente para afectar la imparcialidad que aquél debe obrar en ejercicio de su investidura. Incluso ese interés puede coincidir con el interés general, pues lo que el instituto busca preservar es la imparcialidad de quien participa en la discusión y aprobación del proyecto.

Este criterio es el que ha permitido a la Sala decidir de mérito algunos procesos de pérdida de investidura de congresista por conflicto de intereses de carácter ético. En el pasado mediato el que dilucidó en el Expediente No. 1675 contra la representante *Viviane Morales Hoyos*, y en el inmediato, los de los procesos Nos. AC-3302, AC-3300 y AC-3299 contra los senadores *Armando Holguín Sarria, Gustavo Espinosa Jaramillo y José Ramón Elías Náder*, en su orden.

2ª. Conviene precisar que lo que genera la causal de pérdida de la investidura no es el hecho de que el proyecto de ley en cuya discusión y

votación participó el congresista llegue a convertirse en ley. La causal se da, simplemente por el hecho de participar en la discusión o votación del proyecto o del artículo que genera el conflicto moral. El artículo 182 de la Carta Fundamental impone a los congresistas el deber de poner en conocimiento de la respectiva Cámara "....las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración...", simplemente.

Esta consideración se formula para descartar el argumento de la inocuidad de la conducta del congresista cuando el proyecto o artículo nuevo cuya discusión o votación genera el conflicto no alcanza a ser incorporado a la normatividad jurídica positiva, pues no es ese el aspecto que debe tomarse en cuenta como elemento material del conflicto sino la participación en el trámite de los asuntos de competencia de la respectiva Cámara.

3ª. Se aduce, igualmente, para solicitar la denegación de la pretensión, que no puede ser reprochable a ningún título el propugnar por la aplicación de la ley o de la jurisprudencia que ha hecho tránsito de cosa juzgada constitucional conforme a la previsión del artículo 243 de la Constitución Política.

El argumento así propuesto es en principio valedero, pero no cuando se pretende consagrar en dispositivo legal la obligatoriedad de esa jurisprudencia para, bajo esa condición, exigir que se la aplique a situación jurídica particular en la que tiene interés directo el congresista, sus parientes cercanos o sus socios, pues allí surge el conflicto de intereses que impone la declaración del impedimento moral. Es por esa particular condición frente a lo pretendido, pues no se buscó la aplicación obligatoria de un criterio jurisprudencial que no tiene el carácter de criterio auxiliar de la actividad judicial conforme a lo previsto en el artículo 230 de la C.P., sino la del que ha hecho tránsito a cosa juzgada constitucional según lo prescribe el artículo 243 *ibidem*.

II. El fondo del asunto.

Expresa el solicitante que el artículo nuevo que se pretendió introducir en el texto del Proyecto de ley No. 168 de 1995-Senado y 129 de 1995-Cámara "...por el cual se determina el régimen aplicable a las contravenciones especiales y se dictan otras disposiciones", sometido a la aprobación del Senado de la República en la sesión del 13 de diciembre de 1995 "...pretendía presumiblemente convertir el «enriquecimiento ilícito» en una conducta subalterna, lo cual traería consigo que este delito no existiría como tal cuando no estuviese previamente demostrado que el dinero que lo determina tiene origen en una actividad al margen de la ley...".

Sin embargo, no indica la razón de esa conclusión y tampoco señala elemento alguno que permita orientar la labor del juzgador en el señala-

miento de la causa de lo pretendido, falencia de por sí suficiente en estricta técnica procesal para denegar la solicitud.

Pero como la norma constitucional que instituye la acción de pérdida de la investidura de congresista, el artículo 184, sólo exige la formulación de una solicitud "por la mesa directiva de la Cámara correspondiente o por cualquier ciudadano...", puede estimarse que el impedimento no necesita reunir los requisitos de toda demanda en cuanto a la precisión de lo que se denomina la *causa petendi*.

Bajo ese entendimiento puede la Sala, entonces, adelantar la interpretación de la solicitud no obstante las dificultades que ello implica en cuanto, en el caso en examen, equivale a complementar los argumentos del peticionario en aspectos sustanciales.

Del contexto de ese escrito se infiere que el solicitante atribuye al artículo nuevo que se discutió y aprobó luego de aprobado el proyecto de la Ley 168 de 1995 —Senado— influencia determinante sobre las investigaciones o procesos por enriquecimiento ilícito que venían adelantando contra varios senadores, quienes en razón de ello tuvieron interés directo en esa aprobación.

El texto del artículo nuevo discutido y aprobado en la sesión del Senado de la República del 13 de diciembre de 1995, conforme aparece transcrito en la *Gaceta del Congreso* No. 479 del miércoles 20 de los mismos mes y año, es del siguiente tenor:

> *"La doctrina constitucional adoptada en la sentencia de la Corte Constitucional es criterio auxiliar de interpretación para las autoridades, excepto en los siguientas casos:*
>
> ***Primero**, cuando dicte sentencias interpretativas, es decir, aquellas que declaran la exequibilidad de una norma legal, condicionada a una determinada forma de interpretación.*
>
> ***Segundo**, cuando la parte motiva de la sentencia proferida por la Corte Constitucional guarde unidad indisoluble o relación directa o tenga nexo causal con la parte resolutiva de la misma.*
>
> ***Tercero**, en los casos de sentencias integradoras, es decir, cuando a falta de legislación adecuada para resolver un asunto concreto sometido a su competencia, el juez aplique directamente la norma constitucional, en estos tres casos la doctrina adoptada en la providencia hace tránsito a cosa juzgada constitucional, obliga en su integridad y corrige la jurisprudencia. Su inobservancia es causal de mala conducta".*

No señala el accionante cuál de las normas que tipifican el delito de enriquecimiento ilícito resultaría modificada en sus efectos con el texto transcrito, precisión indispensable, habida cuenta que el artículo 148 del C. Penal determina el de los empleados oficiales, entre los cuales se incluyen los miembros de las Corporaciones públicas de elección popular para todos los efectos penales (artículo 63 del C. Penal), en tanto el artículo 1° del Decreto 1895 de 1989 define el de los particulares.

Pero se deduce que el planteamiento del solicitante concierne a este último, porque respecto del mismo se pronunció la H. Corte Constitucional al declarar exequible el Decreto 2266 de 1991, por medio del cual se convirtieron en normas permanentes algunas disposiciones contenidas en Decretos de Estado de Sitio, entre ellas el artículo 1° del Decreto 1895 de 1989, en los siguientes términos:

> *"**Artículo 1°.** El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado en una u otra forma de actividades delictivas, incurrirá por ese solo hecho en prisión de cinco (5) a diez (10) años y multa equivalente al valor del incremento ilícito logrado".*
>
> *La expresión «de una u otra forma», debe entenderse como incremento patrimonial no justificado, derivado de actividades, en cualquier forma que se presenten éstas. Las actividades delictivas deben estar judicialmente declaradas, para no violar el debido proceso, y el artículo 248 de la Constitución Política, según el cual únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales" Gaceta de la Corte Constitucional. Tomo 3, marzo de 1993, P. 203* (Sentencia No. C-127. Magistrado Ponente, doctor Alfonso Martínez Caballero).

Esta jurisprudencia, es dable entenderlo así por sus efectos de cosa juzgada constitucional llevaría, según el solicitante, a "...convertir el «enriquecimiento ilícito» en una conducta subalterna, lo cual traería consigo que ese delito no existiría como tal cuando no estuviese previamente demostrado que el dinero que lo determina tiene origen en una actividad al margen de la ley...".

A esa conclusión conduce el criterio que habían sentado la H. Corte Suprema de Justicia y esta Corporación en numerosos pronunciamientos y la H. Corte Constitucional al precisar lo concerniente a la cosa juzgada de los fallos proferidos en el ejercicio del control constitucional. Esta última, al decidir la inexequibilidad de la expresión "obligatorio" contenida en el artículo 23 del Decreto 2067 de 1991, se expresó, así:

"1. Hacen tránsito a cosa juzgada formal y material las sentencias de la Corte Costitucional?

Para responder a esta pregunta es necesario si cuando una autoridad «reproduce el contenido material del acto jurídico declarado inexequible por razones de fondo» —artículo 143 C.P.—, viola un criterio obligatorio —artículo 230 inciso 1° C.P .— o un criterio auxiliar —artículo 230 inciso 2°.

En otras palabras, la sentencia de la Corte Constitucional es para un juez fuente obligatoria o es fuente auxiliar?

Para esta Corporación es muy claro que la respuesta a tal pregunta no es otra cosa que la de considerar que tal sentencia es fuente obligatoria. Así lo dispone el artículo 243 superior precitado e incluso el inciso 1° del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, que dice:

Las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares.

Este texto es idéntico al artículo 243 de la Carta, que es una adición novedosa del Decreto 2067.

Es de anotar que tal norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional, cuando afirmó:

El inciso primero se limita a copiar parcialmente el inciso primero del artículo 243 de la Carta, para concluir, refiriéndose a las sentencias que profiera la Corte Constitucional que «son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares». Declaración que, en rigor no quita ni pone rey, por ser redundante, pues el hacer tránsito a cosa juzgada, o el tener el valor de la cosa juzgada constitucional no es en rigor un efecto de la sentencia : no, más bien es una cualidad propia de ella, en general.

Piénsese que aun en los casos en que la Corte declara exequible una norma acusada por vicios de forma en su creación, la sentencia hace tránsito a cosa juzgada, pues en lo sucesivo será imposible pedir la declaración de inexequibilidad para tales vicios.

Y la sentencia en firme, sobra decirlo, es de obligatorio cumplimiento. Además, las que recaigan en las acciones públicas de inconstitucionalidad, tienen efecto erga omnes, *por la naturaleza misma de la acción y por su finalidad.*

El inciso primero del artículo 21 no presenta, en consecuencia, disparidad o contrariedad en relación con norma alguna de la Constitución.

2. ¿Hace tránsito a la cosa juzgada toda la sentencia de la Corte Constitucional o solamente una parte de ella?

La Corte responde este nuevo interrogante en el sentido de afirmar que únicamente una parte de sus sentencias posee el carácter de cosa juzgada.

3. ¿Qué parte de las sentencias de constitucionalidad tiene la fuerza de la cosa juzgada?

La respuesta es doble: poseen tal carácter algunos apartes de las sentencias en forma explícita y otros en forma implícita.

Primero, goza de cosa juzgada explícita la parte resolutiva de las sentencias por expresa disposición del artículo 243 de la Constitución.

Segundo, gozan de cosa juzgada implícita los conceptos de la parte motiva que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se puede entender éste sin la alusión a aquellos.

En efecto, la parte motiva de una sentencia de constitucionalidad tiene en principio el valor que la Constitución le asigna a la doctrina en el inciso del artículo 230: criterio auxiliar —no obligatorio—, esto es, ella se considera obiter dicta.

Distinta suerte corren fundamentos contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarden relación directa con la parte resolutiva, así como los que la Corporación misma indique, pues tales argumentos, en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutiva, son también obligatorios y, en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades y corrigen la jurisprudencia.

La ***ratio iuris*** *de esta afirmación se encuentra en la fuerza de la cosa juzgada implícita de la parte motiva de las sentencias de la Corte Constitucional, que consiste en que esta Corporación realiza en la parte motiva de sus fallos una confrontación de la norma revisada con la totalidad de los preceptos de la Constitución Política, en virtud de la guarda de la integridad y supremacía que señala el artículo 241 de la Carta. Tal confrontación con toda la preceptiva constitucional no es discrecional sino obligatoria. Al realizar tal confrontación la Corte puede arribar a una de estas dos conclusiones: si la norma es declarada inexequible, ella desaparece del mundo jurídico, con fuerza de cosa juzgada*

constitucional, como lo señala el artículo 243 superior, y con efecto ***erga omnes*** *sin importar si los textos que sirvieron de base para tal declaratoria fueron rogados o invocados de oficio por la Corporación, porque en ambos casos el resultado es el mismo y con el mismo valor. Si la norma es declarada exequible, ello resulta de un exhaustivo examen del texto estudiado a la luz de todas y cada una de las normas de la Constitución, examen que lógicamente se realiza en la parte motiva de la sentencia y que traduce desde luego en el dispositivo.*

Son pues dos los fundamentos de la cosa juzgada implícita: primero, el artículo 241 de la Carta le ordena a la Corte Constitucional velar por la guarda y supremacia de la Constitución, que es ***norma normarum****, de conformidad con el artículo 4º* ***idem****. En ejercicio de tal función, la Corte expide fallos con fuerza de cosa juzgada constitucional, al tenor del artículo 243 superior; segundo, dichos fallos son* ***erga omnes****, según se desprende del propio artículo 243 constitucional.*

Considerar lo contrario, esto es, que únicamente la parte resolutiva tiene fuerza de cosa juzgada, sería desconocer que, admitiendo una norma diferentes lecturas, el intérprete se acoja a lo dispositivo de una sentencia de la Corte Constitucional e ignore el sentido que la Corporación —guardiana de la integridad y supremacia de la Carta—, le ha conferido a dicha norma para encontrarla conforme o inconforme con la Constitución.

Ello de paso atentaría contra la seguridad jurídica dentro de un ordenamiento normativo jerárquico, como claramente lo es el colombiano por disposición del artículo 4º superior.

Ahora en respaldo de esta posición se encuentra la tradición jurídica del país, que la Corte Constitucional recoge.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia afirmó en 1916 lo siguiente:

La cosa juzgada ha de hallarse en general en la parte definitiva de la sentencia, pero los motivos de ésta carecen de fuerza de fallo, porque son simples elementos de la convicción del juez, que pudiendo ser idóneos en ocasiones, no afectan sin embargo la decisión misma. Empero tiene una excepción este principio, también aceptada generalmente en teoría y en jurisprudencia, y es que cuando los motivos son, no ya simples móviles de la determinación del juez sino que se liga (sic) internamente el dispositivo y son como «el alma y nervio de la sentencia» constituye entonces un todo con la parte dispositiva y participa entonces de la fuerza que ésta tenga. Numerosos son los casos en que sin conexionar los motivos determinantes de un fallo, ella sería incompatible o inejecutable.

La misma doctrina fue reiterada por aquella Corporación en 1928 y en 1967.

El Consejo de Estado, en providencia de 1981, sostuvo la misma tesis de la cosa juzgada implícita, así:

Considera esta Sala que el pronunciamiento sobre competencia que hizo la Corte en relación con las materias del Decreto autónomo 2617 de 1973 constituye cosa juzgada implícita que, conforme a doctrina reiterada de esta Corporación, debe acatarse, así se compartan o no los fundamentos mismos del citado fallo...

Sobre lo que es la cosa juzgada implícita dijo esta Sala en fallo dictado el 20 de junio de 1979 lo siguiente:

En un fallo de inexequibilidad, como en cualquiera otra sentencia, hace tránsito a cosa juzgada no solamente lo decidido explícitamente, vale decir, lo expresado en la parte resolutiva, sino también lo implícito en ella. A este respecto dice ***Carnelutti:***

«Ello no significa que la cosa juzgada se limite a las cuestiones que encuentren en la decisión una solución expresa: no se olvide que la decisión es una declaración como las demás, en la que muchas cosas se sobreentienden lógicamente sin necesidad de decirlas. Especialmente cuando la solución de una cuestión supone como ***Prius*** *lógico la solución de otra, esta otra se halla también implícitamente contenida en la decisión (el llamado Judicato implícito). Se hallan implícitamente consultadas todas las cuestiones cuya solución sean lógicamente necesarias para llegar a la solución expresada en la decisión. Si por ejemplo, el juez se pronuncia sobre la resolución de un contrato, afirma implícitamente su validez (Sistema de Derecho Procesal Civil, Utea. Argentina 1944 T.I N° 92)...*

»Si la decisión implícita, tal como se ha delimitado, no hiciera tránsito a cosa juzgada, sería factible entonces que la Corte Suprema de Justicia pudiera reexaminar de nuevo la competencia constitucional en la materia ya dicha, con la posibilidad de un cambio de criterio que, a su vez, implicaría la conclusión de que la competencia no fuera del Congreso sino del Gobierno. De ser ello posible la Corte asumiría, prácticamente, un poder que la habilitaría para variar las competencias constitucionales de los poderes publicos al vaivén de los cambios jurisprudenciales, equiparándose al poder constituyente y convirtiéndose, de guardiana que es de la integridad, en órgano con capacidad para modificarla, lo cual será manifiestamente absurdo.

»Obviamente la cosa juzgada implícita no comprende las elaboraciones puramente doctrinales, o sea, aquellas que dentro del desarrollo lógico

del razonamiento constituyan el sustento de una conclusión fundamental, pues tales elaboraciones apenas pueden tener el valor y el alcance de la jurisprudencia como fuente de derecho y como tales, participan de su movilidad o de su versatilidad».

4. ¿Quién determina los efectos obligatorios de una sentencia de la Corte Constitucional?

Como ya lo ha establecido esta Corporación, sólo la Corte Constitucional, ciñéndose a la preceptiva superior, puede fijar los alcances de sus sentencias.

Se trata, pues, de un problema de competencia: en rigor la norma acusada no podía regular sin violar la Constitución los efectos de los fallos de esta Corte, sobre cuya determinación la única entidad competente es la Corte Constitucional (C.P. artículo 241).

Así lo estableció esta Corporación cuando dijo:

A lo anterior, cabría agregar que la declaración de inexequibilidad de este inciso, no obsta para que la Corte, en ejercicio de sus funciones propias, señale en la sentencia que los efectos de la cosa juzgada se aplican sólo respecto de las disposiciones constitucionales consideradas en la sentencia. Al fin y al cabo, sólo a la Corte compete determinar el contenido de sus sentencias.

Para mayor abundamiento la Corte ha sostenido en la sentencia precitada que «en síntesis, entre la Constitución y la Corte Constitucional, cuando ésta interpreta aquélla, no puede interponerse ni una hoja de papel» (Gaceta de la Corte Constitucional, Tomo 4, abril de 1993, páginas 33-37).

Y el senador Gustavo Espinosa Jaramillo, en la sesión del Senado de la República del 13 de diciembre de 1995, del mismo modo como lo dieron a entender otros senadores y, en particular, el señor Fiscal General de la Nación en sus intervenciones de esa fecha ante esta Corporación, fue bien explícito al expresar que lo buscado con el artículo nuevo sometido a consideración era darle fuerza legal a la cosa juzgada de los fallos de la Corte Constitucional en ejercicio del control jurisdiccional.

Así lo expresó el numeral citado.

«Y lo que hay es una trama, un engaño al país, si la Fiscalía resiste jurídicamente el examen de lo que está haciendo, entonces que pase el artículo; porque de lo que se trata aquí es darle a la Corte Constitucional

fuerza suficiente para que se haga guardiana de la Constitución, aquí no se va a reproducir ninguna norma, por lo tanto no estamos violando ni el 243, ni el 248, ni el 230, se trata de darle fuerza legal a la cosa juzgada constitucional, para que la Corte Constitucional no siga siendo un rey de burlas, y para que sepan la Fiscalía y los jueces y la Sala Penal de la Corte Suprema de este país que tienen que respetar la ley, que tienen que aplicar los tipos penales, como están escritos y que la interpretación de la Corte Constitucional es la madre de la juridicidad de este país; que tiene que tener cabeza, que tiene que tener un eje, no puede estar la ley sometida al vaivén de interpretaciones caprichosas y deformantes de los tipos penales»".

III. La situación del doctor José Guerra de la Espriella.

1. Fue elegido Senador de la República el 13 de marzo de 1994 para el período constitucional 1994-1998, según constancia expedida por la Directora Nacional Electoral de la Registraduría Nacional del Estado Civil (folio14).

2. Asistió a la sesión del senado de la República del 13 de diciembre de 1995. No intervino en la discusión del artículo nuevo cuestionado, no suscribió su proposición, pero sí lo votó afirmativamente. Así lo hizo constar el secretario de esa Corporación (folio 101) y también lo acredita el Acta 35 de la sesión ordinaria del miércoles 13 de diciembre de 1995, publicada en la *Gaceta del Congreso* No. 479 de diciembre 20 de 1995 (folio 33).

3. La Secretaría de la Sala Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, en oficio de fecha 19 de febrero retrópróximo, suministró para este proceso el siguiente informe:

*"... se pudo constatar la existencia de las diligencias adelantadas en contra del doctor **José Guerra de la Espriella**, Senador de la República, para el trece (13) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995), así:*

*1. RAD 10.024. Unica Instancia, denuncia formulada por **Alberto Urzola Pérez**, por el presunto delito enriquecimiento ilícito, el 23 de noviembre de 1994 se repartió al Honorable Magistrado doctor **Nilson Pinilla Pinilla**, de 16 de enero de 1995 ordenó diligencias previas. **En preliminares**.*

*2. RAD 10.470 Unica Instancia, demandante de oficio, diligencias remitidas por la Secretaría Colectiva de la Dirección Regional de Fiscalías, por el presunto delito de testaferrato, el 26 de abril de 1995 fue repartido al Honorable ex-Magistrado doctor **Jorge Enrique Valencia Martínez**, hoy remplazado por el Honorable Magistrado doctor **Carlos Augusto Gálvez Argote**, el 3 de mayo pasado se ordena práctica de diligencias previas. **En preliminares**"* (folio 104).

Es de advertir que encontrándose el proceso para fallo, incluso cuando ya habían sido rechazados los proyectos presentados al efecto por los H. Consejeros doctores *Carlos Betancur Jaramillo* y *Gullermo Chahín Lizcano*, la Sala solicitó de la H. Corte Suprema ampliar el anterior informe en auto de marzo 13 del año en curso (folios 153 a 156). La respuesta de la Sala de Casación Penal de esa Corporación aparece consignada en oficio No. 927 de marzo 19, así:

> *"Atendiendo la petición hecha en su oficio No. 646 del 15 de marzo del año en curso, cordialmente me permito certificar que para el día 13 de diciembre de 1995, el Senador* ***José Guerra de la Espriella*** *tenía conocimiento oficial de los hechos materia de investigación en las diligencias preliminares radicadas bajo los números 10024 y 10470, que en esta Corporación cursan en su contra.*
>
> *Lo anterior en razón que de para dicha fecha ya se le había escuchado en versión libre dentro de las dos preliminares en referencia, en la primera, rendida el 19 de septiembre de 1995, y en la segunda el 12 de junio del mismo año y ampliada el 4 de septiembre de 1995, según consta en las copias autenticadas que anexas al presente oficio le estoy remitiendo en 31 folios"* (folio 166).

Dichas copias, de las versiones libres rendidas por el Senador *Guerra de la Espriella*, dan a conocer que en la concerniente a la investigación previa radicada al No. 10470 el declarante fue inquirido por los viajes realizados en los últimos años a la ciudad de Cali, su motivo, sus vínculos con la empresa *Inversiones Ara Ltda.*, y por la persona o personas que cancelararon las correspondientes cuentas en el Hotel Intercontinental.

Aceptó conocer por razones comerciales al señor *Julián Murcillo*, a quien atribuye la cancelación de algunas de esas cuentas en el citado hotel.

La versión libre para la investigación previa radicada al No. 10024, rendida el 19 de septiembre de 1995, tiene que ver con el tiempo y modo de adquisición de su patrimonio, representado en bienes rurales y en algunos automotores, así como su relación con el denunciante *Alberto Urzola Pérez*, persona que dijo desconocer y a la cual la Registraduría Nacional del Estado Civil certificó no haber expedido la cédula que se atribuye en la denuncia.

4. También la Sala de la Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia respondió al doctor *Guerra Tulena* los cuestionamientos formulados en comunicación del 20 de marzo del año en curso, relacionados con los hechos del proceso. El documento contentivo de esas respuestas fue allegado por el interesado a los autos, el cual en atención al equilibrio que

deben tener las partes en el proceso es preciso tomarlo en cuenta para los considerandos de este fallo.

Textualmente ese documento expresa:

"1. En esta Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se adelanta investigación previa contra el parlamentario doctor ***José Elías Guerra de la Espriella****, titular de la C.C. 6.817.935, expedida en Sincelejo, por posible delito de enriquecimiento ilícito, descrito por el artículo 148 del Código Penal, diligenciamiento que corresponde a la radicación número 10024, Magistrado Ponente doctor* ***Nilson Pinilla Pinilla****.*

2. Las primeras diligencias dentro de la mencionada investigación previa fueron dispuestas con base en un escrito que, a manera de denuncia, aparece suscrito y remitido a la Corte Suprema de Justicia por ***Alberto Urzola Pérez****, a quien no ha sido posible ubicar.*

Según certificación recibida de la Registraduría Nacional del Estado Civil, «no se encontró en el archivo alfabético constancia de habérsele expedido cédula de ciudadanía a ***Alberto Urzola Pérez****».*

3. Hasta el momento la investigación sigue siendo previa y no se ha dispuesto a recibir la indagatoria.

4. «Que el supuesto delito que se investiga está desligado del proceso ocho mil» es asunto valorativo que no es procedente responder ahora, sin perjuicio de observar que la información inicial no provino de la Fiscalía General de la Nación.

5. Mediante memorial presentado ante esta Secretaría el 14 de septiembre de 1995, el doctor ***José Guerra de la Espriella*** *solicitó «se me reciba versión libre y espontánea en las preliminares de la referencia, a la mayor brevedad que le sea posible, pues estoy muy interesado en suministrar a la Justicia las explicaciones que sean del caso sobre mi conducta en tal asunto". Dicha versión fue recibida efectivamente el 19 de los mismos mes y año»".*

Ahora bien: tratándose de definir si el Senador *Guerra de la Espriella* debe o no perder su investidura de congresista por haber votado en la sesión del 13 de diciembre de 1995 el artículo nuevo sometido a consideración del Senado de la República con el Proyecto de la ley No. 168, por las implicaciones que esa norma pudo haber tenido en el curso de las investigaciones previas que se le seguían en la Sala Penal de Casación de la Honorable Corte Suprema, se impone observar que la radicaba bajo el No. 10.024 se inició por denuncia de *Alberto Urzola Pérez*, personaje a quien no le ha sido expedida la cédula con la que se suscribe ese acto. La H. Corte, en la respuesta dada al

Senador acusado expresa que esa investigación previa se adelanta "...por posible delito de enriquecimiento ilícito, descrito por artículos 148 del Código Penal..." y que determinar si el supuesto delito allí averiguado "...está desligado del proceso «ocho mil» sea asunto valorativo que no es procedente responder ahora, sin perjuicio de observar que la información inicial no provino de la Fiscalía General de la Nación..." (folio 171).

Entonces, no pudiendo la H. Corte aseverar si la aludida averiguación está o no desligada del llamado "proceso ocho mil", pero sí que la adelanta por el posible delito de enriquecimiento ilícito descrito en el artículo 148 del Código Penal, no obstante que por encontrarse en Preliminares no se ha dado calificación siquiera provisional a la pretensa infracción, permite concluir que el doctor *Guerra de la Espriella* no podía abrigar al respecto la menor certeza y que el conocimiento que de esa averiguación tenía provenía del interrogatorio que se formuló al rendir el 19 de septiembre de 1995 la declaración libre por él mismo solicitada.

Ese conocimiento del asunto no es bastante, entonces, para satisfacer el requisito probatorio de que sabía el 13 de diciembre de 1995 que se le adelantaba averiguación por el delito de enriquecimiento ilícito de particulares, reato en cuya averiguación podía tener incidencia el nuevo artículo aprobado en la sesión de esa fecha.

En cuanto a la radicada bajo el número 10.470 se tiene que, según la información inicialmente suministrada por la H. Corte Suprema, la investigación previa se adelanta "...por el presunto delito de testaferrato...", también en preliminares.

En ella rindió declaración libre el doctor *Guerra de la Espriella* con fecha junio 12 de 1995, ampliada el 4 de septiembre siguiente sin que para el 13 de diciembre del mismo año se hubiera dispuesto la apertura de proceso penal. Por la denominación que se ha dado al posible delito antes de toda definición judicial bien podía entender el doctor *Guerra de la Espriella* que no se trata del *punible tipificado* en el artículo 1° del Decreto 1895 de 1989, por lo que nada le impedía participar en el debate y votación del artículo nuevo, que pudo tener incidencia en las investigaciones y procesos adelantados por enriquecimiento ilícito de particulares.

De allí por no obrar prueba inequívoca de que al Senador *Guerra de la Espriella* se le investigaba por enriquecimiento ilícito de particulares y que él lo sabía, no incurrió en conflicto de intereses al dar su voto en favor del artículo nuevo tantas veces aludido y, consiguientemente, no prospera la pretensión de despojarlo de su investidura de congresista. En ello la Sala concuerda en cuanto a la parte resolutiva, con el concepto del señor Procurador 5° Delegado ante la Corporación.

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

FALLA:

1. Deniégase la solicitud de pérdida de la investidura de congresista del senador *José Guerra de la Espriella.*

2. Comuníquese a la Mesa Directiva del H. Senado de la República, al señor Presidente del Consejo Nacional Electoral y al señor Ministro del Interior, para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Este proveído fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión de la fecha.

Daniel Suárez Hernández, Presidente; *Mario Alario Méndez,* aclaración de voto; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruíz,* ausente; *Carlos Betancur Jaramillo,* aclaró el voto; *Jesús María Carrillo B.,* aclaró el voto; *Julio Enrique Correa Restrepo,* salvó voto; *Guillermo Chahín Lizcano,* salvó voto; *Miren de la Lombana de M.,* salvó voto; *Clara Forero de Castro,* salvó voto; *Delio Gómez Leyva,* salvó voto; *Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Alvaro Lecompte Luna, Juan de Dios Montes Hernández,* aclaración de voto; *Dolly Pedraza de Arenas,* salvó voto; *Carlos Arturo Orjuela Góngora,* aclaración de voto; *Juan Alberto Polo Figueroa, Libardo Rodríguez Rodríguez,* ausente; *Consuelo Sarria Olcos,* salvó voto; *María Eugenía Samper Rodríguez, Manuel Santiago Urueta Ayola,* salvó voto.

Mercedes Tovar de Herrán, Secretaria General.

NOTA DE RELATORIA: Reiteración jurisprudencial en el Expediente 1675 contra la representante Viviane Morales Hoyos, y en el inmedidato, de los procesos AC-3302, AC-3300 y AC-3299.

SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD - Efectos / **SENTENCIA CONSTITUCIONAL** - Cosa juzgada / **SOLICITUD DE PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONGRESISTA** - Requisitos (aclaración de voto)

No se duda de que las decisiones mediante las cuales la Corte Constitucional declara la exequibilidad o inexequibilidad de las normas legales hacen tránsito a cosa juzgada, según lo establecido en los artículos 243 de la Constitución y 21 del Decreto 2067 de 1991. Y, como ocurre con toda sentencia de mérito hace tránsito a cosa juzgada no solamente lo decidido explícitamente, esto es, lo expresado en la parte resolutiva, sino también lo implícito en ella, como lo han explicado la doctrina y la jurisprudencia. Pero ocurre que en el artículo 4° de la Ley 144 de 1994 fue establecido lo que, por lo menos, debe contener toda solicitud de pérdida de investidura y entre otros aspectos, en el literal c) se exigió la invocación de la causal por la cual fija el marco dentro del cual debe estudiarse y resolverse la solicitud y circunscribe el examen de los cargos, de manera que el juzgador no puede en modo alguno resolver sobre cuestiones no planteadas.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo - Santafé de Bogotá, D.C., nueve (9) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: Doctor *Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia: Expediente AC-3301. Demandante: Emilio Sánchez Alsina. Solicitud de pérdida de investidura del Senador *Jose Guerra de La Espriella.*

ACLARACION DE VOTO

I.

Dijo el demandante que el Senador *José Guerra de la Espriella* violó el régimen de conflicto de intereses, porque asistió a la sesión del Senado de 13 de diciembre de 1995 y promovió y votó un proyecto de ley, uno de cuyos artículos dice relación a los efectos de las sentencias de la Corte Cons-

titucional, y que con ese artículo se pretendía convertir el enriquecimiento ilícto en una conducta subalterna, "lo cual traería consigo que este delito no existiría como tal cuando no estuviese previamente demostrado que el dinero que lo determina tiene origen en una actividad al margen de la ley, es decir, que en práctica estaría implicando la desaparición del 'enriquecimiento ilícito', ya que se ha buscado con su tipificación en nuestro ordenamiento penal es sancionar ciertos comportamientos que por falta de pruebas no era posible castigar", y con ello el Senador *Guerra de la Espriella* trató de suspender el proceso que por enriquecimiento ilícito adelanta en su contra la Corte Suprema de Justicia.

Se trata del artículo adicional al Proyecto de la Ley 168 del Senado, cuyo texto es el siguiente:

> *"La doctrina constitucional adoptada en la sentencia de la Corte Constitucional es criterio auxiliar de interpretación para las autoridades, excepto en los siguientes casos:*
>
> *Primero, cuando dicten sentencias interpretativas, es decir, aquéllas que declaran la exequibilidad de una norma legal, condicionada a una determinada forma de interpretación.*
>
> *Segundo, cuando la parte emotiva (sic) de la sentencia proferida por la Corte Constitucional guarde unidad indisoluble o relación directa o tenga el hecho (sic) causal con la parte resolutiva de la misma.*
>
> *Tercero, en los casos de sentencias integradoras, es decir, cuando a falta de legislación adecuada para resolver un asunto concreto sometido a su competencia, el juez aplique directamente la norma constitucional, en estos tres casos la doctrina adoptada en la providencia hace tránsito a cosa juzgada constitucional, obliga en su integridad y corrige la jurisprudencia, su inobservancia en causal de mala conducta" (Gaceta del Congreso,* 20 de diciembre de 1995, No. 149, P. 16).

Pues bien, no se duda de que las decisiones mediante las cuales la Corte Constitucional declara la exequibilidad o inexequibilidad de normas legales hacen tránsito a cosa juzgada, según lo establecido en los artículos 243 de la Constitución y 21 del Decreto 2067 de 1991.

Y, como ocurre con toda sentencia de mérito, hace tránsito a cosa juzgada no solamente lo decidido explícitamente, esto es, lo expresado en la parte resolutiva, sino también lo implícito en ella, como lo han explicado la doctrina y la jurisprudencia.

Dice al respecto el profesor *Francesco Carnelutti:*

"Ello no significa que la cosa juzgada se limita a las cuestiones que encuentren en la decisión una solución ***expresa****; no se olvide que la decisión es una declaración como las demás, en la que muchas cosas se sobrentienden lógicamente sin necesidad de decirlas. Especialmente, cuando la solución de una cuestión supone como* ***prius*** *lógico la solución de otra, esta otra se halla también* ***implícitamente*** *contenida en la decisión (el llamado juzgamiento —giudicato— implícito). Se hallan implícitamente resueltas todas las cuestiones cuya solución sea lógicamente necesaria para llegar a la solución expresada en la decisión ....*

Cuales sean las cuestiones resueltas, es extremo que por lo general se infiere de la parte de la decisión que contiene la indicación conclusiva del efecto de la solución (parte ***dispositiva****)... Se suele decir, por ello, que el lugar de juzgamiento está en la parte dispositiva. Esta máxima ha de tomarse, sin embargo, con gran cautela, precisamente porque 'lo que haya formado la materia de la sentencia' no se puede deducir, por vía de interpretación, sino de la sentencia entera y especialmente, por tanto, de su* ***parte motiva o motivación****, de la que igual puede surgir una restricción que una ampliación del fallo, o sea porque de ella resulte que algunas cuestiones no han sido resueltas ni implícita ni explícitamente, pese a la amplitud de la fórmula conclusiva, sea porque, en cambio, otras cuestiones que no aparezcan comprendidas en ésta resulten en realidad consideradas y resueltas" (****Sistema de Derecho Procesal Civil****, Buenos Aires,* UTEHA, 1944, t. I, ps. 317 a 319).

Sobre el mismo asunto, *Hernando Devis Echandía* es del siguiente parecer:

*"Puede decirse que la cosa juzgada, en cuanto al objeto se refiere, se extiende a aquellos puntos que sin haber sido materia expresa de la decisión de la sentencia, por ser consecuencia necesaria o depender indispensablemente de tal decisión, resultan resueltos tácitamente..." (****Compendio de Derecho Procesal Civil****, Teoría General del Proceso.* Bogotá, Biblioteca Jurídica Diké, 1987, 12ª ed., t. I, p. 500).

Al respecto *Hernando Morales Molina* dice:

*"De ahí que la fuerza de la cosa juzgada abarque lo mismo lo que ha sido decidido expresamente que lo que se ha resuelto implícitamente. Sólo que esta decisión implícita debe ser de tal naturaleza, que ella necesariamente esté comprendido por la que fue objeto de la resolución, o sea lo explícito de ésta" (****Curso de Derecho Procesal Civil Parte General****.* Bogotá, Editorial ABC, 1991, 11ª ed., p. 548).

La jurisprudencia ha sido concluyente al respecto. Así, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 21 de marzo de 1916, dijo:

"La cosa juzgada ha de hallarse en lo general en la parte dispositiva de la sentencia, pero los motivos de ésta carecen de fuerza de fallo porque son simples elementos de la convicción del juez, que pudiendo ser erróneos en ocasiones, no afectan la decisión misma. Empero, tiene una excepción este principio, también aceptada generalmente en teoría y en jurisprudencia, y es que cuando los motivos son, no ya simples móviles de la determinación del juez, si no que se ligan íntimamente al dispositivo y son 'como el alma y nervio de la sentencia', constituyen entonces un todo con la parte resolutiva, y participan de la fuerza que ésta tenga. Numerosos son los casos en que sin conexionar los motivos determinantes de un fallo, ella sería incomprensible e inejecutable" (***Gaceta Judicial***, t. XXV, Nos. 1286 y 1287, p. 250).

En sentencia de 31 de agosto de 1918 dijo también la Corte:

"El fallo implícito de una cuestión dada que se ha formulado en una controversia judicial, sólo ocurre cuando la cuestión no resulta de modo expreso y se relaciona directamente con lo dispositivo expreso del fallo y con motivos y razones consignados en los considerandos del mismo" (***Gaceta Judicial***, t. XXVII, No. 1391, p. 62).

En la sentencia de 9 de julio de 1928 dijo también la Corte:

"La Corte tiene sentada la doctrina de que si bien es cierto que la cosa juzgada dice relación por lo general a la parte resolutiva del fallo y no a la motiva, tal regla no puede entenderse de un modo absoluto, pues cuando los motivos no son ya simples móviles de la determinación del juez, sino que se ligan íntimamente a lo dispositivo, y son como el alma y nervio del fallo, constituyen entonces un todo con la parte resolutiva y participan de la fuerza de ésta.

Esto último acontece en el caso del fallo del Tribunal Seccional que se deja mencionado, respecto de las causas o motivos por los cuales se declaró la nulidad de las Resoluciones números 164 y 193, dictadas por la Gobernación de Cundinamarca, pues constituyendo tales causas o motivos los fundamentos inmediatos de la declaración de nulidad, no es posible para la recta inteligencia y aplicación del fallo establecer separación entre la parte motiva y la dispositiva" (***Gaceta Judicial***, t. XXXV No. 1821, p. 550).

Lo mismo dijo la Corte en sentencia de 24 de octubre de 1928 (***Gaceta Judicial***, t. XXXVI, No. 1825, p. 48).

Y en su sentencia de 31 de octubre de 1936, dijo:

"La fuerza de la cosa juzgada no dimana sino de la parte resolutiva de la sentencia, pero ello no significa que para analizar el alcance de aquélla haya de tenerse en cuenta solamente la forma de ésta. Se entiende por parte resolutiva de una sentencia a este respecto, no el pasaje del fallo colocado en determinado lugar, sino lo que ha sido objeto de la decisión judicial, cualquiera que sea la forma que revista y el supuesto que ocupe en la sentencia. De ahí que la fuerza de la cosa juzgada abarque lo mismo lo que ha sido fallado expresamente como lo que ha sido decidido implícitamente. Sólo que esta decisión implícita ha de ser de tal naturaleza que ella necesariamente esté comprendida por lo que fue objeto de la resolución expresa" (***Gaceta Judicial***, t. XLIV, Nos. 1918 y 1919, p. 461).

En sentencia de 6 de abril de 1956 y como resumen y compendio de lo dicho en sus sentencias anteriores, dijo la Corte:

"1. Que cuando los motivos del fallo están íntimamente ligados a la parte resolutiva y son 'como el alma y nervio de la sentencia', constituyen un todo con dicha parte y participan de la fuerza de esta.

2. Que se entiende por motivos, las razones de hecho y de derecho sobre las cuales el juez ha apoyado la solución de la litis.

3. Que, en consecuencia, la parte resolutiva puede no estar sólo, para los efectos de la cosa juzgada, en el pasaje final del fallo, sino también en aquel o aquellos que contengan el objeto de la decisión judicial, cualquiera que sea la forma que asuman y el lugar que ocupen, y

4. Que la fuerza de una sentencia comprende no sólo aquello que se decide de manera expresa, sino también de modo implícito o virtual, así sea para lograr en la nueva litis el reconocimiento de una consecuencia no contemplada en la acción.

Se inclina, por tanto, la jurisprudencia nacional a aceptar la tesis que pone bajo la autoridad de la cosa juzgada, los motivos o elementos de la sentencia, si bien la tesis ahí enunciada no puede tener un sentido absoluto" (*Gaceta Judicial*, t. LXXXII, No. 2167, p. 558).

Lo dicho en la providencia anterior fue reiterado por la Corte y reproducido en sus sentencias de 24 de mayo de 1957 (*Gaceta Judicial*, t. LXXXV, Nos. 2181-2182, p. 91) y de 28 de agosto de 1963 (*Gaceta Judicial*, t. CIII-CIV, Nos. 2268 y 2269, p.112), entre otras muchas.

Por su parte, el Consejo de Estado, en sentencia de 28 de octubre de 1974, dijo:

"La doctrina moderna, salvo escasas excepciones y la jurisprudencia colombiana sin ninguna vacilación, están acordes en afirmar que el efecto de la cosa juzgada se predica de la parte dispositiva de la sentencia y por tal entiende no solamente la decisión ***strictu sensu*** *sino todo cuanto ella implique, lógica y jurídicamente. La doctrina suele denominar estas implicaciones de la decisión 'cosa juzgada implícita'.*

(...)

Nuestra Corte Suprema de Justicia abunda en reiterada jurisprudencia sobre la materia...

(...)

Es obvio que así como la cosa juzgada explícita no se tipifica sin la concurrencia de los elementos antes analizados, otro tanto ocurre con la llamada 'cosa juzgada' implícita. Cuando no hay identidad subjetiva, objetiva y causal tratándose de pretensiones de naturaleza privada, o simplemente identidad objetiva y causal en las de naturaleza pública, no se configura la 'cosa juzgada' explícita o implícita. Entonces la motivación de un fallo que se traduzca o proyecte en forma de decisión implícita no tiene significado no alcance distintos al de una doctrina jurisdiccional. A pesar de esto tan claro no sobra subrayarlo porque a veces, sin que medie la identidad anotada, suelen aducirse simples jurisprudencias como revestidas de la autoridad de cosa juzgada.

Tampoco está de más agregar que la doctrina de la 'cosa juzgada' implícita, concebida en los términos expresados, es la única que se concilia con nuestro sistema constitucional, si se entendiera que únicamente la decisión explícita produce los indicados efectos, el resultado sería que los preceptos de la Carta Fundamental quedarían condicionados a los vaivenes de la jurisprudencia...

...Estas dos decisiones, tanto la explícita como la implícita, obligan a todo el mundo..." (*Anales del Consejo de Estado,* t. LXXXVII, Nos. 443 y 444, ps. 83, 84 y 86).

En sentencia de 20 de junio de 1979, dijo también el Consejo de Estado:

"En un fallo de inexequibilidad como cualquier otra sentencia, hace tránsito a cosa juzgada no solamente lo decidido explícitamente, vale decir, lo expresado en la parte resolutiva, sino tambien lo implícito en ella" (*Anales del Consejo de Estado,* t. XCVI, Nos. 461 y 462, p. 133).

Y en la sentencia de 9 de septiembre de 1981, el Consejo de Estado reprodujo y reiteró lo dicho en sus providencias anteriores, diciendo que conforme a doctrina reiterada de esa Corporación, la cosa juzgada implícita debe acatarse, aun cuando no se compartan los fundamentos del fallo, y concluyó:

"Considera la Sala que frente a la mencionada sentencia de la Corte Suprema de Justicia no puede hacer otra cosa que estarse a los efectos jurídicos de esa decisión y en especial al que se refiere a la cosa juzgada implícita..." (*Anales del Consejo de Estado*, t. CI, Nos. 471, y 472, ps. 210 a 212.).

Más recientemente, la Corte Constitucional, en sentencia C-131 del 1 de abril de 1991, explicó.

"Primero. Goza de cosa juzgada explícita la parte resolutiva de las sentencias, por expresa disposición del artículo 243 de la Constitución.

Segundo. Gozan de cosa juzgada implícita los conceptos de la parte motiva que guarden unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender éste sin la alusión a aquéllos.

En efecto, la parte motiva de la sentencia de constitucionalidad tiene en principio el valor que la Constitución le asigna a la doctrina en el inciso segundo del artículo 230; criterio auxiliar —no obligatorio—, esto es, ella se considera ***obiter dicta.***

Distinta suerte corren los fundamentos contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarden relación directa con la parte resolutiva, así como los que la Corporación misma indique, pues tales argumentos, en la medida que tengan un nexo causal con la parte resolutiva, son también obligatorios y, en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades y corrigen la jurisprudencia.

La ***ratio iuris*** *de esta afirmación se encuentra en la fuerza de la cosa juzgada implícita de la parte motiva de las sentencias de la Corte Constitucional, que consiste en que esta Corporación realiza en la parte motiva de sus fallos una confrontación de la norma revisada con la totalidad de los preceptos de la Constitución Política, en virtud de la guarda de la integridad y supremacía que señala el artículo 241 de la Carta. Tal confrontación con toda la preceptiva constitucional no es discrecional sino obligatoria. Al realizar tal confrontación la Corte puede arribar a una de estas dos conclusiones: si la norma es declarada inexequible, ella desaparece del mundo jurídico con fuerza de cosa juzgada constitucional, como lo señala el artículo 243 superior, y con efecto* ***erga***

omnes, sin importar si los textos que sirvieron de base para tal declaratoria fueron rogados o invocados de oficio por la Corporación, porque en ambos casos el resultado es el mismo y con el mismo valor. Si la norma es declarada inexequible, ello resulta, a la luz de todas y cada una de las normas de la Constitución, examen que lógicamente se realiza en la parte motiva de la sentencia y que se traduce desde luego en el dispositivo.

(...)

Considerar lo contrario, esto es, que únicamente la parte resolutiva tiene fuerza de cosa juzgada, sería desconocer que, admitiendo una norma diferentes lecturas, el intérprete se acoja a lo dispositivo de una sentencia de la Corte Constitucional e ignore el sentido que la Corporación —guardiana de la integridad y supremacia de la Carta— le ha conferido dicha norma para encontrarla conforme o inconforme con la Constitución. Ello de paso atentaría contra la seguridad jurídica dentro de un ordenamiento normativo jerárquico, como claramente lo es el colombiano por disposición del artículo 4° superior" (***Gaceta de la Corte Constitucional***, t. 4, 1993, ps.34 y 35).

Y reiteró ese criterio en sentencia C-037 de 5 de febrero de 1996:

"...sólo será de obligatorio cumplimiento, esto es, únicamente hace tránsito a cosa juzgada constitucional, la parte resolutiva de las sentencia de la Corte Constitucional. En cuanto hace a la parte motiva, como lo establece la norma, ésta sólo constituye criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general; sólo tendrían fuerza vinculante los conceptos consignados en esta parte que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutiva; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria para servir de soporte directo a la parte resolutiva de las sentencias y que incida directamente en ella" (Expediente P.E. 008).

Siendo ello así, nada añadía el proyecto de artículo adicional referido, en cuanto señalaba que tendría fuerza de cosa juzgada la parte motiva de las sentencias mediante las cuales la Corte Constitucional declara la exequibilidad de una norma legal condicionada a una determinada interpretación, o cuando guardara unidad indisoluble o relación directa o tuviera nexo causal con la parte resolutiva de la misma. En otros términos, resultaba *inocuo*.

Por lo mismo, ello no podría, en ningún caso, determinar situación de conflicto de intereses.

II.

Tal como fueron expuestos los hechos de la demanda, no se advierte relación alguna entre el proyecto de artículo adicional transcrito, y el delito de enriquecimiento ilícito. En efecto, en la sentencia se dijo lo siguiente:

> *"...no indica (el demandante) la razón de esa conclusión y tampoco señala elemento alguno que permita orientar la labor del juzgador en el señalamiento de la causa de lo pretendido, falencia de por sí suficiente en estricta técnica procesal, para denegar la solicitud".*

Así para entender las razones del demandante, sería preciso considerar que mediante el artículo 10 del Decreto 2266 de 1991 se dispuso:

> *"**Artículo 10.** Adoptánse como legislación permanente las siguientes disposiciones del Decreto legislativo 1895 de 1989:*
>
> *«Artículo 1°. El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga para sí o para otro incremento patrimonial no justificado, derivado, en una u otra forma, de actividades delictivas, incurrirá, por ese solo hecho, en prisión de 5 a 10 años y multa equivalente al valor del incremento ilícito logrado»".*

Y sería preciso considerar, también, que esta disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-127 de 30 de marzo de 1993, en la que se dijo:

> *"La expresión 'de una u otra forma', debe entenderse como incremento patrimonial no justificado, derivado de actividades delictivas, en cualquier forma que se presenten éstas. Las actividades delictivas deben estar judicialmente declaradas, para no violar el debido proceso y el artículo 248 de la Constitución Política, según el cual únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales" (**Gaceta de la Corte Constitucional**, 1993, t. 3, p. 203).*

De manera que la aprobación del artículo adicional al Proyecto de ley número 168 del Senado afectaría los procesos que se adelantaran por enriquecimiento ilícito, en tanto que su juzgamiento sólo podría hacerse en los términos en que fue entendido por la Corte Constitucional, esto es, que las actividades delictivas de que derive el incremento patrimonial injustificado deben estar judicialmente declaradas.

Pero así no fue planteado en la demanda. No se refirió el demandante al artículo 10 del Decreto 2266 de 1991, ni a la sentencia C-127 de 30 de

marzo de 1993. Y no podía la sala. oficiosamente, tomar en consideración esas circunstancias, supliendo así las explicaciones y los hechos omitidos por el demandante.

Sin embargo, para decidir de fondo, se dijo en la sentencia:

"Pero como la norma constitucional que instituye la acción de pérdida de investidura de congresista, el artículo 184, sólo exige la formulación de una solicitud 'por la mesa directiva de la cámara correspondiente o por cualquier ciudadano...', puede estimarse que el pedimento no necesita reunir los requisitos de toda demanda en cuanto a la precisión de lo que se denomina la ***causa petendi.***

Bajo ese entendimiento puede la Sala, entonces, adelantar la interpretación de la solicitud no obstante las dificultades que ello implica en cuanto, en el caso en examen, equivale a complementar los argumentos del peticionario en aspectos sustanciales".

Pero ocurre que en el artículo 4º de la Ley 144 de 1994 fue establecido lo que, por lo menos, debe contener toda solicitud de pérdida de investidura y entre otros aspectos en el literal c), se exigió la invocación de la causal por la cual se solicitaba la pérdida de la investidura y ***su debida explicación,*** lo cual fija el marco dentro del cual debe estudiarse y resolverse la solicitud y circunscribe el examen de los cargos, de manera que el juzgador no puede en modo alguno resolver sobre cuestiones no planteadas.

Lo anterior es así, además, si se tiene en cuenta que se trata de un proceso punitivo, y en todos los procesos punitivos, sean éstos penales, disciplinarios o correccionales o cualesquiera otros, porque así lo reclaman el debido proceso y el derecho de defensa que garantiza el artículo 29 constitucional, el inculpado sólo puede ser sancionado por los precisos cargos que le fueron formulados y respecto de los cuales tuvo oportunidad de defenderse.

Entonces, las pretensiones del demandante, también por esta razón, debían ser denegadas.

Compartí la decisión de denegar las pretensiones del demandante y las motivaciones de la sentencia, salvo lo expuesto bajo el número anterior, pero debía expresar otras razones que habrían conducido a la misma decisión.

Mario Alario Méndez.

NOTA DE RELATORIA: Reiteración jurisprudencial en sentencias de 28 de octubre de 1974, de 20 de julio de 1979 y de 9 de septiembre de 1981.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Reglamentación / **CONFLICTO DE INTERESES** - Carácter moral

En cuanto al primer elemento, advierte el suscrito Consejero que los artículos 182, 183, 184 de la Carta Política sientan las bases de la institución de la pérdida de investidura de los parlamentarios, sin que ellos constituyan por sí solos una normatividad completa sobre el particular, ya que el propio constituyente defirió a la ley su reglamentación y desarrollo. "La ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones" (artículo 182 último inciso, Constitución Política de Colombia). Como el terreno de lo moral y de lo ético es un campo que trasciende el de la conducta externa de los sujetos de derecho y es atinente a su conciencia, resulta imposible para el juzgador suplir al acusado en su fuero interno para reprocharle su conducta y en todo caso imposible aplicar una sanción de tan drástico contenido como es la pérdida de investidura de congresista, sin que haya referencia cierta a una norma que contenga los supuestos fácticos en los cuales se vea comprometida la conducta enjuiciada, en virtud de actos considerados como faltos de moral y carentes de ética. En cuanto a la institución de la pérdida de investidura de origen constitucional, por sus especiales características, debe aplicarse con sumo rigor tanto en el análisis de la conducta como en el enjuiciamiento o actividad que corresponde al juez. El mandato del artículo 184 de la Carta Política facilita el instituto de control y abre el camino de su operancia, con una simple solicitud, nótese que no se emplea el concepto de demanda ni el de denuncia que técnicamente tienen un sentido definido. Así se facilita el control y el solicitante tiene como garantía de su derecho, el poder ejercerlo en elemental escrito, en cualquier tiempo durante el ejercicio del mandato del parlamentario, tomándose todo el lapso que estime necesario para recaudar o ubicar con exactitud el elemento probatorio que deberá aducir con la solicitud, pues el constituyente, para garantizar aún más su derecho e impedir que se haga nugatorio, fijó un término de alto rango al fallador, "no mayor de 20 días hábiles, contados a partir de la fecha de la solicitud formulada".

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo - Santafé de Bogotá, D.C., mayo quince (15) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Referencia: Expediente No. AC- 3301. Actor: Emilio Sánchez Alsina, Asuntos Constitucionales. Pérdida de investidura del señor José Guerra de La Espriella.

ACLARACION DE VOTO

Doctor: *Jesús María Carrillo Ballesteros.*

Respetuosamente manifiesto que, con fundamento en las razones en seguida consignadas, aclaro el voto en el asunto de la referencia, por estar de acuerdo con la decisión adoptada por la mayoría de la Sala Plena de lo Contencioso el día 16 de abril del año en curso, pero no obstante ello preciso hacer algunas manifestaciones en torno de la parte considerativa del problema jurídico planteado, especialmente en lo relativo a la legalidad sustantiva y procesal de causas como la presente.

El punto cardinal del debate radica en la aparente existencia de un conflicto de intereses moral y ético, que se habría presentado por la conducta del Senador *José Guerra de la Espriella* con motivo de su participación en la sesión del 13 de diciembre de 1995 llevada a cabo en el Senado de la República, durante la cual se votó el proyecto de ley de seguridad ciudadana, que incluyó a última hora un artículo, por cuyo tenor, alcance y contenido significaría un beneficio directo para el congresista votante, en la medida en le favorecería por su condición de investigado en las diligencias adelantadas por la Corte Suprema de Justicia, dentro del expediente conocido públicamente como el proceso 8.000.

Para formular un juicio respecto de la situación planteada es preciso tener en cuenta los siguientes elementos:

1°. El ordenamiento positivo que regula el caso sub análisis.

2°. La conducta desplegada por el acusado.

3°. El establecimiento fehacientemente del pretendido conflicto de intereses entre la conducta objeto del reproche y el fin perseguido.

1°. En cuanto al primer elemento, advierte el suscrito Consejero que los artículos 182, 183, y 184 de la Carta Política sientan las bases de la institución de la pérdida de investidura de los parlamentarios, sin que ellos constituyan por sí solos una normatividad completa sobre el particular, ya que el propio constituyente defirió a la ley su reglamentación y

desarrollo. *"La ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones"* (artículo 182 último inciso Constitución Política de Colombia).

Las Leyes 5ª de 1992 y 144 de 1994 desarrollaron la materia respecto de los conflictos que de orden económico pudieran presentarse para los congresistas con ocasión y en ejercicio de su investidura. Nada dijeron estas leyes, ni texto legal posterior versó sobre el tema relativo a situaciones que deban tenerse como potenciales generadoras de conflicto de interés moral o ético.

Como el terreno de lo moral y de lo ético es un campo que trasciende el de la conducta externa de los sujetos de derecho y es atinente a su conciencia, resulta imposible para el juzgador suplir al acusado en su fuero interno para reprocharle su conducta y en todo caso imposible aplicar una sanción de tan drástico contenido como es la pérdida de investidura de Congresista, sin que haya referencia cierta a una norma que contenga los supuestos fácticos en los cuales se vea comprometida la conducta enjuiciada, en virtud de actos considerados como faltos de moral y carentes de ética.

Dada la particular naturaleza de este proceso (político-administrativo-disciplinario, pero en todo caso sancionatorio). y las consecuencias de la sanción que implica la aceptación de la solicitud de pérdida de investidura, no queda ninguna duda en cuanto, debe observarse indefectiblemente el principio clásico de la legalidad de los delitos y de las penas, expresado en el brocardo latino *"nullum crimen, nulla pena, sine lege"*.

La imposibilidad de tipificar una conducta a voluntad de denunciante o del fallador, para hacerla acreedora de una sanción, radica en que:

> *"Las cuestiones de valores (es decir aquellas que conciernen a lo que es bueno o malo en sí, independientemente de sus consecuencias) están por fuera del dominio de la ciencia, como los defensores de la religión lo afirman con energía, yo pienso —dice* ***Bertrand Russell****, autor de esta cita, en su libro Ciencia y Religión, Editorial Gallimard, pág. 171— que ellos tienen razón sobre este punto, pero yo saco una conclusión suplementaria que ellos no sacan: las cuestiones de valores están enteramente fuera del campo del conocimiento. Dicho de otra manera cuando afirmamos que tal o tal cosa tiene valor, expresamos nuestras propias emociones y no un hecho que permanecerá cierto si nuestros sentimientos personales fueren diferentes".*

Y más adelante agrega:

> *"La moral está estrechamente unida a la política, ella es una tentativa para imponer a los individuos los deseos colectivos de un grupo; o, inver-*

samente, ella es una tentativa hecha por un individuo para que sus deseos se conviertan en los de su grupo. Esto no es posible, claro está, que si sus deseos no son demasiado visiblemente contrarios al interés general: el maleante difícilmente puede intentar persuadir a las gentes que él les hace bien, aunque los plutócratas hacen tentativas de ese género, y con éxito aún a menudo".

Para rematar esta cita, pertinente es concluir con las siguientes líneas del mismo autor:

"Para intentar dar una apariencia de importancia universal a nuestros deseos (lo cual constituye el papel de la moral), uno puede ubicarse en dos puntos de vista: el del legislador y el del predicador...".

Frente a ello, se advierte que otra es la labor del juez y por esa razón considera el suscrito Consejero, que no hay espacio para tomar una decisión en ausencia de reglamento positivo y mucho menos autorización jurídica para asumir papel distinto del que corresponde a su función constitucional y legal, con sujeción a los principios universales que gobiernan el derecho y su aplicación en el estadio de la civilización actual.

Por lo hasta aquí expuesto, ni jurídica, ni filosóficamente, es dado compartir la motivación de la decisión, y atendiendo a la necesidad de cumplir con el deber de expresar todas las razones de inconformidad con el fallo objeto de esta aclaración, preciso es anotar, además, lo siguiente:

En cuanto a la institución de la pérdida de investidura de origen constitucional, por sus especiales características debe aplicarse con sumo rigor tanto en el análisis de la conducta como en el enjuiciamiento o actividad que corresponde al juez. El mandato del artículo 184 de la Carta Política facilita el instituto de control y abre camino de su operancia, con una simple solicitud, nótese que no se emplea el concepto de demanda ni el de denuncia que técnicamente tienen un sentido definido. Así se facilita el control y el solicitante tiene como garantía de su derecho el poder ejercerlo en elemental escrito, en cualquier tiempo durante el ejercicio del mandato del parlamentario, tomándose todo el lapso que estime necesario para recaudar o ubicar con exactitud el elemento probatorio que deberá aducir con la solicitud, pues, el constituyente, para garantizar aún más su derecho e impedir que se haga nugatorio fijó un término de alto rango al fallador, "no mayor de 20 días hábiles, contados a partir de la fecha de la solicitud formulada...".

No es posible, so pena de, o de violar la Constitución o asumir la tarea del legislador, adoptar procedimientos exorbitantes, tales como el de hacer caso omiso del término claramente establecido, lo cual pone en grave riesgo la observancia del debido proceso y el respeto al derecho de defensa

especialmente cuando en forma extemporánea se decretan y se practican pruebas que eventualmente pueden quedar sin posibilidad de controversia o de conocimiento del denunciado que independientemente de sus condiciones personales o políticas tiene derecho a controvertir los medios de convicción aducidos en su contra.

Y en cuanto a la persona sujeto del proceso, es preciso hacer notar que moralizar el ejercicio del mandato ciudadano, y los reparos que por vía general se enrostran a los legisladores, pero tratándose de la aplicación correcta y en particular de una sanción, es preciso descender de las formulaciones teóricas y generales propias de la sociología o de la política al terreno concreto del derecho, para avanzar prudentemente en el enjuiciamiento de una conducta y la aplicación de una severísima pena, asimilable a la muerte política, en tiempos de proscripción de la muerte civil y la pena de muerte. Y aún más, dado que procedimiento y término son expeditos y breves.

Con las anteriores consideraciones dejo expuesto mi criterio sobre el asunto debatido, dejando claro esta manifestación de profundo respeto por la ponencia adoptada por la Corporación.

Jesús María Carrillo Ballesteros.

REGIMEN DE CONFLICTO DE INTERESES DE CONGRESISTA - Manifestación de impedimento / **PROYECTO DE LEY** - Voto favorable de Congresista

La Sala se encuentra ante un proceso de pérdida de investidura, donde se investiga la observancia de la obligación por parte del congresista de poner en conocimiento de la respectiva Cámara las situaciones de carácter moral y económico que lo inhiben para participar en el trámite de asuntos sometidos a su consideración. Para la Sala es claro que si el Senador *José Guerra de la Espriella* participó en el debate, votó favorablemente un proyecto de ley que lo podía beneficiar en cuanto afectaba las diligencias preliminares que por enriquecimiento ilícito se adelantaban en su contra en la Corte Suprema de Justicia, incurrió en violación de régimen de conflicto de intereses, en cuanto desconoció las normas que establecen que en dicha situación el congresista debe informar su interés y declararse impedido, toda vez que se trataba de una situación de carácter particular, estrictamente personal en la que tenía interés el senador y que significó utilizar su investidura para beneficio particular.

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia: Expediente No. AC-3301. Actor: Emilio Sánchez Alsina. Fallo del 16 de abril de 1996.

Consejero Ponente: doctor *Amado Gutiérrez Velásquez.*

El suscrito Consejero se aparta muy respetuosamente de la opinión mayoritaria de la Sala, por las siguientes razones:

El demandante en el presente proceso de pérdida de investidura, doctor *Emilio Sánchez Alsina,* invoca la causal de violación al régimen de conflicto de intereses, causal que en mi sentir resulta válida.

En cuanto al conflicto de intereses y el régimen legal, en el proyecto de sentencia preparé para que decidir sobre la pérdida de investidura del

Senador *José Guerra de la Espriella*, el cual me fue improbado, hice las consideraciones que a continuación se expresan:

"Para la Corporación es de claridad meridiana que la exposición del apoderado del Senador cuya pérdida de investidura se solicita, así como la del señor Delegado del Procurador General de la Nación, ambas en el sentido de que el Consejo de Estado carece de competencia para decretar la pérdida de investidura de los Congresistas cuando se alegue como causal para ello la del conflicto de intereses derivado de inhabilidades éticas y morales, por virtud de que no existe a la fecha un régimen legal que determine en qué casos se presenta dicho conflicto, toda vez que la correspondiente ley a que alude el artículo 182 de la Constitución Política jamás se ha expedido, no tiene ninguna posibilidad de prosperidad por ser tesis contraevidente que no se compadece, en manera alguna, con la realidad de los hechos y las circunstancias de aplicación y desarrollo de esas novedosas instituciones constitucionales.

Dentro del marco de la democracia participativa, el artículo 40 de la Constitución estableció como derecho de los ciudadanos, el de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y como un mecanismo específico para tal efecto, se consagró la figura de la pérdida de la investidura de sus miembros, a través de la cual se hacen efectivos el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses, toda vez que se constituye en la eventual sanción para quien los desconozca.

Dicha figura, que había tenido una existencia efímera en la reforma constitucional de 1979, al hacer realidad la participación de los ciudadanos en el control de sus elegidos, permite afirmar la real existencia de la soberanía popular, consagrada en el artículo 3° de la Carta de 1991.

En este sentido, la Comisión Tercera de la Asamblea Nacional Constituyente, al regular la Rama Legislativa del Poder Público, en su Informe-Ponencia para primer debate en la Plenaria de la Asamblea, consideró que:

«...el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés quedaría incompleto y sería inane si no estableciera la condigna sanción. Creyó también en forma unificada la Comisión que dada la alta posición del Congresista, la violación de este régimen no podía acarrear sanción inferior a la pérdida de investidura y así se consagró,...» (Gaceta Constitucional, No. 79 del miércoles 22 de mayo de 1991, pág 17).

Y en relación, con el conflicto de interés en la respectiva ponencia se afirma que:

«5.3. ***Conflicto de interés:*** *como quiera que todo ser humano está sujeto a variaciones en su capacidad de juicio imparcial cuando intervienen intereses o compromisos personales que puedan ser afectados por las decisiones a tomar, resulta necesario prevenir que tales intereses o compromisos distorsionen el ánimo imparcial del Congresista quien debe actuar siempre movido por los más altos interés del Estado y de la comunidad. Se consideró indispensable dejar la posibilidad de recusaciones si el mismo afectado no declara ante la corporación sus posibles motivos de conflicto de interés»"* (*Gaceta Constitucional*, No. 790 del miércoles 22 de mayo de 1991, pág. 16.).

Los anteriores criterios quedaron plasmados en el articulado propuesto y específicamente en relación con el tema del conflicto de intereses, además de incluir su violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, se propuso el siguiente texto:

"Los Congresistas estarán obligados a poner en conocimiento de la respectiva Cámara sus conflictos de interés de carácter moral o económico que los inhiba para decidir sobre asuntos sometidos a su consideración. Si no lo hicieron, cualquier persona podrá recursarlos.

Este es el antecedente del actual artículo 182 de nuestra Carta Fundamental, el cual regula la figura del conflicto de intereses, en los siguientes términos:

«Artículo 182. Los Congresistas deberán poner en conocimiento de la respectiva Cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración. La ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones».

"De acuerdo con el artículo transcrito, correspondía al legislador la reglamentación de lo relacionado con los conflictos de intereses, por expreso mandato constitucional y aunque inicialmente no estaba incluido en algunos de los proyectos de reglamento del Congreso, luego de diferentes propuestas y discusiones, el legislador lo consagró en el Capítulo Undécimo titulado del Estatuto del Congresista, en su sección Cuarta, conformada por los artículos 286 y siguiente de la Ley 5ª de 1992, además de que en su artículo 268, ordinal 6°, establece como uno de los deberes de los Congresistas el de «poner en conocimiento de la respectiva Cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración».

*"Y al regular la pérdida de investidura consagra la violación al régimen de conflicto de intereses como una de sus causales (artículo 296, numeral 3° **ibidem**).*

Respecto de dicha Ley 5ª de 1992, contentiva del Reglamento del Congreso, su Ponente, el entonces Senador ***Orlando Vásquez Velásquez****, afirma:*

«11.5 Pérdida de la investidura.

»En la sección 5ª, Capítulo Undécimo, sobre el Estatuto del Congresista, los artículos 296 a 304 consagran el procedimiento acerca de la pérdida de la investidura congresional cuando se presenta alguna causal señalada en el artículo 183 constitucional.

»Las causales diversas de la nueva figura en la vida institucional del país, han sido establecidas como una forma de sanción al Congresista cuando no da cumplimiento a los deberes que el cargo popular le impone o cuando desborda en conductas y comportamientos que merecen el reproche social.

»Son estas unas causales taxativas dispuestas por la vía constitucional.

»¿Pero es suficiente la consagración constitucional para alcanzar el cabal y efectivo cumplimiento de los deberes y prohibiciones por parte de los Congresistas?

»En ausencia de legislación que desarrolle estos preceptos con una clara definición y procedimiento de aplicación, la conclusión es terminante; son letra muerta que constituyen una normativa sin eficacia.

»Esta reglamentación pretende precisamente alcanzar, así sea sin la dimensión deseable, regular la institución. *Veámos:*

»Son en realidad, siete (7) causales de pérdida de la investidura congresal que exigen pronunciamiento de diversa naturaleza según la causal de que se trate. Son ellas:

»a) Violación del régimen de inhabilidades;

»b) Violación del régimen de incompatibilidades;

»c) Violación del régimen de conflicto de interés;

»d) Indebida destinación de dineros públicos;

»e) Tráfico de influencias debidamente comprobado;

»f) Inasistencia, en un mismo período de sesiones, a seis (6) reuniones plenarias en las que se voten proyectos de acto legislativo y de la ley o mociones de censura;

»g) No tomar posesión del cargo dentro de los ocho (8) días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse.

»El Consejo de Estado, dispone el artículo 184 de la Carta, «de acuerdo con la ley y en un término no mayor de veinte días hábiles, contados a partir de la fecha de solicitud formulada por la Mesa Directiva de la Cámara correspondiente o por cualquier ciudadano», debe proceder a decretar la pérdida de la investidura.

*»Estas especiales estimaciones de orden constitucional hacen imperativa la adopción de dos cuerpos legales que brinden la garantía del derecho de defensa suficiente a quienes eventualmente se encuentren incursos en alguna de estas causales: **una ley orgánica, de carácter reglamentario** como la que se examina; y una ley estatutaria, referida a un aspecto de la Administración de Justicia que adscriba la competencia para el procedimiento aplicable (artículos 151 y 152, ordinal 3 C.N).*

*»El primer aspecto se desarrolla en la presente ley dentro de un marco de amplias y seguras garantías constitucionales para el Congresista. Y el segundo, debe ser materia de debate en el curso de los próximos meses en el Congreso de la República" (**Reglamento del Congreso**, Constitución Política y otras normas referentes a la Rama Legislativa, Senado de la República, Santafé de Bogotá, D.C, 1992, pag. LIII, LIV, LV).*

*Posteriormente, la Ley 144 de 1994 «**por la cual establece el procedimiento de pérdida de investidura de los Congresistas**», en su artículo 16, definió también el **procedimiento** para aplicar el régimen de conflicto de intereses, en el caso de Congresistas que, durante el año inmediatamente anterior a su elección, hubieren prestado sus servicios remunerados a gremios o personas de derecho privado sobre cuyos intereses o negocios incidan actos que se encuentren al estudio del Congreso, caso en el cual deben comunicarlo por escrito a la Mesa Directiva, para que decida el si dichos Congresistas deben abstenerse de participar en el trámite y votación de dichos actos.*

Dicha norma consagra el trámite que debe cumplirse cuando el conflicto de intereses se refiere al caso concreto allí previsto y se constituye entonces el complemento de la legislación contenida sobre el tema en la misma Constitución (artículo 182) y en la ley (Ley 5ª de 1992) y fue declarada ajustada a la Constitución mediante sentencia C-247 de 1995 de la Corte Constitucional.

En su artículo 19 dispuso la Ley 144 en mención, que «...deroga y modifica las disposiciones legales anteriores...» disposición que es aplicable en cuanto se trate de preceptos anteriores ***que hubieren regulado temas en ella contenidos****, pero que no es posible considerarla derogatoria de* ***todas*** *las normas legales anteriores, porque ello además de antitécnico desde el punto de vista jurídico, es absurdo.*

Así entendido el artículo 19 de la Ley 144 de 1994 y en cuanto respecto del conflicto de intereses dicha ley sólo incluye lo previsto en su artículo 16 sobre procedimiento, dicha derogatoria no podía referirse a todas las normas de la Ley 5ª de 1992 sobre pérdida de investidura y conflictos de intereses.

De conformidad con las normas, de rango constitucional y legal, a que se ha hecho referencia, reguladoras del conflicto de intereses, el Congresista que tenga ***interés directo en una decisión****, que debe tomar la Corporación a la cual pertenece,* ***porque lo afecte de alguna manera*** *debe declararse impedido para participar en sus debates y desde luego en su votación. Y el Congresista, que estando ubicado en lo supuestos legales anteriores no lo exprese y no se declare impedido, incurre en violación del régimen de conflicto de intereses.*

El Consejo de Estado ha decidido ocho solicitudes de pérdida de investidura de miembros del Congreso Nacional en las cuales se ha invocado como causal la violación al régimen de conflictos de intereses, así:

1. Sentencia del 1° de diciembre de 1993, expediente AC-632, Consejero Ponente doctor ***Miguel Viana Patiño****. Se precisó que el no registro de los intereses privados en el libro respectivo, a que se refiere la Ley 5ª de 1992, no constituye violación al régimen de conflicto de intereses. La solicitud prosperó por violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Algunos Consejeros salvaron el voto y otros lo aclararon.*

2. Sentencia del 20 de enero de 1994, expediente AC-796, Consejero Ponente doctor ***Ernesto Rafael Ariza Muñoz****. Se precisaron como normas aplicables al conflicto de intereses los artículos 182 y 183 de la Constitución Nacional y 286 y siguientes de la Ley 5ª de 1992. Con salvamento de voto de los doctores* ***Miren de la Lombana de Magyaroff, Daniel Suárez Hernández, Juan Montes Hernández y Julio César Uribe Acosta****. Y aclaración de voto de los doctores* ***Carlos Betancur Jaramillo, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Orjuela Góngora y Consuelo Sarria Olcos****.*

3. Sentencia del 24 de marzo de 1994, expediente AC-1276, Consejero Ponente doctor ***Jaime Abella Zárate****. Allí textualmente se dijo:*

»En primer término se refiere la Sala a algunas de las apreciaciones del señor Procurador Tercero Delegado y de la parte impugnante, para expresar que no acoge la tesis de la inhibición en el juzgamiento de los casos de pérdida de investidura por la causal de 'conflicto de intereses' por falta de la ley que la desarrolle, según previsión del Artículo 182 de la Constitución.

»El solo Artículo 182 al cual estaban sujetos los Congresistas a partir de la vigencia de la nueva Constitución indica la necesidad de comunicar a la respectiva Cámara, para que ésta decida, las situaciones de carácter económico de índole particular que por oponerse o no acomodarse al 'bien común' al cual deben ajustar su actuación según el artículo 133, los inhibe para participar en el asunto sometido a su consideración. A falta de ley reglamentaria la disposición constitucional podía tener cumplimiento con la simple expresión o manifestación del Congresista para que la Cámara evaluara la situación y decidiera lo pertinente.

Y el Consejo de Estado para desarrollar su función juzgadora puede apelar en su auxilio a los criterios de la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina, tal como lo autoriza el Artículo 230 de la Carta».

Esta providencia tuvo salvamento de voto de la doctora ***Miren de la Lombana de Magyaroff.***

4. Sentencia del 26 de julio de 1994, expediente AC-1499, Consejero Ponente doctor ***Delio Gómez Leyva.*** *Se aplicó el artículo 182 de la Constitución Nacional y se consideró la Ley 5ª de 1992 como el desarrollo legislativo del mismo. Con aclaración de voto del doctor* ***Julio César Uribe Acosta*** *y sin salvamento de voto.*

5. Sentencia del 4 de agosto de 1994, expediente AC-1433, Consejero Ponente doctor ***Diego Younes Moreno.*** *Reitera expresamente la tesis sostenida en la sentencia ya mencionada del 24 de marzo de 1994, expediente AC-1726 y se precisa el concepto de interés directo. Con aclaración de voto por los doctores* ***Joaquín Barreto Ruiz*** *y* ***Julio César Uribe Acosta*** *y estando ausentes los doctores* ***Miguel González Rodríguez, Carlos Betancur Jaramillo, Miren de la Lombana de Magyaroff*** *y* ***Dolly Pedraza de Arenas.***

6. Sentencia del 23 de agosto de 1994, expediente AC-1675, Consejero Ponente doctor ***Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*** *Se fundamenta en los artículos 182 y 183 de la Constitución y en la Ley 5ª de 1992 "...que reglamentó lo relativo al conflicto de intereses" y transcribe su artículo 286. Con aclaración de voto del doctor* ***Julio César Uribe Acosta.***

7. Sentencia del 9 de septiembre de 1994, expediente AC-1233, Consejero Ponente doctor Yesid Rojas Serrano. *Allí se dijo textualmente:*

Tampoco la Sala, haciendo uso de su poder de interpretación de la demanda-solicitud, encuentra cuál fue la conducta observada por los senadores demandados constitutiva de quebrantamiento al régimen de conflicto de intereses, ***al cual se refieren los artículos 182 de la Carta Política****, 276 (sic) de la Ley 5ª de 1992 y 16 de la Ley 144 de 1994".*

8. Sentencia del 6 de febrero de 1996, expediente AC 3214, Consejera Ponente doctora ***Miren de la Lombana de Magyaroff****. Se decidió con fundamento del Artículo 16 de la Ley 144 de 1994.*

La anterior relación permite precisar cómo la tesis mayoritaria, reiteradamente sostenida por la Corporación, ha sido la de considerar que el régimen de conflicto de intereses se encuentra regulado en los artículos 182 y 183 de la Constitución Política, 286 y siguientes de la Ley 5ª de 1992 y 16 de la Ley 144 de 1994.

Los anteriores razonamientos son suficientes para desestimar las argumentaciones que pretenden inhibir un pronunciamiento de fondo en el caso presente sobre la base de considerar que no existe ley aplicable en la medida en que el conflicto de intereses no ha sido desarrollado legalmente.

De lo expuesto concluye la Sala que existen fundamentos constitucionales, legales y jurisprudenciales acerca de la reglamentación del conflicto de intereses; y al respecto hace las siguientes precisiones:

Primera*: Se trata, en el caso de los Congresistas, de una institución de raigambre constitucional, como que está establecida en el artículo 182 de la Carta, cuyos desarrollos legislativos, en cuanto a las razones que lo determinan, el procedimiento para su declaración bajo la forma del impedimento o de la recusación, aparecen regulados, como se dijo, en los artículos 286 y siguientes de la Ley 5ª de 1992.*

Segunda*: El impedimento para que el Congresista actúe se presenta por razones de índole moral o económica, tal como lo define, en primer término, el Artículo 182 Constitucional y en desarrollo de éste, el Artículo 286 de la Ley 5ª de 1992, en cuanto expresa que él se presenta «cuando exista interés directo en la decisión porque lo afecte de alguna manera».*

Tanto la jurisprudencia del Consejo de Estado como la doctrina, la expresión del derecho positivo y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia muestran que el conflicto de interés, independientemente del tipo de razón en que se origine (económica, moral, intelectual, etc.)

en cuanto prive al juez o al funcionario, en este caso al legislador, de la imparcialidad necesaria para la adopción de la decisión de que se trate, debe ser declarado o, cuando ello no suceda, puesto de manifiesto mediante el expediente de la recusación.

Así las cosas, entiende la Sala que el impedimento y la recusación son los instrumentos idóneos que el legislador ha establecido para hacer efectiva la condición de imparcialidad del juez o del funcionario en el proceso de toma de decisiones.

Estima la Sala, y con ello no se está realizando ningún invento de última hora, que no es necesario, ni conveniente, ni posible, que exista una tabla legal de conductas éticas que supongan una adecuación típica, para efectos de poder juzgar acerca de la presencia o no de un conflicto de interés por razones de orden moral. Basta la consagración genérica tal como se formula en el Artículo 182 de la Constitución o como se plantea en el 286 de la Ley 5ª o como se estructura en la causal primera de impedimento a que se refiere el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil.

Sobre lo anterior ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

«La Sala considera, sin necesidad de acudir a elaboradas disquisiciones, que fue acertada la decisión tomada por los Magistrados Sánchez y Velásquez, pues es evidente que existe por parte de los impedidos un interés que bien puede calificarse de intelectual, como que es consustancial a los seres humanos el deseo por que las obras producto de su ingenio trasciendan en el tiempo y en el espacio sin mayores contratiempos o escollos insalvables.

»Procede entonces la causal invocada por unos de los impedidos toda vez que estando demostrado en los autos que los Magistrados sí fingieron en alguna medida como coautores en la redacción del Estatuto Aduanero que hoy está en vigor, no puede desconocerse que a quienes participaron en esa labor sí debe interesarles la suerte que corran las instituciones jurídicas que contribuyen a crear.

»Así, pues, no es sólo el interés estrictamente personal o el beneficio económico los fenómenos que el legislador ha creído prudente elevar a la entidad de causales de impedimento, sino que dentro del amplio concepto del 'interés en el proceso' a que se refiere el numeral 1º del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, debe entenderse también la utilidad o el menoscabo de índole moral o intelectual que en grado racional puede derivarse de la decisión correspondiente (Gaceta Judicial. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Bogotá, D.E. 10 de noviembre de 1987, Magistrado Ponente: doctor ***Rodolfo Mantilla Jácome.*** *Acta No. 72 de octubre 27 de 1987, pág. 463).*

Por consiguiente no es admisible para la Sala el argumento de que en el estado actual de la legislación sólo es posible hablar de conflicto de interés respecto de los Congresistas, cuando éste tiene connotación económica.

***Tercera:** Tampoco es admisible el argumento de que sólo en la medida en que el legislador tipifique unas prohibiciones precisas de carácter ético podría deducirse impedimento moral. Esto último equivaldría a aceptar que en materia de conflicto de interés de los Congresistas impera la ética de que todo está permitido.*

No hay razón para afirmar que por no haber sido establecido por el legislador un catálogo o listado de todas las conductas que puedan dar lugar a que se tipifique el conflicto de intereses de índole moral, ello se traduzca en la imposibilidad de aplicarlo. Pues lo cierto es, que:

a) La Carta exige que los Congresistas pongan en conocimiento de la respectiva Cámara «las situaciones de orden moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración»;

b) El Artículo 286 de la Ley 5ª, les exige que se declaren impedidos cuando exista «interés directo en la decisión porque los afecte de alguna manera» a ellos o a sus más próximos familiares o a sus socios;

c) Se encuentra prevista la autoridad encargada de estudiar y pronunciarse sobre la procedencia del impedimento o de la recusación en caso de que aquél no sea manifestado espontáneamente;

d) Existe un procedimiento para darles curso a las solicitudes de desinvestiduras, contenido básicamente en la Ley 144 de 1994;

e) Con excepción de los anexos de la solicitud, la Ley 144 de 1994 no regula lo concerniente al régimen probatorio. Tampoco lo hace la Ley 5ª de 1992.

*Así, el asunto queda gobernado por el Título XXI del C.C.A., entre cuyos mandatos está el artículo 168 **ibidem** a cuyas voces, en los procesos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de ese código, las del procedimiento civil, en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valorización.*

En consecuencia, el régimen probatorio es el contenido en el Título XXI del C.C.A, y el Título XIII del C. de P.C.

f) Existe un juez encargado de fallar los procesos de desinvestidura, cual es el Consejo de Estado, por disposición de estirpe constitucional.

Todo lo anterior constituye, a no dudarlo, el régimen del conflicto de intereses que echan de menos el distinguido colaborador Fiscal y el señor apoderado del demandado, que los lleva a sostener la inaplicación del conflicto de interés originado en asuntos de índole moral.

***Cuarta**: El conflicto de interés surge o se presenta cuando según la ley «exista interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera (al Congresista), o a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o socios de derecho o hecho». Se trata, evidentemente, de una razón subjetiva que torna parcial al funcionario y que lo inhabilita para aproximarse al proceso de toma de decisiones con la ecuanimidad, la ponderación y el desinterés que la norma moral y la norma legal exigen.*

***Quinta**: La presencia del conflicto de intereses no es en sí misma censurable. Por lo general los hombres están expuestos a soportar y a resolver en sus relaciones sociales y políticas conflictos de intereses de las más variadas características. Lo que es censurable y lo que determina un tratamiento legal, es la forma como el individuo resuelve el conflicto de intereses presentado en frente de una situación concreta. El individuo puede, en efecto hacer un pacto de paz con su conciencia y admitir la resolución del conflicto aceptando, por ejemplo, que lo que es bueno para el todo lo es también para la parte, aun así se tome una posición determinante en la adopción de la decisión que favorece; pero puede también advertir, y es su obligación moral legal hacerlo, que participar en la adopción de la decisión correspondiente cuando de ella derivaría un beneficio personal particularizado, no sólo contraría normas morales (en cualquier sistema ético) sino que vulneraría disposiciones del derecho positivo (como las que aquí se han citado).*

Por ello, para evitar que se dé una participación viciada de parcialidad en el proceso de toma de decisiones (judiciales, legislativas, administrativas, etc), el ordenamiento positivo establece un mecanismo de una gran racionalidad y de una impresionante sencillez: el juez, el legislador, el administrador, que debiendo participar en la adopción de una determinada decisión, llámese sentencia, ley, decreto, acto administrativo, etc., si encuentra que su adopción es susceptible de generarle un beneficio particular específico, debe ser separado de dicho proceso, bien en forma voluntaria porque advertida la inhabilidad, la haga manifiesta mediante la declaratoria del impedimento, ora porque terceras personas, utilizando el mecanismo de la recusación, así lo determinen.

De cualquier forma, cuando la separación no se haga en forma voluntaria, vía la declaración de impedimento, se prevén sanciones de diversa índole para aquellos que fueron recusados y la recusación resultó válida y para quienes participaron en la adopción de la decisión cuando existía el impedimento a que se viene refiriendo la Sala.

Tanto la norma constitucional como la legal son claras en definir que quien esté incurso en el conflicto de intereses se encuentra inhibido para participar en la decisión y «deberá declararse impedido de participar en los debates o votaciones respectivas».

Como consecuencia por el hecho de no respetar lo normado constitucional y legalmente sobre conflicto de intereses la Carta de 1991 consagra la sanción de pérdida de investidura.

***Sexta**: La sanción de pérdida de investidura prevista en el artículo 183 de la Constitución cuando se origine en la causal de violación del régimen de conflicto de intereses tendrá lugar cuando quiera que el Congresista haya participado «en los debates o votaciones respectivas» sin haber manifestado el impedimento que hacía exigible una conducta de abstención, de separación del debate, según lo que previenen los artículos 182 y 286 de la Constitución y la Ley 5ª de 1992, respectivamente".*

De lo anterior, se desprende, en mi opinión que sí existe una reglamentación legal relativa al conflicto de interés, tanto económico como moral que es aplicable al caso en estudio.

En cuanto a los hechos del 13 de diciembre de 1995, y en el caso concreto se tiene: Que el Senador *Guerra de la Espriella,* fue elegido para el período 1994-1998. En el expediente aparece probado que para le fecha en que se dio el debate en el Senado, el Senador *José Guerra de la Espriella* conocía que contra él cursaban varios procesos penales. Por ello, en mi opinión, lo expresado en el proyecto que me fue improbado efectué el siguiente análisis, que considero válido:

De las pruebas enviadas por la Corte Suprema de Justicia se desprende claramente que en cuanto al proceso radicado bajo el No.10470, por el presunto delito de testaferrato, el Senador *José Guerra de la Espriella* rindió versión libre el 12 de junio de 1995; diligencia ampliada el 4 de septiembre de 1995. En ellas se le pregunta al Senador sobre viajes y estadías en la ciudad de Cali, el motivo, su conocimiento y vínculo con la sociedad inversiones Ara Ltda., y acerca de quiénes y por qué cancelaron varias de sus cuentas en el Hotel Internacional de Cali. En las respuestas se acepta un conocimiento, por razones comerciales, con el señor *Julián Murcillo.*

Respecto del proceso No.10024, por el presunto delito de enriquecimiento ilícto, se advierte que el Senador *Guerra de la Espriella* rindió versión libre el 19 de septiembre de 1995: Las preguntas en esta diligencia estuvieron encaminadas a averiguar si conocía al denunciante señor *Alberto Ursola Pérez,* sobre la manera como el Senador había adquirido unas fincas y unos vehículos. Se le preguntó si había manejado dineros del Presupuesto Nacional. En las respuestas manifestó que no conocía al denunciante, que según la Registraduría no había cédula expedida a su nombre y dio varias explicaciones acerca de cómo había adquirido los bienes.

En el caso *sub judice* de la prueba remitida por la Corte Suprema de Justicia, con oficio calendado el 19 de marzo pasado, se establece que el Senador *Guerra de la Espriella* había rendido versión libre tanto en el proceso 1024, por presunto delito de enriquecimento ilícito, el día diecinueve (19) de septiembre de 1995, como en el proceso 10.470, por testaferrato, el día doce (12) de julio de 1995, diligencia ampliada el día 4 de septiembre de 1995.

Se observa que, según el Artículo 321 del Código de Procedimiento Penal, durante la investigación previa las diligencias son reservadas, pero el defensor del imputado que rindió versión preliminar tiene derecho a conocerlas y a que le expidan copias. En consecuencia, el Senador *Guerra de la Espriella* , sí conocía el 13 de diciembre de 1995, que en la Corte Suprema de Justicia cursaba un proceso en su contra por enriquecimiento ilícito, y por ello, a la luz del debate surtido en el Senado de la República, en la fecha citada, y conforme al precepto Constitucional, tenía la obligación de haber manifestado su impedimento.

5°. Al analizar en apartes anteriores lo ocurrido en el debate se puso de presente que los temas de enriquecimiento ilícito y del alcance que el artículo cuestionado tenía sobre el juzgamiento, gravitaban en torno del debate. De dichas advertencias no podía sustraerse el Senador *Guerra de la Espriella,* para que pueda argumentarse, como lo dice en su escrito de oposición, que entre el proyecto de artículo transcrito y el tipo penal de enriquecimiento ilícito no existe relación alguna.

Las discusiones del artículo cuestionado, como dan cuenta las actas, fueron pródigas sobre la incidencia que tenía la aprobación del "artículo nuevo" en la tipicidad del enriquecimiento ilícito, y si como da fe el acta No.35, el Senador *Guerra de la Espriella* contestó a lista, estuvo siempre presente porque no hay constancia de que se hubiera retirado del recinto y votó afirmativamente el proyecto de ley, no puede aceptarse que no tuviera entendimiento de los efectos que la norma aprobada pudiera tener en las investigaciones en curso sobre el delito de enriquecimiento ilícito, varias veces mencionado en el debate.

De lo anterior se concluye, sin mayor esfuerzo, que una persona que participaba en el debate deduciría fácilmente que aquellas personas cuestionadas penalmente por enriquecimiento ilícito, se podrían beneficiar, por cuanto se trataba de exigir que para que se tipificara al delito, previamente se debía determinar la ilicitud de los dineros con los cuales se obtuvo el incremento patrimonial.

Ahora bien, la Sala se encuentra ante un proceso de pérdida de investidura, donde investiga la observancia de la obligación por parte del Congresista de poner en conocimiento de la respectiva Cámara las situaciones de carácter moral o económico que lo inhiben para participar en el trámite de asuntos sometidos a su consideración.

Para la Sala es claro que si el Senador *José Guerra de la Espriella* participó en el debate, votó favorablemente un proyecto de ley, que lo podía beneficiar en cuanto afectaba las diligencias preliminares que por enriquecimiento ilícito se adelantaban en su contra en la Corte Suprema de Justicia, incurrió en violación del régimen de conflicto de intereses, en cuanto desconoció las normas que establecen que en dicha situación el Congresista debe informar su interés y declararse impedido, toda vez que se trataba de una situación de carácter particular, estrictamente personal en la que tenía interés el Senador y que significó utilizar su investidura para beneficio particular.

Por las anteriores consideraciones, estimo que en el *sub lite* se ha debido decretar la pérdida de investidura del senador *Guerra de la Espriella.*

Respetuosamente,

Julio E. Correa Restrepo.

Fecha: *Ut Supra*

REGIMEN DE CONFLICTO DE INTERESES - Violación / **INVESTIGACION PENAL A CONGRESISTA** - Manifestación de impedimento

Teniendo en cuenta que según el acta No.35 correspondiente a la sesión realizada el día miércoles 13 de diciembre del Senado de la República, publicada en la *Gaceta del Congreso* No. 479 del 20 de diciembre en la página 33 está registrada la votación nominada del artículo en cuestión y allí aparece que el Senador *Guerra de la Espriella* la votó afirmativamente, conociendo los efectos que dicho artículo tenía en su caso personal, por estar investigado por la Corte Suprema de Justicia, violó el régimen de conflicto de intereses, al no manifestar su interés y declararse impedido, ya que se trataba de una situación individual en la cual tenía interés pesonal e implicaba la utilización de su investidura en beneficio particular, y por lo tanto la Sala ha debido decretar la pérdida de su investidura, tal como lo propuso el doctor *Guillermo Chahín Lizcano* en la ponencia que fue considerada en la sesión de la Sala del 5 de marzo del presente año, que yo compartí y la cual no fue aprobada.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

SALVAMENTO DE VOTO

Doctora: *Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación AC-3301. Actor: Emilio Sánchez Alsina. Providencia aprobada en la sesión del 16 de abril de 1996.

Consejero Ponente: doctor *Amado Gutiérrez Velásquez.*

Por cuanto la conducta que se endilga al Senador *José Guerra de la Espriella,* es la misma de que fue acusado el Senador *Jorge Ramón Elías Náder,* al solicitante la pérdida de su investidura por el doctor *Emilio Sánchez Alsina,* invocando la misma causal de violación al régimen de conflicto de

intereses resultan válidos, para sustentar mi discrepancia con la providencia que antecede, los criterios ampliamente expuestos en la ponencia que me correspondió elaborar, la cual decía, textualmente, en su parte considerativa:

"1. La pérdida de la Investidura y el Conflicto de Intereses. Su reglamentación.

Recuperar el prestigio del congreso fue uno de los móviles de la reforma constitucional de 1991 y como consecuencia de ello se regularon algunos mecanismos de control respecto de sus miembros.

Dentro del marco de la democracia participativa, el Artículo 40 de la Constitución estableció como derecho de los ciudadanos el de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y, como un mecanismo específico para tal efecto, se consagró la figura de la pérdida de la investidura de sus miembros a través de la cual se hacen efectivos el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses, toda vez que se constituye en la eventual sanción para quien los desconozca. Dicha figura, que había tenido una existencia efímera en la reforma constitucional de 1979, al hacer realidad la participación de los ciudadanos en el control de sus elegidos, permite afirmar la real existencia de la soberanía popular, consagrada en el artículo 3° de la Carta de 1991.

En este sentido, la Comisión Tercera de la Asamblea Nacional Constituyente, al regular la Rama Legislativa del Poder Público, en su Informe-Ponencia para primer debate en la Plenaria de la Asamblea consideró:

«...el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés quedaría incompleto y sería inane si no se estableciera la condigna sanción. Creyó también en forma unificada la Comisión que dada la alta posición del Congresista, la violación de este régimen no podía acarrear sanción inferior a la pérdida de la investidura y así se consagró,...». Gaceta Constitucional número 79 del miércoles 22 de mayo de 1991, pág. 17.

Y en relación con el conflicto de interés, en la respectiva ponencia se afirma:

5.3. Conflicto de interés: como quiera que todo ser humano está sujeto a variaciones en su capacidad de juicio imparcial cuando intervienen intereses o compromisos personales que puedan ser afectados por las decisiones a tomar, resulta necesario prevenir que tales intereses o compromisos distorsionen el ánimo imparcial del Congresista, quien debe actuar siempre movido por los más altos intereses del Estado y de la comunidad. Se consideró indispensable dejar la posibilidad de recusaciones si el mismo afectado no declara ante la corporación sus posibles

motivos de conflicto de interés". Gaceta Constitucional número 79 del miércoles 22 de mayo de 1991, pág. 16.

Los anteriores criterios quedaron plasmados en el articulado propuesto y específicamente en relación con el tema del conflicto de intereses, además de incluir su violación como causal de pérdida de la investidura, junto con la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, se propuso el siguiente texto:

«Los congresistas estarán obligados a poner en conocimiento de la respectiva cámara sus conflictos de interés de carácter moral o económico que los inhiba para decidir sobre asuntos sometidos a su consideración. Si no lo hicieren, cualquier persona podrá recusarlos».

Este es el antecedente del actual artículo 182 de nuestra Carta Fundamental, el cual regula la figura del Conflicto de Intereses en los siguientes términos:

«Artículo 182. Los congresistas deberán poner en conocimiento de la respectiva Cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración. La ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones».

De acuerdo con el artículo transcrito, correspondía al legislador la reglamentación de lo relacionado con los conflictos de intereses por expreso mandato constitucional y aunque inicialmente no estaba incluido en algunos de los proyectos de reglamento del Congreso, luego de diferentes propuestas y discusiones, el legislador lo consagró en el Capítulo Undécimo titulado del Estatuto del Congresista, en su Sección Cuarta conformada por los artículos 286 y siguientes de la ***Ley 5ª de 1992****, además de que en su Artículo 268, ordinal 6, establece como uno de los deberes de los congresistas el de «poner en conocimiento de la respectiva Cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración».*

Y al regular la pérdida de investidura consagra la violación al régimen de conflicto de intereses como una de sus causales (Artículo 296 numeral 3, ***ibidem****).*

Respecto de dicha Ley 5ª de 1992, contentiva del Reglamento del Congreso, su Ponente, el entonces Senador ***Orlando Vásquez Velásquez****, afirma:*

«11.5 Pérdida de la Investidura

»En la Sección 5ª Capítulo undécimo, sobre el Estatuto del Congresista, los artículos 296 a 304 consagran el procedimiento acerca de la pérdida de la investidura congresional cuando se presenta alguna causal señalada en el Artículo 183 constitucional.

»Las causales diversas de la nueva figura en la vida institucional del país han sido establecidas como una forma de sanción al Congresista cuando no da cumplimiento a los deberes que el cargo popular le impone, o cuando desborda en conductas y comportamientos que merecen el reproche social.

»Son éstas unas causales taxativas dispuestas por la vía constitucional.

»¿Pero es suficiente la consagración constitucional para alcanzar el cabal y efectivo cumplimiento de los deberes y prohibiciones por parte de los Congresistas?

»En ausencia de legislación que desarrolle estos preceptos con una clara definición y procedimiento de aplicación, la conclusión es terminante: son letra muerta que constituyen una normativa sin eficacia.

»Esta reglamentación pretende precisamente alcanzar, así sea sin la dimensión deseable, regular la institución. *Veamos:*

»Son, en realidad, siete (7) causales de pérdida de investidura congresal que exigen pronunciamiento de diversa naturaleza según la causal de que se trate. Son ellas:

»a) Violación del régimen de inhabilidades;

»b) Violación del régimen de incompatibilidades;

»c) Violación del régimen de conflicto de intereses;

»d) Indebida destinación de dineros públicos;

»e) Tráfico de influencias debidamente comprobadas;

»f) Inasistencia, en un mismo período de sesiones, a seis (6) reuniones plenarias en las que se voten proyectos de acto legislativo y de la ley o mociones de censura;

»g) No tomar posesión del cargo dentro de los ocho (8) días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse.

»El Consejo de Estado dispone el Artículo 184 de la Carta, 'de acuerdo con la ley y en un término no mayor de veinte (20) días hábiles, contados a partir de la fecha de solicitud formulada por la Mesa Directiva de la Cámara correspondiente o por cualquier ciudadano', debe proceder a decretar la pérdida de la investidura.

*»Estas especiales estimaciones de orden constitucional hacen imperativa la adopción de dos cuerpos legales que brinden la garantía del derecho de defensa suficiente a quienes eventualmente se encuentren incursos en alguna de estas causales: **una ley orgánica, de carácter reglamentario** como la que se examina; y una ley estatutaria, referida a un aspecto de la Administración de Justicia que adscriba la competencia para el procedimiento aplicable (artículos 151 y 152, ordinal 3 C.N).*

***"El primer aspecto se desarrolla en la presente ley dentro de un marco de amplias y seguras garantías constitucionales para el Congresista.** Y el segundo debe ser materia de debate en el curso de los próximos meses en el Congreso de la República" (**Reglamento del Congreso**, Constitución Política y otras normas referentes a la Rama Legislativa, Senado de la República , Santafé de Bogotá, D.C, 1992, p.5. LIII,LIV.LV).*

De conformidad con lo hasta aquí expuesto, el Conflicto de Intereses se encuentra debidamente reglamentado en los términos de la Ley 5ª de 1992, calificada por su propio Ponente como ley orgánica, de carácter reglamentario.

Los artículos 286 y 291 de dicha ley disponen textualmente :

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

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

*Posteriormente la Ley 144 de 1994 **«por la cual se establece el procedimiento de pérdida de investidura de los congresistas»**, en su Artículo 16, definió también el procedimiento para aplicar el régimen de conflicto de intereses, en el caso de congresistas que, durante el año*

inmediatamente anterior a su elección, hubieren prestado sus servicios remunerados a gremios o personas de derecho privado sobre cuyos intereses o negocios incidan actos que se encuentren al estudio del Congreso, caso en el cual deben comunicarlo por lo escrito a la Mesa Directiva para que decida si dichos congresistas deben abstenerse de participar en el trámite y votación de dichos actos.

Dicha norma consagra el trámite que debe cumplirse cuando el conflicto de intereses se refiere al caso concreto allí previsto y se constituye entonces en complemento de la legislación contenida sobre el tema en la misma Constitución (artículo 182) y en la ley (Ley 5ª de 1992) y fue declarada ajustada a la Constitución mediante Sentencia C-247 de 1995 de la Corte Constitucional.

En su Artículo 19 dispuso la Ley 144 en mención que «...deroga y modifica las disposiciones legales anteriores...», disposición que es aplicable en cuanto se trate de disposiciones anteriores que hubieren regulado temas en ella contenidos, pero que no es posible considerar la derogatoria de todas las disposiciones legales anteriores, porque ello además, desde el punto de vista jurídico es absurdo.

Así entendido el Artículo 19 de la Ley 144 de 1994 y en cuanto respecto del conflicto de intereses dicha ley sólo incluye lo previsto en su Artículo 16 sobre procedimiento, dicha derogatoria no podía referirse a todas las normas de la Ley 5ª de 1992 sobre pérdida de investidura y conflictos de intereses.

De conformidad con las normas de rango constitucional y legal, a que se ha hecho referencia, reguladoras del conflicto de intereses, el Congresista que tenga interés directo de una decisión que debe tomar la Corporación a la cual pertenece, porque lo afecte de alguna manera debe declararse impedido para participar en sus debates y desde luego en su votación. Y el Congresista, que estando ubicado en los supuestos legales anteriores, no lo exprese y no se declare impedido, incurre en violación del régimen de conflicto de intereses.

Con fundamento en el anterior marco normativo, el Consejo de Estado a decidido ocho solicitudes de pérdida de investidura de miembros del Congreso Nacional, en las cuales se ha invocado como causal la violación al régimen de conflictos de intereses, así:

1. Sentencia del 1° de diciembre de 1993, expediente AC-632, Consejero Ponente doctor Miguel Viana Patiño. Se precisó que el no registro de los intereses privados en el libro respectivo, a que se refiere la Ley 5ª de 1992, no constituye violación al régimen de conflicto de intereses. La

solicitud prosperó por violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Algunos Consejeros salvaron el voto y otros lo aclararon.

2. Sentencia del 20 de enero de 1994, expediente AC-796, Consejero Ponente doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz. Se precisaron como normas aplicables al conflicto de intereses los artículos 182 y 183 de la Constitución Nacional y 286 y siguientes de la Ley 5ª de 1992. Con salvamento de voto de los doctores Miren de la Lombana de Magyaroff, Daniel Suárez Hernández, Juan Montes Hernández y Julio César Uribe Acosta: Y aclaración de voto de los doctores Carlos Betancur Jaramillo, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Orjuela Góngora y Consuelo Sarria Olcos.

3. Sentencia del 24 de marzo de 1994, expediente AC-1276, Consejero Ponente doctor Jaime Abella Zárate. Allí textualmente se dijo:

«En primer término se refiere la Sala a algunas de las apreciaciones del señor Procurador Tercero Delegado y de la parte impugnante, para expresar que no acoge la tesis de la inhibición en el juzgamiento de los casos de pérdida de investidura por la causal de 'conflicto de intereses' por falta de la ley que la desarrolle según previsión del Artículo 182 de la Constitución.

»El sólo Artículo 182 al cual estaban sujetos los Congresistas a partir de la vigencia de la nueva Constitución indica la necesidad de comunicar a la respectiva Cámara, para que ésta decida las situaciones de carácter económico de índole particular que por oponerse a no acomodarse al 'bien común' al cual deben ajustar su actuación según el artículo 133, los inhibe para participar en el asunto sometido a su consideración. A falta de ley reglamentaria la disposición constitucional podía tener cumplimiento con la simple expresión o manifestación del Congresista para que la Cámara evaluara la situación y decidiera lo pertinente.

»Y el Consejo de Estado para desarrollar su función juzgadora puede apelar en su auxilio a los criterios de la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina, tal como lo autoriza el artículo 230 de la Carta».

Esta providencia tuvo salvamento de voto de la doctora Miren de la Lombana de Magyaroff.

4. Sentencia del 26 de julio de 1994, expediente AC-1499, Consejero Ponente doctor Delio Gómez Leyva. Se aplicó el artículo 182 de la Constitución Nacional y se consideró la Ley 5ª de 1992 como el desarrollo legislativo del mismo. Con aclaración de voto del doctor Julio César Uribe Acosta y sin salvamento de voto.

5. Sentencia del 4 de agosto de 1994, expediente AC-1433, Consejero Ponente doctor Diego Younes Moreno. Reitera expresamente la tesis sostenida en la sentencia ya mencionada del 24 de marzo de 1994, expediente AC-1726 y se precisa el concepto de interés directo. Con aclaración de voto de los doctores Joaquín Barreto Ruiz y Julio César Uribe Acosta y estando ausentes los doctores Miguel González Rodríguez, Carlos Betancur Jaramillo, Miren de la Lombana de Magyaroff y Dolly Pedraza de Arenas.

6. Sentencia del 23 de agosto de 1994, expediente AC-1675, Consejero Ponente doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz. Se fundamenta en los artículos 182 y 183 de la Constitución y en la Ley 5ª de 1992 «...que reglamentó lo relativo al conflicto de intereses», y transcribe su Artículo 286. Con aclaración de voto del doctor Julio César Uribe Acosta.

7. Sentencia del 9 de septiembre de 1994, expediente AC-1233, Consejero Ponente doctor Yesid Rojas Serrano. Allí se dijo textualmente:

«Tampoco la Sala, haciendo uso de su poder de interpretación de la demanda-solicitud, encuentra cuál fue la conducta observada por los senadores demandados constitutiva de quebramiento al régimen de conflicto de intereses, al cual se refieren los artículos 182 de la Carta Política, 276 (sic) de la Ley 5ª de 1992 y 16 de la Ley 144 de 1994».

8. Sentencia del 6 de febrero de 1996, expediente AC-3214, Consejera Ponente doctora Miren de la Lombana de Magyaroff. Se decidió con fundamento del Artículo 16 de la Ley 144 de 1994.

La anterior relación permite precisar cómo, la tesis mayoritaria, reiteradamente sostenida por la Corporación, explícita o implícitamente, ha sido la de considerar que el régimen de conflicto de intereses se encuentra regulado en los artículos 182 y 183 de la Constitución, 286 y siguientes de la Ley 5ª de 1992 y 16 de la Ley 144 de 1994.

Al reiterar dicha tesis, en esta oportunidad la Sala precisa que, por lo demás, en relación con los conflictos de intereses en cuestiones de tipo moral, a que se refiere la Constitución en su artículo 182, ello no son susceptibles de regular de manera concreta y particular, toda vez que, sólo la persona en su fuero interno y en su conciencia puede saber cuando está interesada moralmente en una decisión legislativa.

Las anteriores consideraciones hacen que la Sala no comparta el criterio expuesto por el señor apoderado del senador Elías Náder en el sentido de que la solicitud ha debido rechazarse por no existir reglamentación respecto del conflicto de intereses y la tesis del señor Procurador Segundo

Delegado, en el sentido de que deben negarse las peticiones del accionante por la misma razón, ya que la Sala, en este aspecto, comparte los criterios expuestos por el doctor Orlando Vásquez Velásquez, Ponente de la Ley 5ª de 1992 en el Senado de la República, atrás transcritos, en el sentido de que la Ley 5 de 1992 contiene la reglamentación sobre el conflicto de intereses a que se refiere el Artículo 182 de la Constitución Nacional.

2. La conducta del Senador ***Jorge Ramón Elías Nader y el régimen de conflictos de intereses.***

Estando comprobada, en el expediente al folio 14 del Cuaderno Principal, la calidad del Senador de la República del doctor ***Jorge Ramón Elías Nader****, debe la Sala establecer si se dio alegada violación del régimen de conflictos de intereses por el Senador* ***Jorge Ramón Elías Náder****, con la conducta que se le endilga.*

Afirma, el solicitante que el Senador Elías Náder violó el régimen de conflictos de intereses, al haber intervenido en la votación de un artículo que se adicionó al proyecto de ley sobre la seguridad ciudadana, artículo que pretendía convertir el delito de enriquecimiento ilícito en un delito subalterno, con lo cual se solucionaba la situación en materia penal que tenía el citado Senador, por estar siendo investigado por la Corte Suprema de Justicia, y por esta razón se ha debido declarar impedido para votar dicho artículo, explicación que para la Sala resulta suficiente para precisar el concepto de violación del régimen de conflicto de intereses.

De conformidad con las pruebas allegadas al proceso está comprobado que el Senador ***Jorge Ramón Elías Náder****, asistió a la sesión ordinaria del Senado de la República realizada el día 13 de diciembre de 1995 y contestó a lista (Gaceta del Congreso No. 479 del miércoles 20 de diciembre de 1995, pág. 2).*

Igualmente está comprobado que en el orden del día para la sesión de dicha fecha, estaba incluido el "Proyecto No.168 Senado y No.129 Cámara, por el cual se determina el régimen aplicable a las contravenciones especiales y se dictan otras disposiciones" (Gaceta del Congreso No. 479 del miércoles 20 de diciembre de 1995, pág. 2).

En la misma Gaceta del Congreso No. 479, en las páginas 15 y siguientes, consta la discusión del proyecto y allí, luego de la intervención del Senador ***Guillermo Angulo Gómez****, se leen las proposiciones supresivas de algunos artículos del proyecto y puesto en consideración con las modificaciones mencionadas, es aprobado. En seguida, por Secretaría se da lectura a un* ***artículo nuevo*** *suscrito por 45 Senadores, el cual dice así:*

«La doctrina constitucional adoptada en la sentencia de la Corte Constitucional es criterio auxiliar de interpretación para las autoridades, excepto en los siguientes casos:

»Primero, cuando dicte sentencias interpretativas, es decir, aquellas que declaran la exequibilidad de una norma legal, condicionada a una determinada forma de interpretación.

»Segundo, cuando la parte emotiva (sic) de la sentencia proferida por la Corte Constitucional guarde unidad indisoluble o relación directa o tenga el hecho (sic) causal con la parte resolutiva de la misma.

»Tercero, en los casos de sentencias integradoras, es decir, cuando a falta de legislación adecuada para resolver un asunto concreto sometido a su competencia, el juez aplique directamente la norma constitucional. En estos tres casos la doctrina adoptada en la providencia hace tránsito a cosa juzgada constitucional, obliga en su integridad y corrige la jurisprudencia. Su inobservancia es causal de mala conducta».

Según el relato de la citada Gaceta del Congreso ***nadie*** *sustentó el nuevo artículo y se abrió el debate, en el cual no intervino el Senador Jorge Ramón Elías Náder. Sometido el artículo nuevo a consideración fue aprobado por 56 votos a favor y 32 en contra.*

De acuerdo con las actas, y por cuanto la votación, fue nominal puede establecerse claramente que el ***Senador Elías Náder*** *votó favorablemente el proyecto en cuestión (Gaceta de Congreso No.479, miércoles 20 de diciembre de 1995, pág. 33).*

La presunta relación de dicho artículo adicional al proyecto, discutido y aprobado por 56 votos en la sesión plenaria del Senado de la República en su sesión del 13 de diciembre, con el delito de enriquecimiento ilícito, alegada por el solicitante, aparece claramente establecida a través de la discusión del mismo en el debate.

El Senador Luis Guillermo Giraldo en su intervención, durante la discusión dijo:

«...añadido a un texto que trata de contravenciones, que no profundiza en materia de justicia, que trata ciertamente del derecho casi que correccional y al cual se le está tratando de añadir un artículo de amplio contenido jurídico y de amplia repercusión actual por las circunstancias que está viviendo en este momento el país, por investigaciones que está adelantando la Procuraduría en relación con dineros que financiaron posiblemente campañas electorales, dineros que pudieron provenir también el narcotráfico...

»...pidiéndole al señor Ministro de Justicia que ilustre al Senado, qué ocurriría con lo que inicialmente se conoce como el proceso 8.000, en el caso de que el Congreso de la República aprobara este artículo que se ha presentado a la consideración de la Plenaria de hoy, para que todos sepamos cómo vamos a votar y cuáles son las consecuencias directas, inmediatas de coyuntura...

»...Yo deseo vivamente que quienes en un momento determinado se encuentran en ese proceso 8.000, le expliquen al país su conducta y obtengan conforme a las leyes actuales el veredicto institucional que los declare inocentes, deseo eso, pero creo que aquí puede pasar, honorables Senadores, cuando veo en los curules a unos estimados colegas, que cuyo texto aquí transcrito los puede afectar positivamente cuando yo soy inocente, yo no acepto una amnistía, cuando hay inocencia no necesitamos de artículos de proyecto de ley. Eso se impone por sí sólo, este es un momento bastante difícil y decisivo para el Senado de la República, en donde a lo mejor el país nos puede enjuiciar por estar legislando al calor de la coyuntura, a lo mejor por estar legislando con nombres propios y eso no es bueno para este Congreso...» (Gaceta del Congreso No. 479 del miércoles 20 de diciembre de 1995, págs. 18 y19).

Más adelante, el señor Fiscal General de la Nación, doctor Alfonso Valdivieso Sarmiento, en una de sus intervenciones dijo:

«...pero yo no puedo dejar de hablar de las razones que me permiten a mí afirmar que es una decisión además absurda relacionada con la coyuntura.

»Claro está, ya lo dijo el Senador Giraldo, con todo respeto, yo creo que también debo decir lo mismo, pero al mismo tiempo también referirme al tema de enriquecimiento ilícito, sin lugar a duda establecer cómo se estableció la tipificación de este delito, demuestra claro está, falencias, dificultades, deficiencias en la capacidad investigativa del Estado para poder tomar los delitos que generan una gran capacidad económica, esto es absolutamente cierto y a partir de los cuales se estructura una cadena de beneficiarios de ese ingreso y lo vuelvo a repetir hoy, por decirles el delito que no puede ni debe continuar en manos de los delincuentes, yo sigo insistiendo, estamos haciendo un trabajo en ese sentido, esperamos presentarlo en la próxima legislatura, y el país debe avanzar en la debida aplicación del artículo 34 de la Constitución, cuando se habla de la extinción del dominio de los bienes adquiridos en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social es claro.

»Los ingresos provenientes del delito, el secuestro, el delito de subversión, y por que no decirlo, también del narcotráfico y de cualquier delito, no

puede seguir en manos de los delincuentes, esto es una inconsecuencia, que tal que todo el fenómeno de la corrupción de la forma como alrededor del erario público se esquilma de todas maneras la riqueza que es de todos, de la sociedad, esas personas que queden con esos dineros puedan de una manera alegre continuar con ese patrimonio adquirido ilegalmente, ilícitamente, delictivamente en virtud de una acción criminal, eso es absurdo, establece el delito del enriquecimiento ilícito esa posibiilidad claro está y hay que reconocer la deficiencia, yo no voy a entrar en detalles en cuanto la interpretación, pero sí me llamó mucho la atención y lo dije expresamente, que a raíz de una demanda que se presentara a la Corte Constitucional recientemente la Corte que tuvo que, por supuesto, tomar una decisión consecuente con el procedimiento que se ha adoptado porque se estaba demandando, por su puesto en la demanda se establecía que no prosperaba y se transcribía algunos apartes de la decisión adoptada dos años o algo así en 1993, antes atrás, dos años atrás, esta decisión tenía que ver con un artículo, el primero si no estoy mal, del Decreto 1895 de 1989, cuando debió establecerse el enriquecimiento ilícito, en aquellas circunstancias tan tremendas del país...

»...

»...yo mismo me he planteado esa duda, pero por supuesto que el delito en sí mismo, este delito es autónomo, debe ser considerado como un delito autónomo precisamente porque así se concibió y porque esas fueron las circunstancias, repito, las deficiencias investigativas para establecer la verdad en la realidad de la comisión de unas conductas delitivas...» (Gaceta del Congreso No.479 del miércoles 20 de diciembre de 1995, pág 22 y 23).

El Senador Gustavo Espinosa Jaramillo en una interpelación al señor Fiscal, afirmó:

"Presidente, señor Fiscal, usted ha vinculado en forma abierta, concreta y muy franca este proyecto de artículo con el tema del narcotráfico y del enriquecimiento ilícito, jurídicamente ha dicho varias inexactitudes, yo me voy a referir a ellas más tarde, ahora quiero hacerle esta pregunta concreta: Considera usted que aprobar este artículo interfiere los procesos contra Fernando Botero y contra Juan Manuel Abella, y considera usted que este artículo va a favorecerlo a ellos, puesto que ambos están supuestamente sindicados por enriquecimiento ilícito de particulares?" (Gaceta No. 479 de miércoles 20 de diciembre de 1995, pág 23).

Continuó el señor Fiscal en el uso de la palabra y dijo respecto del artículo nuevo del proyecto en consideración:

«...a un artículo como esto si tiene vigencia se tendrá que aplicar y eso tendrá el efecto, yo no me refiero a eso, pero que afecta el curso de muchas investigaciones yo sí creo; eso lo han dicho personas que me han antecedido en el uso de la palabra y esa es una de las razones por las cuales considero inconveniente y aun absurda esta decisión en estos momentos...» (Gaceta No. 479 del 20 de diciembre de 1995, pág 25).

El último interviniente en el debate Senador Gustavo Espinosa Jaramillo se refiere a un antecedente personal que califica de monstruosa deformación cuando propuso una reforma al Código de Procedimiento Penal y se le acusó de pretender suprimir el delito de enriquecimiento ilícito de la legislación y expresa que no firmó la proposición del artículo en discusión y en relación con el tema afirma:

«por qué han vinculado el tema con el narcotráfico, por qué lo vinculan con el enriquecimiento ilícito, por qué lo han vinculado con ese conjunto de procesos que llaman el proceso 8.000, el señor Fiscal no lo ha dicho explícitamente, pero implícitamente dice sí, se aprueba va a pertubar un poco de esos procesos que están (en) marcha, se está refiriendo es al proceso de Fernando Botero y de Juan Manuel Abella, de eso es que se trata, honorables Senadores, pero por qué se asusta la Fiscalía de que se apruebe este artículo, por qué se asusta de que la ley dé fuerza a la cosa juzgada constitucional, por qué la Corte Constitucional en 1993 y en 1994 se ocupó del enriquecimiento ilícito y dijo cómo se entiende el tipo penal...

»...

»Porque aquí lo que está pasando, lo que nadie se atreve a decir es que lo que la Fiscalía busca es destruir el poder, tumbar el poder, tumbar al Presidente, tumbar al Contralor, tumbar al Procurador, y meternos a la cárcel a 15 ó 20 ó 30 ó 3 Congresistas, de esto es de lo que se trata, querían la verdad y esa es la verdad y es lo que tenemos que enfrentar, y resulta que todo esto va a quedar en la impunidad si este artículo se aprueba, sí eso es así, significaría que todo lo que tiene montado la Fiscalía tiene base deleznable y pobre jurídicamente, porque si la Fiscalía no resiste confrontación con la jurisprudencia sabia cientifica de la Corte Constitucional, entonces jurídicamente no existe Fiscalía» (Gaceta del Congreso No. 479 del 20 de diciembre de 1995, págs. 33 y 34).

Surtida la votación, el señor Fiscal afirma:

«...yo he dicho que advierto consecuencias que pueden afectar los procesos que están en curso y debe ser eso así también es posible que se advierta algún conflicto de intereses, de intereses entre los parlamentarios que

votaron y ese texto, espero que no prospere esa iniciativa...» (Gaceta del Congreso No. 479, del 20 de diciembre de 1995, pág. 35).

De acuerdo con los temas analizados en el debate surge claramente que aunque los términos del «artículo nuevo» se referían al tema general de la cosa juzgada constitucional y de los efectos de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional, tal como lo precisan los mismos Senadores y el Señor Fiscal, se trataba de dar fuerza legal a la sentencia de la Corte Constitucional, mediante la cual se declaró ajustado a la Constitución el Artículo 10 del Decreto 2066 de 1991, mediante el cual se adoptó como legislación permanente el Decreto 1895 de 1989, el cual ya había sido declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 3 de octubre de 1989. Y la Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad de la norma que le dio vigencia permanente, dijo:

«La expresión 'de una u otra forma', debe entenderse como incremento patrimonial no justificado, derivado de actividades delictivas, en cualquier forma que se presenten éstas. Las actividades delictivas deben estar judicialmente declaradas, para no violar el debido proceso, y el Artículo 248 de la Constitución Política, según el cual únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales» (Sentencia C-127 de marzo 30 de 1993, Corte Costitucional).

Se encuentra comprobado en el expediente que el 13 de diciembre de 1995, en la Corte suprema de Justicia, existían diligencias contra el Senador Jorge Ramón Elías Náder, por el presunto delito de enriquecimiento ilícito «...radicadas bajo los números 10085 y 10739 se refieren a hechos relacionados con el pago de estadía en el Hotel Continental de Cali y recepción de cheques provenientes presuntamente de empresas fachadas pertenecientes al llamado Cartel de Cali...».

Las diligencias 10739 fueron remitidas por la Dirección Regional de Fiscalías de Santafé de Bogotá.

Igualmente cursaba otra diligencia con número de radicación 11314 por los presuntos delitos de testaferrato y enriquecimiento ilícito, en la cual se solicitó acreditar calidades como congresista.

Respecto de dichas diligencias el día 13 de diciembre de 1995, no se había librado ninguna comunicación al doctor Elías Náder, notificándole su existencia, ni él había realizado actuación alguna en las mismas.

Todo lo anterior según certificaciones de la Corte Suprema de Justicia que obran folios 46, 47 y 78 del cuaderno de pruebas.

El Senador alega en su defensa que por no existir proceso penal en su contra, en cuanto no se le había notificado formalmente de las diligencias preliminares que la Corte Suprema de Justicia adelantaba contra él, no se encontraba impedido para votar el proyecto de ley concretamente el «nuevo artículo» tantas veces mencionado.

A juicio de la Sala dicho argumento no resulta válido, toda vez que si bien es cierto que procesalmente, en materia penal, la vinculación al proceso para el inculpado surge con la indagatoria, para efectos de establecer si se desconoció el régimen de conflicto de intereses, lo que debe establecerse es si el Senador, quien votó un proyecto de ley y concretamente un artículo, sabía que con la aprobación de dicha norma resultaba beneficiado porque tenía diligencias preliminares en curso en la Corte Suprema de Justicia, sin que se pueda exigir como requisito indispensable la vinculación formal y la existencia de un proceso penal.

En el caso de autos, si bien es cierto que no se ha comprobado que el Senador hubiera rendido indagatoria, sí es claro para la Sala que el Senador tenía conocimiento de que la Dirección Regional de Fiscalías le «había querellado» ante la Corte Suprema de Justicia, tal como se desprende de la afirmación que hizo en la audiencia pública que se realizó dentro del presente proceso de pérdida de investidura y que aparece en su resumen escrito cuando afirma:

«En mi caso particular, el Fiscal de la Nación conocía de antemano la existencia de las diligencias preliminares que se encontraban radicadas en la Corte Suprema de Justicia, toda vez que fue la misma Dirección Regional de Fiscalías la entidad que me había querellado...» (folio 143 C.P).

Y que se trataba de diligencias relacionadas con el enriquecimiento ilícito, también era de su conocimiento, y es por eso que cuestiona la actuación del Fiscal por no haberlo recusado, cuando tal como se precisó el debate se refirió expresamente a los efectos buscados con el artículo nuevo respecto del delito de enriquecimiento ilícito.

El conocimiento que tenía el Senador ***Elías Náder*** *de la existencia de dichas diligencias en su contra, en la Corte Suprema de Justicia, remitidas por la Fiscalía, por lo demás, era un conocimiento que lo tuvo todo el país, toda vez que los medios de comunicación lo divulgaron en su oportunidad, ya que se trataba de personas que como él tenían una amplia trayectoria en la actividad política.*

Y fue expresa y reiteradamente advertido, durante el curso de los debates en los términos que se han transcrito, de los efectos del artículo en

cuestión respecto de su situación en materia penal, todo lo cual indica que se le presentaba un conflicto de intereses, al votar un proyecto de artículo que lo afectaba personalmente, de manera particular y concreta y por ello ha debido declarase impedido.

Por otra parte, el hecho de que el «artículo nuevo», a pesar de haber sido aprobado por el Senado con el voto del Senador ***Elías Náder*** *y de otros 55 Senadores, no llegara a convertirse en ley, como también está comprobado en el expediente y es alegado por la defensa, no implica que no se haya violado el régimen de conflicto de intereses ya que el conflicto surge es en el momento de la votación, para quien tiene un interés en su contenido, porque lo afecta de alguna manera, independientemente de los trámites posteriores, y es por eso que las normas establecen que el Congresista debe declararse para intervenir en la votación, no después.*

Ahora bien, el hecho de que el señor Fiscal de la Nación no hubiere recusado al Senador ***Elías Náder****, ni indica que no existieran las diligencias preliminares, ni exculpa al Senador de su obligación de declararse impedido, cuando por los demás, la norma que establece la posibilidad de recusación prevé que quien conozca del impedimento podrá recursar a quien se encuentre impedido y no lo manifieste (Artículo 249 Ley 5ª de 1992). Así que la recusación es voluntaria y aunque el Fiscal lo mencionó de manera general, el hecho de que no hubiera recusado formal y específicamente al Senador Elías Náder, no significa que este no tuviera diligencias preliminares en la Corte (las cuales por los demás se encuentran debidamente constatadas por certificación que obra en el expediente remitida por dicha Corporación), que no se beneficiara con su voto o quedara relevado de su obligación de declararse impedido.*

3. Conclusión

Así las cosas, si el Senador Jorge Ramón Elías Nader participó en el debate y votó un proyecto de ley, que lo beneficiaba en cuanto afectaba las diligencias preliminares que por enriquecimiento ilícito se adelantaban en su contra en la Corte Suprema de Justicia, por remisión de la Fiscalía, incurrió en violación del régimen de conflicto de intereses, en cuanto desconoció las normas que establecen que en dicha situación el Congresista debe informar su interés y declararse impedido, toda vez que se trataba de una situación de carácter individual, estrictamente personal en la que tenía interés el Senador y que significó utilizar su investidura para beneficio particular.

Y por lo tanto quedó incurso en la causal de pérdida de investidura prevista en el Artículo 183 numeral 1 de la Constitución Nacional y 296 numeral 3 de la Ley 5ª de 1992, la cual procede a decretar la Sala".

Los anteriores criterios son aplicables al caso específico del Senador *José Guerra de la Espriella*, toda vez que según certificación expedida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, el Senador "....tenía conocimiento oficial de los hechos materia de investigación en las diligencias preliminares radicadas bajo los números 10024 y 10470, que en esta Corporación cursan en su contra. Lo anterior en razón de que para dicha fecha ya se le había escuchado en versión libre dentro de las dos preliminares en referencia, en la primera, rendida el 19 de septiembre de 1995, y en la segunda el 12 de junio del mismo año y ampliada el 4 de septiembre de 1995..." (folio 166, C.P).

De conformidad con lo anterior, y teniendo en cuenta que según el acta número 35 correspondiente a la sesión realizada el día miércoles 13 de diciembre del Senado de la República, publicada en la *Gaceta del Congreso* No.479 del 20 de diciembre, en la página 33 está registrada la votación nominal del artículo en cuestión y allí aparece que el Senador *Guerra de la Espriella*, lo votó afirmativamente, conociendo los efectos que dicho artículo tenía en su caso personal, por estar investigado por la Corte Suprema de Justicia, violó el régimen de conflicto de intereses, al no manifestar su interés y declararse impedido, ya que se trataba de una situación individual en la cual tenía interés personal e implicaba la utilización de su investidura en beneficio particular, y por lo tanto la Sala ha debido decretar la pérdida de su investidura, tal como lo propuso el doctor *Guillermo Chahín Lizcano* en la ponencia que fue considerada en la sesión de la Sala del 5 de marzo del presente año, que yo compartí, y la cual no fue aprobada.

Con todo respeto,

Consuelo Sarria Olcos.

Fecha *ut supra*

CONFLICTO DE INTERESES - Presupuestos para su configuración / **PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONGRESISTA** - Procedencia

Se considera que un Senador de la República o un Representante a la Cámara incurre en un conflicto de intereses, entre otras circunstancias, cuando aparece demostrado que el Congresista, aunque está enterado de que se encuentra en una situación en que puede ser favorecida mediante una decisión posterior que pueda tomar o contribuir a tomar y a pesar de dicho conocimiento no pone de manifiesto tal circunstancia para abstenerse de participar en la decisión, sino que participa en ella. En efecto, según el recuento de pruebas, el Senador fue oído en versión libre el 12 de junio de 1995, ampliada el 4 de septiembre del mismo año, y es claro que los hechos en los cuales se basó cada una de estas diligencias estaban relacionados con el asunto sometido posteriormente a consideración del congresista, por lo que el conocimiento está demostrado y, por lo mismo, el Senador debió manifestar las circunstancias antecedentes so pena de incurrir en la causal denominada conflicto de intereses. Al no hacerlo y, en cambio, participar en la decisión, quedó incurso en la causal y, por lo mismo, la Sala, conforme al acervo probatorio, debió declararlo así y decretar la pérdida de investidura y no denegarla como lo hizo.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. - Santafé de Bogotá, D.C., dieciséis (16) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996)

Referencia: Expediente No. AC-3301. Actor: *Emilio Sánchez Alsina.* Pérdida de Investidura.

SALVAMENTO DE VOTO

Con el mayor respeto debo manifestar que me aparto de la decisión mayoritaria adoptada por la Sala en la providencia que antecede, por las siguientes razones:

El marco teórico expuesto, en relación con figura del conflicto de intereses, es el siguiente:

a. La figura que aparece establecida en la Constitución Nacional vigente, como causal de pérdida de investidura, está desarrollada por la ley;

b. Se considera que un Senador de la República o un Representante a la Cámara incurre en conflicto de intereses, entre otras circunstancias, cuando aparece demostrado que el Congresista, aunque está enterado de que se encuentra en una situación en que puede ser favorecida mediante una decisión posterior que pueda tomar o contribuir a tomar y a pesar de dicho conocimiento, no pone de manifiesto tal circunstancia para abstenerse de participar en la decisión, sino que participa en ella;

c. Lo anterior sin importar la naturaleza de la situación previa, ni si la participación del Congresista en la determinación que se adopte posteriormente no resulta decisiva o si el resultado de la votación es, finalmente, contrario a sus intereses.

Sobre las anteriores premisas, no estoy de acuerdo con la valoración probatoria hecha para arribar a la decisión de la cual me aparto, porque considero que en este caso particular aparece demostrado que el demandado sí tuvo conocimiento previo al momento de la votación de que estaba siendo investigado por unos hechos, cuya apreciación podía ser modificada por la decisión sometida a su consideración y, no obstante lo anterior, participó en ella en lugar de manifestar las circunstancias y abstenerse de participar.

En efecto, según el recuento de pruebas, el Senador fue oído en versión libre el 12 de junio de 1995, ampliada el 4 de septiembre del mismo año y es claro que los hechos en los cuales se basó cada una de estas diligencias estaban relacionados con el asunto sometido posteriormente a consideración del Congresista, por lo que el conocimiento está demostrado y, por lo mismo, el Senador debió manifestar las circunstancias antecedentes so pena de incurrir en la causal denominada conflicto de intereses. Al no hacerlo y, en cambio, participar en la decisión, quedó incurso en la causal y, por lo mismo, la Sala, conforme al acervo probatorio, debió declararlo así y decretar la pérdida de investidura y no denegarla como lo hizo.

De los señores consejeros con todo respeto,

Miren de la Lombana de Magyaroff.

Fecha *ut supra.*

REGIMEN DE CONFLICTO DE INTERESES - Violación / **PROYECTO DE LEY** - Manifestación de impedimento (salvamento de voto)

Para esa época el Senador *Guerra de la Espriella* había sido oído en versión libre por la Corte Suprema de Justicia; es decir, conocía los hechos por los cuales se le estaba investigando y en razón de ese conocimiento, podía saber que el artículo en cuestión le reportaría beneficios al momento de calificar su conducta frente a las disposiciones penales. No obstante lo anterior, no manifestó impedimento alguno para participar en la discusión del mencionado artículo sino por el contrario lo votó afirmativamente con lo cual, a mi entender, violó el régimen de conflicto de intereses previsto en la Constitución y en la ley.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo -. Santafé de Bogotá D.C., veintisiete (27) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Referencia: Expediente No. AC-3301. Actor: Emilio Sánchez Alsina.

SALVAMENTO DE VOTO

Respetuosamente me aparto de la decisión mayoritaria de la Sala por considerar que en este caso se dio la violación al régimen de conflicto de intereses y en consecuencia procedía la pérdida de investidura del Senador *José Guerra de la Espriella.*

En efecto, a mi juicio, está probado dentro del expediente que los asistentes a la sesión del 13 de diciembre de 1995 —y entre ellos el Senador *Guerra de la Espriella*—, en la cual se discutió y votó el proyecto de la ley No.168 de 1995 Senado y 129 de 1995 Cámara, supieron cuál era el alcance del artículo que se introdujo a ese proyecto y que hacía relación al valor atribuido a la doctrina constitucional adoptada en las sentencias de la Corte Constitucional. Supieron todos que dicha norma podría tener incidencia en la configuración del delito de enriquecimiento ilícito de particulares.

Para esa época, el Senador *Guerra de la Espriella* había sido oído en versión libre por la Corte Suprema de Justicia; es decir, conocía los hechos por los cuales se le estaba investigando y en razón de ese conocimiento, podía saber que el artículo en cuestión le reportaría beneficios al momento de calificar su conducta frente a las disposiciones penales.

No obstante lo anterior, no manifestó impedimento alguno para participar en la discusión del mencionado artículo sino que por el contrario lo votó afirmativamente con lo cual, a mí entender, violó el régimen de conflicto de intereses previsto en la Constitución y en la ley.

Estas son las razones fundamentales de mi disentimiento,

Con todo respeto,

Clara Forero de Castro.

REGIMEN DE CONFLICTO DE INTERESES - Violación / **PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONGRESISTA** - Procedencia (salvamento de voto)

De conformidad con lo anterior, al votar favorablemente el Senador *José Guerra de la Espriella* el citado artículo, conociendo los efectos que el mismo producía en razón de la investigación que por enriquecimiento ilícito le adelantaba la Corte Suprema de Justicia, violó el régimen de conflicto de intereses al no expresar su impedimento, razón por la cual la Sala ha debido decretar la pérdida de su investidura de congresista.

Santafé de Bogotá D.C., veintiocho (28) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Salvamento de voto del Doctor *Delio Gómez Leyva.*

Referencia: Expediente AC-3301. Actor: Emilio Sánchez Alsina.

SALVAMENTO DE VOTO

Con el debido respeto por la decisión mayoritaria, consigno las razones que me apartaron de la misma. Para el efecto, adhiero a los argumentos claros y contundentes que se expresaron en la ponencia derrotada, la presentada por el H. Magistrado doctor *Julio E. Correa,* en la cual se expresaba:

"Para la Sala es claro que si el Senador José Guerra de la Espriella, participó en el debate, votó favorablemente un proyecto de ley que lo podía beneficiar en cuanto afectaba las diligencias preliminares que por enriquecimiento ilícito se adelantaban en su contra en la Corte Suprema de Justicia, incurrió en violación del régimen de conflicto de intereses, en cuanto desconoció las normas que establecen que en dicha situación el Congresista debe informar su interés y declararse impedido, toda vez que se trataba de una situación de carácter particular, estrictamente

personal, en la que tenía interés el Senador y que significó utilizar su investidura para beneficio particular.

En cuanto a los aspectos referentes a la presunción de inocencia y buena fe manifestados en la contestación de la demanda, debe observarse que el hecho de haber rendido versión libre y haber tenido acceso al expediente, antes del 13 de diciembre pasado, son argumentos que no pueden aceptarse para las diligencias que motivan la atención de la Sala, ante la prueba contundente de que el Senador Guerra de la Espriella sí conocía los procesos penales que cursaban en su contra, particularmente el que se sigue por presunto enriquecimiento ilícito, en el cual, se repite, rindió versión libre el 19 de septiembre de 1995.

De otra parte, el hecho de que el «artículo nuevo», a pesar de haber sido aprobado por el Senado con el voto del Senador José Guerra de la Espriella y de otros 55 Senadores, no llegara a convertirse en ley, como también está comprobado en el expediente y es alegado por la defensa, no implica el que no se haya violado el régimen de conflicto de intereses, ya que el conflicto surge en el momento de la votación para quien tiene un interés moral o económico en su contenido , independientemente de los trámites y resultados posteriores y es por eso que las normas establecen que el Congresista debe declararse impedido para intervenir en la discusión y votación, no después.

Por lo tanto, el Senador Guerra de la Espriella quedó incurso en la causal de pérdida de investidura prevista en el Artículo 183 numeral 1° de la Constitución Nacional y 296 numeral 3° de la Ley 5ª de 1992, la cual procederá a decretar la Sala".

De otra parte, el objetivo perseguido en el artículo nuevo adicionado al Proyecto No. 168 del Senado, fue advertido tanto en el Senado, antes de su votación, como en la Cámara de Representantes, en las sesiones del 13 y 14 de diciembre de 1995, en esta última, la de la Cámara, se negó por unanimidad. En el Senado el Senador *Luis Guillermo Giraldo*, expresó:

"...añadido a un texto que trata de contravenciones; que no profundiza en materia de justicia, que trata ciertamente del derecho casi que correccional y al cual se le está tratando de añadir un artículo de amplio contenido jurídico y de amplia repercusión actual por las circunstancias que está viviendo en este momento el país, por investigaciones que está adelantando la Procuraduría en relación con dineros que financiaron posiblemente campañas electorales, dineros que pudieron provenir también del narcotráfico...

...pidiéndole al señor Ministro de Justicia que ilustre al Senado, qué ocurriría con lo que inicialmente se conoce como el proceso 8.000, en el

caso de que el Congreso de la República aprobara este artículo que se le ha presentado a la consideración de la plenaria de hoy para que todos sepamos cómo vamos a votar y cuáles son las consecuencias directas, inmediatas de coyuntura..."

...Yo deseo vivamente que quienes en un momento determinado se encuentran en ese proceso 8.000, le expliquen al país su conducta y obtengan conforme a las leyes actuales el veredicto institucional que los declare inocentes, deseo eso, pero creo que aquí puede pasar honorables Senadores cuando veo en los curules a unos estimados colegas, que cuyo texto aquí transcrito los puede afectar positivamente cuando yo soy inocente, yo no acepto una amnistía: cuando hay inocencia no necesitamos de artículos de proyectos de ley. Eso se impone por sí sólo, este es un momento bastante difícil y decisivo para el Senado de la República, en donde a lo mejor el país nos puede enjuiciar por estar legislando al calor de la coyuntura, a lo mejor por estar legislando con nombres propios y eso no es bueno para este Congreso..." (Gaceta del Congreso, No. 479 del miércoles 20 de diciembre de 1995, págs. 18 y 19).

En la Cámara de Representantes, se destacan las intervenciones de los representantes *Eduardo Enrique Maya, Viviane Morales, Ingrid Betancourt y Rodrigo Echeverry*. El primero de ellos, dijo:

Como ciudadano común y corriente como padre de familia, como Representante a la Cámara y como docente universitario, quiero hacer algunas apreciaciones, con la finalidad de que ustedes, honorables Parlamentarios, honorables Representantes, que en el pasado han podido demostrar el valor de su carácter, como los demostramos aquí aprobando el Protocolo de II de Ginebra y enterrando el narcoproyecto, nos pronunciamos de igual manera en esta tarde, atendiendo los postulados de la Constitución Política de Colombia y de otra parte los dictados de nuestra conciencia, no es posible que con este artículo nuevo, aprobado aceleradamente en el Senado de la República, se quiera atentar contra la majestad de la Constitución Política del país, no es posible que hoy por cuando el país, sus instituciones y el gobierno cruzan una de las peores crisis que se registran en la historia, nosotros vamos a ahondar ese problema. Señor Ministro del Interior y señores Ministros, el partido conservador en su mayoría quiere ser solidadrio nuevamente sin contraprestación alguna, en este difícil momento por el cual está atravesando el propio gobierno, el Congreso Nacional, sus instituciones y la República de Colombia. Qué es lo que se quiere hacer en este nuevo artículo en el proyecto que ha presentado el gobierno para la seguridad ciudadana, estableciendo unas excepciones, como si en la Constitución Política se permitiera poner algunas excepciones para solucionar los problemas; a simple vista y haciendo un esfuerzo no se sabe el veneno que llevan por dentro esas

excepciones, legislar para el beneficio de unos pocos, cuál sería la majestad del Congreso Nacional de la República, ante la faz de la Nación y ante el concierto internacional, que disque (sic) en el Congreso Nacional de la República legislar para acabar con el enriquecimiento ilícito, como delito para acabar con el testaferrato, yo creo que nosotros si procedemos esta tarde así estaríamos conduciendo al país a una de sus peores hecatombes de carácter jurídico y de carácter moral, las reacciones no podían ser las más pequeñas, fueron grandes las reacciones está (sic) mañana en todos los medios de comunicación, así titulaba por ejemplo el Diario «El Tiempo» al que dice el Representante Lucio no hay que tenerle temor, pero es un periódico que se ha encargado de escribir las páginas más grandes de la vida republicana del país. Decía «El Tiempo», Senado hundió expediente 8.000 y a su turno «El Espectador», decía: super mico del Senado al proceso 8.000 y «El Siglo» a grandes titulares hablada sobre la impunidad; pero como si esto fuera poco reaccionó también la Iglesia, reaccionó la clase dirigente política y permítame señor Presidente leer el pronunciamiento del Presidente de la Conferencia Episcopal: Esta grave determinación dice el prelado, prácticamente indulta a todos los investigados en el denominado proceso 8.000, deploró que algunos Senadores, quienes según la Carta, representan al pueblo, y deberían actuar consultando la justicia y el bien común, legislen para entorpecer las conocidas investigaciones que adelanta la justicia, exhortó a los Representantes a la Cámara, a rechazar esta injusta iniciativa, contraria a la Carta y a la moral social, que legaliza la corrupción, formuló un apremiante llamado al señor Presidente de la República, para que objete este artículo, en caso de ser aprobado, pero como si esto fuera poco, se pronunció al país indignado, humillado, si se quiere decir por esa absurda y torpe posición tomada en el Senado de la República. Yo les pido respetuosamente a mis colegas, a los honorables Representantes, no permitamos que se siga teniendo en este prestigio, en este desprestigio al Congreso Nacional, no permitamos nosotros, que en el epílogo del Congreso, nosotros propinemos una herida mortal, propinemos un tipo (sic) a las sienes del Congreso Nacional de la República, para que mañana nos señalen a nosotros con el dedo de la ignominia y el desprecio, vamos nosotros a hacer uso aquí de la disertación dialéctica, vamos a escuchar al gobierno, vamos a escucharlo a usted señor Ministro de interior, para que aclare usted la posición digna que debe tomar el gobierno, lo propio el señor Ministro de Justicia, que hoy por hoy tiene el respaldo ciudadano y de igual manera el señor Fiscal, que ha engrandecido con sacrificio las grandes historias y las grandes páginas de la justicia colombiana, de ser sometido a votación este nuevo artículo, señor Presidente, yo le pido desde ya la votación nominal, de cara al pueblo y nos va, y va a ordenar señor Presidente, el registro con sus nombres y apellidos de uno por uno quiénes quieren hundir a la justicia colombiana y quiénes queremos seguir velando como cirios encendidos, por su prestigio y por su honor (Gaceta No. 485 del 26 de diciembre de 1995, pág 23-24).

La representante *Morales*, expresó:

"Gracias, señor Presidente. En primer lugar quiero leer una carta que ha hecho llegar el Consejo Gremial Nacional y que dice lo siguiente:

Los Presidentes de los gremios que integramos el Consejo Gremial Nacional hemos decido (sic) dirigirnos a usted, al señor Presidente de la Cámara, ante la grave preocupación que nos generan las modificaciones que en el día de ayer se introdujeron al proyecto de ley sobre seguridad ciudadana presentado por el Gobierno Nacional.

De ser aprobadas dichas modificaciones lesionarían la imagen y las relaciones económicas internacionales del país y socavarían la institucionalidad de nuestro Estado de Derecho.

La modificación no significa cosa distinta que excluir a la Rama Judicial del sometimiento al imperio de la ley, otorgándoles potestad autónoma a sus decisiones que pasarían a regirse por la doctrina constitucional.

Ello traería repercusiones insospechadas en todos los ámbitos comerciales, laborales, penales o de otras índole (sic) de la vida ciudadana, pues en el futuro pasarían a regirse por la jurisprudencia, así sea contraria a los mandatos del legislador.

El artículo aprobado por el Senado representa un retroceso en la persecución del crimen organizado puesto que convierte el enriquecimiento ilícito en un delito subsidiario y no principal.

La inmediata reacción internacional ya generada por la norma aprobada ayer, nos confirma la preocupación porque argumentando que Colombia es una narcodemocracia, se adoptan acciones administrativas y comerciales por algunos países que representarían inmensos e incalculables perjuicios para la economía nacional de los sectores productivos que la ciudadanía no estaría en capacidad de soportar.

Por las razones anteriores, señor Presidente, respetuosamente solicitamos por su atento conducto, que los señores Representantes no impartan su aprobación al texto del artículo aprobado en el Senado, pues de hacerlo se causaría un gravísimo daño a nuestra Nación.

Por anticipo le agradecemos que haga conocer el pensamiento del sector privado a la plenaria de la Cámara de Representantes.

Firman: Camilo Llinás, Presidente Acolfa; Carlos Garay, Presidente de Acoplásticos; Carlos Arturo Angel, Presidente Andi; María Isabel Patiño, Presidente Asocoflores; Alberto Vásquez Restrepo, Presidente

Camacol; William Fadul Vergara, Presidente Facecolda; Gustavo Tobón Londoño, Presidente de Fedemetal; Jaime Cabal Sanclemente, Presidente Acopi; Jorge Ramírez Ocampo, Presidente Analdex; César González Muñoz, Presidente Asobancaria; Ricardo Villaveces Pardo, Presidente Asocaña; Eugenio Marulanda, Presidente Colfecar; Jorge Visbal Martelo, Presidente Fedegán; Sabas Pretel de la Vega, Presidente de Fenalco; Juan Manuel Ospina Restrepo, Presidente de la Saca."

Señor Presidente, señores Ministros, honorables parlamentarios. Yo creo que no sorprende tampoco mucho el país la decisión que tomó el Senado de la República ayer y no sorprende porque infortunadamente en el país hemos llegado a la convicción que el camino de la política se ha distanciado mucho del camino de la ética.

Es triste tener que presenciar situaciones como las que se registra, en donde se pretende manipular al Derecho, se vuelve el Derecho simplemente una cosa hecha a la medida de unos fines particulares desprendidos de toda connotación ética o moral.

El artículo propuesto que tuvo que ser redactado necesariamente por alguien muy conocedor de las ciencias jurídicas, porque en estricto sentido jurídico, positivista, es un buen texto, pretende establecer unas nociones en abstracto de los efectos de la sentencia, pero en el fondo lo que quiere traer es simplemente un efecto particular, se trata de la sentencia C127 de 1993 por la cual la Corte Constitucional declaró exequible el Decreto 2266 de 1991, es un artículo 10 que revivía o reproducía el artículo 1° del Decreto 1895 de 1989 por la cual se consagraba el enriquecimiento ilícito.

La Corte lo declara exequible pero en su parte motiva se dice que se debía entender este artículo en el sentido de que las condenas proferidas en las actividades ilícitas deberían haber sido declaradas por condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva.

Naturalmente esto cerraría todo el proceso 8.000, por cuanto quienes están acusados de haber recibido dineros del narcotráfico o enriquecimiento ilícito han sido acusados de recibir dinero de personas que no han sido todavía condenas (sic) por sus actividades delictivas.

Es decir se le estaría haciendo un tremendo conejo al país a través de un artículo que se presenta con una impecable forma jurídica.

Pienso yo que los argumentos aquí no pueden ser jurídicos, aquí no se trata de que si es un mico o no es un mico eso sobra, eso (sic) son elementos no sustanciales del debate, el único fundamento de la decisión tiene que ser un fundamento ético señores Representantes.

Yo quisiera leer, con perdón de la doctora ***Martha Luna****, si me permite traer aquí a colación y leer una frase de* ***Montesquieu****, porque no me atrevo de pronto a repetirlo de memoria, algo que quisiera que nos quede en nuestra mente antes de decidirnos a votar este artículo. Decía* ***Montesquieu****: No hace falta mucha honradez para que un Gobierno Monárquico o despótico se mantenga o sostenga las fuerzas de las leyes en uno, el brazo del príncipe levantado en otro, regulan o abarcan todo, pero en un régimen democrático hace falta un resorte añadido que es la virtud, sin virtud cívica efectivamente no marcha la democracia. Señores este es un problema de ética y de virtud.*

Rechazar este artículo significaría darle un sentido a nuestra democracia" (Gaceta No. 485 del 26 de diciembre de 1995, págs. 28-29).

La representante *Betancourt*, advirtió:

"Le agradezco, señor Presidente; a mí me parece realmente que la Cámara está cogiendo el pésimo hábito de tomar posiciones pasivas, frente a los temas de más trascendencia nacional; nosotros si derrotamos este artículo, lo tenemos que derrotar con la cara frente al país, no escondiéndonos, este artículo nuevo es evidentemente un adefecio es lo que llamamos nosotros en la jerga del Congreso un mico y es un mico porque estamos hablando de un artículo que no tiene relación con el proyecto de ley que está en discusión, no tiene unidad de materia, pero no es solamente un mico, es un peligro para la justicia colombiana y es un un peligro para el orden democrático de este país, aquí lo que se está diciendo en este artículo nuevo es que de ahora en adelante el que va a legislar en este país, no es el Congreso de la República, que ha sido legítimamente electo por el pueblo colombiano en representación de él, y representando su soberanía sino sería la Corte Constitucional por medio de sentencias la que terminaría legislando en Colombia. ¿Qúe quiere decir eso?, quiere decir, que un cuerpo de magistrados elegidos por el Senado, no elegidos popularmente, no elegidos con el voto del pueblo colombiano, estarían decidiendo que la suerte de las leyes colombianas y adicionalmente hay que aclarar y hay que decirlo, que detrás de este nuevo artículo, hay intereses demasiado evidentes para que no sean mencionados acá, mi intervención es breve, pero me siento con la obligación de llamarle la atención al Congreso sobre las repercusiones de este artículo, aquí nosotros no podemos legislar en función de intereses,ni de nuestros amigos, ni de nuestros jefes políticos si es que los tenemos; aquí tenemos que legislar función de unos principios y desgraciadamente se oye por los pasillos del Congreso, que este artículo sería el resultado de un compromiso, entre el Presidente Samper y uno de sus amigos para facilitarle la solución a su problema jurídico, yo por eso les pido a los representantes del Gobierno, que le aclaren al Congreso cuál es la posición del Presidente Samper y cuál es la posición del gobierno, porque no es posible que en

el Senado de la República, con estos argumentos, se haya pasado con una mayoría un artículo que contraviene el orden constitucional de Colombia, el artículo 230 de la Constitución Nacional, dice que el único legislador en el país es el Congreso, este nuevo artículo estaría cambiando el sistema jurídico colombiano y es ante eso que nos tenemos que pronunciar, yo por eso de la manera más viva, le pido a esta Cámara que asuma con responsabilidad este debate y que niegue este artículo" (Gaceta No. 485 del 26 de diciembre de 1995, pág. 23).

Y el Representante *Echeverry* dejó como constancia el siguiente texto:

"El suscrito Representante liberal de Antioquia, Rodrigo Echeverry Ochoa, anuncia su voto negativo al artículo nuevo, introducido en el Senado de la República y presentado también en la Cámara de Representantes para su aprobación en el Proyecto de Ley 129 de 1995, Cámara, y 168 de 1995 Senado. Para ello anuncio las siguientes razones: El artículo nuevo no presenta transparencia legislativa, el artículo nuevo pretende obstruir el funcionamiento de la justicia en nuestro país, el artículo nuevo pretende absolver a todos los que tienen procesos pendientes por enriquecimiento ilícito, el artículo nuevo deteriora aún más la imagen de nuestro país ante la opinión internacional y hace más difícil el manejo de las relaciones internacionales" (Gaceta No. 485 del 26 de diciembre de 1995, pág 29).

Cabe agregar, por último, que el fin buscado con la norma aprobada era claro, como lo reconoce el Senador *José Guerra de la Espriella,* en comunicación de 20 de marzo de 1996 (folio 168 C.P.), dirigida al Consejero doctor *Julio E. Correa,* en la cual se afirma:

"B. Que el supuesto delito que se investiga está deslindado totalmente del proceso 8.000, a tal punto que el supuesto enriquecimiento ilícito que se denuncia es de funcionario público en mi ejercicio como Senador ***y no de particulares como es la conducta que se pretendía clarificar en el famoso narcomico****. Es decir, nada me impedía votar tal artículo".*

De conformidad con lo anterior, al votar favorablente el Senador *Julio Guerra de la Espriella* el citado artículo, conociendo los efectos que el mismo producía en razón de la investigación que por enriquecimiento ilícito le adelantaba la Corte Suprema de Justicia, violó el régimen de conflicto de intereses al no expresar su impedimento, razón por la cual la Sala ha debido decretar la pérdida de su investidura de congresista.

Respetuosamente,

Delio Gómez Leyva.

ENRIQUECIMIENTO ILICITO DE FUNCIONARIOS Y ENRIQUECIMIENTO ILICITO DE PARTICULARES - Diferencia / **REGIMEN DE CONFLICTO DE INTERESES** - Violación (Salvamento de voto)

El delito de "enriquecimiento ilícito de funcionarios" consagrado en el Artículo 148 del Código Penal, es un delito subsidiario, como quiera que sólo opera cuando el hecho del incremento patrimonial no justificado del funcionario público, no constituya otro delito, como puede ser el peculado, cohecho conclusión, etc.; esta subsidiaridad del tipo es lo que lo distingue el delito de "enriquecimiento ilícito de particulares", habida cuenta de que éste es autónomo y se tipifica cuando de manera directa o por interpuesta persona se obtenga para sí o para otro. Incremento patrimonial no justificado, derivado, en una u otra forma, de actividades ilícitas. Y si bien es cierto que al momento de votar el Senador *Guerra* el artículo en discusión, no se había calificado su conducta, en la versión libre que da cuenta el expediente, se le requirió sobre unos hechos que según interpretación de la Fiscalía tipificaban el delito de enriquecimiento ilícito de particulares; sabía en consecuencia, después de tal advertencia, que el artículo que votó afirmativamente ese día le podía beneficar directamente, porque a modificarse el entendimiento que del tipo penal tenía la Fiscalía, las diligencias preliminares que adelantaba en su contra podrían tomar otro rumbo; por ello violó el régimen de conflicto de intereses que le exigía declararse impedido para participar en el debate, por tener un interés particular y directo.

Santafé de Bogotá, D.C., dos (2) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Referencia: Expediente No. AC-3301. Actor: Emilio Sánchez Alsina, Pérdida de Investidura.

SALVAMENTO DE VOTO

Con el debido respeto me aparto de la decisión mayoritaria de la Sala, ya que considero, a diferencia de lo sostenido en el fallo, que las

pruebas aportadas al plenario sí demuestran la violación del régimen de conflicto de intereses por parte del senador *José Guerra de la Espriella* y por ello ha debido decretarse la pérdida de su investidura.

No se trata, como dice el fallo, que bien podía entender al Senador que las diligencias adelantadas en la Corte Suprema de Justicia los días 12 de junio y 4 de septiembre de 1995, no se referían a la investigación del punible tipificado en el Artículo 1° del Decreto 1895 de 1989 —delito de enriquecimiento de particulares—, y por lo tanto nada le impedía participar en la votación del denominado "artículo nuevo", ya que para juzgar el entendimiento que podía tener el acusado, era preciso relacionar tales diligencias con lo sucedido en el debate del artículo en discusión.

Y sobre lo acontecido el día 13 de diciembre de 1995, fecha en que se llevó a cabo la votación del artículo cuestionado, no deja de ser diciente que fueron pródigas las discusiones sobre el tema de enriquecimiento ilícito de particulares y las incidencias que tenía la aprobación del "artículo nuevo" en su tipicidad. No es del caso precisar cuándo determina conducta encaja dentro del tipo penal del "enriquecimiento ilícito de particulares", (Artículo 1° del Decreto 1895 de 1989) o cuándo tipifica el de "enriquecimiento ilícito de funcionario público", por no ser competencia de la Corporación; sin embargo, baste mencionar que el delito de "enriquecimiento ilícito de funcionarios consagrado en el Artículo 148 del Código Penal, es un delito subsidiario, como quiera que sólo opera cuando el hecho del incremento patrimonial no justificado del funcionario público, no constituya otro delito, como puede ser el peculado, cohecho, concusión, etc.; esta subsidiariedad del tipo es lo que lo distingue del delito de "enriquecimiento ilícito de particulares", habída cuenta que este es autónomo y se tipifica cuando de manera directa o por interpuesta persona se obtenga para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado, en una u otra forma, de actividades ilícitas.

Sobre este tipo de enriquecimiento de particulares fue que giró la discusión del artículo cuestionado. No solamente el Fiscal General de la Nación sino algunos Senadores, alertaron en el debate sobre la gravedad de dejar de considerar este delito como tipo penal autónomo, que era lo que pretendía la aprobación del artículo en discusión. Como da cuenta la *Gaceta* No. 479 del Congreso, visible a folios 125 a 148 del expediente, dijo a este respeto el señor Fiscal en su intervención ante el Senado el día 13 de diciembre de 1995:

> *"...pero por supuesto que el delito en sí mismo, este delito es autónomo, debe ser considerado como un delito autónomo precisamente porque así se concibió y porque esas fueron las circunstancias, repito, las deficiencias investigativas para establecer la verdad en la realidad de la comisión de unas conductas delictivas"* (pág. 23 de la Gaceta).

Y más adelante agregó:

"(...)

Yo lo que he dicho es que frente a la situación actual de muchos procesos, este tema y este artículo sí los afecta, sí los afecta, indiscutiblemente, honorable Senador, claro por lo que se busca, por el interés de hacer valer una disposición y lo dije yo de la Corte Constitucional y yo también me refería a ese antecedente, también por el cual, ese artículo se había establecido y yo sí lo he dicho que este artículo en esta coyuntura me parece a mí, absolutamente inconveniente y además absurdo, yo lo expliqué de esa manera, o sea si se trata de hablar claramente pues yo no solamente hablé claramente en ese entonces cuando hice mi exposición, sino hablo ahora, sí lo afecta" (pág. 31 de la Gaceta).

Son extensas las citas que pueden hacerse sobre el alcance del denominado "artículo nuevo" del cual no podía sustraerse el Senador *Guerra de la Espriella*, quien además es de profesión abogado, pues sabía de que aprobarse el artículo cuestionado se irián a favorecer las personas cuestionadas penalmente y por enriquecimiento ilícito de particulares.

Y si bien es cierto que el momento de votar el Senador *Guerra* el artículo en discusión, no se había calificado su conducta, en la versión libre que da cuenta el expediente a folios 1 a 22 del cuaderno 2, se le requirió sobre unos hechos que según interpretación de la Fiscalía tipificaban el delito de enriquecimiento ilícito de particulares; sabía en consecuencia, después de tal advertencia, que el artículo que votó afirmativamente ese día le podía beneficiar directamente, porque al modificarse el entendimiento que del tipo penal tenía la Fiscalía las diligencias preliminares que adelantaba en su contra podrían tomar otro rumbo; por ello violó el régimen del conflicto de intereses que le exigía declararse impedido para participar en el debate, por tener un interés particular y directo.

Dolly Pedraza de Arenas.

CONFLICTO DE INTERESES DE ORDEN MORAL - Presupuestos para su configuración / **CULPA O DOLO DE CONGRESISTA** - Inexistencia de prueba (aclaración de voto)

La Ley 144 de 1994 señaló en su Artículo 16 la conducta que deben asumir los congresistas que dentro del año inmediatamente anterior a su elección "hayan prestado servicios remunerados a gremios o personas de derecho privado sobre cuyos intereses o negocios incidan directamente actos que se encuentren a estudio del Congreso". Aunque no se me oculta la dificultad que podría tener un texto legal para definir el conflicto de intereses de orden moral, si estoy convencido de que deben existir reglas claras, expresas y escritas, para que el congresista identifique y manifieste esa clase de limitaciones o impedimentos. Así las cosas, pienso que no están tipificadas las situaciones que constituirían un "conflicto de intereses de orden moral", y por ende, las circunstancias dentro de las cuales se produciría su violación o quebrantamiento. Ahora bien, he sostenido que todavía no se ha dilucidado completa y sastisfactoriamente la naturaleza del proceso de pérdida de investidura, y posiblemente este hecho genera muchas de las dificultades con que tropieza el juzgador al momento de decidir una demanda de esta clase. Entre otras cosas porque si participa de un carácter judicial, ético, político disciplinario o sancionatorio, como se ha dicho por parte de la Corte Constitucional y del propio Consejo de Estado, es menester aplicar todas las garantías propias de esa clase de juicio, a saber: El principio de la presunción de inocencia y el de la buena fe del demandado. Así mismo, no puede olvidarse que el Congresista le debe su investidura al pueblo, o de manera más precisa, a sus electores, que en ejercicio de los derechos políticos correspondientes (entre otros, los del Artículo 40 de la Constitución Política), lo han escogido como su representante en el órgano legislativo. Y que tienen derecho a que los siga representando mientras no se compruebe fehacientemente que es indigno de ello o que haya incurrido en una causal de pérdida de investidura. O sea, que por este aspecto también los electores del

Congresista (el pueblo), tienen derecho a que el proceso de pérdida de su investidura esté rodeado de todo ese cúmulo de garantías y entre ellas, por encima de cualquiera otra, las que dicen relación con el debido proceso y el derecho de defensa. En consecuencia, la pérdida de investidura de un congresista por una causal de violación del régimen de conflicto de intereses de orden moral, solamente puede darse cuando la ley haya fijado de manera expresa cómo se configura, cuáles son sus modalidades y las diferentes situaciones que tienen que ver con su manifestación, trámite, etc. También he hecho énfasis en que en estas materias no puede hablarse del "hecho notorio", porque las condiciones que he mencionado *grosso modo* indican que es indispensable una prueba plena de la culpa o dolo del congresista para que pueda aplicársele la responsabilidad sobreviniente que sería la de la pérdida de investidura.

Santafé de Bogotá, D.C., abril veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Referencia: Expediente No. AC-3301. Actor: Emilio Sánchez Alsina (solicitud de pérdida de investidura como Congresista del doctor José Guerra de la Espriella).

ACLARACION DE VOTO

Con todo comedimiento me permito señalar que aunque compartí lo resuelto en este asunto, considero necesario precisar mi divergencia con algunos razonamientos de la parte motiva, así:

1. El Artículo 182 de la Carta Política, invocado por la parte demandante para sustentar la solicitud de pérdida de investidura, dice:

> *"Los congresistas deberán poner en conocimiento de la respectiva Cámara las **situaciones de carácter moral o económico** que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración. **La ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones**"* (se destaca).

Esto es, que *"**las situaciones de carácter moral o económico**"* que inhiben a los congresistas para intervenir en la discusión de los proyectos de ley sometidos a consideración de su respectiva cámara, ***deben estar determinadas expresamente por la ley.***

2. La ***Ley 5ª de 1992***, en relación con la problemática de que trata este proceso, consagró en su ***Sección 4ª, conflicto de intereses***, lo siguiente en cuanto a esta materia:

2.1 *En el Artículo 286 (aplicación),* establece que los congresistas deben declararse impedidos para participar en los debates o en las votaciones respectivas, cuando *"exista interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera, o a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o a alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o socios de derecho o de hecho"* (se destaca).

2.2 En el Artículo 291 (Declaración de Impedimento) dispuso que el congresista debe solicitar su separación del conocimiento de un asunto *"al observar un conflicto de interés"* (se destaca) .

2.3 Los artículos subsiguientes se refieren al trámite del impedimento y al punto de la recusación.

3. La Ley 144 de 1994 señaló en su *artículo 16* (*Conflicto de intereses,* definición), la conducta que deben asumir los congresistas que dentro del año inmediatamente anterior a su elección "hayan prestado servicios remunerados a gremios o personas de derecho privadas sobre cuyos intereses o negocios incidan directamente actos que se encuentren al estudio del Congreso".

4. Es decir, que *los dos estatutos legales mencionados tratan expresamente el tema de los conflictos de intereses de orden económico, pero no el de los de orden moral.*

5. Es cierto que la moral implica unos principios y valores propios del ser que vive en sociedad; empero, éstos tienen que ver con su fuero interno y su respeto por los demás.

6. Aunque no se me oculta la dificultad que podía tener un texto le-gal para definir el conflicto de intereses de orden moral, sí estoy convencido de que *deben existir reglas claras, expresas y escritas, para que el Congresista identifique y manifieste esa clase de limitaciones o de impedimentos.*

7. Así las cosas, pienso que *no están tipificadas las situaciones que constituirían un "conflicto de intereses de orden moral", y por ende, las circunstancias dentro de las cuales se produciría su violación o quebrantamiento.*

8. Ahora bien, he sostenido que todavía no se ha dilucidado completa y sastifactoriamente la naturaleza del proceso de pérdida de investidura, y posiblemente este hecho genera muchas muchas de las dificultades con que tropieza el juzgador al momento de decidir una demanda de esta clase. Entre otras cosas porque si participa de un carácter judicial, ético, político, disciplinario o sancionatorio, como se ha dicho por parte de la Corte Constitucional y del propio Consejo de Estado, *es menester aplicar todas las*

garantías propias de esta clase de juicios, a saber: el principio de la presunción de la inocencia y el de la buena fé del demandado.

9. Así mismo, no puede olvidarse que el ***Congresista le debe su investidura al pueblo, o de manera más precisa, a sus electores,*** en ejercicio de los derechos políticos correspondientes (entre otros, los del artículo 40 de la Constitución Política), lo han escogido como su representante en el órgano legislativo. Y que tienen derecho a que los siga representando mientras no se compruebe fehacientemente que es indigno de ello o que ha incurrido en un causal de pérdida de investidura. O sea, que por este aspecto ***también los electores del congresista (el pueblo), tienen derecho a que el proceso de pérdida de su investidura esté rodeado de todo ese cúmulo de garantías y entre ellas, por encima de cualquiera otra, las que dicen relación con el debido proceso y el derecho de defensa.***

10. En consecuencia, la pérdida de investidura de un congresista por la causal de violación del régimen de conflicto de intereses de orden moral, solamente puede darse cuando la ley haya fijado de manera expresa cómo se configura, cuáles son sus modalidades y las diferentes situaciones que tienen que ver con su manifestación, trámite, etc.

11. También he hecho énfasis en que en estas materias no puede hablarse del "hecho notorio", porque las condiciones que he mencionado *grosso modo* indican que es indispensable una "prueba plena" de la culpa o dolo del congresista, para que pueda aplicársele la responsabilidad sobreviniente que sería la de la pérdida de su investidura.

12. Del mismo modo, considero conveniente recalcar que no puede confundirse la situación que se ventila ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en casos como éste, con la que está sometido al escrutinio del Consejo de Estado, pues ante aquélla se debate si el congresista cometió o no un delito, sobre la base de una tipificación clara y expresa de las conductas que lo configuran. En cambio, aquí se debate si violó un régimen que en mi sentir no está regulado por el legislador.

13. Desde luego, no se me oculta que el momento que vive el país le brinda unos ingredientes anormales, atípicos, a esta clase de juzgamientos, porque la opinión pública maneja unos ingredientes de raigambre eminentemente política, que no son ni pueden ser los que apliquemos o tengamos en cuenta los jueces. En este carácter, entonces, nuestra única guía debe ser el Estado de Derecho; y nuestra brújula, la justicia. Y para ello, como ya lo acoté, es indispensable respetar celosamente el debido proceso y el derecho de defensa, pues de ello dependen la estabilidad de las instituciones y la tranquilidad de la Patria.

14. Es evidente que el manejo que le han dado y los medios de comunicación a estos temas ha generado una sensibilidad muy especial en la opinión pública, que encierra el peligro de que al no presentar aquéllos todas las características y detalles del conflicto tampoco permiten la formación de un criterio objetivo e imparcial por parte de la comunidad. Sin embargo, esta evidencia no puede afectar la independencia y la autonomía del juez para pronunciar su decisión. Soy consciente de que por esa causa se nos ha estigmatizado a quienes sustentados en nuestra covicción filosófica, jurídica y moral, hemos llegado a la conclusión de que en este evento no existen los elementos de toda índole indispensables para decretar la pérdida de investidura del demandado, y que en tal virtud, es menester denegar esa petición, porque así nos lo señalan nuestra conciencia, el Derecho y la razón. Estoy convencido, además, de que cuando se despeje este ambiente extraño y anómalo se verá con claridad que las decisiones judiciales no pueden estar movidas por el calor del momento, ni por circunstancias coyunterales, sino por el peso y la calidad de las normas jurídicas, su debida interpretación y el sentido sublime de lo que es justo; y entonces brillarán con luz propia lo que significa la independencia del juez y la responsabilidad que al ***"decir el derecho"*** tiene ante Dios y ante los hombres.

En ese orden de ideas, se imponía como en efecto se hizo, denegar la solicitud de pérdida de investidura del Congresista demandado.

Con toda atención,

Carlos Arturo Orjuela Góngora.

PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONGRESISTA - Causales / **REGIMEN DE CONFLICTOS DE INTERESES** - Violación / **CONFLICTO DE INTERESES DE CARACTER ECONOMICO** - Regulación legal (salvamento de voto)

El artículo 182 de la Constitución Política establecen que los congresistas tienen la obligación de "...poner en conocimiento de la respectiva cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración", así como que la ley determinará lo relacionado con el conflicto de intereses y las recusaciones. En ese orden de ideas el numeral 1° del Artículo 183 del texto constitucional erigió en causal de pérdida de la investidura de congresista, la violación del régimen de dicho conflicto. En cumplimiento del mandato constitucional, la Ley 5ª de 1992 reguló el conflicto de intereses en su Artículo 286, al prescribir allí "Todo congresista, cuando exista interés directo en la decisión porque le afecta de alguna manera, o a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o socios de derecho o de hecho, deberá declararse impedido de participar en los debates o votaciones respectivas", siguiendo los términos del Artículo 291 del mismo texto legal. Posteriormente, la Ley 144 de 1994 se refirió de manera amplia al conflicto de intereses de carácter económico, pero sin que ello signifique, en manera alguna, que los elementos aportados por la Ley 5ª, para estructurar el conflicto de intereses en el campo moral hayan perdido su vigencia, o no sean suficientes como elementos de juicio para que el juez haga operar la prohibición constitucional.

Santafé de Bogotá, D. C., dieciséis (16) de abril de 1996.

Salvamento de voto del Magistrado Manuel S. Urueta.

Referencia: Expediente AC-3301. Actor: *Emilio Sánchez Alsina.* Auntos Constitucionales, Solicitud de Pérdida de Investidura de Congresista del Senador José Guerra de La Espriella.

SALVAMENTO DE VOTO

El suscrito Consejero de Estado se permite exponer muy brevemente las razones que sirvieron de fundamento a su disentimiento con respecto a lo decidido por la Corporación en su sentencia de abril dieciséis (16) de mil novecientos noventa y seis (1996), por medio de la cual se denegó la solicitud de pérdida de la investidura de congresista del Senador *José Guerra de Espriella.* Esas razones fueron las siguientes:

1. El Artículo 182 de la Constitución Política establece que los congresistas tienen la obligación de "...poner en conocimiento de la respectiva cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración", así como que la ley determinará lo relacionado con el conflicto de intereses y recusaciones. En ese orden de ideas el numeral 1° del artículo 183 del texto constitucional erigió en causal de pérdida de la investidura de congresista, la violación del régimen de dicho conflicto.

En cumplimiento del mandato constitucional, la Ley 5ª de 1992 reguló el conflicto de intereses en su Artículo 286 al prescibir allí que "todo congresista, cuando exista interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera, o a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o a segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o socios de derecho o de hecho, deberá declararse impedido de participar en los debates o votaciones respectivas", siguiendo los términos del artículo 291 del mismo texto legal.

Posteriormente, la 144 de 1994 se refirió de manera amplia al conflicto de intereses de carácter económico, pero sin que ello signifique, en manera alguna, que los elementos aportados por la Ley 5ª para estructurar el conflicto de intereses en el campo moral hayan perdido su vigencia, o no sean suficientes como elementos de juicio para que el juez haga operar la prohibición constitucional.

De otra parte, el hecho de que la norma legal no determine casuísticamente las situaciones que puedan poner en movimiento el conflicto, induce a concluir necesariamente que dicho precepto comprende toda la gama de conflictos de intereses, de naturaleza moral, en los que el congresista pueda hallarse involucrado. Una interpretación contraria, basada en una supuesta carencia de tipicidad, conduciría a neutralizar la norma constitucional en la materia.

2. Establecido que el conflicto mencionado nace a la vida cuando el congresista participa en el trámite o votación de un asunto en el que tenga

interés directo, corresponde ahora determinar si el interés del Senador cuya investidura se cuestiona tenía relación con el proyecto de artículo de la ley votado por el Senado de la República el día 13 de diciembre de 1995, en la materia concreta del enriquecimiento ilícito.

A. El artículo votado por el Senado de la República el día 13 de diciembre de 1995, dentro del debate sobre la ley de Seguridad Ciudadana (Ley 228 de diciembre 21 de 1995) estableció unas excepciones al principio general de que la doctrina constitucional de la Corte Constitucional es criterio auxiliar de interpretación, consistentes en los casos de sentencias interpretativas, de sentencias integradoras y en aquellos otros en los que "...la parte motiva de la sentencia... guarde unidad indisoluble o relación directa o tenga nexo con la parte resolutiva de la misma...", casos en los que "...la doctrina adoptada en la providencia hace tránsito a cosa juzgada constitucional, obliga en su integridad y corrige la jurisprudencia. Su inobservancia será causal de mala conducta". La última hipótesis de las excepciones previstas se vincula estrechamente, entre otras, con la posición adoptada por la Corte Constitucional en la materia específica del enriquecimiento ilícito, en cuanto que este tipo delictual dejaba de ser autónomo para convertirse en subsidiario.

B. Del material probatorio que reposa en el expediente se desprende lo siguiente:

a) Contra el Senador cuestionado cursan en la Corte Suprema de Justicia una indagación preliminar por el posible delito de enriquecimiento ilícito, radicación 10024, abierta el 23 de noviembre de 1994, repartida el 16 de enero de 1995, respecto de la cual el Senador fue escuchado en versión libre el 19 de septiembre de 1995, y una indagación por el presunto delito de testaferrato (radicación 10470), en la cual fue escuchado en versión libre el 12 de junio y ampliada el 4 de septiembre de 1995, (ver, folio 48 del cuaderno de pruebas);

b) Lo anterior demuestra que el hecho relacionado con la indagación preliminar sobre el presunto delito de enriquecimiento ilícito fue oportunamente conocido por el interesado, como lo demuestra el oficio número 927, de marzo 19 de 1996, procedente de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (ver folio 166);

c) Para efectos del nacimiento del conflicto de intereses, es intrascendente que el interesado no se le haya recibido indagatoria;

d) El senador participó en la sesión y votó el proyecto del artículo que eventualmente podía favorecerlo en las indagaciones adelantadas por la Corte Suprema de Justicia;

e) En el curso del debate del proyecto de artículo puso de presente la incidencia que la aprobación de dicha norma podía tener en las indagaciones adelantadas por la Corte Suprema de Justicia en materia de enriquecimiento ilícito respecto de algunos congresistas;

f) No es aceptable la distinción que ha querido hacerse entre enriquecimiento ilícito de empleados públicos y el enriquecimiento ilícito de particulares, pues la decisión de la Corte Costitucional, producida con ocasión del estudio de constitucionalidad del Decretro 2266 de 1991, se refiere a un elemento genérico del enriquecimiento ilícito, por lo que el artículo aprobado por el Senado de la República el día 13 de diciembre sí hubiera tenido incidencia en las distintas categorías de enriquecimiento ilícito que contempla el ordenamiento penal colombiano.

3. La participación del Senador *Guerra de la Espriella* en la sesión del Senado de la República del día 13 de diciembre de 1995 y su voto favorable al mencionado proyecto de artículo son suficientes para concluir que en su caso nació un conflicto de intereses, pues la decisión debatida y votada lo podía favorecer de alguna manera en las indagaciones adelantadas en su contra por la Corte Suprema de Justicia.

Por lo expuesto, el suscrito Consejero de Estado considera que la Corporación ha debido decretar la pérdida de investidura de congresista del Senador *Guerra de la Espriella* por haber violado el régimen del conflicto de intereses.

Manuel S. Urueta.

DERECHO DISCIPLINARIO Y DERECHO PENAL - Principio de legalidad

La conducta que se le imputa al Senador Guerra de la Espriella no sólo no fue demostrada, sino que ella no puede subsumirse en disposición legal que contemple precisamente esa forma de actuar como sancionable. Se recuerda que tanto en el campo disciplinario como en el penal opera en toda su extensión el principio de legalidad punitiva preexistente, pilar del Estado de derecho. Pedir que se aplique la Constitución (concretamente el Artículo 243) y con ésta la interpretación que por vía de autoridad hace la Corte Constitucional, no puede ser para nadie, sin excepción, hállese en la situación que se hallare, motivo de sanción o pena; a menos que por vía de "conveniencias", esa conducta se "tipifique" como un nuevo delito de opinión. Si esto es así, entonces, para qué el Estado de Derecho?

Santafé de Bogotá, D. C., diez (10) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: *Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia: Expediente No. AC-3301. Actor: *Emilio Sánchez Alsina.* Demandado: *José Guerra de la Espriella.*

ACLARACION DE VOTO

Con todo respeto aclaro el voto frente a la sentencia de 16 de abril del presente año, adoptada por la mayoría de la Sala, en el proceso de la referencia.

Mi aclaración se refiere a algunos puntos de la motivación, porque estoy de acuerdo en un todo con la parte resolutiva del fallo.

Sigo sosteniendo, como lo he hecho en asuntos similares, que la conducta que se le imputa al Senador *Guerra de la Espriella* no sólo no fue

demostrada, sino que ella no puede subsumirse en disposición legal que contemple precisamente esa forma de actuar como sancionable. Se recuerda que tanto en el campo disciplinario como en el penal opera en toda su extensión el principio de la legalidad punitiva preexistente, pilar del Estado de Derecho.

Pedir que se aplique la Constitución (concretamente el artículo 243) y con ésta la interpretación que por vía de autoridad hace la Corte Constitucional, no puede ser para nadie, sin excepción, hállese en la situación que se hallare, motivo de sanción o pena; a menos por vía de "conveniencias", esa conducta se "tipifique" como un nuevo delito de opinión.

Si esto es así, entonces, para qué el Estado de Derecho?

Atentamente,

Carlos Betancur Jaramillo.

CONFLICTO DE INTERESES DE CONGRESISTA - Configuración

Como consecuencia de lo dispuesto en el Artículo 286 de la Ley 5ª de 1992, el congresista se hallará en la situación de conflicto a que alude la norma cada vez que al tomar una decisión en ejercicio de sus funciones, él o alguna de las personas allí relacionadas, encuentren algún interés directo que los pueda de alguna manera afectar.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONGRESISTA - Proceso jurisdiccional disciplinario/**PROCESO JURISDICCIONAL DISCIPLINARIO DE CONGRESISTA** - Procedimiento especial/ **AUTO PARA MEJOR PROVEER** - Improcedencia / **PROCESO DE PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONGRESISTA** - Trámite

En relación con el caso concreto del doctor *Santofimio Botero*, estima la Sala que no hay lugar a declarar que dicho congresista incurriera en la violación al régimen de conflicto de intereses, en razón a que no se demostró suficientemente que al votar el artículo adicional del proyecto de ley comentado, estuviera enterado de que en su contra en la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se adelantaba una actuación por el delito de enriquecimiento ilícito de particulares consagrado en el Artículo 1° del Decreto 1895 de 1989. Estima la Sala que, primero, frente del convencimiento del doctor *Santofimio Botero* de no encontrarse investigado por enriquecimiento ilícito de particulares, y, segundo, ante la insuficiencia de los elementos de convicción necesarios para acreditar que el aludido congresista conocía que era por dicho punible por el cual penalmente se lo investigaba, se impone concluir que las pretensiones de la demandada no pueden prosperar. Considera la Sala indispensable para casos como el examinado, que el proceso aparezca debidamente acreditado que el congresista se encontraba en una situación de conflicto de intereses, frente a la cual estaba en la obligación moral y legal de declarar su impedimento, es decir, que el Senador *Santofimio Botero* tenía conocimiento de que era investigado por la figura penal consagrada en el Artículo

intereses. Por consiguiente, si tal comprobación no se dio en el *sub judice*, no hay lugar entonces a declarar la pérdida de su investidura.

PRINCIPIO DE LA NECESIDAD DE LA PRUEBA - Observancia / **CARGA DE LA PRUEBA** - Suficiencia

Conforme al principio probatorio de la necesidad de la prueba, toda decisión judicial o toda providencia, debe fundarse en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas al proceso, y así expresamente se consagra en los Códigos de Procedimiento Civil y de Procedimien-to Penal. Acorde con el principio anotado, y, sin perjuicio de las facultades oficiosas del juez en la oportunidad de ordenar pruebas, a las partes o interesados en una actuación judicial les corresponde aportar los elementos de convicción indispensables para que el juzgador pueda proferir con certeza la decisión que en estricto derecho corresponda. Por tanto, si quien tiene el deber de acreditar un determinado hecho, no lo hace, o lo hace en forma incompleta, irregular o inoportuna, deberá entonces soportar las consecuencias que su deficiente actividad probatoria le reporta y que se traducen en que frente a la inseguridad del juzgador sobre el hecho cuestionado, resultante de la ausencia o insuficiencia probatoria, la decisión que se tome ha de ser contraria a los intereses de quien legalmente no satisfizo la obligación procesal de demostrar a cabalidad los cargos formulados.

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

Santafé de Bogotá, D.C., dieciséis (16) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: *Doctor Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. AC-3304. Actor: *Emilio Sánchez Alsina.* Solicitud de pérdida de investidura del Senador Alberto Rafael Santofimio Botero.

Procede la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo a decidir la solicitud de pérdida de investidura de congresista del Senador *Alberto Rafael Santofimio Botero,* presentada por el ciudadano *Emilio Sánchez Alsina,* quien actúa en ejercicio de la facultad conferida por el Artículo 184 de la Constitución Política.

Previamente conviene señalar que no obstante el criterio de quien elabora esta ponencia, respecto de la inexistencia de conflicto de intereses por falta de su regulación legal, expresado en las aclaraciones y salvamentos

de voto correspondientes a las sentencias dictadas en los procesos números AC-3299, AC-3300, AC-3302, AC-3303, para efectos de agilizar la presente actuación y así mismo acatar las normas reglamentarias de la Corporación, se procede a elaborar el proyecto de sentencia, con base en los antecedentes procesales relacionados con la ponencia anterior, cuyas conclusiones no fueron acogidas por la mayoría de la Sala, al considerar que no había lugar a declarar la pérdida de investidura del aludido Senador.

I. LA SOLICITUD

El ciudadano citado fundamenta su solicitud en la presunta violación del régimen de conflicto de intereses por parte del Senador mencionado, por las siguientes circunstancias:

1. El 13 de diciembre de 1995, el Senador *Santofimio Botero* asistió, contestó el llamado a lista, promovió y votó el Proyecto de Ley No.168 de 1995 Senado, 129 de 1995 Cámara, al cual se le agregó un artículo que decía textualmente:

> *"La doctrina constitucional adoptada en las sentencias de la Corte Costitucional es criterio auxiliar de interpretación para las autoridades, excepto en los siguientes casos:*
>
> *Primero, cuando dicte sentencias interpretativas, es decir, aquellas que declaran la exequibilidad de una norma legal, condicionada a una determinada forma de interpretación.*
>
> *Segundo, cuando la parte emotiva (sic) de la sentencia proferida por la Corte Constitucional guarde unidad indisoluble o relación directa o tenga el hecho (sic) causal con la parte resolutiva de la misma.*
>
> *Tercero, en los casos de sentencias integradoras, es decir, cuando a falta de legislación adecuada para resolver un asunto concreto sometido a su competencia, el juez aplique directamente la norma constitucional, en estos tres casos la doctrina adoptada en la providencia hace tránsito a cosa juzgada constitucional, obliga en su integridad y corrige la jurisprudencia, su inobservancia es causal de mala conducta"* (teniendo en cuenta que el texto transcrito por el demandante no coincide exactamente con el publicado en la Gaceta del Congreso No. 479, del 20 de diciembre de 1995, se transcribe el texto oficial contenido en esta última).

2. Este artículo pretendía presumiblemente convertir el "enriquecimiento ilícito" en una conducta subalterna, lo cual traería como consecuencia que este delito no existiría como tal cuando no estuviese previamente

demostrado que el dinero que lo determinó tuvo su origen en una actividad al margen de la ley.

3. Con dicho artículo, el Senador en referencia presuntamente buscó suspender un proceso que por enriquecimiento ilícito adelanta la Corte Suprema de Justicia contra él, entre otros congresistas, es decir, buscando obtener un beneficio propio de índole penal, sin declararse impedido, como era su obligación legal, moral y ética.

4. El artículo comentado no se relaciona con el proyecta de la ley en el cual se quiso introducir, "ya que las figuras que allí se pretendieron incluir son materias completamente diferentes y que no guardan unidad de tema con las allí tratadas, ya que el proyecto sólo buscaba sancionar delitos menores siendo que inclusive algunos de estos pasan a ser contravenciones especiales (hoy Ley 228 del 21 de diciembre de 1995)", además de que el objetivo buscado fue habilidoso y subrepticio toda vez que el artículo no tenía ponente conocido.

En consecuencia, considera el peticionario, el Senador *Santofimio Botero* violó la incompatibilidad o prohibición señalada en el Artículo 182 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 181 de la misma Carta y 284 de la Ley 5ª de 1992, por lo cual se hace acreedor a la pérdida de su investidura de conformidad con los artículos 183-1 de la Constitución y 296-3 de la citada Ley 5ª de 1992.

II. CONTESTACION DE LA DEMANDA

Por intermedio de su apoderado, el Senador demandado se refirió a los hechos de la solicitud, para expresar su aceptación de algunos y negar los demás. Los fundamentos jurídicos de su defensa los consignó en los siguientes términos:

> *"Mi representado, como se demostrará en el curso del presente proceso, no violó, ni ha violado el régimen de conflicto de intereses. No es cierto, tampoco, que el Senador* ***Santofimio Botero*** *hubiera promovido el artículo que se trancribe en la demanda, ni que hubiera participado en su discusión. Es esta una afirmación que riñe con la verdad, por lo siguiente:*
>
> *El Senador* ***Santofimio****, no intervino en ninguna de las discusiones que precedieron la votación del artículo que se invoca;*
>
> *El Senador* ***Santofimio*** *no participó en un sentido activo en la promoción del artículo; el Senador* ***Santofimio*** *no fue ni el actor, ni el redactor del artículo del proyecto de ley que dió origen a la presente acción y mucho menos el ponente de la misma;*

El Senador ***Santofimio*** *ni si quiera hizo uso de la palabra en la sesión del pasado 13 de diciembre, día en el que se votó el artículo del proyecto de ley;*

El Senador ***Santofimio*** *sólo hizo uso de voto, porque se hallaba en el recinto y porque así lo ordena la Ley 5ª de 1992 (Reglamento del Congreso) en sus artículos 126 y 127;*

El Senador ***Santofimio****, en su condición de congresista, es inviolable por las opiniones y votos que emita en el ejercicio de su cargo;*

Tampoco es cierto, como ligeramente lo afirma el actor, que mi representado buscara beneficios de índole penal o que su presencia en el recinto el día que se discutió el artículo obedeciera a intereses personales.

No sobra aclarar que el Senador Santofimio Botero no ha sido condenado por el tribunal alguno y sobre él sólo recae una investigación de carácter penal".

III. LA AUDIENCIA PUBLICA

1. Intervención del solicitante.

Al intervenir durante la audiencia pública manifestó el solicitante que para el 13 de diciembre de 1995 el Senador *Alberto Rafael Santofimio Botero* ya había sido vinculado formalmente a la investigación que le adelanta la Corte Suprema de Justicia; y que a pesar de ello no se declaró impedido para participar en la votación del Proyecto de ley No.168 de 1995, como lo dispone el Artículo 182 en la Constitución Política. Al referirse al criterio de algunos Consejeros sobre la falta de desarrollo legal del conflicto de intereses hizo alusión a la sentencia No.T-006 proferida por la Corte Cons--titucional el 12 de mayo de 1992. Concluyó su intervención manifestando que por los anteriores motivos se daban las razones para que el Senador *Alberto Rafael Santofimio Botero* fuera despojado de su investidura (folios 82 y 83 Cdno. 1).

2. Intervención del Señor Agente del Ministerio público.

Por su parte, en su intervención la señora Procuradora Octava Delegada ante el Consejo de Estado se pronunció en contra de la petición de pérdida de investidura del Senador *Santofimio Botero*, con fundamento, especialmente en las consideraciones que se sintetizan a continuación, las que aparecen consignadas a los folios 86 a 105 del cuaderno No. 1:

Expresó la aludida funcionaria que el caso en estudio es similar al resuelto mediante sentencia de marzo 24 de 1994 (proceso No. AC-1276),

en el cual se pretendía la pérdida de investidura de un Senador por no haberse declarado impedido cuando se tramitó y discutió el proyecto de ley de reforma tributaria de 1992 en lo relacionado con una exoneración del impuesto de timbre a las escrituras de constitución y cancelación de hipotecas, teniendo en cuenta que el congresista era socio de unas compañías constructoras. En tal oprtunidad, sostuvo la Corporación que cuando se discutan disposiciones de alcance general en las que tienen interés todas las personas o toda la comunidad, no se configura un interés de uno o más congresistas. Agregó, además, la Delegada, que si ello no fuera así resultaría imposible participar en cualquier ley de reforma tributaria, pues esta tendría alguna relación, así fuera tangencial, con el interés personal de los legisladores.

Consideró la Agente del Ministerio Público que debe negarse la petición de pérdida de investidura del Senador *Santofimio Botero*, por las siguintes razones:

a) Porque hay una generalizada tendencia a sostener que el régimen legal de conflicto de intereses está actualmente incompleto y fragmentado;

b) Porque para la fecha de la votación el congresista *Santofimio Botero* se encontraba vinculado a un sumario, como indagado, sin que en el momento de la indagatoria la Corte Suprema hubiese dado calificación alguna de las diligencias penales, lo cual hacía imposible conocer o presumir el tipo punible de sindicación. La calificación sólo se dio mediante providencia de 14 de diciemebre de 1995 al definir la situación jurídica del Senador, decretando en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de enriquecimiento ilícito de particulares, la cual fue notificada al día siguiente;

c) Porque el Senador *Santofimio Botero* no promovió el proyecto objeto de análisis, dado que no lo presentó, ni lo suscribió, ni lo defendió;

d) Porque el simple propósito de su voto favorablee resulta inane desde el punto de vista del conflicto de intereses, en razón a que finalmente no se convirtió en ley y además no se refería, ni expresa ni tácitamente, a asuntos penales o al delito de enriquecimiento ilícito, sino que tenía un carácter general;

e) Porque dentro de la etapa del sumario, el sindicato goza plenamente de la presunción de inocencia.

f) Porque no aparece prueba alguna que lleve a la certeza de que el Senador *Santofimio* tuviese el interés de obtener un favorecimiento penal con la votación del artículo controvertido.

3. Intervención del demandado.

A su vez, al intervenir, en la misma diligencia, el Senador *Alberto Rafael Santofimio Botero* expresó, en síntesis, lo siguiente (folios 1 a 14 Cdno. 1-A):

a) Que no se daba el conflicto de intereses atribuído por participar en la votación de la norma referida, en razón a que éste sólo surgiría cuando el parlamentario tuviera conocimiento, sobre la existencia de una imputación en su contra, en concreto, por el delito de enriquecimiento ilícito de particulares, descrito en el artículo 1° del Decreto-ley 1895 de 1989. Por ello, el simple conocimiento de la existencia de una investigación no constituye conflicto alguno, pues el interés sólo puede surgir cuando se tiene la expectativa de obtener un beneficio concreto con la norma que se está aprobando.

Sostuvo que al momento de producirse la votación, el 13 de diciembre de 1995 no conocía la imputación que se le hacía de un delito de enriquecimiento ilícito de particulares, en razón a que antes de la providencia fechada el 14 de diciembre de dicho año no se hizo referencia a tal calificación en ninguna pieza procesal, y, por cuanto él como su apoderado tenían la convicción de que el eventual delito por el que se procedía era el de enriquecimiento ilícito de funcionario público, tipificado en el Artículo 148 del Código Penal, el cual no tenía relación alguna con la sentencia C-127 de 1993 de la Corte Constitucional. Afirmó, además, que "las carátulas de los primeros cuadernos del expediente estaban rotuladas (y aún lo están) bajo la calificación de 'testaferrato', tipo penal que tampoco tiene relación alguna con la decisión de la Corte Constitucional ni con la norma aprobada por el Senado".

b) Que no se dio el conflicto de intereses al momento de la votación del 13 de diciembre de 1995, dado que su situación particular en nada se beneficiaba con la aprobación del artículo nuevo, el cual no tenía ninguna incidencia en el cargo que, según su convicción, motivaba la investigación que adelantaba la Corte Suprema de Justicia;

c) Posteriormente hizo una reseña de los hechos acontecidos el 13 de diciembre de 1995 en el Senado de la República y manifestó que no presentó artículo alguno, ni fue ponente del proyecto de ley, y que tampoco intervino en ningún sentido durante la sesión de ese día. Agregó que simplemente al cerrarse la discusión sobre el artículo nuevo se limitó a consignar su voto, como era su obligación, pues en él no concurría ningún tipo de conflicto de intereses que lo excusara de votar, por cuanto que estaba convencido de que la investigación que se adelantaba en su contra era por el presunto hecho punible consagrado en el artículo 148 del Código Penal;

d) Adicionalmente relacionó las siguientes razones de orden jurídico, conforme a las cuales, en su caso, no se configura el conflicto de intereses:

— Que la doctrina constitucional referente al enriquecimiento ilícito de particulares no incidía en el presunto punible imputado y tipificado en el Artículo 148 del Código Penal.

— Que las normas constitucionales y legales que regulan el conflicto de intereses se refieren únicamente a los intereses privados económicos, de tal manera que ante la ausencia de norma expresa reguladora tanto del conflicto de intereses del orden moral, como del régimen de impedimentos por ese aspecto, no hay lugar a decretar la pérdida de investidura, por cuanto ello entrañaría la violación del debido proceso, de la presunción de inocencia y del principio de la buena fe.

— Que para garantizar su derecho de defensa se aprecien las pruebas documentales que aportó durante su intervención y que se decreten aquellas que se referencian en el acápite 5, del resumen de la misma.

En escrito adicional al de la síntesis de intervención en la audiencia pública, insiste en la imposibilidad de saber que se trataba de una investigación por enriquecimiento ilícito de particulares, cuestiona algunos apartes de la certificación allegada al proceso por la Corte Suprema de Justicia, aporta nuevos documentos y agrega que si la propia Corte consideraba que la actuación versaba sobre el tipo penal contenido en el Decreto 1895 de 1989, artículo 1°, incorporado como legislación permanente por el artículo 10 del Decreto 226 de 1991, no es explicable cómo al momento de vincularlo no se le hubiera proferido orden de captura, dado que el enriquecimiento ilícito de particualres es competencia de la denominada "justicia regional".

4. Intervención del apoderado del demandado.

A pesar de que en la audiencia pública se le concedió el uso de la palabra al apoderado del Senador *Santofimio Botero*, aquél estimó innecesaria su intervención porque consideraba suficientes las manifestaciones de su poderdante. Sin embargo, hizo entrega del memorial que obra a folios 106 a 108 del Cuaderno No.1, en el cual consigna, en resumen, lo siguiente:

a) El Constituyente definió a la ley el señalamiento de las causales constitucionales de conflicto de intereses, y está visto cómo no se han desarrollado legalmente dichas causales originadas en situaciones de orden moral que afecten a los congresistas. Además, la ley no ha dicho qué se entiende por interés directo.

b) Las características del principio de legalidad se refuerzan con el artículo 14 de la Ley 200, que ordena que en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa.

c) De acuerdo con el principio de la presunción de inocencia, a toda persona a la que bajo cualquier circunstancia se le impute la comisión de un hecho punible, se le presume inocente mientras no se le declare responsable mediante sentencia condenatoria ejecutoriada (Artículo 29 de la Carta Política y 8° de la Ley 200). Además, en el proceso disciplinario toda duda razonable se resolverá a favor del disciplinado cuando no haya modo de eliminarla;

d) Según el demandante, el Senador *Santofimio* promovió y votó un proyecto de ley que presumiblemente perseguía convertir el enriquecimiento ilícito en una conducta subalterna y no en un delito autónomo. Este cargo arranca de una presunción personal del demandante, no probada, como quiera que dicho Senador y otro grupo de colegas sólo quisieron darle rango legal a una jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual, durante su discusión, inclusive mereció el apoyo del señor Ministro de Justicia.

Agotado el trámite procesal y no obsevándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Sea lo primero señalar los fundamentos normativos que orientan el estudio que sobre el caso examinado, corresponde hacer a la Sala para proferir la correspondeinte decisión.

Conforme a los razonamientos contenidos en la solicitud de desinvestidura, la norma constitucional a examinar es la contenida en el numeral 1 del artículo 183 de la Carta Política, cuyo tenor es el siguiente:

"Los congresistas perderán su investidura:

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

En el mismo orden de ideas, debe tomarse en consideración lo dispuesto por el artículo 182 de la misma Carta, que dispone:

"Los congresistas deberán poner en conocimiento de la respectiva cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración. La ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones".

Por su parte, la Ley 5ª de 1992, contentiva del Reglamento del Congreso, el Senado y la Cámara de Representantes, dispuso en el Artículo 286:

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

Como consecuencia de la anteror disposición legal, el congresista se hallará en la situación de conflicto a que alude la norma, cada vez que al tomar una decisión en ejercicio de sus funciones, él, o alguna de las personas allí relacionadas, encuentren algún interés directo que los pueda de alguna manera afectar.

2. Se encuentra debidamente acreditado que el doctor *Alberto Rafael Santofimio Botero* fue elegido como Senador de la República para el período 1994 a 1998, al tenor de la constancia expedida en tal sentido por la Directora Nacional Electoral de la Registraduría del Estado Civil, de fecha 26 de enero de 1996 (folio 15).

3. Igualmente aparece demostrado que el 13 de diciembre de 1995 el aludido Senador, en sesión plenaria del Senado de la República votó afirmativamente el artículo adicional al proyecto de ley No.168 del Senado, cuyo texto, en lo pertinente, anteriormente se transcribió, el cual se encuentra al folio 12v, del cuaderno No. 3, página 16 de la *Gaceta del Congreso*, número 479 del 20 de diciembre de 1995.

De acuerdo con la norma mencionada, y al decir del accionante, el doctor *Santofimio Botero* incurrió, al votar afirmativamente la disposición referida, en violación al régimen de conflicto de intereses, en razón a que su determinación de alguna manera lo afectaba, por cuanto que en la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se adelantaban contra él diligencias preliminares por el punible de enriquecimiento ilícito de particulares.

4. La anterior figura delictiva está prevista en el artículo 1° del Decreto legislativo No. 1895 de 1989, en los siguientes términos:

*"**Artículo 1°.** El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga para sí o para otro incremento patrimonial no justificado, derivado, en una u otra forma, de actividades delictivas, incurrirá, por ese sólo hecho, en prisión de 5 a 10 años y multa equivalente al valor del incremento ilícito logrado".*

Posteriormente, mediante el Artículo 10 del Decreto 2266 de 1991, la norma anterior fue adoptada como legislación permanente.

Ahora bien, al pronunciarse sobre la exequibilidad de la anterior disposición, la Corte Constitucional, en sentencia C-127 de 30 de marzo de 1993, manifestó:

> *"La expresión 'de una u otra forma', debe entenderse como incremento patrimonial no justificado, derivado de actividades delictivas, en cualquier forma que se presenten éstas. Las actividades delictivas deben estar jurídicamente declaradas, para no violar el debido proceso y el Artículo 248 de la Constitución Política, según el cual únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales"* (*Gaceta de la Corte Constitucional*, 1993, T. 3, pág. 203).

Conforme al anterior pronunciamiento, el artículo con el cual se adicionó el Proyecto de Ley 168 del Senado incidiría en los procesos adelantados por enriquecimiento ilícito y su juzgamiento debía hacerse bajo el criterio que orientó al Juez Constitucional, es decir, el de que la ilicitud de las actividades delictivas generadoras del incremento patrimonial injustificado deben estar judicialmente declaradas.

5. En relación con el caso concreto del doctor *Santofimio Botero*, estima la Sala que no hay lugar a declarar que dicho congresista incurriera en la violación al régimen de conflicto de intereses, en razón a que no se demostró suficientemente que al votar el artículo adicional del proyecto de ley comentado, estuviera enterado de que en su contra, en la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se adelantaba una actuación por el delito de enriquecimiento ilícito de particulares consagrado en el artículo 1° del Decreto 1895 de 1989.

A la anterior conclusión arriba la Sala, tras valorar los siguientes elementos de convicción:

— La constancia expedida, el 15 de marzo de 1996, por el Magistrado Sustanciador del proceso No. 10473 adelantado contra el Senador *Alberto Rafael Santofimio Botero*, según la cual "mediante providencia de fecha 14 de diciembre de 1995, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resolvió la situación jurídica del Senador *Alberto Rafael Santofimio Botero*, decretando en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de enriquecimiento ilícito de particulares...". (folios 2 a 5 c. 2)

— De igual manera se valora la constancia expedida, en la misma fecha de la anterior, por la Secretaría de la Sala de Casación Penal de la Corporación aludida de la cual, se transcriben los siguientes apartes:

1. Que en esta Corporación cursa el proceso radicado con el número 10473 contra el Senador ***Alberto Rafael Santofimio Botero*** *por el delito de enriquecimiento ilícito de particulares previsto en el artículo 1° del Decreto 1895 de 1989, adoptado como legislación permanente por el Artículo 10. del Decreto Extraordinario 2266 de 1991.*

2. Que la indagación preliminar fue iniciada el 3 de mayo de 1995 (Folio 15, Cuaderno 1).

3. Que en desarrollo de la investigación previa, el 22 de mayo de 1995 fue escuchado en versión libre el imputado (folios 139 y ss. Cuaderno 1).

4. Que mediante providencia del 23 de noviembre de 1995, la Sala de Casación Penal de la Corte negó la resolución inhibitoria solicitada por el defensor, disponiendo, en su lugar, la apertura de instrucción sumaria contra el doctor Santofimio y su vinculación mediante indagatoria (folios 257 y ss, Cuaderno 2).

5. Que el 4 de diciembre de 1995, previa citación telegráfica, compareció y rindió indagatoria el procesado, con asistencia de defensor (folios 510 y ss Cuaderno 2).

6. Que mediante providencia de fecha 14 de diciembre de 1995, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resolvió la situación jurídica del Senador Alberto Rafael Santofimio Botero decretando en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de enriquecimiento ilícito de particulares, previsto en el Artículo 1° del Decreto-ley No.1895 de 1989, incorporado como legislación permanente por el Artículo 10. del Decreto 2266 de 1991. Para hacer efectiva la medida, ordenó su captura (folios 659 y ss., Cuaderno 2).

7. Que en la actualidad el proceso mencionado se halla en etapa de instrucción" (Folio 6 y 7 Cuaderno 2).

— Fotocopia de la carátula correspondiente al proceso 10473, donde figura como sindicado *"Alberto Rafael Santofimio Botero,* Senador de la República. *Delito (s): Testaferrato".* Procedencia Secretaria Colectiva-Dirección Regional de Fiscalía" (Folio 23, Cuaderno 1ª).

— Así mismo, está última dependencia, también consigna *"Delito Testaferrato"* (Folio 24 Cuaderno 1A).

— Por su parte, al interrogar el Magistrado Sustanciador de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, comisionado por la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, a los testigos comparecientes: *Ernesto Cardozo Neira,*

Ramón Wilson Wilches Velásquez y *María del Pilar Ayala de Jaramillo*, folios 25,30 y 39 del cuaderno 1A, respectivamente, a cada una de estas personas se le preguntó concretamente "...en relación con los hechos materia de la presente investigación previa contra el doctor *Alberto Rafael Santofimio Botero* por posibles hechos de testaferrato..." (destacado fuera del texto)

—No resulta, pues, demostrado que con anterioridad a la providencia de la Corte Suprema de Justicia, de 14 de diciembre de 1995, notificada al día siguiente, mediante la cual se definió la situación jurídica del indagado y se concretó en forma expresa y clara el hecho punible que daba lugar a la medida de aseguramiento con privación de su libertad, el doctor *Alberto Rafael Santofimio Botero* tuviese conocimiento de que se lo investigaba penalmente por hechos constitutivos de enriquecimiento ilícito de particulares.

— El desconocimiento del ilícito por el cual se ordenó su detención preventiva se hace así mismo evidente en el criterio de su defensor ante la Sala Penal de la Corte. El fue, su propio consejero, su orientador y asesor penal, quien en memorial visible a folios 16 a 20 del cuaderno 1-A, presentado el 6 de diciembre de 1995, textualmente manifestó:

De acuerdo con el interrogatorio formulado en la diligencia de indagatoria, se imputa al Senador *Alberto Rafael Santofimio Botero* el presunto delito de *enriquecimiento ilícito (Artículo 148 C.P... destacado de la Sala")*, esto es, que si su propio defensor en el diligenciamiento penal hace ostensible su convencimiento jurídico de que al Senador *Santofimio Botero* se lo investigaba por el punible de enriquecimiento ilícito previsto en el Artículo 148 del ordenamiento penal, no resulta entonces inadmisible lógica y jurídicamente para la Sala, que ese mismo convencimiento jurídico del defensor, con sobrada razón, se trasladara y fuera asimilado por el propio defendido, llevándole a éste la convicción de que penalmente se lo cuestionaba por el punible de enriquecimiento ilícito de funcionario (art. 148 C.P.)y no por el enriquecimiento ilícito de particulares (Artículo 1° Decreto 1895 de 1989).

En las anteriores condiciones probatorias, estima la Sala que, primero, frente al convencimiento del doctor *Alberto Rafael Santofimio Botero* de no encontrarse investigado por enriquecimiento ilícito de particulares, y, segundo, ante la insuficiencia de los elementos de convicción necesarios para acreditar que el aludido congresista conocía que era por dicho punible por el cual penalmente se lo investigaba, se impone concluir que las pretensiones de la demanda no pueden prosperar.

Considera la Sala indispensable para casos como el examinado, que en el proceso aparezca debidamente acreditado que el congresista se encontraba en una situación de conflicto de intereses, frente a la cual estaba en la obligación moral y legal de declarar su impedimento, es decir, que

el Senador *Alberto Rafael Santofimio Botero* tenía conocimiento de que era investigado por la figura penal consagrada en el artículo 1° del Decreto 1895 de 1989, de la cual podía surgir el conflicto de intereses. Por consiguiente, si tal comprobación no se dio en el *sub judice*, no hay lugar entonces a declarar la pérdida de su investidura.

Conviene señalar cómo, conforme al principio probatorio de la necesidad de la prueba, toda decisión judicial o toda providencia, debe fundarse en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas al proceso, y así expresamente se consagra en los Códigos de Procedimiento Civil y de Procedimiento Penal.

Acorde con el principio anotado y, sin perjuicio de las facultades oficiosas del juez en la oportunidad para ordenar pruebas, a las partes o interesados en una actuación judicial les corresponde aportar los elementos de conviccción indispensables para que el juzgador pueda proferir con certeza la decisión que en estricto derecho corresponda. Por tanto, si quien tiene el deber de acreditar un determinado hecho, no lo hace, o lo hace en forma incompleta, irregular o inoportuna, deberá entonces soportar las consecuencias que su deficiente actividad probatoria le reporta y que se traducen en que frente a la inseguridad del juzgador sobre el hecho cuestionado, resultante de la ausencia o insuficiencia probatoria, la decisión que se tome ha de ser contraria a los intereses de quien legalmente no satisfizo la obligación procesal de demostrar a cabalidad los cargos formulados.

Dimana de las anteriores consideraciones que la solicitud de pérdida de investidura del Senador *Alberto Rafael Santofimio Botero* no debe prosperar.

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

FALLA:

Primero. DENIEGASE la solicitud de pérdida de investidura de congresista del Senador *Alberto Rafael Santofimio Botero*, presentada por el ciudadano *Emilio Sánchez Alsina.*

Segundo. Ejecutoriada esta providencia, comuníquese a la Mesa Directiva del Senado de la República, al Consejo Nacional Electoral y al Ministerio del Interior, para lo de su cargo. Archívese el expediente.

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, dieciséis (16) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

Daniel Suárez Hernández, Presidente, aclaró voto; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Mario Alario Méndez,* con aclaración de voto; *Joaquín Barreto Ruiz, con* salvamento de voto; *Carlos Betancur Jaramillo,* aclaración de voto; *Miren de la Lombana de M.,* salvó voto; *Clara Forero de Castro,* salvó voto; *Jesús María Carrillo B.,* aclaración de voto; *Julio Enrique Correa Restrepo,* salvó voto; *Guillermo Chahín Lizcano,* salvó voto; *Jaime Cerón Coral,* Conjuez; *Amado Gutiérrez Velasquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía,* aclaración de voto; *Alvaro Lecompte Luna, Juan de Dios Montes Hernández,* aclaración de Voto; *Carlos Arturo Orjuela Góngora,* aclaración de voto; *Dolly Pedraza de Arenas,* salvó voto; *Juan Alberto Polo Figueroa, Libardo Rodríguez Rodríguez,* ausente; *Consuelo Sarria Olcos,* salvó voto; *María Eugenía Samper Rodríguez,* salvó voto; *Manuel Santiago Urueta Ayola.*

Mercedes Tovar de Herrán, Secretaria General.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Prueba de la causal / **CONFLICTO DE INTERESES** - Violación / **INVESTIGACION PENAL A CONGRESISTA** - Conocimiento de los hechos / **NARCOMICO** - Aprobación proyecto de ley

A mi juicio, está probado dentro del expediente que los asistentes a la sesión del 13 de diciembre de 1995 —y entre ellos el Senador *Santofimio Botero*— en la causal se discutió y votó el proyecto de ley No.168 de 1995 Senado y 129 de 1995 Cámara, supieron cuál era el alcance del artículo que se introdujo a ese proyecto y que hacía relación al valor atribuido a la doctrina constitucional adoptada en las sentencias de la Corte Constitucional. Supieron todos que dicha norma podría tener incidencia en la configuración del delito de enriquecimiento ilícito de particulares. Para esa época el Senador *Santofimio Botero* había sido oído en versión libre y en indagatoria por la Corte Suprema de Justicia; es decir, conocía los hechos por los cuales se le estaba investigando y en razón de ese conocimiento podía saber que el artículo en cuestión le reportaría beneficios al momento de calificar su conducta frente a las disposiciones penales. No obstante lo anterior no manifestó impedimento alguno para participar en la discusión del mencionado artículo sino que por el contrario lo votó afirmativamente, con lo cual, a mi entender, violó el régimen de conflicto de intereses previsto en la Constitución y en la ley.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo -. Santafé de Bogotá, D,C., quince (15) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Referencia: Expediente No.AC-3304. Actor: *Emilio Sánchez Alsina.*

SALVAMENTO DE VOTO
DE LA DOCTORA CLARA FORERO DE CASTRO

Respetuosamente me aparto de la decisión mayoritaria de la Sala por considerar que en este caso se dio la violación al régimen de conflicto de intereses y en consecuencia procedía la pérdida de investidura del Senador *Alberto Rafael Santofimio Botero.*

En efecto, a mi juicio, está probado dentro del expediente que los asistentes a la sesión del 13 de diciembre de 1995 —y entre ellos el Senador *Alberto Rafael Santofimio Botero*— en la cual se discutió y votó el proyecto de ley No.168 de 1995 Senado y 129 de 1995 Cámara, supieron cuál era el alcance del artículo que se introdujo a ese proyecto y que hacía relación al valor atribuido a la doctrina constitucional adoptada en las sentencias de la Corte Constitucional.

Supieron todos que dicha norma podría tener incidencia en la configuración del delito de enriquecimiento ilícito de particulares.

Para esa época, el Senador *Alberto Rafael Santofimio Botero* había sido oído en versión libre y en indagatoria por la Corte Suprema de Justicia; es decir, conocía los hechos por los cuales se le estaba investigando y en razón de ese conocimiento, podía saber que el artículo en cuestión le reportaría beneficios al momento de calificar su conducta frente a las disposiciones penales.

No obstante lo anterior, no manifestó impedimento alguno para participar en la discusión del mencionado artículo sino que por el contrario lo votó afirmativamente con lo cual, a mi entender, violó el régimen de conflicto de intereses previsto en la constitución y en la ley.

Esta son las razones fundamentales de mi disentimiento,

Con todo respeto,

Clara Forero de Castro.

NOTA DE RELATORIA: A este salvamento adhiere la Doctora María Eugenia Samper Rodríguez.

SALVAMENTO DE VOTO DE MARIA EUGENIA SAMPER R.

Referencia: Expediente No. AC-3304.

Actor: *Emilio Sánchez Alsina.*

Con el debido respeto por la decisión mayoritaria de la Sala, me separo de la decisión adoptada en la sentencia de la referencia, por las razones que están ampliamente consignadas en el salvamento de voto de la doctora *Clara Forero de Castro,* por lo cual adhiero a sus consideraciones.

Atentamente,

María Eugenia Samper R.

Santafé de Bogotá, D.C., mayo 29 de 1996.

CONFLICTO DE INTERESES - Regulación / **IMPEDIMENTO DE CONGRESISTA POR CONFLICTO DE INTERESES** - Exigencia legal / **PROCESO DE PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONGRESISTA** - Competencia del Consejo de Estado

Concluye la Sala que existen fundamentos constitucionales, legales y jurisprudenciales acerca de la reglamentación del conflicto de intereses; y al respecto hace las siguientes precisiones: "Primera: Se trata, en el caso de los Congresistas, de una institución de raigambre constitucional, como que está establecida en el Artículo 182 de la Carta, cuyos desarrollos legislativos, en cuanto a las razones que lo determinan, el procedimiento para su declaración bajo la forma del impedimento o de la recusación, aparecen regulados, como se dijo, en los artículos 286 y siguientes de la Ley 5ª de 1992. Segunda: el impedimento para que el Congresista actúe se presenta por razones de índole moral o económica, tal como lo define, en primer término, el Artículo 182 Constitucional y en desarrollo de éste, el Artículo 286 de la Ley 5ª de 1992, en cuanto expresa que él se presenta "cuando exista interés directo en la decisión porque lo afecte de alguna manera". Estima la Sala, y con ello no se está realizando ningún invento de última hora, que no es necesario, ni conveniente, ni posible, que exista una tabla legal de conductas éticas, que supongan una adecuación típica, para efectos de poder juzgar acerca de la presencia o no de un conflicto de interés por razones de orden moral. Basta la consagración genérica tal como se formula en el Artículo 182 de la Constitución o como se plantea en el 286 de la Ley 5ª o como se estructura en la causal primera de impedimento a que se refiere el Artículo 150 del Código de Procedimiento Civil. La Carta exige que los Congresistas pongan en conocimiento de la repectiva cámara "las situaciones de orden *moral* o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración, el Artículo 286 de la Ley 5ª les exigen que se declaren impedidos cuando exista "interés directo de la decisión porque los afecte de alguna manera" a ellos o a sus más próximos familiares o a sus socios. Se encuentra prevista la autoridad encargada de estudiar y pronunciarse sobre la procedencia del impedimento o de la recusación en caso de que aquél no sea

manifestado espontáneamente. Existe un procedimiento para darle curso a las solicitudes de desinvestidura, contenido básicamente en la Ley 144 de 1994. Con excepción de los anexos de la solicitud, la Ley 144 de 1994 no regula lo concerniente al régimen probatorio. Tampoco lo hace la Ley 5ª de 1992. Así el asunto queda gobernado por el título XXI del C.C.A., entre cuyos mandatos está el Artículo 168 *ibidem* a cuyas voces, en los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de ese código, las del procedimiento civil, en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración. En consecuencia, el régimen probatorio es el contenido en el Título XXI del C.C.A., y el Título XIII del C. de P.C. Existe un juez encargado de fallar los procesos de desinvestidura, cual es el Consejo de Estado, por disposición de estirpe constitucional. Todo lo anterior constituye, a no dudarlo, el régimen del conflicto de intereses que echan de menos el distinguido colaborador fiscal y el señor apoderado del demandado, que los lleva a sostener la inaplicación del conflicto de interés originado en asuntos de índole moral.

CONGRESISTA - Conflicto de intereses / **INVESTIGACION PENAL** - Enriquecimiento ilícito / **NARCOMICO** - Votación proyecto de ley por Congresista

Al analizar en apartes anteriores lo ocurrido en el debate se puso de presente que los temas del enriquecimiento ilícito y del alcance que el artículo cuestionado tenía sobre su juzgamiento, gravitaban en torno del debate. De dichas advertencias no podía sustraerse el Senador Guerra de la Espriella, para que pueda argumentarse, como lo dice en su escrito de oposición, que entre el proyecto de artículo transcrito y el tipo penal de enriquecimiento ilícito no existe relación alguna. Las discusiones del artículo cuestionado, como dan cuenta las actas, fueron pródigas sobre la incidencia que tenía la aprobación del "artículo nuevo", en la tipicidad del enriquecimiento ilícito. Y si, como da fe el Acta No. 35, el Senador *Guerra de la Espriella* contestó a lista, estuvo siempre presente porque no hay constancia de que se hubiera retirado del recinto y votó afirmativamente el proyecto de ley, no puede aceptarse que no tuviera entendimiento de los efectos que la norma aprobada pudiera tener en las investigaciones en curso sobre el delito de enriquecimiento ilícito, varias veces mencionado en el debate. De lo anterior se concluye, sin mayor esfuerzo, que una persona que participara en el debate deduciría fácilmente que aquellas personas cuestionadas penalmente por enriquecimiento ilícito, se podrían beneficiar, por cuanto se trataba de exigir que para que tipificara el delito, previamente se debía determinar la ilicitud de los dineros con los cuales se obtuvo el incremento patrimonial.

Consejero Ponente: *Doctor Daniel Suarez Hernández.*

Referencia: Expediente No. AC-3304. Actor: *Emilio Sánchez Alsina.*

SALVAMENTO DE VOTO

El suscrito Consejero se aparta muy respetuosamente de la opinión mayoritaria de la Sala, por las siguientes razones:

El demandante en el presente proceso de pérdida de investidura, doctor *Emilio Sánchez Alsina,* invoca la causal de violación al régimen de conflicto de intereses, causal que en mi sentir resulta válida.

En cuanto al conflicto de intereses y el régimen legal, en el proyecto de sentencia que preparé para decidir sobre la pérdida de investidura del Senador *José Guerra de la Espriella,* en la parte considerativa expresé:

"Para la Corporación es de claridad meridiana que la exposición del apoderado del Senador cuya pérdida de investidura se solicita, así como la del señor Delegado del Procurador General de la Nación, ambas en el sentido de que el Consejo de Estado carece de competencia para decretar la pérdida de investidura de los Congresistas cuando se alegue como causal para ello la del conflicto de intereses derivado de inhabilidades éticas o morales, por virtud de que no existe a la fecha un régimen legal que determine en qué casos se presenta dicho conflicto, toda vez que la correspondiente ley a que alude el artículo 182 de la Constitución Política jamás se ha expedido, no tiene ninguna posibilidad de prosperidad por ser tesis contraevidente que no se compadece, en manera alguna, con la realidad de los hechos y las circunstancias de aplicación y desarrollo de esas novedosas instituciones constitucionales.

Dentro del marco de la democracia participativa, el Artículo 40 de la Constitución estableció como derecho de los ciudadanos, el de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y como un mecanismo específico para tal efecto se consagró la figura de la pérdida de la investidura de sus miembros, a través de la cual se hacen efectivos el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses, toda vez que se constituye en la eventual sanción para quien los desconozca.

Dicha figura, que había tenido una existencia efímera en la reforma constitucional de 1979, al hacer realidad la participación de los ciudadanos en el control de sus elegidos, permite afirmar la real existencia de la soberanía popular, consagrada en el artículo 3° de la Carta de 1991.

En este sentido, la Comisión de la Asamblea Nacional Constituyente, al regular la Rama Legislativa del Poder Público, en su informe-ponencia para primer debate en la Plenaria de la Asamblea, consideró que:

«...el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés quedaría incompleto y sería inane si no se estableciera la condigna sanción. Creyó también en forma unificada la Comisión que dada la alta posición del Congresista, la violación de este régimen no podría acarrear sanción inferior a la pérdida de la investidura y así se consagró...» (Gaceta Constitucional, No.79 del miércoles 22 de mayo de 1991, pág. 17).

Y en relación, con el conflicto de interés, en la respectiva ponencia se afirma:

«(...)

*»**5.3 Conflicto de interés:** Como quiera que todo ser humano está sujeto a variaciones en su capacidad de juicio imparcial cuando intervienen intereses o compromisos personales que puedan ser afectados por las decisiones a tomar, resulta necesario prevenir que tales intereses o compromisos distorsionen el ánimo imparcial del Congresista, quien debe actuar siempre movido por los más altos intereses del Estado y de la comunidad. Se consideró indispensable dejar la posibilidad de recusaciones si el mismo afectado no declara ante la Corporación sus posibles motivos de conflicto de interés» (Gaceta Constitucional No.79 del miércoles 22 de mayo le 1991, pág. 16).*

Los anteriores criterios quedaron plasmados en el artículado propuesto y específicamente en relación con el tema del conflicto de intereses, además de incluir su violación como causal de pérdida de la investidura, junto con la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, se propuso el siguiente texto:

«Los Congresistas estarán obligados a poner en conocimiento de la respectiva cámara sus conflictos de interés de carácter moral o económico que los inhiba para decidir sobre asuntos sometidos a su consideración. Si no lo hicieren, cualquier persona podrá recusarlos».

Este es el antecedente del actual artículo 182 de nuestra Carta Fundamental, el cual regula la figura del conflicto de intereses, en los siguientes términos:

«Artículo 182. Los Congresistas deberán poner en conocimiento de la respectiva cámara las situaciones de carácter moral o económico que

los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración. La ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones».

De acuerdo con el artículo transcrito, correspondía al legislador, la reglamentación de lo relacionado con los conflictos de intereses, por expreso mandato constitucional y aunque inicialmente no estaba incluido en algunos de los proyectos de reglamento del Congreso, luego de diferentes propuestas y discusiones, el legislador lo consagró en el Capítulo Undécimo titulado del ***Estatuto del Congresista****, en su sección Cuarta conformada por los artículos 286 y siguientes de la Ley 5ª de 1992, además de que en su Artículo 268, ordinal 6°, establece como uno de los deberes de los Congresistas el de «****poner en conocimiento de la respectiva Cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración****».*

Y al regular la pérdida de investidura consagra la violación al régimen de conflicto de intereses como una de sus causales (Artículo 296, numeral 3°, ***ibidem****).*

Respecto de dicha Ley 5ª de 1992, contentiva del Reglamento del Congreso, su Ponente, el entonces Senador ***Orlando Vásquez Velásquez****, afirma:*

«11.5 Pérdida de Investidura

»En la Sección 5ª, Capítulo Undécimo, sobre el Estatuto del Congresista, los artículos 296 a 304 consagran el procedimiento acerca de la pérdida de investidura congresional cuando se presenta alguna causal señalada en el Artículo 183 constitucional.

»Las causales diversas de la nueva figura en la vida institucional del país, han sido establecidas como una forma de sanción al Congresista cuando no da cumplimiento a los deberes que el cargo popular le impone, o cuando desborda en conductas y comportamientos que merecen el reproche social.

»Son éstas unas causales taxativas dispuestas por la vía constitucional.

»Pero es suficiente la consagración constitucional para alcanzar el cabal y efectivo cumplimiento de los deberes y prohibiciones por parte de los Congresistas?

En ausencia de legislación que desarrolle estos preceptos, con una clara definición y procedimiento de aplicación, la conclusión

es terminante: Son letra muerta que constituyen una normativa sin eficacia.

Esta reglamentación pretende precisamente alcanzar, así sea sin la dimensión deseable, regular la institución. Veamos:

Son, en realidad, siete (7) causales de pérdida de investidura congresal que exigen pronunciamiento de diversa naturaleza según la causal de que se trate. Son ellas:

a) Violación del régimen de inhabilidades;

b) Violación del régimen de incompatibilidades;

c) Violación del régimen de conflicto de intereses;

d) Indebida destinación de dineros públicos;

e) Tráfico de influencias debidamente comprobadas;

f) Inasistencia, en un mismo período de sesiones, a seis (6) reuniones plenarias en las que se voten proyectos de acto legislativo y de ley o mociones de censura;

g) No tomar posesión del cargo dentro de los ocho (8) días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse.

El Consejo de Estado, dispone el artículo 184 de la Carta, 'de acuerdo con la ley en un término no mayor de veinte días hábiles, contados a partir de la fecha de solicitud formulada por la Mesa Directiva de la Cámara correspondiente o por cualquier ciudadano', debe proceder a decretar la pérdida de la investidura.

Estas especiales estimaciones de orden constitucional hacen imperativa la adopción de dos cuerpos legales que brinden la garantía del derecho de defensa suficiente a quienes eventualmente se encuentren incursos en alguna de estas causales: una ley orgánica, de carácter reglamentario como la que se examina; y una ley estatutaria, referida a un aspecto de la Administración de Justicia que adscriba la competencia para el procedimiento aplicable (artículos 151 y 152, ordinal 3 C.N).

El primer aspecto se desarrolla en la presente ley dentro de un marco de amplias y seguras garantías constitucionales para el

Congresista. *Y el segundo debe ser materia de debate en el curso de los próximos meses en el Congreso de la República»* ***(Reglamento del Congreso, Constitución Política y otras normas referentes a la Rama Legislativa, Senado de la República, Santafé de Bogotá, D.C, 1992, pág. LIII, LIV, LV).***

*Posteriormente, la Ley 144 de 1994 «****por la cual se establece el procedimiento de pérdida de la investidura de los Congresistas****», en su Artículo 16, definió también el* procedimiento *para aplicar el régimen de conflicto de intereses, en el caso de Congresistas que, durante el año inmediatamente anterior a su elección, hubieren prestado sus servicios remunerados a gremios o personas de derecho privado sobre cuyos intereses o negocios incidan actos que se encuentren al estudio del Congreso, caso en el cual deben comunicarlo por escrito a la Mesa Directiva para que decida si dichos Congresistas deben abstenerse de participar en el trámite y votación de dichos actos.*

Dicha norma consagra el trámite que debe cumplirse cuando el conflicto de intereses se refiere al caso concreto allí previsto y se constituye entonces en complemento de la legislación contenida sobre el tema en la misma Constitución (artículo 182) y en la ley (Ley 5ª de 1992) y fue declarada ajustada a la Constitución mediante sentencia C-247 de 1995 de la Corte Constitucional.

En su Artículo 19 dispuso la Ley 144 en mención, que «...deroga y modifica las disposiciones legales anteriores...», disposición que es aplicable en cuanto se trate de preceptos anteriores ***que hubieren regulado temas en ella contenidos****, pero que no es posible considerarla derogatoria de* todas *las normas legales anteriores, porque ello además de antitécnico desde el punto de vista jurídico, es absurdo.*

Así entendido el Artículo 19 de la Ley 144 de 1994 y en cuanto respecta del conflicto de intereses dicha ley sólo incluye lo previsto en su Artículo 16 sobre procedimiento, dicha derogatoria no podía referirse a todas las normas de la Ley 5ª de 1992 sobre pérdida de investidura y conflictos de intereses.

De conformidad con las normas, de rango constitucional y legal a que se ha hecho referencia, reguladoras del conflicto de intereses, el Congresista que tenga ***interés directo en una decisión****, que debe tomar la Corporación a la cual pertenece,* ***porque lo afecte de alguna manera*** *debe declararse impedido para participar en sus debates y desde luego en su votación. Y el Congresista, que estando ubicado en los supuestos legales anteriores, no lo exprese y no se declare impedido, incurre violación del régimen de conflicto de intereses.*

El Consejo de Estado ha decidido ocho solicitudes de pérdida de investidura de miembros del Congreso Nacional, en las cuales se ha invocado como causal la violación al régimen de conflictos de intereses, así:

1. Sentencia del 1º de diciembre de 1993, expediente AC-632, Consejero Ponente doctor Miguel Viana Patiño. Se precisó que el no registro de los intereses privados en el libro respectivo a que se refiere la Ley 5ª de 1992, no constituye violación al régimen de conflicto de intereses. La solicitud prosperó por violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Algunos Consejeros salvaron el voto y otros lo aclararon.

2. Sentencia del 20 de enero de 1994, expediente AC-796, Consejero Ponente doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz. Se precisaron como normas aplicables al conflicto de intereses los artículos 182 y 183 de la Constitución Nacional y 286 y siguientes de la Ley 5ª. de 1992. Con salvamento de voto de los doctores Miren de la Lombana de Magyaroff, Daniel Suárez Hernádez, Juan Montes Hernández y Julio César Uribe Acosta. Y aclaración de voto de los doctores Carlos Betancur Jaramillo, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Orjuela Góngora y Consuelo Sarria Olcos.

3. Sentencia del 24 de marzo de 1994, expediente AC-1276, Consejero Ponente doctor Jaime Abella Zárate. Allí textualmente se dijo:

«En primer término se refiere la Sala a algunas de las apreciaciones del señor Procurador Tercero Delegado y de la parte impugnante, para expresar que no acoge la tesis de la inhibición en el juzgamiento de los casos de pérdida de investidura por la causal de 'conflicto de intereses' por falta de ley que la desarrolle según previsión del Artículo 182 de la Constitución.

»El solo artículo 182, al cual estaban sujetos los Congresistas a partir de la vigencia de la nueva Constitución, indica la necesidad de comunicar a la respectiva Cámara, para que ésta decida las situaciones de carácter económico de índole particular que por oponerse o no acomodarse al 'bien común' al cual deben ajustar su actuación según el Artículo 133, los inhibe para participar en el asunto sometido a su consideración. A falta de ley reglamentaria la disposición constitucional podía tener cumplimiento con la simple expresión o manifestación del Congresista para que la Cámara evaluara la situación y decidiera lo pertinente.

»Y el Consejo de Estado para desarrollar su función juzgadora puede apelar en su auxilio a los criterios de la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina, tal como lo autoriza el Artículo 230 de la Carta».

Esta providencia tuvo salvamento de voto de la doctora Miren de la Lombana de Magyaroff.

4. Sentencia del 26 de julio de 1994, expediente AC-1499, Consejero Ponente doctor Delio Gómez Leyva. Se aplicó el Artículo 182 de la Constitución Nacional y se consideró la Ley 5ª de 1992 como el desarrollo legislativo del mismo. Con aclaración de voto del doctor Julio César Uribe Acosta *y sin salvamentos de voto.*

5. Sentencia del 4 de agosto 1994, expediente AC-1433, Consejero Ponente doctor Diego Younes Moreno. Reitera expresamente la tesis sostenida en la sentencia ya mencionada del 24 de marzo de 1994, expediente AC-1726 y se precisa el concepto de interés directo. Con aclaración de voto de los doctores Joaquín Barreto Ruiz y Julio César Uribe Acosta y estando ausentes los doctores Miguel González Rodríguez, Carlos Betancur Jaramillo, Miren de la Lombana de Magyaroff y Dolly Pedraza de Arenas.

6. Sentencia del 23 de agosto de 1994, expediente AC-1675, Consejero Ponente doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz. *Se fundamenta en los artículos 182 y 183 de la Constitución y en la Ley 5ª de 1992 "...que reglamentó lo relativo al conflicto de intereses" y transcribe su artículo 286. Con aclaración de voto del doctor* Julio César Uribe Acosta.

7. Sentencia del 9 de septiembre de 1994, expediente AC-1233, Consejero Ponente doctor Yesid Rojas Serrano. Allí se dijo textualmente:

«Tampoco la Sala, haciendo uso de su poder de interpretación de la demanda-solicitud, encuentra cuál fue la conducta observada por los Senadores demandados constitutiva de quebrantamiento al régimen de conflicto de intereses, al cual se refieren los artículos 182 de la Carta Política, 276 (sic) de la Ley 5ª de 1992 y 16 de la Ley 144 de 1994».

8. Sentencia del 6 de febrero de 1996, expediente AC-3214 Consejera Ponente doctora Miren de la Lombana de Magyaroff. Se decidió con fundamento en el artículo 16 de la Ley 144 de 1994.

La anterior relación permite precisar cómo, la tesis mayoritaria, reiteradamente sostenida por la Corporación, ha sido la de considerar que el régimen de conflicto de intereses se encuentra regulado en los artículos 182 y 183 de la Constitución Política, 286 y siguientes de la Ley 5ª de 1992 y 16 de la Ley 144 de 1994.

Los anteriores razonamientos son suficientes para desestimar las argumentaciones que pretenden inhibir un pronunciamiento de fondo en

el caso presente sobre la base de considerar que no existe ley aplicable en la medida en que el conflicto de intereses no ha sido desarrollado legalmente.

De lo expuesto concluye la Sala, que existen fundamentos constitucionales, legales y jurisprudenciales acerca de la reglamentación del conflicto de intereses; y al respecto hace las siguientes precisiones:

***Primera**: Se trata, en el caso de los Congresistas, de una institución de raigambre constitucional, como que está establecida en el Artículo 182 de la Carta, cuyos desarrollos legislativos, en cuanto a las razones que lo determinan, el procedimiento para su declaración bajo la forma del impedimento o de la recusación, aparecen regulados, como se dijo, en los artículos 286 y siguientes de la Ley 5ª de 1992.*

***Segunda**: El impedimento para que el Congresista actúe se presenta por razones de índole moral o económica, tal como lo define, en primer término, el artículo 182 Constitucional y en desarrollo de éste, el Artículo 286 de la Ley 5ª de 1992, en cuanto expresa que él se presenta «cuando exista interés directo en la decisión porque lo afecte de alguna manera».*

Tanto la jurisprudencia del Consejo de Estado, como la doctrina, la expresión del derecho positivo y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia muestran que el conflicto de interés, independientemente del tipo de razón en que se origine (económica, moral, intelectual,etc) en cuanto prive al juez o al funcionario, en este caso al legislador, de la imparcialidad necesaria para la adopción de la decisión de que se trate, debe ser declarado o, cuando ello no suceda, puesto de manifesto mediante el expediente de la recusación.

Así las cosas, entiende la Sala que el impedimento y la recusación son los intrumentos idóneos que el legislador ha establecido para hacer efectiva la condición de imparcialidad del juez o del funcionario en el proceso de toma de decisiones.

Estima la Sala, y con ello no se está realizando ningún invento de última hora, que no es necesario, ni conveniente, ni posible, que exista una tabla legal de conductas éticas, que supongan una adecuación típica, para efectos de poder juzgar acerca de la presencia o no de un conflicto de interés por razones de orden moral. Basta la consagración genérica tal como se formula en el Artículo 182 de la Constitución o como se plantea en el 286 de la Ley 5ª o como se estructura en la causal primera de impedimento a que se refiere el Artículo 150 del Código de Procedimiento Civil.

Sobre lo anterior ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

«La Sala considera, sin necesidad de acudir a elaboradas disquisiciones, que fue acertada la decisión tomada por los Magistrados Sánchez y Velásquez, pues es evidente que existe por parte de los impedidos un interés que bien puede calificarse de intelectual, como que es consustancial a los seres humanos el deseo porque las obras producto de su ingenio trasciendan en el tiempo y en el espacio sin mayores contratiempos o escollos insalvables.

»Procede entonces la causal invocada por unos de los impedidos toda vez que estando demostrado en los autos que los Magistrados sí fungieron en alguna medida como coautores en la redacción del Estatuto Aduanero que hoy está en vigor, no puede desconocerse que a quienes participaron en ese labor sí debe interesarles la suerte que corran las instituciones jurídicas que contribuyen a crear.

»Así pues, no es sólo el interés estrictamente personal o el beneficio económico los fenómenos que el legislador ha creído prudente elevar a la entidad de causales de impedimento, sino que dentro del amplio concepto de 'interés en el proceso' a que se refiere el numeral 1° del Artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, debe entenderse también la utilidad o el menoscabo de índole moral o intelectual que en grado racional puede derivarse de la decisión correspondiente» ***(Gaceta Judicial, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Bogotá D.E., 10 de noviembre de 1987, Magistrado Ponente doctor Rodolfo Mantilla Jácome.Acta N° 72 de octubre 27 de 1987. pág. 463).***

Por consiguiente no es admisible para la Sala el argumento de que en el Estado actual de la legislación sólo es posible hablar de conflicto de interés respecto de los Congresistas, cuando éste tiene connotación económica.

***Tercera**: Tampoco es admisible el argumento de que sólo en la medida en que el legislador tipifique unas prohibiciones precisas de carácter ético podría deducirse impedimento moral. Esto último equivaldría a aceptar que en materia de conflicto de interés de los Congresistas impera la ética de que todo está permitido.*

No hay razón para afirmar que por no haber sido establecido por el legislador un catálogo o listado de todas las conductas que puedan dar lugar a que se tipifique el conflicto de intereses de índole moral, ello traduzca en la imposibilidad de aplicarlo. Pues lo cierto es, que:

a) La Carta exige que los Congresistas pongan en conocimiento de la respectiva cámara las situaciones de orden moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración;

b) El artículo 286 de la Ley 5ª les exige que se declaren impedidos cuando exista «interés directo en la decisión porque los afecte de alguna manera» a ellos o a sus más próximos familiares o a sus socios;

c) Se encuentra prevista la autoridad encargada de estudiar y pronunciarse sobre la procedencia del impedimento o de la recusación en caso de que aquel no sea manifestado espontáneamente;

d) Existe un procedimiento para darles curso a las solicitudes de desinvestidura, contenido básicamente en la Ley 144 de 1994;

e) Con excepción de los anexos de la solicitud, la Ley 144 de 1994 no regula lo concerniente al régimen probatorio. Tampoco hace la Ley 5ª de 1992;

Así, el asunto queda gobernado por el Título XXI del C.C.A., entre cuyos mandatos está el Artículo 168 ibidem, *a cuyas voces, en los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de ese código, las del procedimiento civil, en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valorización.*

En consecuencia, el régimen probatorio es el contenido en el Título XXI del C.C.A y el Título XIII del C. de P.C.

f) Existe un juez encargado de fallar los procesos de desinvestidura, cual es el Consejo de Estado, por disposición de estirpe constitucional.

Todo lo anterior constituye, a no dudarlo, el régimen del conflicto de intereses que echan de menos el distinguido colaborador Fiscal y el señor apoderado del demandado, que los lleva a sostener la inaplicación del conflicto de interés originado en asuntos de índole moral.

***Cuarta**: El conflicto de interés surge o se presenta cuando según la ley «exista interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera (al Congresista), o a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o a alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o socios de derecho o de hecho». Se trata, evidentemente, de una razón subjetiva que torna parcial al funcionario y que lo inhabilita para aproximarse al proceso de toma de decisiones con la ecuanimidad, la ponderación y el desinterés que la norma moral y la norma legal exigen.*

***Quinta**: La presencia del conflicto de intereses no es en sí misma censurable. Por lo general los hombres están expuestos a soportar y a resolver en su relaciones sociales y políticas conflictos de intereses de las*

más variadas características. Lo que es censurable y lo que determina un tratamiento legal, es la forma como el individuo resuelve el conflicto de intereses presentado en frente de una situación concreta. El individuo puede, en efecto, hacer un pacto de paz con su conciencia y admitir la resolución del conflicto aceptando, por ejemplo, que lo que es bueno para el todo lo es también para la parte, aun así no tome una posición determinante en la adopción de la decisión que le favorece; pero puede también advertir, y es su obligación moral y legal hacerlo, que participar en la adopción de la decisión correspondiente, cuando de ella derivaría un beneficio personal particularizado, no sólo contrariaría normas morales (en cualquier sistema ético) sino que vulneraría disposiciones del derecho positivo (como las que aquí se han citado).

Por ello, para evitar que se dé una participación viciada de parcialidad en el proceso de toma de decisiones (judiciales, legislativas, administrativas, etc.), el ordenamiento positivo establece un mecanismo de una gran racionalidad y de una impresionante sencillez: el juez, el legislador, el administrador, que debiendo participar en la adopción de una determinada decisión, llámese sentencia, ley, decreto, acto administrativo, etc., si encuentra que su adopción es susceptible de generarle un beneficio particular específico, debe ser separado de dicho proceso, bien en forma voluntaria por que advertida la inhabilidad, la haga manifiesta mediante la declaratoria del impedimento, ora porque terceras personas, utilizando el mecanismo de la recusación, así lo determinen.

De cualquier forma, cuando la separación no se haga en forma voluntaria, vía la declaración de impedimento, se prevén sanciones de diversa índole para aquellos que fueron recusados y la recusación resultó válida y para quienes participaron en la adopción de la decisión cuando existía el impedimento a que se viene refiriendo la Sala.

Tanto la norma constitucional como la legal son claras en definir que quien esté incurso en el conflicto de intereses se encuentra inhibido para participar en la decisión y, deberá declararse impedido de participar en los debates o votaciones respectivas.

Como consecuencia por el hecho de no respetar lo normado constitucional y legalmente sobre conflicto de intereses la Carta de 1991 consagra la sanción de pérdida de investidura.

***Sexta:** La sanción de pérdida de la investidura prevista en el artículo 183 de la Constitución cuando se origine en la causal de violación del régimen de conflicto de intereses tendrá lugar cuando quiera que el Congresista haya participado «en los debates o votaciones respectivas» sin haber manifestado el impedimento que hacía exigible una conducta*

de abstención, de separación del debate, según lo que previenen los artículos 182 y 286 de la Constitución y de la Ley 5ª de 1992 respectivamente".

De lo anterior, se desprende, en mi opinión, que sí existe una reglamentación legal relativa al conflicto de interés, tanto económico como moral que es aplicable al caso en estudio.

En cuanto a los hechos del 13 de diciembre de 1995, y en el caso concreto se tiene: Que el Senador *Santofimio Botero* fue elegido para el período 1994-1998. En el Expediente aparece probado que para la fecha en que se dió el debate en el Senado, el Senador *Santofimio Botero,* conocía que contra él cursaban varios procesos penales. Por ello, en mi opinión, lo expresado en el proyecto que elaboré en el proceso contra el senador *Guerra de la Espriella* es válido para el *sub lite* también. En esa oportunidad manifesté:

"De las pruebas enviadas por la Corte Suprema de Justicia, se desprende claramente que en cuanto al proceso radicado bajo el No. 10470, por el presunto delito de testaferrato, el Senador José Guerra de la Espriella rindió versión libre el 12 de junio de 1995; diligencia ampliada el 4 de septiembre de 1995. En ellas se le pregunta al Senador sobre viajes y estadías en la ciudad de Cali, el motivo, su conocimiento y vínculo con la sociedad Inversiones Ara Ltda. y acerca de quiénes y porqué cancelaron varias de sus cuentas en el Hotel Intercontinental de Cali. En las respuestas se acepta un conocimiento, por razones comerciales, con el señor Julián Murcillo.

Respecto del proceso No. 10024, por el presunto delito de enriquecimiento ilícito, se advierte que el Senador Guerra de la Espriella rindió versión libre el 19 de septiembre de 1995: Las preguntas en esta diligencia estuvieron encaminadas a averiguar sí conocía al denunciante señor Alberto Ursola Pérez, sobre la manera como el Senador había adquirido unas fincas y unos vehículos. Se le preguntó si había manejado dineros del Presupuesto Nacional. En las respuestas manifestó que no conocía al denunciante, que según la Registraduría no había cédula expedida a su nombre y dio varias explicaciones acerca de cómo había adquirido los bienes.

En el caso ***sub judice*** *de la prueba remitida por la Corte Suprema de Justicia, con oficio calendado el 19 de marzo pasado, se establece que el senador* ***Guerra de la Espriella*** *había rendido versión libre tanto en el proceso 10024, por presunto delito de enriquecimiento ilícito, el día diecinueve (19) de septiembre de 1995, como en el proceso 10470, por testaferrato, el día doce (12) de julio de 1995, diligencia ampliada el día 4 de septiembre de 1995.*

Se observa que, según el Artículo 321 del Código de Procedimiento Penal, durante la investigación previa las diligencias son reservadas,

pero el defensor del imputado que rindió versión preliminar tiene derecho a conocerlas y a que le expidan copias. En consecuencia, el Senador ***Guerra de la Espriella*** *sí conocía el 13 de diciembre de 1995 que en la Corte Suprema de Justicia cursaba un proceso en su contra por enriquecimiento ilícito, y por ello, a la luz del debate surtido en el Senado de la República, en la fecha citada, y conforme al precepto constitucional, tenía la obligación de haber manifestado su impedimento.*

Al analizar en apartes anteriores lo ocurrido en el debate se puso de presente que los temas del enriquecimiento ilícito y del alcance que el artículo cuestionado tenía sobre su juzgamiento, gravitaban en torno del debate. De dichas advertencias no podía sustraerse el Senador ***Guerra de la Espriella*** *para que pueda argumentarse, como lo dice en su escrito de oposición, que entre el proyecto de artículo transcrito y el tipo penal de enriquecimiento ilícito no existe relación alguna.*

Las discusiones del artículo cuestionado, como dan cuenta las actas, fueron pródigas sobre la incidencia que tenía la aprobación del 'artículo nuevo', en la tipicidad del enriquecimiento ilícito. Y si como da fe el acta No. 35, el Senador ***Guerra de la Espriella*** *contestó a lista, estuvo siempre presente, porque no hay constancia de que se hubiera retirado del recinto, y votó afirmativamente el proyecto de ley, no puede aceptarse que no tuviera entendimiento de los efectos que la norma aprobada pudiera tener en las investigaciones en curso sobre el delito de enriquecimiento ilícito, varias veces mencionado en el debate.*

De lo anterior se concluye, sin mayor esfuerzo, que una persona que participaba en el debate deduciría facilmente que aquellas personas cuestionadas penalmente por enriquecimiento ilícito, se podrían beneficiar, por cuanto se trataba de exigir que para que se tipificara el delito, previamente se debía determinar la ilicitud de los dineros con los cuales se obtuvo al incremento patrimonial.

Ahora bien, la Sala se encuentra ante un proceso de pérdida de investidura, donde se investiga la observancia de la obligación por parte del Congresista de poner en conocimiento de la respectiva Cámara las situaciones de carácter moral o económico que lo inhiben para participar en el trámite de asuntos sometidos a su consideración.

Para la Sala es claro que el Senador ***José Guerra de la Espriella*** *participó en el debate, votó favorablemente un proyecto de ley que lo podía beneficiar en cuanto afectaba las diligencias preliminares que por enriquecimiento ilícito se adelantaban en su contra en la Corte Suprema de Justicia, incurrió en violación del régimen de conflicto de intereses, en cuanto desconoció las normas que establecen que en dicha situación*

el Congresista debe informar su interés y declararse impedido, toda vez que se trataba de una situación de carácter particular, estrictamente personal, en la que tenía interés el Senador y que significó utilizar su investidura para beneficio particular".

Por las anteriores consideraciones, estimo que en el *sub lite* se ha debido decretar la pérdida de investidura del Senador *Santofimio Botero.*

Respetuosamente,

Julio E. Correa Restrepo.

Fecha *ut supra.*

NOTA DE RELATORIA: El salvamento de voto se remite a lo expuesto en el proyecto de sentencia sobre la pérdida de investidura del senador Guerra de la Espriella.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONGRESISTA - Conflicto de intereses / **CONFLICTO DE INTERESES** - Desarrollo legal

La conducta que se le imputa al Senador *Santofimio Botero* no sólo no fue demostrada sino que ella no puede subsumirse en disposición legal que contemple precisamente esa forma de actuar como sancionable. Se recuerda que tanto en el campo disciplinario como en el penal opera en toda su extensión el principio de la legalidad punitiva preexistente, pilar de Estado de Derecho. Pedir que se aplique la Constitución (concretamente el Artículo 243) y con ésta la interpretación que por vía de autoridad hace la Corte Constitucional, no puede ser para nadie, sin excepción, hállese en la situación que se hallare, motivo de sanción o pena a menos que por vía de "conveniencias", esa conducta se "tipifique" como un nuevo delito de opinión.

Consejero Ponente: *Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. 3304. Actor: *Emilio Sánchez Alsina,* Demandado: Alberto Rafael Santofimio Botero.

ACLARACION DE VOTO

Con todo respeto aclaro el voto frente a la sentencia de 16 de abril del presente año, adoptada por la mayoría de la Sala, en el proceso de la referencia.

Mi aclaración se refiere a algunos puntos de la motivación, porque estoy de acuerdo en un todo con la parte resolutiva del fallo.

Sigo sosteniendo, como lo he hecho en asuntos similares, que la conducta que se le imputa al Senador *Alberto Rafael Santofimio Botero* no sólo no fue demostrada, sino que ella no puede subsumirse en disposición legal que contemple precisamente esa forma de actuar como sancionable. Se recuerda que tanto en el campo disciplinario como en el penal *opera en toda su extensión el principio de la legalidad punitiva preexistente,* pilar del Estado de Derecho.

Pedir que se aplique la Constitución (concretamente el Artículo 243) y con ésta la interpretación que por vía de autoridad hace la Corte Constitucional, *no puede ser para nadie sin excepción, hállese en la situación que se hallare*, motivo de sanción o pena; a menos que por vía de "conveniencias" esa conducta se "tipifique" como un nuevo delito de opinión.

Si esto es así, entonces, ¿para qué el Estado de Derecho?

Atentamente,

Carlos Betancur Jaramillo.

Santafé de Bogotá DC., mayo dos (2) de mil novecientos noventa y seis (1996).

PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONGRESISTA - Procedencia / **CONFLICTO DE INTERESES** - Violación / **NARCOMICO** - Aprobación proyecto de ley

La figura que aparece establecida en la Constitución Nacional vigente como causal de pérdida de investidura, está desarrollada por la ley. Se considera que un Senador de la República o un Representante a la Cámara incurre en conflicto de intereses, entre otras, cuando aparece demostrado que el Congresista, aunque está enterado que se encuentra en una situación que puede ser favorecida mediante decisión posterior que pueda tomar o contribuir a tomar y a pesar de dicho conocimiento no pone de manifiesto tal circunstancia para abstenerse de participar en la decisión, sino que participa en ella. Lo anterior sin importar la naturaleza de la situación previa, ni si la participación del Congresista en la determinación posterior no resulta decisiva o si el resultado de la votación es, finalmente, contrario a sus intereses. Sobre las anteriores premisas, no estoy de acuerdo con la valoración probatoria hecha para arribar a la decisión de la cual me aparto, porque considero que en este caso particular, aparece demostrado que el demandado sí tuvo conocimiento previo al momento de la votación de que estaba siendo investigado por unos hechos, cuya apreciación podía ser modificada por la decisión sometida a su consideración y, no obstante lo anterior, participó en ella en lugar de manifestar las circunstancias y abstenerse de participar. Al no hacerlo y en cambio, participar en la decisión, quedó incurso en la causal y, por lo mismo, la Sala conforme al acervo probatorio debió declararlo así y decretar la pérdida de investidura y no denegarla como lo hizo.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

Referencia: Expediente No. AC-3304. Actor: *Emilio Sánchez Alsina*, Perdida de Investidura.

SALVAMENTO DE VOTO

Con el mayor respeto debo manifestar que me aparto de la decisión mayoritaria adoptada por la Sala en la providencia que antecede, por las siguientes razones:

El marco teórico expuesto por la mayoría de la Sala en anteriores oportunidades, en relación con la figura del conflicto de intereses, es el siguiente:

a. La figura, que aparece establecida en la Constitución Nacional vigente como causal de pérdida de investidura, está desarrollada por la ley;

b. Se considera que un Senador de la República o un Representante a la Cámara incurre en conflicto de intereses, entre otras, cuando aparece demostrado que el Congresista, aunque está enterado de que se encuentra en una situación que puede ser favorecida mediante una decisión posterior que pueda tomar o contribuír a tomar y a pesar de dicho conocimiento, no pone de manifiesto tal circunstancia para abstenerse de participar en la decisión, sino que participa en ella.

c. Lo anterior sin importar la naturaleza de la situación previa, ni si la participación del Congresista en la determinación posterior no resulta decisiva o si el resultado de la votación es, finalmente, contrario a sus intereses.

Sobre las anteriores premisas, no estoy de acuerdo con la valoración probatoria hecha para arribar a la decisión de la cual me aparto, porque considero que en este caso particular aparece demostrado que el demandado sí tuvo conocimiento previo al momento de la votación de que estaba siendo investigado por unos hechos, cuya apreciación podía ser modificada por la decisión sometida a su consideración y, no obstante lo anterior, participó en ella en lugar de manifestar las circunstancias y abstenerse de participar.

En efecto, según el recuento de pruebas, el Senador fue oído en versión libre el 22 de mayo de 1995; por resolución del 23 de noviembre de 1995 se negó la inhibición, el 4 de diciembre se le tomó indagatoria y es claro que los hechos en los cuales se basó cada una de estas diligencias estaba relacionado con el asunto sometido posteriormente a consideración del Congresista, por lo que el conocimiento está demostrado y, por lo mismo, el Senador debió manifestar las circunstancias antecedentes so pena de incurrir en la causal denominada conflicto de intereses. Al no hacerlo y, en cambio, participar en la decisión, quedó incurso en la causal y, por lo mismo, la Sala conforme al acervo probatorio debió declararlo así y decretar la pérdida de investidura y no denegarla como lo hizo.

De los señores consejeros con todo respeto:

Miren de la Lombana de Magyaroff.

Fecha *ut supra*

PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONGRESISTA - Conflicto de intereses / **CONFLICTO DE INTERESES** - Naturaleza / **REGIMEN DEL CONFLICTO DE INTERESES** - Interés moral

La Sala reitera su entendimiento acerca del conflicto de intereses, sobre el cual se permite precisar: Se trata, en el caso de los Congresistas, de una institución de raigambre constitucional, como que está establecida en el Artículo 182 de la Carta, cuyos desarrollos legislativos, en cuanto a las razones que lo determinan, el procedimiento para su declaración bajo la forma del impedimento o de la recusación, aparecen regulados, como se dijo, en los artículos 286 y siguientes de la Ley 5ª de 1992. El impedimento para que el Congresista, actúe se presenta por razones de índole moral o económica, tal como lo define, en primer término, el Artículo 182 constitucional y, en desarrollo de éste, el Artículo 286 de la Ley 5ª de 1992, en cuanto expresa que él se presenta "cuando exista interés directo en la decisión porque lo afecte de alguna manera". No es de ninguna manera admisible para la Sala el argumento de que en el estado actual de la legislación sólo es posible hablar de conflicto de interés en los Congresistas cuando éste se expresa en términos económicos; como mucho menos el de que sólo en la medida en que el legislador tipifique unas prohibiciones precisas de carácter ético podría deducirse impedimento moral. Esto último equivaldría a aceptar que en materia de conflicto de interés de los Congresistas impera la ética de que todo está permitido.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONGRESISTA - Conflicto de intereses / **CONFLICTO DE INTERESES** - Concepto / **ENRIQUECIMIENTO ILICITO** - Investigación penal / **NARCOMICO** - Aprobación proyecto de ley

El conflicto de interés surge o se presenta cuando según la ley "exista interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera (al congresista), o a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o a alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguini-

dad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o socios de derecho o de hecho". Se trata, evidentemente, de una razón subjetiva que torna parcial al funcionario y que lo inhabilita para aproximarse al proceso de toma de decisiones con la ecuanimidad, la ponderación y el desinterés que la norma moral y la norma legal exigen. Desde esta perspectiva, el conflicto de intereses es automático y su declaración es imperativa kantianamente hablando. La sanción de pérdida de la investidura prevista en el Artículo 183 de la Constitución cuando se origine en la causal de violación del régimen de conflicto de intereses tendrá lugar cuando quiera que el Congresista haya participado "en los debates o votaciones respectivas" sin haber manifestado el impedimento que hacía exigible una conducta de abstención, de separación del debate, según lo que previenen los artículos 182 y 286 de la Constitución y de la Ley 5ª de 1992 respectivamente. Los señores Congresistas que participaron en el debate, tuvieron todos, defensores e impugnadores, y aun los que permanecieron en silencio durante la discusión, plena conciencia de cuál era el fin realmente perseguido con la inclusión del artículo nuevo. Es más, de la exposición del Senador *Espinosa Jaramillo* no puede quedar duda que efectivamente, el hecho de elevar a la condición de obligatoria la doctrina constitucional de la Corte Suprema de Justicia buscaba justamente generar efectos inhibitorios, suspensivos o dilatorios en relación con los procesos y las investigaciones que adelantaban la Corte Suprema de Justicia y la propia Fiscalía General en materia de enriquecimiento ilícito. Cómo negar, entonces, ante tan categóricas afirmaciones que los Senadores que votaron el proyecto afirmativamente lo hubieran hecho imbuidos por una consideración diferente de interés general y en orden al establecimiento legislativo de una determinada posición doctrinaria, si algunos senadores atacaron el proyecto porque lo estimaban concebido con finalidad soterrada y generador de más desprestigio para el Congreso y otros lo defendieron admitiendo que efectivamente iría a producir el efecto de modificar la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito con las consecuentes incidencias en los procesos que adelantaban tanto la Fiscalía como la Corte Suprema de Justicia. Si bien es cierto que procesalmente, en materia penal, no puede hablarse de que el inculpado se halla vinculado a un proceso mientras no sea oído en indagatoria, para efectos de establecer si se desconoció el régimen de conflicto de intereses, lo que debe establecerse es si el Senador, quien votó un proyecto de ley y concretamente un artículo, sabía que con la aprobación de dicha norma resultaba beneficiado porque tenía diligencias preliminares en curso en la Corte Suprema de Justicia adelantaba las citadas diligencias, ya que ello era de público y notorio conocimiento en la medida en que los medios de comunicación habían informado sobre tales aconte-

cimientos y su relación con el denominado proceso 8.000. Estima la Sala que el episodio de nuestra historia política y judicial presente denominado proceso 8.000, es tal vez el acontecimiento que ha generado la mayor cantidad de información de que se tenga noticia en los últimos años por lo que ante la notoriedad de que están revestidos los hechos y circunstancias que lo conforman, las investigaciones que se adelantan, los posibles delitos que se imputan a los involucrados, no es dable escudarse en un tecnicismo procedimental para alegar un supuesto desconocimiento de tales realidades fácticas. Por lo tanto quedó incurso en la causal de pérdida de investidura prevista en el artículo 183 numeral 1 de la Constitución Nacional y 296 numeral 3 de la Ley 5ª de 1992, la cual procede a decretar la Sala.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo -. Santafé de Bogotá, D.C., mayo seis (6) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: *Daniel Suárez Hernández*

Referencia: Expediente No. AC-3304. Actor: *Emilio Sánchez Alcina, Daniel Suárez Hernández.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO GUILLERMO CHAHIN LIZCANO

Procedo, con el respeto acostumbrado, a consignar las razones que me movieron a salvar el voto en la sentencia con la que culminó el presente proceso con cuya decisión no estuve de acuerdo, en la medida que en mi posición era la que existían en el proceso suficientes elementos de juicio para decretar la pérdida de investidura solicitada.

Como el suscrito fue ponente en el negocio AC-3301, que tampoco obtuvo la mayoría y dentro del cual, por circunstancias análogas a las debatidas en éste, se solicitaba la pérdida de la investidura de congresista al Senador *José Guerra de la Espriella*, estimo válidos los razonamientos que en dicha ponencia expuse para fundamentar ahora mi posición disidente, por lo cual procedo a reproducir a continuación los apartes pertinentes de esa no acogida ponencia:

a) El conflicto de intereses y su régimen legal.

Para la Corporación es de claridad meridiana que la exposición del apoderado del Senador cuya pérdida de investidura se solicita, así como la del señor Delegado del Procurador General de la Nación, ambas en el

sentido de que el Consejo de Estado carece de competencia para decretar la pérdida de investidura de los Congresistas cuando se alegue como causal para ello la del conflicto de intereses derivado de inhabilidades éticas o morales, por virtud de que no existe a la fecha un régimen legal que determine en qué casos se presenta dicho conflicto, toda vez que la correspondiente ley a que alude el Artículo 182 de la Constitución Política jamás se ha expedido, no tiene ninguna posibilidad de prosperidad por ser tesis contraevidente que no se compadece, en manera alguna, con la realidad de los hechos y las circunstancias de aplicación y desarrollo de esas novedosas instituciones constitucionales.

En efecto, de una parte, es abundante la jurisprudencia que explícita e implícitamente ha elaborado en forma reiterada y casi unánime la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado acerca de la posibilidad de aplicar la institución de la pérdida de investidura en casos de conflicto de interés.

En casi una decena de sentencias en que la Corporación ha analizado el tema relativo al conflicto de intereses ha quedado plasmada la tesis ampliamente mayoritaria de que la pérdida de investidura cuando se incurre en el referido conflicto por parte de los Congresistas debe ser decretada con apoyo en lo que se disponen tanto el artículo 182 constitucional como los artículos 286 y siguïentes de la Ley 5ª de 1992. tales providencias son: 1. Sentencia del 1° de diciembre de 1993. Expediente AC-632, Consejero ponente doctor *Miguel Viana Patiño.* 2. Sentencia del 20 de enero de 1994. Expediente AC-796. Consejero Ponente doctor *Ernesto Rafael Ariza Muñoz;* 3. Sentencia del 24 de marzo de 1994. Expediente AC-1276. Consejero Ponente doctor *Jaime Abella Zárate.* 4. Sentencia del 26 de julio de 1994. Expediente AC-1499, Consejero Ponente doctor *Delio Gómez Leyva;* 5. Sentencia de 4 de agosto de 1994. Expediente AC-1433, Consejero Ponente doctor *Diego Younes Moreno.* 6. Sentencia del 23 de agosto de 1994, Expediente AC-1675, Consejero Ponente doctor *Ernesto Rafael Ariza Muño.* 7. Sentenciadel 9 de septiembre de 1994, Expediente AC-1233, Consejero Ponente doctor *Yesid Rojas Serrano;* y 8. Senetencia del 6 de febrero de 1996, Expediente AC-3214, Consejera Ponente doctora *Miren de la Lombana de Magyroff.*

Por otra parte es bueno destacar cómo los mismos legisladores que aprobaron la Ley 5ª de 1992 lo hicieron en el convencimiento de que al expedir la Sección Cuarta del Capítulo XI del Reglamento del Congreso, referente al "conflicto de intereses" que así se denomina dicha Sección, no estaban haciendo cosa distinta que dándole desarrollo a la norma constitucional antes mencionada. Por ello, no hay duda de que los artículos 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294 y 295, constituyen el régimen legal (o el desarrollo legislativo) que echan de menos los distinguidos apoderado del demandante y Delegado del Procurador General de la Nación.

Por cierto, las anteriores afirmaciones de la Sala resultan tanto más valederas cuando se observan que coinciden en un todo con lo expresado por quien fuera Ponente en el Senado de la ley en comento, el entonces Senador *Orlando Vásquez Velásquez*, quien a este respecto afirma, luego de haber precisado las causales de pérdida de investidura congresal, entre las causales menciona bajo el literal c) la de "violación del régimen de conflicto de interés":

> *"Estas especiales estimaciones de orden constitucional hacen imperativa la adopción de dos cuerpos legales que brinden la garantía del derecho de defensa suficiente a quienes eventualmente se encuentren incursos en algunas de estas causales: Una ley orgánica, de carácter reglamentario como la que se examina; y una ley estatutaría, referida a un aspecto de la administración de justicia que adscriba la competencia para el procedimiento aplicable (artículos 151 y 152 ordinal 3 C.N).*
>
> *El primer aspecto se desarrolla en la presente ley dentro de un marco de amplia y seguras garantías constitucionales para el Congresista. Y el segundo debe ser materia del debate en el curso de los próximos meses en el Congreso de la República"*[1].

Los anteriores razonamientos son suficientes para desestimar las argumentaciones que pretenden inhibir un pronunciamiento de fondo en el caso presente sobre la base de considerar que no existe ley aplicable en la medida en que el conflicto de intereses no ha sido desarrollado legalmente.

De manera pues que la Sala reitera su entendimiento acerca del conflicto de intereses, sobre el cual se permite precisar.

a) Se trata, en el caso de los Congresistas, de una institución de raigambre constitucional, como que está establecida en el artículo 182 de la Carta, cuyos desarrollos legislativos, en cuanto a las razones que lo determinan, el procedimiento para su declaración bajo la forma del impedimento o de la recusación, aparecen regulados, como se dijo, en los artículos 286 y siguientes de la Ley 5ª de 1992;

b) El impedimento para que el Congresista actúe se presenta por razones de índole moral o económica, tal como lo define, en primer término, el Artículo 182 constitucional y, en desarrollo de éste, el Artículo 286 de la Ley 5ª de 1992, en cuanto expresa que él se presenta "cuando exista interés directo en la decisión porque lo afecte de alguna manera".

---

[1] **Vásquez Velásquez**, Orlando. *Reglamento del Congreso*. Impretécnica Impresores. Santafé de Bogotá, 1992, pág. LIV y LV.

No es de ninguna manera admisible para la Sala el argumento de que en el estado actual de la legislación sólo es posible hablar del conflicto de interés en los Congresistas cuando éste se expresa en términos económicos; como mucho menos el de que sólo en la medida en que el legislador tipifique unas prohibiciones precisas de carácter ético podría decucirse impedimento moral. Esto último equivaldría a aceptar que en materia de conflicto de interés de los Congresistas impera la ética de que todo está permitido.

Ello no es así.

Tanto la jurisprudencia del Consejo de Estado como la doctrina, la expre-sión del derecho positivo y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia muestran que el conflicto de interés, independientemente del tipo de razón en que se origine (económica, moral, intelectual, etc) en cuanto prive al juez o al funcionario, en este caso al legislador, de la imparcialidad necesaria para la adopción de la decisión de que se trate, debe ser declarado o, cuando ello no suceda, puesto de manifiesto mediante el expediente de la recusación.

Así las cosas, entiende la Sala que el impedimento y la recusación son los instrumentos idóneos que el legislador ha establecido para hacer efectiva la condición de imparcialidad del juez o del funcionario en el proceso de toma de decisiones.

Estima la Sala, y con ello no se está realizando ningún invento de última hora, que no es necesario, ni conveniente, ni posible, que exista una tabla legal de conductas éticas, que supongan una adecuación típica, para efectos de poder juzgar acerca de la presencia o no de un conflicto de interés por razones de orden moral. Basta la consagración genérica tal como se formula en el artículo 182 de la Constitución o como se plantea en el 1286 de la Ley 5ª o como se estructura en la causal primera de impedimento a que se refiere el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil.

Sobre lo anterior ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

"La Sala considera, sin necesidad de acudir a elaboradas disquisiciones, que fue acertada la decisión tomada por los Magistrados Sánchez y Velásquez, pues es evidente que existe por parte de los impedidos un interés que bien puede calificarse de intelectual, como que es consustancial a los seres humanos el deseo por que las obras producto de su ingenio trasciendan en el tiempo y en el espacio sin mayores contratiempos o escollos insalvables.

Procede entonces la causal invocada por unos de los impedidos toda vez que estando demostrado en los autos que los Magistrados si fungieron

en alguna medida como coautores en la redacción del Estatuto Aduanero que hoy está en vigor, no puede desconocerse que a quienes participaron en esa labor sí debe interesarles la suerte que corran las instituciones jurídicas que contribuyen a crear.

Así pues, no es sólo el interés estrictamente personal o el beneficio económico los fenómenos que el legislador ha creído prudente elevar a la entidad de causales de impedimento, sino que dentro del amplio concepto del «interés en el proceso» a que se refiere el numeral 1° del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, debe entenderse también la utilidad o el menoscabo de índole moral o intelectual que en grado racional puede derivarse de la decisión correspondiente"[2].

c) El conflicto de interés surge o se presenta cuando según la ley"exista interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera (al congresista), o a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o a alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o socios de derecho o de hecho". Se trata, evidentemente, de una razón subjetiva que torna parcial al funcionario y que lo inhabilita para aproximarse al proceso de toma de decisiones con la ecuanimidad, la ponderación y el desinterés que la norma moral y la norma legal exigen.

Desde esta perspectiva, el conflicto de intereses es automático y su declaración es imperativa kantianamente hablando.

d) La presencia del conflicto de intereses no es en sí misma censurable. Por lo general los hombres están expuestos a soportar y a resolver en sus relaciones sociales y políticas conflictos de intereses de las más variadas características. Lo que es censurable y lo que determina un tratamiento legal es la forma como el individuo resuelve el conflicto de intereses presentado en frente de una situación concreta. El individuo puede, en efecto, hacer un pacto de paz con su conciencia y admitir la resolución del conflicto aceptando, por ejemplo, que lo que es bueno para el todo lo es también para la parte , aun así no tome una posición determinante en la adopción de la decisión que le favorece; pero puede también advertir, y es su obligación moral y legal hacerlo, que participar en la adopción de la decisión correspondiente, cuando de ella derivaría un beneficio personal particularizado, no sólo contrariaría normas morales (en cualquier sistema ético) sino que vulneraría disposiciones del derecho positivo (como las que aquí se han citado).

---

[2] *Gaceta Judicial*. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Bogotá, D.E., 10 de noviembre de 1987. Magistrado Ponente: Doctor Rodolfo Mantilla Jácome. Acta No. 72, de octubre 27 de 1987, pág. 463.

Por ello, para evitar que se dé una participación viciada de parcialidad en el proceso de toma de decisiones (judiciales, legislativas, administrativas, etc.,) el ordenamiento positivo establece un mecanismo de una gran racionalidad y de una impresionante sencillez: El juez, el legislador, el administrador, que debiendo participar en la adopción de una determinada decisión, llámese sentencia, ley, decreto, acto administrativo, etc., si encuentra que su adopción es susceptible de generarle un beneficio particular específico, debe ser separado de dicho proceso, bien en forma voluntaria por que advertida la inhabilidad, la haga manifiesta mediante la declaratoria del impedimento, ora porque terceras personas, utilizando el mecanismo de la recusación, así lo determinen.

De cualquier forma, cuando la separación no se haga en forma voluntaria, vía la declaración de impedimento, se prevén sanciones de diversa índole para aquellos que fueron recusados y la recusación resultó válida y para quienes participaron en la adopción de la decisión cuando existía el impedimento a que se viene refiriendo la Sala.

Tanto la norma constitucional como la legal son claras en definir que quien esté incurso en el conflicto de intereses se encuentra inhibido para participar en la decisión y "deberá declararse impedido de participar en los debates o votaciones respectivas".

Como consecuencia por el hecho de no respetar lo normado constitucional y legalmente sobre conflicto de intereses la Carta de 1991 consagra la sanción de la pérdida de investidura.

e) La sanción de pérdida de investidura prevista en el Artículo 183 de la Constitución cuando se origine en la causal de violación del régimen de conflicto de intereses tendrá lugar cuando quiera que el congresista haya participado "en los debates o votaciones respectivas" sin haber manifestado el impedimento que hacía exigible una conducta de abstención, de separación del debate, según lo que previenen los artículos 182 y 286 de la Constitución y de la Ley 5ª de 1992 respectivamente.

b) Los hechos del 13 de diciembre de 1995 en el Senado de la República.

El asunto a consideración de la Sala dice relación con un supuesto conflicto de intereses en que pudo haber incurrido el Senador *José Guerra de la Espriella* por razón de haber participado y votado en el debate que se realizó el día 13 de diciembre de 1995 en el Senado de la República.

Para la Sala es de vital trascendencia, con el fin de hacer claridad acerca de los supuestos fácticos que sirven de base al solicitante de la

desinvestidura para fundamentar sus argumentos tendientes a demostrar que el citado Senador incurrió en el conflicto de intereses que debe sancionarse de la manera pedida, así como para analizar la validez de los que esgrime la parte demanda en procura de demostrar que tal conflicto no se presentó, revisar a la luz de lo acontecido en la Sesión Plenaria del 13 de diciembre de 1995 la actuación de los Senadores que participaron y votaron en uno u otro sentido, el artículo nuevo que se cuestiona.

¿Qué era lo que en realidad se perseguía con la inclusión del referido artículo nuevo suscrito por 45 Senadores con respecto al tema de la obligatoriedad de la doctrina constitucional asimilada a cosa juzgada constitucional implícita?.

El solicitante afirma que se buscaba incidir en los procesos en curso que por enriquecimiento ilícito adelantaba la Corte Suprema de Justicia contra algunos Senadores y dirigentes políticos colombianos.

El apoderado del demandado, por el contrario, niega que esa hubiera sido la finalidad y junto con el Delegado de la Procuraduría General de la Nación expresa que de lo que se trataba era, simplemente, de hacer explícita en un texto legal una doctrina constitucional que trataba en sentencia de reciente data.

Igualmente ante afirmaciones como la de que el Senador cuya conducta ahora se juzga en este proceso se limitó a cumplir con su deber de Congresista y que aunque estuvo presente en el debate no participó en él y que su actuación se limitó a emitir un voto favorable a la iniciativa cuestionada, o a la de que no puede pensarse que el referido Senador estuviera enterado de cuáles eran los efectos que podría tener en las investigaciones penales en curso la aprobación del popularmente llamado "narcomico", es indespensable adentrarse en los pormenores del debate en cuestión con el ánimo de indagar, en cuanto las actas permitan, la realidad de lo sucedido.

A ello procede la Sala con fundamento en lo que se narra el acta No. 35 de la sesión ordinaria del día miércoles 13 de diciembre de 1995, publicada en el No. 479 de la *Gaceta del Congreso* correspondientes al 20 de diciembre de 1995.

En la misma *Gaceta del Congreso* No. 479, en las páginas 15 y siguientes consta la discusión del proyecto y allí, luego de la intervención del Senador *Guillermo Angulo Gómez*, se leen las proposiciones supresivas de algunos artículos del proyecto y puesto en consideración con las modificaciones mencionadas es aprobado.

En seguida, por Secretaría se da lectura a un *artículo nuevo* suscrito por 45 Senadores, el cual dice así:

"La doctrina constitucional adoptada en la sentencia de la Corte Constitucional es criterio auxiliar de interpretación para las autoridades, excepto en los siguientes casos:

Primero, cuando dicte sentencias interpretativas, es decir, aquellas que declaran la exequibilidad de una norma legal , condicionado a una determinada forma de interpretación.

Segundo, cuando la parte emotiva (sic) de la sentencia proferida por la Corte Constitucional guarde unidad indisoluble o relación directa o tenga el hecho (sic) causal con la parte resolutiva de la misma.

Tercero, en los casos de sentencias integradoras, es decir, cuando a falta de legislación adecuada para resolver un asunto concreto sometido a su competencia, el juez aplique directamente la norma constitucional. En estos tres casos la doctrina adoptada en la providencia hace tránsito a cosa juzgada constitucional, obliga en su integridad y corrige la jurisprudencia, su inobservancia es causal de mala conducta".

El debate se inicia, con las intervenciones del Senador *Motta Motta*, en defensa del proyecto de artículo nuevo, y con la del señor Ministro de Justicia en la que formula reparos de orden constitucional a la iniciativa; prosigue con intervenciones de diversos Senadores, entre las cuales la Sala destaca las siguientes, que de alguna manera contribuyen a dilucidar los interrogantes que anteriormente no dejaron planteados:

Palabras del Honorable Senador Luis Guillermo Giraldo Hurtado.

Ya desde el comienzo de su intervención el Senador plantea su inquietud no sólo por la forma intempestiva como se presentó el proyecto en la plenaria, sino por sus posibles relaciones con las investigaciones que se adelantan sobre dineros que se utilizaron en las elecciones y que pudieron provenir del narcotráfico. Expresó el orador:

"...por lo menos consten las palabras de un Senador que se opuso a este artículo nuevo añadido y según mi concepto artificiosamente añadido a un texto que trata de contravenciones, que no profundiza en materia de la Justicia, que trata ciertamente del derecho casi que correccional y al cual se le está tratando de añadir un artículo de amplio contenido jurídico y de amplia repercusión actual por las circunstancias que está viviendo en este momento el país, por investigaciones que está adelantado la Procuraduría (sic) en relación con dineros que financiaron posiblemente campañas electorales, dineros que pudieron provenir también del narcotráfico" (página 18).

Para a renglón seguido plantear de manera clara, expresa y categórica que debe establecerse plenamente, la relación existente entre la norma propuesta y el proceso 8.000:

> *"...y hablemos claro, honorables Senadores, y yo voy a concluir mi intervención, señor Presidente, y pido que le dé la palabra al señor Ministro, pidiéndole al señor Ministro de Justicia que ilustre al Senado qué ocurriría con lo que inicialmente se conoce como el proceso 8.000, en el caso de que el Congreso de la República aprobara este artículo que se ha presentado a la consideración de la plenaria hoy: para que todos sepamos cómo vamos a votar cuáles son las consecuencias directas, inmediatas de coyuntura, porque dándome el principal mea culpa, yo sí que me arrepiento porque me lo señalaron oráculos más altos que mi duelo (sic) ciertos textos que votó aquí en la legislatura pasada relacionados con el procedimiento penal y que sólo sirvieron para amparar narcotraficantes, pero bajo ese velo ahí la que sufre es la justicia colombiana porque es la que se encuentra coja y manca para aplicar el derecho penal sustantivo a quienes violan la ley penal colombiana, porque le voy a preguntar, señor Ministro, si en la coyuntura que está viviendo el país la aprobación de este texto tiene algunas consecuencias, para que lo votemos sabiendo cuáles son las consecuencias de coyuntura inmediata cada uno de los Senadores y para que digamos como digo yo en relación con otros textos que aprobé aquí, desafortunadamente les dí fé a quienes me lo explicaron, a quienes me dijeron que eso serviría para que los carteles se entregaran, para que hubiera reconciliación, para que no hubiera más actos terroristas en el país y desafortunadamente fallamos, porque lo que vemos, es que la que quedó coja y manca, repito, es la justicia colombiana"* (página 19).

Y en cuanto a la inconveniencia e inconstitucionalidad de hacer obligatoria la doctrina constitucional de la Corte expresó:

> *"No me venga a decir a mí que la Corte Constitucional puede casi que establecer parámetros constitucionales en las partes motivas de sus fallos: la Constitución dejaría de ser este pequeño libro, que a muchos les parece un libro bastante grueso, para convertirse en casi todos los tomos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional; pero además, le estaríamos dando la facultad para que modificara la Constitución y legislara. Esto sería ahí si decir que dentro de esta galería de eunucos a los cuales se refirió en una oportunidad el señor Ministro de Justicia, el más eunuco entre los eunucos y el que se constituye en auto eunuco es precisamente el Congreso de la República porque aquí estamos aplicando (sic) de nuestra capacidad de legislar y le estamos diciendo mediante un proceso aprobado por las dos Cámaras, si llegare a pasar en las dos cámaras, a la Corte Constitucional: legisle, esto es suyo"* (página 19).

Pero todavía de manera más explícita, el orador que impugna el proyecto cuestionado, se dirige a sus colegas que pudieran estar vinculados al proceso 8.000 para señalarles que el artículo en cuestión los puede favorecer y que si son inocentes no deberían aceptar una amnistía y llama la atención de que podría estarse legislando con nombre propio. Dijo el Senador *Giraldo:*

> *"...yo deseo vivamente que quienes en un momento determinado se encuentran en este proceso 8.000 le expliquen al país su conducta y obtengan conforme a las leyes actuales el veredicto institucional que los declare inocentes, deseo eso, pero creo que aquí puede pasar, honorables Senadores cuando veo en las curules a unos estimados colegas, que cuyo texto aquí transcrito los puede afectar positivamente cuando yo soy inocente, yo no acepto una amnistía; cuando hay inocencia, no necesitamos de artículos de proyectos de ley. Esto se impone por sí solo, este es un momento bastante difícil y decisivo para el Senado de la República, en donde a lo mejor el país nos puede enjuiciar por estar legislando al calor de la coyuntura, a lo mejor por estar legislando con nombres propios y eso no es término para este Congreso cuyo prestigio desafortunadamente está descaecido"* (página 19).

Finaliza su intervención con la siguiente admonición sobre las consecuencias que traería para el Congreso la aprobación de una iniciativa como la propuesta:

> *"...pero este ciertamente no es el canal para llegar a la opinión pública y mucho me temo que la oleada de la opinión al aprobar este texto cuando los medios de comunicación se lo expliquen en sus consecuencias y cuando no los explique aquí el señor Ministro de Justicia, la oleada va a ser tal que va a arrollar la opinión pública al propio Congreso, va a pedir inclusive al (sic) cierre de este Congreso, no nos va a tolerar que en momento tan decisivo para la Nación en donde están en juego tantas investigaciones estemos legislando para la coyuntura"* (página 19).

Palabras del Honorable Senador Eduardo Pizano de Narváez.

La intervención del Senador Pizano también se orienta a llamar la atención sobre la trascendencia que tiene el artículo propuesto y sobre las repercusiones que sobre el país y la imagen del Congreso arrojaría tal actuación, para finalizar anunciando su voto negativo y el de los Senadores de la Nueva Fuerza Democrática.

> *"...y yo sí quisiera llamarles la atención a todos los Senadores que están presentes en el día de hoy para que sepan que con el voto que configuren*

en el día de hoy se está jugando el futuro de esta institución que es el Senado de la República, no crean que es cualquier artículo adicional el que se está jugando en el día de hoy, es el futuro de la institución que todos representamos, que todos vinimos aquí al Congreso a trabajar por los intereses de la Nación y que lo que se vote en el día de hoy va a tener unas grandes repercusiones sobre el país, sobre la imagen del Congreso y sobre sus actuaciones y yo por eso le pido a cada uno de los Senadores que se pongan la mano en el pecho y piensen muy claro qué es lo que van a votar en el día de hoy porque no es cualquier cosa que se vote en el día de hoy, me da mucha tristeza decirlo, pero yo quisiera y veo con tristeza que ninguno de los Senadores que propusieron la proposición venga a defenderla y venga y nos plantee por qué razón indudablemente se quiere cambiar el espíritu de la Constitución en la forma como se está pretendiendo en el día de hoy" (página 20).

Palabras del señor Fiscal General de la Nación, doctor Alfonso Valdivieso Sarmiento.

En este rastreo que se hace la Sala para determinar qué tanto nivel de conocimiento, qué tanta información se analizó en el debate respecto de las consecuencias, alcance, finalidades y trascendencias del proyecto, y sobre todo, qué relación directa e indirecta pudiera tener el artículo discutido con las investigaciones por delitos de enriquecimiento ilícito, llama la atención de la Sala el siguiente aparte de la intervención del señor Fiscal, en el cual, inclusive apelando a ejemplos sobre casos concretos expone su opinión sobre los que serían los efectos que sobre tales investigaciones tendría la aprobación del denominado "narcomico", en la medida en que dejara de considerarse el enriquecimiento ilícito como delito autónomo. En efecto, dijo a este respecto el Fiscal:

"...pero por supuesto que el delito en sí mismo, este delito es autónomo, debe ser considerado como un delito autónomo precisamente porque así se concibió y porque esas fueron las circunstancias,repito, las deficiencias investigativas para establecer la verdad en la realidad de la comisión de unas conductas delictivas.

Pero hay otras circunstancias muy interesantes que también deben ser consideradas, por ejemplo, en el caso de prescripción, y me refiero por ejemplo al señor Lehder, es muy curioso, prescribió la investigación contra él, claramente demostrado la comisión de ese delito, pero bueno, como no se pudo probar entonces todos los que se enriquecieron y todos los testaferratos de Ledher, ¿quedan libres?

Este sería el caso de aprobarse este artículo, no, eso es un imposible, eso sería absurdo

... de aprobarse este artículo, bueno quién quita que a alguien se le ocurriera para librarse de unas investigaciones, mandar a liquidar a esa persona, eso no lo quiero ni pensar, pero es una atrocidad, y puede ser así porque es la manera de librarse del delito, ¿de cuál delito?. Del enriquecimiento ilícito, por ejemplo; no, es absurdo, yo creo sinceramente que se cometería un gran error de aprobarse este artículo" (página 23).

Posteriormente y para responder una pregunta que le formulara el Senador *Jaime Dussán Calderón* en el sentido de si el artículo propuesto "lo que quiere decir es que pone en la calle a todas las personas que en este momento están presas se están investigando", respondió de la siguiente manera:

"Pero no puedo yo llegar a pronunciarme sobre unos efectos que, Senador Espinosa, francamente sólo se podrán establecer en la medida en que las normas y la Constitución nos obligan a actuar dentro de ese Estado de Derecho y las normas vigentes tendrán que aplicarse a un artículo como este si tiene vigencia se tendrá que aplicar y eso tendrá el efecto, yo no me refiero a eso, pero que afecta el curso de muchas investigaciones yo sí creo; eso lo han dicho personas que me han antecedido en el uso de la palabra y esa es una de las razones por las cuales considero inconveniente y aun absurda esta decisión en estos momentos" (página 25).

Palabras del Honorable Senador Carlos Eduardo Corsi Otálora.

También es de significación la posición expresada por este Senador cuando plantea sus dudas acerca de la constitucionalidad del proyecto de artículo nuevo y anuncia su voto negativo:

"Gracias, señor Presidente, la verdad es que es un artículo que acabo de conocer y leyéndolo con cuidado me doy cuenta que si se ha de discutir alguna vez este artículo, debe ser primero que todo en la comisión y con un debate muy abierto, con expertos en la materia y no ahora, ahora debe negarse, veo que lleva implícito un cambio en la estructura jurídica del Derecho que ha regido al país, nosotros tenemos una estructura del Derecho Romano que a través del Francés y del Español es el Colombiano.

...de manera que anuncio mi voto negativo y le pido al Congreso, pues, que no nos embarquemos en esta aventura sin saber bien en qué estamos" (página 27).

Palabras del honorable Senador Mario Uribe Escobar.

El Senador *Mario Uribe Escobar* interviene en defensa de la constitucionalidad y de la conveniencia del artículo en discusión y censura a quienes lo atacan diciendo:

"...y yo hago esa claridad porque sería inadmisible que pretendiera satanizarse al Congreso, pensando que se propuso una norma que tiende a favorecer narcotraficantes que, y si no diganlo, díganlo y díganlo con toda la libertad, porque aquí queremos proceder con absoluta transparencia" (página 31).

Ante lo cual interpela el Fiscal General, doctor *Alfonso Valdivieso Sarmiento,* para responder:

"Yo lo que he dicho es que frente a la situación actual de muchos procesos, este tema y este artículo sí los afecta, indiscutiblemente honorable Senador, claro por lo que se busca, por el interés de hacer valer una disposición y lo dije yo de la Corte Constitucional y yo también me refería a ese antecedente, también por el cual ese artículo se había establecido y yo se lo he dicho que este artículo en esta coyuntura me parece a mí, absolutamente incoveniente y además absurdo, yo lo expliqué de esa manera, o sea si se trata de hablar claramente pues yo no solamente hablé calramente en ese entonces cuando hice mi exposición, sino habló (sic) ahora, si lo afecta" (página 31).

Nuevamente en el uso de la palabra el Senador *Mario Uribe Escobar* expresa:

"...yo voy a terminar mi exposición señalando lo siguiente, yo me retiro tranquilo de este estrado, porque no es este Congreso el que pretende favorecer a los narcotraficantes, tal vez se pueda inferir de sus palabras que es la Corte Constitucional la que quiere favorecer a los narcotraficantes y señor Ministro, usted tiene por allí por favor el texto de la sentencia que estoy aludiendo, si es tan amable usted me disculpa, puede ser la Corte Constitucional la que quiere favorecer narcotraficantes, allá ellos, es una sentencia que dice, yo supongo que es a esto a lo que se refiere el señor Fiscal, es una sentencia en relación con el Decreto 1895 tal que dice..." (página 31).

Palabras del honorable Senador Gustavo Espinosa Jaramillo.

Es esta para la Sala, sin lugar a dudas la intervención que más claramente responde a los interrogantes que deben despejarse sobre el conocimiento que los Senadores tenían del propósito y de los efectos reales y verdaderos de la iniciativa que estaba debatiéndose y por ello se trascribe casi en su integridad:

"...¿por qué han vinculado el tema con el narcotráfico, por qué lo vinculan con el enriquecimiento ilícito, por qué lo han vinculado a ese conjunto de procesos que llaman el proceso 8.000, el señor Fiscal no lo ha dicho explícitamente pero implícitamente dice sí, si se aprueba va a perturbar un poco de procesos que están (sic) marcha, se están refiriendo es al proceso

de Fernando Botero y de Juan Manuel Abella, de eso es que se trata, honorables Senadores, pero por qué se asusta la Fiscalía de que se apruebe este artículo, por qué se asusta de que la ley dé fuerza a la cosa juzgada constitucional, por qué la Corte Constitucional en 1993 y en 1994 se ocupó del enriquecimiento ilícito y dijo cómo se entiende el tipo penal".

...pero la Fiscalía le dice al país es un delito autónomo; qué importancia tiene que la Fiscalía hable, obre, actúe y tome decisiones contra el texto expreso de la ley, pues que la Fiscalía está aplicando de manera irregular, arbitraria y perversa el tipo penal de enriquecimiento ilícito, y lo está haciendo para poder justificar este extraño torbellino en que metió a todo el país, porque tendría que probar primero la conducta antecedente o en otro proceso o en el mismo proceso en la misma sentencia, pero primero tiene que establecer cuál es la actividad ilícita antecedente que genera los recursos con los cuales se incrementa en forma injustificada el patrimonio del particular o del funcionario público cuando se trata del caso anterior.

El pánico que siente la fiscalía de que se le dé el respaldo por la ley a la cosa juzgada constitucional, es que no puede seguir incurriendo en esta arbitrariedad; de leer de manera perversa a la ley, y aplicar caprichosamente un tipo penal tan peligroso que cuando se discutió en el Proyecto de Código Penal, los mismos miembros de aquella Comisión en el año 1978 dijeron que era un tipo penal muy peligroso...

...lo que ocurre, señores, es que la Corte Constitucional está quedando como rey de burlas cuando ella interpreta como cosa juzgada una norma constitucional, una norma legal que por algunas circunstancias tiene que interpretar, significa que cuando lo hace con fuerza de cosa juzgada constitucional, no puede haber otra interpretación, y que el juez o magistrado o fiscal que obre contra esa interpretación, prevarica, porque no puede haber otra interpretación, porque ella es guardiana de la ley, pero no es guardián del texto literal de la ley.

...se ha dicho pues con el valor y la claridad que se debiera decir, es que la Corte ha dicho que se trata de un tipo penal muy peculiar que en el funcionario público es subsidiario y que en el caso del particular es conexo, es derivado de, a consecuencia de, y hay personas que sin habérseles demostrado que están conexos con la actividad del narcotráfico, sin haber probado que los dineros que recibieron o manejaron vienen del narcotráfico están en la cárcel y quizás van a ser condenadas por una interpretación arbitraria, abusiva irregular y perversa de la norma que contiene el tipo penal llamado enriquecimiento ilícito" (página 32).

De lo que se trata, pues, es decir la verdad, no podemos enfrentar debates como lo hace el señor Fiscal, hablando por las ramas, insinuando,

haciéndose casi inocente y el que no entiende lo que está haciendo su propia fiscalía, por eso yo le pregunté: ¿crees que lo que va a hacer aquí beneficia a Fernando Botero y a Juan Manuel Abella? Yo creo que sí porque tendrían la obligación de respetar la cosa juzgada constitucional y por lo menos tendrían que darle la libertad mientras la investigación sigue, se perfecciona la investigación, se reúne la prueba y se demuestra la existencia del delito antecedente de la conducta criminal que produjo los recursos que según ellos han incrementado el patrimonio.

...porque esto de la Fiscalía, de decir como dijo uno de los funcionarios de la Fiscalía, si demostramos que recibieron un peso de narcotraficantes lo vamos a condenar, van a la cárcel, si les demostramos que les pagaron una cuenta de hotel, eso es enriquecimiento ilícito, porque como no pagaron la cuenta no se empobrecieron, luego se enriquecieron, pero la norma habla es de incremento patrimonial, tiene que crecer el patrimonio y la Corte Constitucional ha dicho que tiene que ser un incremento considerable.

...porque es muy fácil decir que cuando el político recibe un aporte de una sociedad discutida es delito, pero y el resto de la chequera qué le pasó, que las sociedades por café (sic) tenía una chequera de 50 cheques y un cheque fue para pagarle servicios públicos a Empresas Municipales de Cali, otra para pagar unos muebles, otro para pagar empleados, otro para pagar un arquitecto y otro para darle un auxilio de campaña política al grupo de Manuel Francisco Becerra que lidera Gustavo Espinosa en el Valle del Cauca, pues los 50 cheques, hay uno donde el cheque es delito, el que giraron para el grupo político de Manuel Francisco Becerra que coordinaba Gustavo Espinosa. ¿Por qué los demás no son delitos? Porque aquí el Fiscal insinúa que hay receptación, que puede haber receptación en quienes reciben estos dineros y entonces los otros 49 cheques no son receptación, no aseguran el resultado, el producto de la comisión de un delito, no son enriquecimiento ilícito...

La falta de valor y de juridicidad a tiempo, permitió que un conflicto ético, porque admito que sí es un conflicto ético, y a mí me castiga ese conflicto ético, permitimos que un conflicto ético se volviera un inmenso problema político, de tal magnitud que casi no hay colombiano que no esté convencido que los políticos cometen delitos cuando saludan a un narcotraficante o cuando reciben ayuda económica de un presunto delincuente condenado, o delincuente investigado, o delincuente buscado; es que a veces montan la opinión pública en un carrusel de tal intensidad de mentiras y de deformación de los tipos penales que le hacen creer al país en leyes inexistentes, en tipos penales que no existen y le hacen creer en tipos penales leídos de mala fé, interpretados en forma perversa y aplicados en forma maligna para buscar efectos políticos.

Porque aquí lo que está pasando, lo que nadie se atreve a decir es que lo que la Fiscalía busca es destruir el poder, tumbar el poder, tumbar al Presidente, tumbar al Contralor, tumbar al Procurador, y meternos a la cárcel a 15 ó 20 ó 30 ó 3 Congresistas, de esto es de lo que se trata, querían la verdad y esa es la verdad y es lo que tenemos que enfrentar; y resulta que todo esto va a quedar en la impunidad si este artículo se aprueba, si eso es así, significaría que todo lo que tiene montado la Fiscalía tiene base deleznable y pobre jurídicamente, porque si la Fiscalía no resiste confrontación con la jurisprudencia sabia y científica de la Corte Constitucional, entonces jurídicamente no existe la Fiscalía.

Y lo que hay es una trama, un engaño al país, si la Fiscalía resiste jurídicamente el examen de lo que está haciendo, entonces que pase el artículo; porque de lo que se trata aquí es de darle a la Corte Constitucional fuerza suficiente para que se haga guardiana de la Constitución, aquí no se va a reproducir ninguna norma, por lo tanto no estamos violando ni el 243, ni el 248, ni el 230, se trata de darle fuerza legal a la cosa juzgada constitucional, para que la Corte Constitucional no siga siendo un rey de burlas, y para que sepan la Fiscalía y los jueces y la Sala Penal de la Corte Suprema de este país que tienen que respetar la ley, que tienen que aplicar los tipos penales, como están escritos y que la interpretación de la Corte Constitucional es la madre de la juridicidad de este país; que tiene que tener cabeza, que tiene que tener un eje, no puede estar la ley sometida al vaivén de interpretaciones caprichosas y deformantes de los tipos penales" (página 330).

Terminada la exposición del Senador *Espinosa Jaramillo*, la presidencia cerró la discusión, según refiere el acta, y preguntó a la plenaria si aprobaba el artículo propuesto, a lo cual se respondió que sí por una mayoría que verificada mediante votación nominal resultó de 56 votos afirmativos contra 32 negativos.

Empero, aprobado el artículo de marras, el debate continuó tal como describe la situación el acta correspondiente y llama la atención de la Sala el siguiente aparte de la misma:

"Por secretaría se da lectura a un artículo nuevo.

Los suscriben los mismos honorables Senadores que suscribieron el anterior, dice así:

Cuando un tipo penal exija como elemento para la configuración de la conducta típica, la realización de actividades delictivas o contravencionales, previas por parte de un tercero, éstas deberán haber sido declaradas previamente mediante sentencia condenatoria debidamente

ejecutoriada, lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará desde el momento de la iniciación de las investigaciones preliminares, bien sea que se trate de delitos o contravenciones. Está leído el artículo, señor Presidente.

La Presidencia pregunta quién de los Senadores que sucribieron ese artículo lo sustenta."

La Presidencia, por no encontrar quién lo sustente, no lo pone a consideración de la plenaria" (página 34).

Finalmente es bueno transcribir el siguiente párrafo de la última intervención del señor Fiscal General de la Nación, doctor *Alfonso Valdivieso Sarmiento*, el cual podría tenerse como una síntesis de lo ocurrido en el debate celebrado en el Senado el 13 de diciembre pasado:

"Señor Presidente, honorables Senadores: Ante la decisión que se ha adoptado esta tarde; yo quiero manifestar expresamente que me parece francamente absurda, que me parece muy grave en este momento, yo he dicho que advierto consecuencias que pueden afectar los procesos que están en curso y de ser así también es posible que se advierta algún conflicto de intereses, de intereses entre los parlamentarios que votaron y ese texto espero que no prospere esta iniciativa, pero de aprobarse en el Congreso de la República, desde ahora le solicito al señor Presidente que objete esa decisión.

...pero el artículo que se presentó del cual he pedido copia, y que no se dejó copia suscrito por las mismas personas, el que se aprobó, me demuestra a mí que la intención era bien distinta a la que se dijo aquí de manera expresa..." (página 35).

La transcripciones anteriores permiten a la Sala concluir sin la vacilación alguna que los señores Congresistas que participaron el debate tuvieron todos, defensores e impugnadores y aun los que permanecieron en silencio durante la discusión, plena conciencia de cuál era el fin realmente perseguido con la inclusión del artículo nuevo. Es más, de la exposición del Senador *Espinosa Jaramillo* no puede quedar duda que efectivamente, el hecho de elevar a la condición de obligatoria la doctrina constitucional de la Corte Suprema de Justicia buscaba justamente generar efectos inhibitorios, suspensivos o dilatorios en relación con los procesos y las investigaciones que adelantaban la Corte Suprema de Justicia y la propia Fiscalía General en materia de enriquecimiento ilícito.

Cómo negar, entonces, ante tan categóricas afirmaciones, que los Senadores que votaron el proyecto afirmativamente lo hubieran hecho imbuidos por una consideración diferente de interés general y en orden al estableci-

miento legislativo de una determinada posición doctrinaria, si algunos Senadores atacaron el proyecto porque lo estimaban concebido con finalidad soterrada y generador de más desprestigio para el Congreso y otros lo defendieron admitiendo que efectivamente iría a producirse el efecto de modificar la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito con las consecuentes incidencias en los procesos que adelantaban tanto la Fiscalía como la Corte Suprema de Justicia.

Cómo ignorar lo que todo el país estupefacto e indignado repudió con el movimiento de la opinión más serio, unánime y eficaz de que se tenga noticia en los últimos años.

c) El caso concreto.

Se encuentra comprobado en el expediente que el 13 de diciembre de 1995, en la Corte Suprema de justicia, existían diligencias "adelantadas en contra del doctor *José Guerra de la Espriella,* Senador de la República, así:

"1. RAD. 10024 Unica Instancia, denuncia formulada por Alberto Urzola Pérez, por el presunto delito de enriquecimiento ilícito, el 23 de noviembre de 1994 se repartió al Honorable Magistrado doctor Nilson Pinilla, el 16 de enero de 1995 ordenó diligencias previas. ***En preliminares.***

2. RAD 10470 Unica Instancia, denunciante de oficio, diligencias remitidas por la Secretaría Colectiva de la Dirección Regional de Fiscalía, por el presunto delito de testaferrato, el 26 de abril de 1995 fue repartido al Honorable Ex-Magistrado doctor Jorge Enrique Valencia Martínez, hoy reemplazado por el Honorable Magistrado doctor Carlos Augusto Galvez Argote, el 3 de mayo pasado se ordena práctica de diligencias previas. ***En preliminares****".*

Todo lo anterior, según certificación de la corte Suprema de Justicia de febrero 19 de 1996, que obra a folios 104 y 105 del expediente.

El Senador alega en su defensa que no existía proceso penal en contra, en cuanto no se le había notificado formalmente de las diligencias preliminares que la Corte Suprema de Justicia adelantaba contra él, ni se le había vinculado formalmente mediante indagatoria, ni conocía el contenido de las referidas diligencias, razón por la cual no se encontraba impedido para votar el proyecto de ley y concretamente el "nuevo artículo" tantas veces mencionado.

A juicio de la Sala dicho argumento no resulta válido, toda vez que si bien es cierto que procesalmente, en materia penal no puede hablarse de que el inculpado se halla vinculado a un proceso mientras no sea oído en

indagatoria, para efectos de establecer si se desconoció el régimen de conflicto de intereses, lo que debe establecerse es si el Senador, quien votó un proyecto de ley y concretamente un artículo, sabía que con la aprobación de dicha norma resultaba beneficiado porque tenía diligencias preliminares en curso en la Corte Suprema de Justicia, sin que se pueda exigir como requisito indispensable la vinculación formal y la existencia de un proceso penal.

En el caso de autos es claro para la Sala que el Senador tenía conocimiento de que la Corte Suprema de Justicia adelantaba las citadas diligencias ya que ello era de público y notorio conocimiento en la medida en que los medios de comunicación habían informado sobre tales acontecimientos y su relación con el denominado proceso 8.000.

Este conocimiento, por lo demás, tenía la connotación de un hecho notorio y lo tuvo todo el país, toda vez que los medios de comunicación lo divulgaron en su oportunidad ya que se trataba de personas que cómo él tenían una amplia trayectoria en la actividad política.

Y fue expresa y reiteradamente advertido, durante el curso del debate del 13 de diciembre en los términos que se han transcrito, incluso con análisis de los efectos que el artículo en cuestión tendría respecto de las investigaciones en curso.

Estima la Sala que el episodio de nuestra historia política y judicial presente, denominado proceso 8.000, es tal vez el acontecimiento que ha generado la mayor cantidad de información de que se tenga noticia en los últimos años por lo que ante la notoriedad de que están revestidos los hechos y circunstancias que lo conforman, las investigaciones que se adelantan, los posibles delitos que se imputan a los involucrados, no es dable escudarse en un tecnicismo procedimental para alegar un supuesto desconocimiento de tales realidades fácticas. Lo anterior se compadece plenamente con el concepto de notoriedad que según la doctrina alemana expone el tratadista *Hernando Devis Echandía* cuando refiere:

> *"**Rosemberg** define los hechos notorios como los conocidos en un círculo mayor o menor por una multitud discrecionalmente grande o que fueron perceptibles en las mismas condiciones, en tanto que también los conozca el tribunal, y pone estos ejemplos: los sucesos históricos o políticos y sus consecuencias, en particular para la vida económica, que difunden los periódicos..."*[3].

---

[1] **Devis Echandía**, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I, cuarta edición, 1993, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, pág. 222.

Por otra parte, el hecho de que el "artículo nuevo", a pesar de haber sido aprobado por el Senado con el voto del Senador *José Guerra de la Espriella* y de otros 55 Senadores, no llegara a convertirse en ley, como también está comprobado en el expediente y es alegado por la defensa, no implica el que no se haya violado el régimen de conflicto de intereses, ya que el conflicto surge en el momento de la votación, para quien tiene un interés moral o económico en su contenido, independientemente de los trámites posteriores, y es por eso que las normas establecen que el congresista debe declararse impedido para intervenir en la votación, no después.

En conclusión, para la Sala es claro que el si Senador *José Guerra de la Espriella* participó en el debate, votó favorablemente un proyecto de ley que lo beneficiaba en cuanto afectaba las diligencias preliminares que por enriquecimiento ilícito se adelantaban en su contra en la Corte Suprema de Justicia, incurrió en violación del régimen de conflicto de intereses, en cuanto desconoció las normas que establecen que en dicha situación el congresista debe informar su interés y declararse impedido, toda vez que se trataba de una situación de carácter particular, estrictamente personal, en la que tenía interés el Senador y que significó utilizar su investidura para beneficio particular.

Por lo tanto quedó incurso en la causal de pérdida de investidura prevista en el artículo 183 numeral 1 de la Constitución Nacional y 296 numeral 3 de la Ley 5ª de 1992, la cual procede a decretar la Sala".

Como al comienzo se dijo que las circunstancias que rodeaban estos procesos eran similares, debo concluir que mi voto en el sentido de que el Consejo de Estado ha debido despojar de su investidura de Senador al doctor *Alberto Santofimio Botero* está plenamente justificado.

Atentamente,

Guillermo Chahín Lizcano.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONGRESISTA - Conflicto de intereses / **INVESTIGACION PENAL** - Congresista / **ENRIQUECIMIENTO ILICITO** - Congresista / **NARCOMICO** - Aprobación proyecto de ley

No comparto la decisión mayoritaria que contiene la providencia que antecede, por cuanto, de conformidad, con las pruebas que obran en el expepediente, el Senador *Alberto Santofimio Botero* violó el régimen de conflicto de intereses, por no haberse declarado impedido para votar un proyecto de ley y, concretamente, un artículo que tenía incidencia en la investigación que se le seguía en la Corte Suprema de Justicia. Por ello incurrió en la causal prevista por la Constitución Nacional en su artículo 183, numeral 1°, y así lo ha debido declarar la Sala, decretando la pérdida de investidura de Senador de la República.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

Consejero Ponente: Doctor *Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. AC-3304. Actor: *Emilio Sánchez Alsina.* Providencia aprobada en sesión del 16 de abril de 1996.

SALVAMENTO DE VOTO DE LA DOCTORA CONSUELO SARRIA OLCOS

No comparto la decisión mayoritaria que contiene la providencia que antecede, por cuanto, de conformidad, con las pruebas que obran en el expediente, el Senador *Alberto Santofimio Botero* violó el régimen de conflicto de intereses, por no haberse declarado impedido para votar un proyecto de ley y, concretamente, un artículo que tenía incidencia en la investigación que se le seguía en la Corte Suprema de Justicia. Por ello incurrió en la causal prevista por la Constitución Nacional en su artículo 183, numeral 1°, y así lo ha debido declarar la Sala, decretando la pérdida de investidura de Senador de la República.

Lo anterior fue debidamente explicado en la ponencia que voté favorablemente elaborada por el doctor *Libardo Rodríguez Rodríguez,* negada por la Sala y la cual obra en el expediente a folios 284 a 329, a cuyos términos me remito.

Consuelo Sarria Olcos.

CONFLICTO DE INTERESES - Inexistencia / **SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL** - Efectos / **SOLICITUD DE PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONGRESISTA** - Requisitos / **PROCESO PUNITIVO** - Características

No se duda que de las decisiones mediante las cuales la Corte Constitucional declara la exequibilidad o inexiquibilidad de normas legales hacen tránsito a cosa juzgada, según lo establecido en los artículos 243 de la Constitución y 21 del Decreto 2067 de 1991. Y, como ocurre con toda sentencia de mérito, hace tránsito a cosa juzgada no solamente lo decidido explícitamente, esto es, lo expresado en la parte resolutiva, sino también lo implicito en ella, como lo han explicado la doctrina y la jurisprudencia. Siendo ello así, nada añadía el proyecto de artículo adicional referido, en cuanto señalaba que tendría fuerza de cosa juzgada la parte motiva de las sentencias mediante las cuales la Corte Constitucional declarara la inexequibilidad de una norma legal condicionada a una determinada interpretación, o cuando guardara unidad indisoluble o relación directa o tuviera nexo causal con la parte resolutiva de la misma. En otros términos, resulta *inocuo*. Por lo mismo, ello no podría, en ningún caso, determinar situación de conflicto de intereses. Ocurre que en el Artículo 4° de la Ley 144 de 1994 fue establecido lo que, por lo menos, debe contener toda solicitud de pérdida de investidura y, entre otros aspectos, en el literal c) se exigió la invocación de la causal por la cual se solicitaba la pérdida de la investidura y su *debida explicación*, lo cual fija el marco dentro del cual debe estudiarse y resolverse la solicitud y circunscribe el examen de los cargos, de manera que el juzgador no puede en modo alguno resolver sobre cuestiones no planteadas. Lo anterior es así, además, si se tiene en cuenta que se trata de un proceso punitivo y en todos los procesos punitivos, sean éstos penales, disciplinarios o correccionales o cualesquiera otros, porque así lo reclaman el debido proceso y el derecho de defensa que garantiza el artículo 29 constitucional, el inculpado sólo puede ser sancionado por los precisos cargos que le fueron formulados y respecto de los cuales tuvo oportunidad de defenderse.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo -. Santafé de Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: Doctor *Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente No. AC-3304. Demandante: *Emilio Sánchez Alsina.* Solicitud de pérdida de investidura del Senador Alberto Santofimio Botero.

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR MARIO ALARIO MENDEZ

I.

Dijo el demandante que el Senador *Alberto Santofimio Botero* violó el régimen de conflicto de intereses, porque asistió a la sesión del Senado de 13 de diciembre de 1995 y promovió y votó un proyecto de ley, uno de cuyos artículos dice relación a los efectos de las sentencias de la Corte Constitucional, y que con ese artículo se pretendía convertir el enriquecimiento ilícito en una conducta subalterna, "lo cual traería consigo que este delito no existiría como tal cuando no estuviese previamente demostrado que el dinero que lo determina tiene origen en una actividad al margen de la Ley, es decir, que en la práctica estaría implicando la desaparición del 'enriquecimiento ilícito', ya que se ha buscado con su tipificación en nuestro ordenamiento penal es sancionar ciertos comportamientos que por falta de pruebas no era posible castigar", y con ello el Senador *Alberto Santofimio Botero* trató de suspender el proceso que por enriquecimiento ilícito adelanta en su contra la Corte Suprema de Justicia.

Se trata del artículo adicional al Proyecto de ley número 168 del Senado, cuyo texto es el siguiente:

> *"La doctrina constitucional adoptada en la sentencia de la Corte Constitucional es criterio auxiliar de interpretación para las autoridades, excepto en los siguientes casos:*
>
> *Primero, cuando dicte sentencias interpretativas, es decir, aquellas que declaran la exequibilidad de una norma legal, condicionada a una determinada forma de interpretación.*
>
> *Segundo, cuando la parte emotiva (sic) de la sentencia proferida por la Corte Constitucional guarde unidad indisoluble o relación directa o tenga el hecho (sic) causal con la parte resolutiva de la misma.*

Tercero, en los casos de sentencias integradoras, es decir, cuando a falta de legislación adecuada para resolver un asunto concreto sometido a su competencia, el juez aplique directamente la norma constitucional. En estos tres casos la doctrina adoptada en la providencia hace tránsito a cosa juzgada constitucional, obliga en su integridad y corrige la jurisprudencia, su inobservancia es causal de mala conducta" (*Gaceta del Congreso*, 30 de diciembre de 1995, núm. 149, página 16).

Pues bien, no se duda que las decisiones mediante cuales la Corte Constitucional declara la exequibilidad o inexiquibilidad de normas legales hacen tránsito de cosa juzgada, según lo establecido en los artículos 243 de la Constitución y 21 del Decreto 2067 de 1991.

Y, como ocurre con toda sentencia de mérito, hace tránsito a cosa juzgada no solamente lo decidido explícitamente, esto es, lo expresado en la parte resolutiva, sino también lo implícito en ella, como lo han explicado la doctrina y la jurisprudencia.

Dice al respecto el profesor *Francesco Carnelutti:*

"Ello no significa que la cosa juzgada se limita a las cuestiones que encuentren en la decisión una solución expresa; no se olvide que la decisión es una declaración como las demás, en la que muchas cosas se sobreentienden lógicamente sin necesidad de decirlas. Especialmente, cuando la solución de una cuestión supone como prius lógico la solución de otra, esta otra se halla también implícitamente contenida en la decisión (el llamado juzgamiento —'giudicato'— implícito). Se hallan implícitamente resueltas todas las cuestiones cuya solución sea lógicamente necesaria para llegar a la solución expresada en la decisión.

Cuáles sean las cuestiones resueltas, es extremo que por lo general se infiere de la parte de la decisión que contiene la indicación conclusiva del efecto de la solución (parte dispositiva)... Se suele decir, por ello, que el lugar del juzgamiento está en la parte dispositiva. Esta máxima ha de tomarse, sin embargo, con gran cautela, precisamente por que 'lo que haya formado la materia de la sentencia' no se puede deducir, por vía de interpretación, sino la de la sentencia entera y especialmente, por tanto, de su parte motiva o motivación, de la que igual puede surgir una restricción que una ampliación del fallo, o sea porque de ella resulte que algunas cuestiones no han sido resueltas ni implícita ni explícitamente, pese a la amplitud de la fórmula conclusiva, sea porque, en cambio, otras cuestiones que no aparezcan comprendidas en ésta resulten en realidad consideradas y resueltas" (*Sistema de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, UTEHA, 1994, t. I, páginas 317 a 319).

Sobre el mismo asunto, *Hernando Devis Echandía* es del siguiente parecer:

"Puede decirse que la cosa juzgada, en cuanto al objeto se refiere, se extiende a aquellos puntos que sin haber sido materia expresa de la decisión de la sentencia, por ser consecuencia necesaria o depender indispensablemente de tal decisión, resultan resueltos tácitamente..." (*Compendio de Derecho Procesal Civil, Teoría General del Proceso.* Bogotá, Biblioteca Jurídica Dike, 1987, 12ª ed., t. I, página 500).

Al respecto *Hernando Morales Molina* dice:

"De ahí que la fuerza de la cosa juzgada abarque lo mismo lo que ha sido decidido expresamente, que lo que se ha resuelto implícitamente. Sólo que esta decisión implícita debe ser de tal naturaleza, que ella necesariamente esté comprendida por la que fue objeto de la resolución, o sea lo explícito de ésta" (*Curso de Derecho Procesal Civil, Parte General,* Bogotá. Editorial ABC. 1991, 11ª ed, página 548).

La jurisprudencia ha sido concluyente al respecto. Así, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 21 de marzo de 1916, dijo:

"La cosa juzgada ha de hallarse en lo general en la parte dispositiva de la sentencia, pero los motivos de ésta carecen de fuerza de fallo, porque son simples elementos de la convicción del juez, que pudiendo ser erróneos en ocasiones, no afectan la decisión misma. Empero, tiene una excepción este principio, también aceptada generalmente en teoría y en jurisprudencia, y es que cuando los motivos son, no ya simples móviles de la determinación del juez, sino que se ligan íntimamente al dispositivo y son 'como el alma y nervio de la sentencia', constituyen entonces un todo con la parte resolutiva, y participan de la fuerza que esta tenga. Numerosos son los casos en que sin conexionar los motivos determinantes de un fallo, ella sería incomprensible e inejecutable" (*Gaceta Judicial,* t XXV, núms. 1286 y 1287, página 250).

En sentencia de 31 de agosto de 1918, dijo también la Corte:

"El fallo implícito de una cuestión dada que se ha formulado en una controversia judicial, sólo ocurre cuando la cuestión no resulta de modo expreso y se relaciona directamente con lo dispositivo expreso del fallo y con motivos y razones consignados en los considerandos del mismo" (*Gaceta Judicial,* t. XXVII, núm. 1391, página 62).

En sentencia de 9 de julio de 1928, dijo también la Corte:

"La Corte tiene sentada la doctrina de que si bien es cierto que la cosa juzgada dice relación por lo general a la parte resolutiva del fallo y no a la motiva, tal regla no puede entenderse de un modo, absoluto, pues cuando los motivos no son ya simples móviles de la determinación, del juez, sino que se ligan intimamente a lo dispositivo, y son como el alma y nervio del fallo, constituyen entonces un todo con la parte resolutiva y participan de la fuerza de ésta.

Esto último acontece en el caso del fallo del Tribunal Seccional que se deja mencionado, respecto de las causas o motivos por los cuales se declaró la nulidad de las resoluciones números 164 y 193, dictadas por la Gobernación de Cundinamarca, pues constituyendo tales causas o motivos los fundamentos inmediatos de la declaración de nulidad, no es posible para la recta inteligencia y aplicación del fallo establecer separación entre la parte motiva y la dispositiva" (Gaceta Judicial, t. XXXV, núm. 1821, pág. 550).

Lo mismo dijo la Corte en sentencia de 24 de octubre de 1928 (*Gaceta Judicial*, t.XXXVI, núm. 1825, página 48).

Y en su sentencia de 31 de octubre de 1936, dijo:

"La fuerza de la cosa juzgada no dimana sino de la parte resolutiva de la sentencia, pero ello no significa que para analizar el alcance de aquélla haya de tenerse en cuenta solamente la forma de ésta. Se entiende por parte resolutiva de una sentencia a este respecto, no el pasaje del fallo colocado en determinado lugar, sino lo que ha sido objeto de la decisión judicial, cualquiera que sea la forma que revista y el puesto que ocupe en la sentencia. De ahí que la fuerza de la cosa juzgada abarque lo mismo lo que ha sido fallado expresamente como lo que ha sido decidido implícitamente. Sólo que esta decisión implícita ha de ser de tal naturaleza que ella necesariamente esté comprendida por lo que fue objeto de la resolución expresa" (*Gaceta Judicial*, t. XLVI, núms 1918 y 1919, pág 461).

En sentencia de 6 de abril de 1956, y como resumen y compendio de lo dicho en sus sentencias anteriores, dijo la Corte:

"1. Que cuando los motivos del fallo están íntimamente ligados a la parte resolutiva y son 'como el alma y nervio de la sentencia', constituyen un todo con dicha parte y participan de la fuerza de ésta;

2. Que se entiende por motivos, las razones de hecho y de derecho sobre las cuales el juez ha apoyado la solución de la ***litis****;*

3. Que, en consecuencia la parte resolutiva puede no estar sólo para los efectos de la cosa juzgada, en el pasaje final del fallo, sino también en

aquél o aquéllos que contengan el objeto de la decisión judicial, cualquiera que sea la forma que asuman y el lugar que ocupen, y

4. Que la fuerza de una sentencia comprende no sólo que se decide de manera expresa, sino también de modo implícito o virtual, así sea para lograr aquello en la nueva litis el reconocimiento de una consecuencia no contemplada en la acción.

Se inclina, por tanto, la jurisprudencia nacional a aceptar la tesis que pone bajo la autoridad de la cosa juzgada, los motivos o elementos de la sentencia, si bien la tesis así enunciada no puede tener un sentido absoluto" (*Gaceta Judicial*, t. LXXXII, núm. 2167, pág. 558).

Lo dicho en la providencia anterior fue reiterado por la Corte y reproducido en sus sentencias de 24 de mayo de 1957 (*Gaceta Judicial*, t. LXXXV, núms. 2181-2182, pág. 91) y de 28 de agosto de 1963 (*Gaceta Judicial*, t. CIII-CVI, núms. 2268 y 2269, pág. 112), entre otras muchas.

Por su parte, el Consejo de Estado, en sentencia de 28 de octubre de 1974, dijo:

"La doctrina moderna, salvo escasas excepciones y la jurisprudencia colombiana sin ninguna vacilación están acordes en afirmar que el efecto de la cosa juzgada se predica de la parte dispositiva de la sentencia y por tal entiende no solamente la decisión ***strictu sensu****, sino todo cuanto ella implique, lógica y jurídicamente. La doctrina suele denominar estas implicaciones de la decisión 'cosa juzgada implícita'.*

(...)

Nuestra Corte Suprema de Justicia abunda en reiterada jurisprudencia sobre la materia...

(...)

Es obvio que así como la cosa juzgada explícita no se tipifica sin la concurrencia de los elementos antes analizados, otro tanto ocurre con la llamada 'cosa juzgada' implícita. Cuando no hay identidad subjetiva, objetiva y causal tratándose de pretensiones de naturaleza privada, o simplemente identidad objetiva y causal en las de naturaleza pública, no se configura la 'cosa juzgada' explícita o implícita. Entonces la motivación de un fallo que se traduzca o proyecte en forma de decisión implícita no tiene significado ni alcance distintos al de una doctrina jurisprudencial. A pesar de esto tan claro no sobra subrayarlo porque a veces, sin que medie la identidad anotada, suelen aducirse simples jurisprudencias como revestidas de la autoridad de cosa juzgada.

Tampoco está de más agregar que la doctrina de la 'cosa juzgada' implícita, concebida en los términos expresados, es la única que se concilia con nuestro sistema constitucional. Si se entendiera que únicamente la decisión explícita produce los indicados efectos, el resultado sería que los preceptos de la Carta Fundamental quedarían condicionados a los vaivenes de la jurisprudencia...

...Estas dos decisiones, tanto la ***explícita*** *como la* ***implícita****, obligan a todo el mundo..."* (*Anales del Consejo de Estado*, t. LXXXVII, núm. 443 y 444, págs. 83, 384 y 86).

En sentencia de 20 de junio de 1979 dijo también el Consejo de Estado:

"En un fallo de inexequibilidad como en cualquier otra sentencia, hace tránsito a cosa juzgada no solamente, lo decidido explícitamente vale decir, lo expresado en la parte resolutiva, sino también lo implícito en ella" (*Anales del Consejo de Estado*, t. XCVI, núms. 461 y 462, pág. 133).

Y en la sentencia de 9 de septiembre de 1981, el Consejo de Estado reprodujo y reiteró lo dicho en sus providencias anteriores, diciendo que conforme a doctrina reiterada de esa corporación, la cosa juzgada implícita debe acatarse, aun cuando no se compartan los fundamentos del fallo, y concluyó:

"Considera la Sala que frente a la mencionada sentencia de la Corte Suprema de Justicia no puede hacer otra cosa que estarse a los efectos jurídicos de esa decisión y en especial al que se refiere a la cosa juzgada implícita..." (*Análisis del Consejo de Estado*, t. CI, núms. 471 y 472, págs. 210 y 212).

Más recientemente, la Corte Constitucional, en sentencia C-131 de 1 de abril de 1991, explicó:

"Primero, goza de cosa juzgada explícita la parte resolutiva de las sentencias, por expresa disposición del artículo 243 de la Constitución.

Segundo, gozan de cosa juzgada implícita los conceptos de la parte motiva que guarden unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender éste sin la alusión a aquéllos.

En efecto, la parte motiva de la sentencia de constitucionalidad tiene en principio el valor que la Constitución le asigna a la doctrina en el inciso segundo del artículo 230: criterio auxiliar no obligatorio, esto es, ella se considera ***obiter dicta.***

Distinta suerte corren los fundamentos contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarden relación directa con la parte resolutiva, así como los que la Corporación misma indique, pues tales argumentos, en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutiva, son también obligatorios y, en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades y corrigen la jurisprudencia.

*La **ratio juris** de esta afirmación se encuentra en la fuerza de la cosa juzgada implícita de la parte motiva de las sentencias de la Corte Constitucional, que consiste en que esta Corporación realiza en la parte motiva de sus fallos una confrontación de la norma revisada con la totalidad de los preceptos de la Constitución Política, en virtud de la guarda de la integridad y supremacía que señala el artículo 241 de la Carta. Tal confrontación con toda la preceptiva constitucional no es discrecional sino obligatoria. Al realizar tal confrontación la Corte puede arribar a una de estas dos conclusiones: si la norma es declarada inexequible, ella desaparece del mundo jurídico con fuerza de cosa juzgada constitucional, como lo señala el Artículo 243 superior, y con efecto erga omnes sin importar si los textos que sirvieron de base para tal declaratoria fueron rogados o invocados de oficio por la Corporación, porque en ambos casos el resultado es el mismo y con el mismo valor. Si la norma es declarada inexiquible, ello resulta de un exhaustivo examen del texto estudiado, a la luz de todas y cada una de las normas de la Constitución, examen que lógicamente se realiza en la parte motiva de la sentencia y que se traduce desde luego en el dispositivo.*

(...)

Considerar lo contrario, esto es, que únicamente la parte resolutiva tiene fuerza de cosa juzgada, sería desconocer que, admitiendo una norma diferentes lecturas, el intérprete se acoja a lo dispositivo de una sentencia de la Corte Constitucional e ignore el sentido que la Corporación —guardiana de la integridad y supremacia de la Carta—, le ha conferido a dicha norma para encontrarla conforme o inconforme con la Constitución. Ello de paso atendería contra la seguridad jurídica dentro de un ordenamiento normativo jerárquico, como claramente lo es el colombiano por disposición del artículo 4º superior" (Gaceta de la Corte Constitucional, t 4, 1993, págs. 34 y 35).

Y reiteró ese criterio en sentencia C-037 de 5 de febrero de 1996:

"...sólo será de obligatorio cumplimiento, esto es, únicamente hace tránsito a cosa juzgada constitucional la parte resolutiva de las sentencias de la Corte Constitucional. En cuanto hace a la parte motiva, como lo establece la norma, ésta sólo constituye criterio auxiliar para la actividad

judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general; sólo tendrían fuerza vinculante los conceptos consignados en esta parte que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutiva; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutiva de las sentencias y que incida directamente en ella" (Expediente P.E.-008).

Siendo ello así, nada añadía el proyecto de artículo adicional referido, en cuanto señalaba que tendría fuerza de cosa juzgada la parte motiva de las sentencias mediante las cuales la Corte Constitucional declarara la exequibilidad de una norma legal condicionada a una determinada interpretación, o cuando guardara unidad indisoluble o relación directa o tuviera nexo causal con la parte resolutiva de la misma. En otros términos, resultaba *inocuo*.

Por lo mismo, ello no podría, en ningún caso, determinar situación de conflicto de intereses.

II.

Tal como fueron expuestos los hechos de la demanda, no se advierte relación alguna entre el proyecto de artículo adicional transcrito, y el delito de enriquecimiento ilícito.

Para entender las razones del demandante, sería preciso considerar que mediante el artículo 10 del Decreto 2266 de 1991 se dispuso:

*"**Artículo 10.** Adóptanse como legislación permanente las siguientes disposiciones del Decreto legislativo 1895 de 1989:*

«Artículo 1°. El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga para sí o para otro incremento patrimonial no justificado, derivado, en una u otra forma, de actividades delictivas, incurrirá, por ese solo hecho, en prisión de 5 a 10 años y multa equivalente al valor del incremento ilícito logrado»".

Y sería preciso considerar, también, que esta disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-127 de 30 de marzo de 1993, en la que se dijo:

"La expresión 'de una u otra forma', debe entenderse como incremento patrimonial no justificado, derivado de actividades delictivas, en cualquier forma que se presenten éstas. Las actividades delictivas deben estar judicialmente declaradas, para no violar el debido proceso y el artículo 248 de la Constitución Política, según el cual únicamente las

condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales" (*Gaceta de la Corte Constitucional*, 1993, t. 3, pág. 203).

De manera que la aprobación del artículo adicional al Proyecto de ley número 168 del Senado afectaría los procesos que se adelantaran por enriquecimiento ilícito, en tanto que su juzgamiento sólo podría hacerse en los términos en que fue entendido por la Corte Constitucional, esto es, que las actividades delictivas de que se derive el incremento patrimonial injustificado deben estar judicialmente declaradas.

Pero así no fue planteado en la demanda. No se refirió el demandante al Artículo 10 del Decreto 2266 de 1991 ni a la sentencia C-127 de 30 de marzo de 1993. Y no podía la Sala, oficiosamente, tomar en consideración esas circunstancias, supliendo así las explicaciones y los hechos omitidos por el demandante.

Ocurre que en el Artículo 4° de la Ley 144 de 1994 fue establecido lo que, por lo menos, debe contener toda solicitud de pérdida de investidura y entre otros aspectos, en el literal c), se exigió la invocación de la causal por la cual se solicitabba la pérdida de la investidura **y su debida explicación**, lo cual fija el marco dentro del cual debe estudiarse y resolverse la solicitud y circunscribe el examen de los cargos, de manera que el juzgador no puede en modo alguno resolver sobre cuestiones no planteadas.

Lo anterior es así, además, si se tiene en cuenta que se trata de un proceso punitivo, y en todos los procesos punitivos, sean éstos penales, disciplinarios o correccionales o cualesquiera otros, porque así lo reclaman el debido proceso y el derecho de defensa que garantiza el artículo 29 constitucional, el inculpado sólo puede ser sancionado por los precisos cargos que le fueron formulados y respecto de los cuales tuvo oportunidad de defenderse.

Entonces, las pretensiones del demandante, también por esta razón, debían ser denegadas.

III.

Compartí la decisión de denegar las pretensiones del demandante y las motivaciones de la sentencia, pero debía expresar las anteriores razones, que igualmente habrían conducido a la misma decisión.

Mario Alario Méndez.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Efectos /**PERDIDA DE LA INVESTIDURA** - Causales / **CONFLICTO DE INTERESES** - Régimen legal / **IMPEDIMENTO Y CONFLICTO DE INTERESES** - Diferencias / **INTERES MORAL** - Desarrollo legal

En el derecho constitucional contemporáneo se han introducido mecanismos de control a la representación. Por ejemplo, en la constitución vigente se prevé la pérdida de investidura para senadores, representantes, diputados y concejales; y, en lo pertinente a los agentes administrativos de elección popular, por constituir un mandato —distinto de la figura de la representación— se consagra la revocatoria, para gobernadores y alcaldes, con la finalidad de moralizar y legitimar la representación popular. La Constitución Política de Colombia, ante la suma gravedad del resultado de la pérdida de una investidura, señaló causales de jerarquía constitucional y juez adecuados a la materia en los artículos 183 y 184. En el Artículo 183-1 estableció dos: La violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades y la violación del régimen de conflicto de intereses. La primera fue determinada de manera expresa por la Constitución (artículos 179 y 180 y la ley) y la segunda, se le defirió al legislador para que señalara su régimen. Indudablemente este concepto jurídico indeterminado pone de relieve la contradicción que puede existir, en la actividad legislativa, entre la persona del legislador (Representante o Senador) y el fin que persigue la ley; en otros términos la contraposición entre su propio interés (o el de terceros) y el interés general definido por el artículo 133, inciso 1. de la Constitución Nacional. Solamente una vez que exista el régimen legalmente previsto, es decir, un estatuto o un conjunto de normas que gobiernen o regulen el conflicto de intereses de los congresistas, será posible conocer cuál o cuáles conductas son atentatorias del mismo. El Artículo 286 de la Ley 5ª de 1992 no consagró causales de impedimento, ni concretó el concepto jurídico indeterminado de conflicto de intereses, simplemente describió unas situaciones generales que podrían afectar la imparcialidad del congresista, las cuales son de conocimiento universal. Los

conflictos de carácter moral que menciona el Artículo 182 de la Carta deben concretarse en una ley, en armonía con el Artículo 183 *ibidem*. Así como se han establecido legalmente inhabilidades e incompatibilidades, la ley debe establecerse el régimen de conflicto de intereses. Con este régimen será fácil saber en qué casos el congresista deberá declararse impedido, cuándo puede ser recusado y cuándo lo desconoce para colocarse en pelígro de perder la investidura. Recurrir al conflicto de intereses para decretar la pérdida de investidura de un congresista, sin que el legislador hubiera definido el régimen correspondiente, significa abrir una gama de eventualidades y de abstracciones en las cuales cabría cualquier diferencia de criterio.

PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONGRESISTA - Inexistencia de conflicto de intereses / NARCOMICO - Aprobación proyecto de ley

Las apreciaciones que pueden hacerse sobre las intenciones, propósitos o aspiraciones del mencionado Senador no pasan de la especulación teórica, porque, se repite, las acusaciones que hizo el demandante no aparecen probadas en este proceso, y en tales circunstancias, no se ve relación de causalidad entre el artículo proyectado y las investigaciones preliminares que tramita la Corte Suprema de Justicia en contra del Senador *Santofimio Botero*. Tampoco se observa conflicto de intereses, por haber votado afirmativamente un proyecto de ley que pretendía hacer obligatoria la jurisprudencia de la Corte Constitucional en tres casos. Es un criterio auxiliar. Pero esto no significa un criterio secundario en los órdenes cronológicos y jerárquico, es decir que primero se aplica la ley y después la jurisprudencia. No. La interpretación y la aplicación de los textos constitucionales y legales se hace a través de la jurisprudencia. La interpretación de la Constitución merece un tratamiento especial. No es exactamente equiparar la Constitución a lo que quieren los jueces, como sostiene el realismo norteamericano. Pero estos, al imponer el estatuto que contiene no solo preceptos de competencia institucional sino también la fórmula política que inspira el sistema, van creando una norma subconstitucional. Las sentencias no reflejan intereses contrarios al interés general, no puede concebirse que a esto conduzca la verdad, sino que por su intermedio los jueces lo hacen público, con argumentos racionales y transparentes. No es lícito, reprochable o contrario al interés público, entonces, que el Congreso la convierta en ley. Tal vez pudiera estimarse inocuo, dadas las características diferenciales de una y otra fuente del derecho.

Referencia: Expediente No. AC-3304. Actor: *Emilio Sánchez Alsina.*

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ

Comparto la decisión adoptada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en el sentido de no despojar de la investidura de Congresista al Senador *Alberto Rafael Santofimio Botero*, en primer lugar, porque la ley no ha previsto el régimen de conflicto de intereses y, en segundo término, en caso de que las disposiciones que analizaré a continuación lo constituyan, los hechos que el demandante le atribuye no indican violación del mismo.

Mi disentimiento con la parte motiva de la sentencia se explica de este modo:

a. La Figura de la Representación y el Congreso.

El Estado constitucional moderno se ha organizado sobre los fundamentos de la democracia representativa; entre nosotros, desde los orígenes de la República, se la consagró, con limitaciones tales como el voto censitario. Su universalidad apenas se alcanza en 1957.

Pero es importante resaltar que desde un principio se hizo énfasis en la exclusividad de la representación y la vocería popular en el órgano de elección popular, excluyendo intervenciones paralelas.

Este mismo instituto se recoge en la actual Constitución en los artículos 133 y 238, en estos términos:

"Los miembros de los cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común

El voto es un derecho y un deber ciudadano".

En Colombia adoptamos la figura de la representación política, aunque sin contar con las experiencias que le procedieron en otras latitudes (Europa y Estados Unidos), y la participación del ciudadano en la conformación, ejercicio y control del poder.

El Congreso, elegido por votación directa y compuesto de dos cámaras, ostenta en el ámbito nacional la representación popular de conformidad con el Artículo 133 de la Carta Política.

Le corresponden varias funciones derivadas de esa condición, establecidas en los artículos 114 y 1 de la Constitución Política, a saber:

1. Reformar la Constitución.

2. Hacer las leyes.

3. Ejercer control político sobre el Gobierno y la administración.

4. Orientar el proceso económico y crear condiciones para lograr el desarrollo de la comunidad, como meta esencial del Estado Social de Derecho.

b. Estatuto del Congresista.

Los congresistas, en relación en estas materias, no solamente pueden actuar, sino que tienen el poder-deber, la función constitucional de hacerlo "consultando la justicia y el bien común".

Gozan de los derechos fundamentales que la Constitución Política prevé para todos los integrantes de la comunidad, de los derechos que emanan de la ciudadanía, como elegir, tomar parte en plebiscitos, referendos, consultas populares, tener iniciativa en las Corporaciones públicas.

Y, como congresistas, de algunos privilegios como el que señala el Artículo 185 de la Carta, así:

> *"Los congresistas serán inviolables por las opiniones y los votos que emitan en el ejercicio del cargo, sin perjuicio de las normas disciplinarias contenidas en el respectivo reglamento".*

En una democracia representativa la inviolabilidad por las opiniones y votos que emitan los congresistas es consecuencia de los principios que la integran. Le es connatural. No puede ser de otro modo, para que el Congreso actúe con independencia sus integrantes también deben tenerla.

Constituye un derecho que, entre otras razones, se explica por la necesidad de preservar la institución. El Congreso no estaría en condiciones de desarrollar las funciones que son las propias, si el ejecutivo estuviera autorizado para obstaculizar el examen de las situaciones sometidas a su conocimiento o los jueces para reprimirlo.

Tampoco tendría sentido la separación de poderes, a pesar de constituir elemento esencial del Estado de Derecho, porque el Congreso se confundiría o permanecería subyugado a los demás.

Todas las constituciones políticas del mundo actual reconocen la inviolabilidad de los miembros de las cámaras legislativas, en virtud de que representan a la nación soberana y, al amparo de esta investidura, cumplen actividades de suma importancia, como las reseñadas en el acápite anterior.

En la Constitución de 1886 estos eran los fundamentos de los artículos 106 y 107, lo mismo que en las constituciones del siglo pasado, tanto del régimen federal como de la organización unitaria. En este punto, pues, ha habido una tradición institucional sin solución de continuidad.

Sin embargo, la inviolabilidad y las otras libertades y derechos no deben exceder lo estrictamente necesario. No son absolutos sino relativos; y, por esto, los congresistas tienen las siguientes limitaciones:

1. *El orden interno.* Los senadores y representantes están sometidos a la autoridad de las respectivas corporaciones. Según el reglamento pueden ser llamados al orden, soportar restricciones en el uso de la palabra y ser sancionados disciplinariamente.

2. *La incompatibilidad.* Es la imposibilidad legal del congresista para desempeñar tareas diferentes de las que corresponden a su función, la cual debe inspirarse en el bien común (artículos 180 de la C.P., 281, 282 de la Ley 5ª).

3. *Las prohibiciones.* Les está prohibido, como a todos aquellos que desempeñen funciones públicas, hacer contribuciones a los partidos, movimientos o candidatos o inducir a otros a que lo hagan, según el artículo 110 de la Constitución Política.

4. *Impedimento y conflicto de intereses.* Excepcionalmente deben abstenerse de participar en las funciones del Congreso o de la Cámara a que pertenecen, si se encuentran frente a una causal de impedimento o de conflicto de intereses. Los procedimientos están señalados en los artículos 268 y 286 de la Ley 5ª de 1992.

c. Pérdida de la Investidura de Congresista.

En el derecho constitucional contemporáneo se han introducido mecanismos de control a la representación. Por ejemplo, en la Constitución vigente se prevé la pérdida de investidura para senadores, representantes, diputados y concejales; y, en lo pertinente a los agentes administrativos de elección popular, por constituir un mandato —distinto de la figura de la representación— se consagra la revocatoria, para gobernadores y alcaldes, con la finalidad de moralizar y legitimar la representación popular.

En la discusión que se dio en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, sobre la pérdida de investidura de los congresistas, se hicieron las siguientes precisiones:

*"**Objeto**: garantizar, mediante una rigurosa sanción, el respeto al régimen de incompatibilidades y conflictos de interés.*

***Planteamiento General**: el altísimo nivel que supone la categoría de congresista exige que las sanciones por violación de sus deberes sean drásticas. No sería aceptable que a un parlamentario se le aplicaran medidas benevolentes como, por ejemplo, descuento de sus salarios o dietas o suspensión temporal en el ejercicio de sus funciones. El congresista debe ser tan rigoroso en su conducta, que el resultado de un mal comportamiento sea la pérdida de la investidura."*

***Presupuestos Básicos**: toda violación al régimen de incompatibilidades e inhabilidades y al conflicto de intereses, debe ser causal para la pérdida de la investidura"* (*Gaceta Constitucional*, No. 51, abril 16 de 1991, pág. 27).

La Sala Plena, en la sentencia del 19 de octubre de 1994, explicó lo siguiente:

"La pérdida de investidura de un Congresista por las causales y mediante los procedimientos establecidos en la Constitución y la ley deviene, según el artículo 179-4 en una inhabilidad para ser elegido: las inhabilidades con restricciones a la capacidad de ejercicio de ciertos derechos, y en el caso concreto a los derechos fundamentales de naturaleza política de elegir y ser elegido, previstos en el artículo 40.1.

Las inhabilidades no necesariamnete constituyen una pena: se prevén para este caso porque el derecho de «ser elegido» requiere de la concurrencia de condiciones adicionales a la simple ciudadanía para ser titular del **jus honorum** *que imprime la representación parlamentaria"* (Expediente No. AC-2102, Actor: *Enrique Tejada Romero*. Consejero Ponente: Doctor *Juan de Dios Montes Hernández*).

De modo que la pérdida de investidura produce tres efectos:

1. Priva al congresista del empleo.

2. Lo inhabilita para ser elegido, es decir, lo convierte en un ciudadano en *capitis diminutio*.

3. Lo degrada porque lo despoja de la representación, de los honores, dignidades y privilegios que el pueblo le confirió.

d. Causales de Pérdida de la Investidura.

La Constitución Política de Colombia, ante la suma gravedad del resultado de la pérdida de una investidura, señaló causales de jerarquía constitucional y juez adecuados a la materia en los artículos 183 y 184.

En el Artículo 183-1 estableció dos:

a) La violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades;

b) Violación del régimen de conflicto de intereses.

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

e. El conflicto de intereses.

Por ser la causal que precisó el actor en su petición inicial, me detendré en el estudio de la violación del régimen de conflicto de intereses con este tratamiento.

La palabra interés se deriva del latín: *interesse*, estar entre.

Según el Diccionario de la Real Academia Española significa: "Provecho, utilidad, ganancia"; "Valor si tiene una cosa", "Inclinación más o menos vehemente del ánimo hacia un objeto, persona, narración, etc.", "Conveniencia o necesidad de carácter colectivo en el orden moral o material".

En nuestra sociedad hay una serie, un plexo de intereses: materiales, económicos, culturales, sicológicos, intelectuales, artísticos, morales. El interés es un concepto complejo que da lugar a diversas nociones según el ángulo de observación.

Esos intereses entran en el campo jurídico cuando reciben protección legal.

"Los derechos son intereses jurídicamente protegidos", dice *Ihering* en su obra "El espíritu del derecho romano".

Ya en este ámbito, por interés público se entiende la manifestación del valor público que tienen ciertas cosas o la expresión de aquello que interesa al público. El primer concepto es objetivo, porque el interés público se predica de ciertos bienes o elementos. El segundo es subjetivo, porque significa aquello que interesa a una pluralidad de personas.

En otro sentido, por interés privado puede entenderse el valor particular de ciertas cosas o la expresión de aquello que atrae a unos pocos.

La Constitución Política enuncia estos intereses:

Interés General (Artículo 1°), interés partrimonial del Estado (Artículo 268), interés público o social y colectivo; interés social (Artículo 51, 58 y 62); intereses de la sociedad (Artículo 277); interés privado (Artículo 58, 86);

El carácter público del interés, en sí mismo considerado, no implica oposición ni desvinculación con el interés privado. No hay, en principio, intereses públicos distintos de los que tienen los individuos. El interés público se sustenta en los intereses particulares que las personas comparten entre sí.

La existencia de intereses, como se ha indicado, no implica, *per se*, la existencia de un conflicto entre ellos.

En cuanto a la palabra conflicto, dice el Diccionario de la Real Academia Española, que viene del latín *Conflictus* "Combate, lucha, pelea". "Problema, cuestión, materia de discusión". "Coexistencia de tendencias contradictorias en el individuo capaces de generar angustias y trastornos neuróticos."

Y sobre el conflicto de intereses, el profesor español *Fernando Savater* hace a su hijo esta reflexión:

> *"Sin embargo, no vayas a creer que el conflicto entre intereses, cualquier conflicto o enfrentamiento, es malo de por sí. Gracias a los conflictos la sociedad inventa, se transforma, no se estanca. La unanimidad sin sobresaltos es muy tranquila pero resulta tan letalmente soporífera como un encefalograma plano.*
>
> *De modo que en la sociedad tienen que darse conflictos, porque en ella viven hombres reales, diversos, con sus propias iniciativas y sus propias pasiones. Una sociedad sin conflictos no sería sociedad humana sino un cementerio o un museo de cera. Y los hombres competimos unos con otros y nos enfrentamos unos con otros porque los demás nos importan (a veces hasta demasiado), porque nos tomamos en serio unos a otros y damos trascendencia a la vida que llevamos con ellos. A fin de cuentas, tenemos conflictos unos con otros por la misma razón por la que ayudamos a los otros y colaboramos con ellos: porque los demás seres humanos nos preocupan. Y porque nos preocupa nuestra relación con ellos, los valores que compartimos y aquellos en que discrepamos, la opinión que tienen de nosotros, lo que nos dan y lo que nos quitan ... Según los hombres vamos siendo más numerosos, las posibilidades del conflicto*

aumentan; y también aumentan los jaleos cuando crecen y se diversifican nuestras actividades y nuestras posibilidades" (Política para Amador. Ariel, págs. 46, 47 y 48).

En toda sociedad hay intereses de diversa índole y también conflictos de intereses. Aquellos y éstos son tomados por el derecho para protegerlos, regularlos, controlarlos o eliminarlos.

En la Asamblea Nacional Constituyente, sobre el conflicto de intereses como causal de pérdida de investidura de los congresistas, se hicieron planteamientos de este tenor:

*"**Objeto**: Evitar que el congresista ejerza sus funciones para favorecer intereses distintos al bien común o que la imparcialidad de sus raciocinios se distorsione por motivaciones de orden personal o particular.*

***Plantemiento General:** El congresista que considere que intereses personales suyos pueden ser afectados por un proyecto que se discute debe declararse impedido para participar en las deliberaciones y con mayor razón cuando sea sometido a votación. Si no lo hace voluntariamente, cualquier persona con conocimiento de causa debe recusarlo.*

***Presupuestos Básicos:** Como en su mayoría son condiciones eminentemente subjetivas, el planteamiento debe ser general, librado a la responsabilidad y rectitud de cada uno, aunque para efectos de la posibilidad de recusar sí sería necesario enumerar algunas causales, como por ejemplo, haber representado en tiempo reciente intereses que puedan verse afectados por la decisión legislativa".*

Nótese que en las discusiones suscitadas en la Asamblea Nacional Constituyente se distinguió entre los impedimentos y el régimen de conflicto de intereses.

Ahora bien la Constitución Política Nacional en los artículos 182 y 183, con las expresiones "conflictos de intereses" y "régimen de conflicto de interés", en primer lugar, ha creado un mecanismo para restringir de manera excepcional el derecho a la inviolabilidad por las opiniones y votos de los congresistas, defiriendo al legislador la expedición de un régimen de conflicto de intereses.

Y, en segundo término, en caso de que el congresista incurra en las causales de violación del conflicto de intereses, autorizó al Consejo de Estado para quitarle la investidura que el pueblo le otorgó en aras de la representación política.

Indudablemente este concepto jurídico indeterminado pone de relieve la contradicción que puede existir, en la actividad legislativa, entre la persona del legislador (Representante o Senador) y el fin que persigue la ley: en otros términos la contraposición entre su propio interés (o el de terceros) y el interés general definido por el Artículo 133, inciso 1 de la Constitución Nacional.

Como concepto jurídico indeterminado, el conflicto de intereses abre paso a una ley que lo tipifique concretamente, esto es "de competencia ligada que no da asidero a ninguna discrecionalidad.", en palabras del profesor *Julio A.Prat*, ("La discrecionalidad administrativa". "Derecho Administrativo en Latinoamérica". Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, pág. 170).

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

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

"Corolario del principio de legalidad es prescindiendo aquí de las circunstancias jurídico políticas en que se originó el de reserva legal, según el cual toda intervención que afecte a la libertad y la propiedad sólo puede tener lugar en virtud de una ley normal, es decir, aprobada por el Parlamento", enseña el profesor *Manuel García Pelayo* en su obra "Las Transformaciones del Estado Contemporáneo", Editorial Alianza Universidad, página 62.

Solamente una vez que exista el régimen legalmente previsto, es decir, un estatuto o un conjunto de normas que gobiernen o regulen el conflicto de intereses de los congresistas, será posible conocer cuál o cuáles conductas son atentatorias del mismo.

Al juez no lo es dado calificar esta labor sin la previa determinación legal. Abandonaría su condición de administrador de justicia para asumir la de legislador.

La ley debe señalar cuáles son los intereses de los miembros del Congreso que, desde los puntos de vista ético, político, familiar, económico, etc., colisionan con las distintas clases de intereses que enuncia la Constitución (social, patrimonial, colectivo) y qué procedimiento ha de adoptarse para

su registro y conocimiento previo en la Cámara correspondiente, así como lo hizo la Constitución en dos casos que citamos por vía de ejemplo.

a. En el Artículo 58 se refirió a los conflictos entre los derechos de los particulares con la necesidad reconocida por una ley dictada por motivos de utilidad pública o interés social, para hacer prevalecer el interés público. El legislador está encargado de precisar los motivos de utilidad pública o interés social, y

b. En el Artículo 247 delegó al legislador la creación de jueces de paz para que solucionen, en equidad, los conflictos individuales y colectivos.

El conflicto de intereses de los artículos 182 y 183 tiene relación con la ausencia de competencia subjetiva, que es la capacidad o aptitud para proceder de manera imparcial. Los congresistas deben tenerla para actuar "consultando la justicia y el bien común" (Artículo 133 de la C.P.), esto es prescindiendo o poniendo en segundo orden los intereses personales o privados.

De aquí surge la obligación ética de comunicar a la Cámara a la cual pertenece el congresista los conflictos de intereses, de carácter moral o económico, que puedan afectar su competencia subjetiva y, por lo tanto, no le permitan intervenir imparcialmente en debates y votaciones (Artículo 183 de la Constitución Política, 286, 287, 289, 290, 291, 292, 293, 296 de la Ley 5ª de 1992).

Las disposiciones relativas al conflicto de intereses de los miembros del Congreso son las siguientes:

1. El Artículo 182 de la Constitución dice: "Los congresistas deberán poner en conocimiento de la respectiva Cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración. La ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones."

Artículo 183 *ibidem*, señala que, por violar el régimen de conflicto de intereses, el Congresista perderá su investidura.

2. El Reglamento del Congreso, la Ley 5ª de 1992, en el Artículo 286 ordena:

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

Los artículos 287 de la ley de 1992 y 16 de la Ley 144 de 1994 establecieron estos casos:

a. Partipación de los congresistas en sociedades anónimas o de responsabilidad limitada y similares;

b. Participación en cualquier organización o actividad privada económica o sin ánimo de lucro;

c. Haber prestado, durante el año inmediatamente anterior a la elección, servicios remunerados a gremios o personas de derecho privado sobre cuyos intereses o negocios incidan directamente actos que se encuentren al estudio del Congreso.

De los preceptos citados se colige:

En primer lugar, el artículo de la Ley 5ª de 1992 no consagró causales de impedimento, ni concretó el concepto jurídico indeterminado de conflicto de intereses, simplemente describió unas situaciones generales que podrían afectar la imparcialidad del congresista, las cuales son de conocimiento universal.

En segundo término, los literales a, b y c, contienen motivos de impedimento de carácter económico.

En tercer lugar, exclusivamente en estos eventos el Congresista está obligado a manifestar su falta de competencia subjetiva y a inhibirse a participar en los respectivos debates y votaciones.

En cuarto lugar, el no declararse impedido necesariamente no conlleva o causa conflito de intereses. El artículo 183 de la Constitución Política no dice que, cuando el congresista omita declararse impedido debiendo hacerlo, pierde su investidura. Expresa que es causal de pérdida de investidura la violación al régimen de conflicto de intereses.

Sobre otro tipo de factores, éticos o morales por ejemplo, conviene tener en cuenta que las leyes que aprueba el Congreso se aplican a los colombianos sin excepción, según los artículos 4° y 95 de la Constitución Política.

De allí que siempre habrá, al lado del interés público, un interés personal de los congresistas en que se expidan y apliquen. Seguridad social, intervención en la economía, reglamento de profesiones, impuestos, reglamento del Congreso, procedimiento para tramitar la pérdida de investidura, divorcio, libertad religiosa, son algunas de las materias en las que han intervenido con interés personal.

El Consejo de Estado, exactamente sobre este punto, en sentencia AC-1276 del 24 de marzo de 1994 (Consejero Ponente, *doctor Jaime Abella Zárate),* expresó:

> *"4.4. Además, cabe observar que proyectos como el de la reforma tributaria mencionada podía afectar y de hecho debió afectar de alguna manera a todos los Congresistas que en ella intervinieron, ya por la creación de impuestos o de exenciones, pero si esa incidencia natural de las leyes elaboradas y dictadas por ellos mismos pudiera calificarse como causal de impedimento y, lo que es más grave como causal de pérdida de investidura, la labor parlamentaria resultaría imposible. En consecuencia, por ser absurda debe desecharze la interpretación que conduzca a tal resultado".*

Si esta hipótesis se extendiera habría que cerrar el Congreso o importar personajes para que legislen en Colombia. Tal vez estos podrían proceder alejados de cualquier interés particular porque las leyes colombianas no se les van a aplicar en su país.

Además no puede admitirse que los congresistas, por su propia cuenta, *motu proprio,* decidan cuándo deben declarase impedidos, esto es según su leal saber y entender, verdad sabida y buena fe guardada o por objeción de conciencia.

Se daría aval, por lo menos, al desorden, cuando no a otras irregularidades de insospechada gravedad. Por conveniencia, por temor, por debilidad, por afinidad, por amor, por odio, por dinero, etc., un congresista podría plantear o ser obligado a expresar el conflicto de intereses y a separarse del conocimiento de un determinado asunto.

Los conflictos de carácter moral que menciona el Artículo 182 de la Carta deben concretarse en una ley en armonía con el Artículo 183 *ibidem.* Así como se han establecido legalmente inhabilidades e incompatibilidades, la ley debe establecer el régimen de conflicto de intereses. Con este régimen será fácil saber en qué casos el congresista deberá declararse impedido, cuándo puede ser recusado y cuándo lo desconoce para colocarse en peligro de perder la investidura.

De otro lado, el acto humano consta de tres momentos: la intención, la resolución y la acción. La primera es el propósito de actuar; la segunda es la ratificación del propósito; y la acción es la manifestación externa de los otros dos.

La moral regula la totalidad del acto humano. Lo rechaza o lo acepta desde la integridad hacia la exterioridad. El derecho, en cambio, únicamente

cuando hay una manifestación en el mundo exterior. El solo pensamiento no es susceptible de evaluación jurídica. Por eso al juez le es imposible abordar el universo interno de los congresistas para conocer sus intenciones o pretensiones o eventuales conflictos de intereses. El Consejo de Estado no es el juez ético de los congresistas, pues estos cuentan con tribunales creados para juzgar las infracciones a la ética en que pudieran incurrir.

La normatividad vigente, (artículos 286 y 287 de la Ley 5ª de 1992 y 16 de la Ley 144 de 1994), citada anteriormente, no conforma un régimen de conflicto de intereses. Son disposiciones aisladas, impropiamente incluidas en una ley orgánica del reglamento del Congreso y en otra de procedimiento de pérdida de investidura, dictadas al amparo de los artículos 151 y 184 de la Constitución.

El conflicto de intereses que, como ya se explicó, conlleva una limitación a la esfera de libertad jurídica del congresista, debe ser regulado dentro de los varios tipos de leyes que previó el constituyente, por una ley estatutaria conforme al Artículo 152, literal a), la cual tiene procedimiento y contenido distinto de las que hasta el momento ha expedido el Congreso.

Recurir al conflicto de intereses para decretar la pérdida de la investidura de un congresista, sin que el legislador hubiera definido el régimen correspondiente, significa abrir una gama de eventualidades y de abstracciones en las cuales cabría cualquier diferencia de criterio.

El artículo 29 de la Constitución Política garantiza el debido proceso no solamente con la presunción de inocencia, sino imponiendo que se juzgue a la persona ante tribunal competente, conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa y con observancia de la plenitud de las formas de cada juicio.

Esto es, tipificando conductas que excepcionan el ejercicio libre de los derechos.

f. El caso concreto.

Al Congreso corresponde expedir un régimen de conflictos de intereses de los congresistas, en armonía con las normas constitucionales y legales que se han descrito en esta sentencia, porque el derecho, entre otras finalidades, tiene la de definir el contenido ético de la política.

Pero, bajo el supuesto de que el régimen de conflicto de intereses estuviese contemplado en las leyes citadas con anterioridad, la violación que el demandante imputa al Senador *Alberto Rafael Santofimio Botero* no se ha establecido.

El senador votó afirmativamente el proyecto de ley cuyo texto reza:

"La doctrina constitucional adoptada en las sentencias de la Corte Constitucional es criterio auxiliar de interpretación por las autoridades, excepto en lo siguientes casos:

1°. Cuando dicte sentencias interpretativas, es decir aquellas que declaren la exequibilidad de una norma legal condicionada a una determinada forma de interpretación.

2°. Cuando la parte motiva de la sentencia proferida por la Corte Constitucional guarde relaciones directas o tenga nexo con la parte resolutiva de la misma.

3°. En los casos de sentencia, es decir, cuando a falta de legislación adecuada para resolver un asunto concreto sometido a su competencia, el juez aplique directamente la norma constitucional.

4° En estos casos la doctrina adoptada en las providencias hace tránsito a cosa juzgada constitucional, obliga en su integridad y corrige la jurisprudencia. Su inobservancia será causal de mala conducta" (Artículo 230 de Constitución Nacional).

La acusación sostiene que con este proyecto el senador buscada estos objetivos:

a. Convertir el enriquecimiento ilícito en un tipo penal subalterno de otras conductas delictivas o hacerlo desaparecer como delito;

b. Suspender el proceso que en su contra tramita la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

No están probadas estas acusaciones.

Acerca del delito de enriquecimiento ilícito como figura autónoma o dependiente de otros tipos delictivos el Consejo de Estado carece de competencia para hacer pronunciamiento alguno. Sin embargo, se alcanza a vislumbrar que con un proyecto de ley no es posible obtener los mencionados fines, con mayor razón si se tiene en cuenta que el artículo copiado en precedencia, el cual fue votado afirmativamente por el senador *Alberto Rafael Santofimio Botero* no fue aprobado por la Cámara de Representantes, es decir, no se convirtió en ley.

Las apreciaciones que pueden hacerse sobre las intenciones, propósitos o aspiraciones del mencionado Senador no pasan de la especulación

teórica, porque, se repite, las acusaciones que hizo el demandante no aparecen probadas en este proceso y, en tales circunstancias, no se ve relación de causalidad entre el artículo proyectado y las investigaciones preliminares que tramita la Corte Suprema de Justicia en contra del senador *Alberto Rafael Santofimio Botero*.

Tampoco se observa conflicto de intereses, por haber votado afirmativamente un proyecto de ley que pretendía hacer obligatoria la jurisprudencia de la Corte Constitucional en tres casos.

Las razones son las siguientes:

1. El Artículo 17 del C.C. expresa: "Las sentencias judiciales no tiene fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Es, por tanto, prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria."

Esta es una regal general con varias excepciones, porque tienen efectos generales, *erga omnes*, es decir, con efectos similares a los de la ley:

Las sentencias que dicta la Corte Constitucional en ejercicio de la función de control constitucional (Artículo 243 Constitución Política); las que dicta la jurisdicción contencioso administrativa en ejercicio del control de los actos administrativos (Artículo 175 C.C.A); las de declaración de pertenencia (Artículo 407, numeral 11 del C. de P.C); las que declaran la paternidad (Ley 75 de 1968).

2. Las decisiones de los jueces constituyen normas jurídicas distintas de la ley, un acto de creación que refleja un punto de vista sobre la justicia. El profesor *Kelsen* enseña que "por precisa que la norma especial pretenda ser, la norma especial creada por la decisión de un tribunal siempre añadirá algo nuevo" (Teoría General del Derecho y del Estado. México 1950, pág. 152).

La jurisprudencia es el conjunto de principios y doctrinas contenidos en las decisiones de los Tribunales.

Los jueces, por imperativo constitucional (artículos 4°, 6° y 230), están obligados a aplicar la Constitución y a la ley. Es obvio que la jurisprudencia carece de esa coercitividad.

Es un criterio auxiliar. Pero esto no significa un criterio secundario en los órdenes cronológico y jerárquico, es decir que primero se aplica la ley y después la jurisprudencia. No. La interpretación y la aplicación de los textos constitucionales y legales se hace a través de la jurisprudencia.

El sentido común indica que ha de tenerse en cuenta siempre, porque a través de ella se interpretan las conductas humanas y las leyes y se dirimen los conflictos interindividuales por parte de quienes han adquirido preparación y experiencia. La cuestión es dialéctica.

3. La interpretación de la Constitución merece un tratamiento especial. No es exactamente equipar la Constitución a lo que quieren los jueces, como sostiene el realismo norteamericano. Pero estos, al interpretar el estatuto que contiene no sólo preceptos de competencia institucional sino también la fórmula política que inspira el sistema, van creando una norma subconstitucional.

A propósito el tratadista *Enrique Alonso García*, en su obra "La Interpretación de la Constitución", dice:

> *"Consideramos un hecho indiscutible que en todos los sistemas con jurisdicción constitucional el intérprete judicial crea y formula normas derivadas de la Constitución, bien expresa, bien implícitamente. Denominamos interpretación no tanto a la determinación del sentido jurídico de la norma, lo que realmente es la interpretación en estricto sentido técnico-jurídico, como al estudio del origen de tales normas subconstitucionales, lo cual implica que, siendo fieles a la Teoría General del Derecho, esta obra debiera ser más bien denominada la aplicación judicial de la Constitución. Si rehuimos esta terminología, a la que reconocemos mucha mayor precisión y por lo que solicitamos el perdón, se debe que en el ámbito anglosajón (y no olvidemos la influencia del constitucionalismo anglosajón tanto en Europa como en otros ámbitos geográficos), el concepto de interpretación abarca el de todo fenómeno aplicativo de la norma fundamental, y se debe a que en nuestro propio país ello ocurre ya con toda normalidad.*
>
> *Por otra parte, el estudio de las normas subconstitucionales judiciales tiene una dinámica distinta de la teoría clásica de la interpretación, ya que estas normas a veces sólo son enunciables a partir de la actuación de la norma primaria, y, lo que debe ser más importante, se plantea como un acto creativo en sí mismo, no preocupándose el juez tanto de dar sentido a una varias normas primarias como de justificar en sí misma la norma constitucional que elabora"* (Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1984, pág. 4).

4. En Colombia el artículo 243 de la Constitución Política prescribe:

> *"Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.*

Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexiquble por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución".

Siguiendo al profesor *Adolfo Merkl:*

"El problema de la fuerza de cosa juzgada es el de la vigencia de las manifestaciones jurídicas en el tiempo, más exactamente el problema de la duración de la vigencia o de los límites temporales de las manifestaciones jurídicas. La ciencia jurídica entiende por efecto o fuerza de cosa juzgada, para atenernos provisionalmente a una significación media, aquella propiedad de ciertos actos estatales mediante la cual no son modificables, en ningún caso, por actos de la misma especie, o lo son bajo determinada circunstancias nada más. Esta fórmula general abarca las dos formas que, generalmente, suelen distinguirse y prenuncien también la naturaleza de esta diferencia. Se distingue, pues, un efecto formal y otro material. Y siguiendo la concepción más corriente, se puede decir que el efecto de cosa juzgada en sentido formal supone la inmutabilidad de un acto estatal en virtud de instancia de una parte interesada privada; quiere decir tanto como no impugnabilidad. En sentido material sería la inmutabilidad absoluta de un acto; pero se tiene en cuenta, principalmente, la invariabilidad del acto por parte de la autoridad que lo realizó o por otra autoridad cualquiera, sea superior, del mismo rango o inferior a áquella. La diferencia entre la fuerza de cosa juzgada formal y material suele también expresamente así: ***res iudicata ius facit inter partes; res iudicata ius facit inter omnes.*** *Al decirse que el efecto material de cosa juzgada no establece derecho únicamente para las partes, como el formal, sino para todos, de manera definitiva, se tiene presente, únicamente, la modificación de un acto por otro acto del mismo rango, pero se olvida que también se plantea la cuestión de la modificación del acto por otro acto de rango superior; la posibilidad de semejante modificación se otorga, de manera tácita, aun para el caso de efecto material de cosa juzgada, que supone la inmutabilidad más absoluta"* (Página 264. *Teoría General del Derecho Administrativo*, Editorial Nacional).

Y, a su turno, la Corte Constitucional en sentencia C-131 del 1° de abril de 1993, después de preguntarse:

"2. ¿Hace tránsito a cosa juzgada toda sentencia de la Corte Constitucional o solamente una parte de ella?", dijo:

"La Corte responde este nuevo interrogante en el sentido de afirmar que únicamente una parte de sus sentencias posee el carácter de cosa juzgada".

"La respuesta es doble: Poseen tal carácter algunos apartes de la sentencia en forma explícita y otros en forma implícita. 1° Goza de cosa juzgada explícita la parte resolutiva de las sentencias, por expresa disposición del artículo 243 de la Carta" 2°. Gozan de cosa juzgada implícita los conceptos de la parte motiva que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no pueda entender éste sin la alusión a aquellos.

Los fundamentos contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarden relación directa con la parte resolutiva, así como los que la Corporación misma indique en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutiva, son también obligatorios y en estas condiciones deben ser observados por las autoridades y corrigen la jurisprudencia".

En conclusión, es claro que el juez debe aplicar la Constitución y la ley y, frente a éstas, las sentencias no pueden tener igual obligatoriedad. Su origen, su fundamentación, su contenido y sus efectos son diferentes, pero se dirigen a la correcta interpretación y aplicación de aquéllas.

La cosa juzgada, desde el derecho romano, significó una declaración de la verdad. *"Res judicata pro veritate habetur"*. Lo que se ha juzgado en Derecho se tiene por verdadero, dijeron los romanos.

En tal sentido, las sentencias no reflejan intereses contrarios al interés general, no puede concebirse que a esto conduzca la verdad, sino que por su intermedio los jueces lo hacen público, con argumentos racionales y transparentes.

Por esto en legislaciones extranjeras, México y los Estados Unidos, para no citar sino dos, la jurisprudencia reiterada del Juez Constitucional es obligatoria.

El Artículo 93 de la ley de amparo mexicana consagra precisamente los requisitos de los fallos que constituyen dicha jurisprudencia: cinco sentencias sin interrupción y la firma de catorce magistrados, por lo menos.

No es ilícito, reprochable o contrario al interés público, entonces, que el Congreso la convierta en ley. Tal vez pudiera estimarse inocuo, dadas las características diferenciales de una y otra fuente del derecho.

Juan de Dios Montes Hernández

NOTA DE RELATORIA: A esta declaración adhiere el doctor Daniel Suárez Hernández.

ACLARACION DE VOTO
DEL DOCTOR DANIEL SUAREZ HERNANDEZ

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso administrativo.

Referencia: Expediente No. AC-3304. Actor: *Emilio Sánchez Alsina.*

Por compartir en su integridad los planteamientos expuestos en la aclaración de voto del Honorable Consejero doctor *Juan de Dios Montes Hernández* y ser los mismos que expresé durante el debate en la Sala Plena, me adhiero a aquella aclaración.

Cordialmente,

Daniel Suárez Hernández.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Causales / **CONFLICTO DE INTERESES** - Interés directo

En mi criterio, existe la suficiente regulación normativa con respecto al "conflicto de intereses" de los congresistas, razón por la cual disiento de la afirmación del Magistrado Ponente. En efecto, con base en los artículos 182 y 183 de la Constitución, los artículos 286 y siguientes de la Ley 5ª de 1992 prevén los eventos en los cuales el Congresista deberá abstenerse de debatir y votar un proyecto legal: El 286 es el primero de la Sección IV de la ley, la cual se denomina *Conflicto de Intereses*: cuando exista *Interés Directo* en la decisión porque afecta de alguna manera al congresista o a su grupo familiar más próximo o a sus socios, deberá declararse impedido. Existe, púes a mi juicio, de manera evidente, una prohibición al congresista de participar en los debates y en las votaciones cuando de alguna manera, positiva o negativa pueda tener interés en el proyecto legal. Si bien es cierto que existe para el congresista la obligación de votar los proyectos de ley sometidos a su consideración y al no hacerlo le puede acarrearle la pérdida de la investidura, también lo es que quien por tener interés directo en la decisión, debate su aprobación o su negación y vota, positiva o negativamente, se ve involucrado en la conducta descrita por el Artículo 286 y ello tiene como consecuencia la sanción de pérdida de la calidad de congresista, tal como lo expresa el Artículo 286, *Causales de Pérdida de Investidura*, numeral 3°. En mi opinión, la ley difiere al mismo congresista, en primer término, la obligación de analizar el proyecto puesto a consideración del cuerpo colegiado a que él pertenece, y en el momento en que se considere que existe "conflicto de interés", tiene la obligación de manifestarlo. De no actuar de esta manera, deberá atenerse a la sanción prevista en el 286 citado. Y no es necesario que el legislador diga más de lo que ya ha dicho, que si existe "interés directo" debe abstenerse de debatir y de votar. Es el miembro del parlamento el primer obligado a hacerse ese cuestionamiento. Si así actúa, su conducta es legal y ética. Pero, si debiendo declararse impedido, no lo hace, es el juez de investidura a quien le corresponde, interpre-

tando la ley y analizando las pruebas que aparezcan en el expediente, cuidando el derecho de defensa y la presunción de inocencia, decidir, en cada caso, si existió o no el conflicto y si el congresista guardó o no un silencio punible. Es entonces el juez y no la ley quien puede establecer, en cada caso, la existencia del conflicto de intereses, por cuanto la ley ya cumplió el deber que le impuso la Constitución; establecer que cuando un congresista participa y/o vota una ley en la que tenga interés directo, incurre en una falta que puede acarrearle la "muerte política". La causal contemplada en el Artículo 16 de la Ley 144, impropiamente llamado "*Conflicto de Intereses, Definición* —no es definición— contempla en mi sentir otra conducta, adicional, relativa al conflicto de intereses; el congresista que en el año anterior a su elección haya prestado servicios remunerados a personas de derecho privado "...sobre cuyos intereses o negocios incidan directamente actos que se encuentran a estudio del Congreso..." deberá comunicarlo para que la Mesa Directiva decida si debe abstenerse de participar en el trámite o votación de esos actos. El no comunicarlo es ilegal y si la prueba es suficiente para, el Consejo de Estado, la sanción es la misma: la pérdida de investidura.

Referencia: Expediente No. AC-3304. Actor: *Emilio Sánchez Alsina*, Solicitud de pérdida de investidura del Senador *Alberto Rafael Santofimio Botero*.

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR JAIME CERON CORAL

Con el debido respeto procedo a aclarar las razones por las cuales voté de manera negativa la solicitud de la referencia por cuanto no se encuentran todas plasmadas en la ponencia aprobada por la mayoría de la Sala Plena:

En primer término debo expresar que comparto las razones que llevaron a mantener la investidura parlamentaria del Senador acusado, en cuanto al análisis fáctico jurídico que se efectúa en la parte considerativa de la providencia.

Sin embargo deseó expresar que, en mi criterio, existe la suficiente regulación normativa con respecto al "conflicto de intereses" de los congresistas, razón por la cual disiento de la afirmación del magistrado ponente.

En efecto, con base en los artículos 182 y 183 de la Constitución, los artículos 286 y siguientes de la Ley 5ª de 1992 prevén los eventos en los cuales el Congresista deberá abstenerse de debatir y votar un proyecto legal:

El 286 es el primero de la Sección IV de la ley, la cual se denomina *Conflicto de Intereses*: cuando exista **Interés Directo** en la decisión porque afecta de alguna manera al congresista o a su grupo familiar más próximo o a sus socios, deberá declararse impedido.

Existe, pues, a mi juicio, de manera evidente, una prohibición al congresista de participar en los debates y en las votaciones cuando de alguna manera, positiva o negativa, pueda tener interés en el proyecto legal.

Si bien es cierto que existe para el congresista la obligación de votar los proyectos de ley sometidos a su consideración y el no hacerlo puede acarrearle la pérdida de investidura, también lo es que quien por tener interés directo en la decisión, debate su aprobación o su negación y vota, positiva o negativamente, se ve involucrado en la conducta descrita por el Artículo 286 y ello tiene como consecuencia la sanción de pérdida de la calidad de congresista, tal como lo expresa el Artículo 286, *Causales de Pérdida de Investidura*, numeral 3°.

En mi opinión, la ley difiere al mismo congresista, en primer término, la obligación de analizar el proyecto puesto a consideración del cuerpo colegiado a que él pertenece, y en el momento en que se considere que existe "conflicto de interés", tiene la obligación de manifestarlo. De no actuar de esta manera, deberá atenerse a la sanción prevista en el 286 citado.

Y no es necesario que el legislador diga más de lo que ya ha dicho, que si existe "interés directo" debe abstenerse de debatir y de votar. Es el miembro del parlamentento el primer obligado a hacerse ese cuestionamiento. Si así actúa, su conducta es legal y ética.

Pero, si debiendo declararse impedido, no lo hace, es el juez de investidura a quien le corresponde, interpretando la ley y analizando las pruebas que aparezcan en el expediente, cuidando el derecho de defensa y la presunción de inocencia, decidir, en cada caso, si existió o no el conflicto y si el congresista guardó o no un silencio punible. Es entonces el juez y no la ley quien puede establecer, en cada caso, la existencia del conflicto de intereses, por cuanto la ley ya cumplió el deber que le impuso la Constitución: establecer que cuando un congresista participa y/o vota una ley en la que tenga interés directo, incurre en una falta que puede acarrearle la "muerte política".

La causal contemplada en el Artículo 16 de la Ley 144, impropiamente llamado *"Conflicto de Intereses, Definición*, —no es definición— contempla en mi sentir otra conducta, adicional, relativa al conflicto de intereses; el congresista que en el año anterior a su elección haya prestado servicios remunerados a personas de derecho privado "...sobre cuyos intereses o negocios incidan directamente actos que se encuentran a estudio del Con-

greso..." deberá comunicarlo para que la Mesa Directiva decida si debe abstenerse de participar en el trámite o votación de esos actos. El no comunicarlo es ilegal y si la prueba es sufieciente para el Consejo de Estado, la sanción es la misma: la pérdida de la investidura.

En este caso concreto, la relación teleológica entre la norma votada, transcrita en la providencia y, el interés directo en la decisión por parte de *Alberto Rafael Santofimio Botero* no se probó, razón por la cual no es posible revocarle el derecho a ser Senador de la República.

Si se hubiese establecido que el votar la norma, como en efecto lo hizo, representaba para él un provecho, la conducta hubiese sido ilícita, sin necesidad de que el legislador hubiese reglamentado con minucia los actos concretos que puedan constituir conflicto de intereses.

Con respecto a este punto concreto me remito a los planteamientos expresados en el proceeso AC-3300, del que fue ponente el Consejero doctor *Joaquín Barreto.*

Por otra parte, considero que la conducta de *Alberto Rafael Santofimio Botero,* al participar en la votación de la norma, es inocua.

El proyecto puesto a consideración del Senado de la República no expresa nada diferente a lo ordenado por el Artículo 243 de la Carta y a las interpretaciones que de él ha efectuado la Corte Constitucional. La simple lectura de la sentencia C-037 del 5 de febrero pasado, que efectuó el análisis constitucional de la Ley 270 de 1996 —Estatutaria de la Administración de Justicia— así lo demuestra, pues retomando la C-131 de 1993 dijo:

En el Artículo 243 de la Carta se consagra la denominada "cosa juzgada constitucional", en virtud de la cual las sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional presentan las siguientes características:

"Tienen efecto ***erga omnes*** *y no simplemente interpartes.*

Por regla general para todos los casos futuros y no sólo para el caso concreto.

...no se puede juzgar nuevamente por lo mismos motivos sino que el fallo tiene certeza y seguridad jurídica...

(...)

¿Qué parte de las sentencias de constitucionalidad tiene la fuerza de cosa juzgada?

La respuesta es doble: poseen tal carácter algunos apartes de las sentencias en forma explícita y otro en forma implícita.

Primero goza de cosa juzgada explícita la parte resolutiva de los sentencias por expresa disposición del Artículo 243 de la Constitución.

Segundo, goza la cosa juzgada implícita los conceptos de la parte motiva que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender éste sin alusión a aquéllos.

En efecto, la parte motiva de una sentencia de constitucionalidad tiene en principio el valor que la Constitución le asigna a la doctrina en el inciso segundo del artículo 230: criterio auxiliar —no obligatorio—, esto es, ella se considera ***obiter dicta.***

Distinta suerte corren los fundamentos contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarden relación directa con la parte resolutiva, así como los que la Corporación misma indique, pues tales argumentos, en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutiva, son también obligatorios y, en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades y corrigen la jurisprudencia.

Es tan coicidente el proyecto presentado a consideración del Congreso con las razones de la Corte Constitucional que permiten concluir que la conducta del Senador mencionado debe ser tenida como inocua, "que no hace daño", que no es "ni buena ni mala". De haberse convertido en ley el proyecto, su efecto tan sólo hubiese sido el confirmar la posición de la Corte Constitucional al respecto.

Conjuez,

Jaime Cerón Coral.

PROCESO DE PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONGRESISTA - Principio de legalidad / **PERDIDA DE LA INVESTIDURA** - Causales / **CONFLICTO DE INTERESES** - Regulación legal / **CONFLICTO MORAL** - Desarrollo legal

Advierte el suscrito Consejero que los artículos 182, 183 y 184 de la Carta Política sientan las bases de la institución de la pérdida de investidura de los parlamentarios, sin que ellos constituyan por sí solos una normatividad completa sobre el particular, ya que el propio constituyente defirió a la ley su reglamentación y desarrollo. "La ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones"(Artículo 182 último inciso Constitución Política de Colombia). Las leyes 5ª de 1992 y 144 de 1994 desarrollaron la materia respecto de los conflictos que de orden económico pudieran presentarse para los congresistas con ocasión y en ejercicio de su investidura. Nada dijeron estas leyes, ni texto legal posterior versó sobre el tema relativo a situaciones que deban tenerse como potenciales generadores de conflicto de interés moral o ético. Como el terreno de lo moral y de lo ético es un campo que trasciende el de la conducta externa de los sujetos de derecho y es atinente a su conciencia, resulta imposible para el juzgador suplir al acusado en su fuero interno para reprocharle su conducta y en todo caso imposible aplicar una sanción de tan drástico contenido como es la pérdida de investidura de congresista, sin que haya referencia cierta a una norma que contenga lo supuestos fácticos en los cuales se vea comprometida la conducta enjuicida, en virtud de actos considerados como faltos de moral y carentes de ética. Dada la particular naturaleza de este proceso (político-administrativo-disciplinario, pero en todo caso sancionatorio), y las consecuencias de la sanción que implica la aceptación de la solicitud de pérdida de investidura, no queda ninguna duda en cuanto, debe observarse indefectiblemente el principio clásico de la legalidad de los delitos y de las penas, expresado en el brocardo latino *"nullum crimen, nulla pena, sine lege"*. Frente a ello, se advierte que otra es la labor del Juez y por esa razón considera el suscrito Consejero que no hay espacio para tomar una decisión en ausencia de reglamento positivo y mucho menos autorización jurídica

para asumir papel distinto del que corresponde a su función constitucional y legal, con sujeción a los principios universales que gobiernan el derecho y su aplicación en el estadio de la civilización actual.

PROCESO DE PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Derecho de defensa
/ PROCESO DE PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Decreto de pruebas

En cuanto a la institución de la pérdida de investidura de origen constitucional, por sus especiales características debe aplicarse con sumo rigor tanto el análisis de la conducta como en el enjuiciamiento o actividad que corresponda al juez. El mandato del Artículo 184 de la Carta Política facilita el instituto de control y abre el camino de su operancia, con una simple solicitud. Nótese que no se emplea el concepto de demanda ni el de denuncia que técnicamente tienen un sentido definido. Así se facilita el control y el solicitante tiene como garantia de su derecho, el poder ejercerlo en elemental escrito, en cualquier tiempo durante el ejercicio del mandato del parlamentario, tomándose todo el lapso que estime necesario para recaudar o ubicar con exactitud el elemento probatorio que deberá aducir con la solicitud, pues el constituyente para garantizar aún más su derecho e impedir que se haga nugatorio fijó un término de alto rango al fallador, "no mayor de 20 días hábiles contados a partir de la fecha de la solicitud formulada...". No es posible, *so pena* de, o violar la Constitución o asumir la tarea del legislador, adoptar procedimientos exorbitantes, tales como el de hacer caso omiso del término claramente establecido, lo cual pone en grave riesgo la observancia del debido proceso y el respeto al derecho de defensa, especialmente cuando en forma extemporánea se decretan y se practican pruebas que eventualmente pueden quedar sin posibilidad de controversia o de conocimiento del denunciado que independientemente de sus condiciones personales o políticas tiene derecho a controvertir los medios de convicción aducidos en su contra.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. - Santafé de Bogotá, D.C., mayo tres (3) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Referencia: Expediente No. AC-3304. Actor: *Emilio Sánchez Alsina.* Constitucionales, Pérdida de investidura del señor *Alberto Rafael Santofimio Botero.*

ACLARACION DE VOTO
DEL DOCTOR JESUS MARIA CARRILLO BALLESTEROS

Respetuosamente manifesto que, con fundamento en las razones enseguida consignadas, aclaro el voto en el asunto de la referencia, por estar

de acuerdo con la decisión adoptada por la mayoría de la Sala Plena de lo Contencioso, el día 16 de abril del año en curso, pero no obstante ello preciso hacer algunas manifestaciones en torno de la parte considerativa del problema jurídico planteado, especialmente en lo relativo a la legalidad sustantiva y procesal de causas como la presente.

El punto cardinal del debate radica en la aparente existencia de un conflicto de intereses de carácter moral y ético que se habría presentado por la conducta del Senador *Alberto Rafael Santofimio Botero*, con motivo de su participación en la sesión del 13 de diciembre de 1995 llevada a cabo en el Senado de la República, durante la cual se votó el proyecto de la ley de seguridad ciudadana, que incluyó a última hora un artículo, por cuyo tenor, alcance y contenido significaría un beneficio directo para el Congresista votante, en la medida en que le favorecería por su condición de investigado en las diligencias adelantadas por la Corte Suprema de Justicia, dentro del expediente conocido públicamente como el proceso 8.000.

Para formular un juicio respecto de la situación planteada es preciso tener en cuenta los siguientes elementos:

1°. El ordenamiento positivo que regula el caso sub-análisis.

2°. La conducta desplegada por el acusado.

3°. El establecimiento fehacientemente del pretendido conflicto de intereses entre la conducta objeto del reproche y el fin perseguido.

1°. En cuanto al primer elemento, advierte el suscrito Consejero que los artículos 182, 183 y 184 de la Carta Política sientan las bases de la institución de la pérdida de investidura de los parlamentarios, sin que ellos constituyan por sí solos una normatividad completa sobre el particular, ya que el propio constituyente defirió a la ley su reglamentación y desarrollo. *"La ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones"* (Artículo 182 último inciso Constitución Política de Colombia).

Las leyes 5ª de 1992 y 144 de 1994 desarrollaron la materia respecto de los conflictos que de orden económico pudieran presentarse para los congresistas con ocasión y en ejercicio de su investidura. Nada dijeron estas leyes, ni texto legal posterior versó sobre el tema relativo a situaciones que deban tenerse como potenciales generadores de conflicto de interés moral o ético.

Como el terreno de lo moral y de lo ético es un campo que trasciende el de la conducta externa de los sujetos de derecho y es atinente a su conciencia resulta imposible para el juzgador suplir al acusado en su fuero

interno para reprocharle su conducta y en todo caso imposible aplicar una sanción de tan drástico contenido como es la pérdida de investidura de congresista, sin que haya referencia cierta a una norma que contenga lo supuestos fácticos en los cuales se vea comprometida la conducta enjuiciada, en virtud de actos considerandos como faltos de moral y carentes de ética.

Dada la particular naturaleza de este proceso (político-administrativo-disciplinario, pero en todo caso sancionatorio), y las consecuencias de la sanción que implica la aceptación de la solicitud de pérdida de investidura, no queda ninguna duda en cuanto debe observarse indefectiblemente el principio clásico de la legalidad de los delitos y de las penas, expresado en el brocardo latino *"nullum crimen, nulla pena, sine lege"*.

La imposibilidad de tipificar una conducta a voluntad del denunciante o del fallador, para hacerla acreedora de una sanción, radica en que:

> *"Las cuestiones de valores (es decir, aquellas que conciernen a lo que es bueno o malo en sí, independientemente de sus consecuencias) están por fuera del dominio de la ciencia, como los defensores de la religión lo afirman con energía. Yo pienso —dice* ***Bertrand Russell****, autor de esta cita, en su libro Ciencia y Religión, Editorial Gallirmad, página 171— que ellos tienen razón sobre este punto, pero yo saco una conclusión suplementaria, que ellos no sacan: las cuestiones de valores están enteramente fuera del campo del conocimiento. Dicho de otra manera, cuando afirmamos que tal o tal cosa tiene valor, expresamos nuestras propias emociones y no un hecho que permanecerá cierto si nuestros sentimientos personales fueren diferentes".*

Y más adelante agrega:

> *"La moral está pues estrechamente unida a la política, ella es una tentativa para imponer a los individuos los deseos colectivos de un grupo; o inversamente, ella es una tentativa hecha por un individuo para que sus deseos se conviertan en los de su grupo. Esto no es posible, claro está, que si sus deseos no son demasiado visiblemente contrarios al interés general; el maleante difícilmente puede intentar persuadir a las gentes que el les hace bien, aunque los plutócratas hacen tentativas de ese género, y con éxito aun a menudo".*

Para rematar esta cita, pertinente es concluirla con las siguientes líneas del mismo autor:

> *"Para intentar dar una apariencia de importancia universal a nuestros deseos (lo cual constituye el papel de la moral), uno puede ubicarse en dos puntos de vista: El del legislador y el del predicador..."*

Frente a ello, se advierte que otra es la labor del juez y por esa razón considera el suscrito Consejero que no hay espacio para tomar una decisión en ausencia de reglamento positivo y mucho menos autorización jurídica para asumir papel distinto del que corresponde a su función constitucional y legal, con sujeción a los principios universales que gobiernan el derecho y su aplicación en el estadio de la civilización actual.

Por lo hasta aquí expuesto, ni jurídica, ni filosóficamente, es dado compartir la motivación de la decisión, y atendiendo a la necesidad cumplir con el deber de expresar todas las razones de inconformidad con el fallo objeto de esta aclaración, preciso es anotar, además lo siguiente:

En cuanto a la institución de la pérdida de investidura de origen constitucional, por sus especiales características debe aplicarse con sumo rigor tanto en el análisis de la conducta como en el enjuiciamiento o actividad que corresponde al juez. El mandato del Artículo 184 de la Carta Política facilita el instituto de control y abre el camino de su operancia, con una simple solicitud, nótese que no se emplea el concepto de demanda ni el de denuncia que técnicamente tienen un sentido definido. Así se facilita el control y el solicitante tiene una garantía de su derecho, el poder ejercerlo en elemental escrito en cualquier tiempo durante el ejercicio del mandato del parlamentario, tomándose todo el lapso que estime necesario para recaudar o ubicar con exactitud el elemento probatorio que deberá aducir con la solicitud, pues el constituyente, para garantizar aún más su derecho e impedir que se haga nugatorio, fijó un término de alto rango al fallador, "no mayor de 20 días hábiles contados a partir de la fecha de la solicitud formulada...".

No es posible, *so pena* de, o violar la Constitución o asumir la tarea del legislador, adoptar procedimientos exorbitantes, tales como el de hacer caso omiso del término claramente establecido, lo cual pone en grave riesgo la observancia del debido proceso y el respeto al derecho de defensa especialmente cuando en forma extemporánea se decretan y se practican pruebas que eventualmente pueden quedar sin posibilidad de controversia o de conocimiento del denunciado que independientemente de sus condiciones personales o políticas tiene derecho a controvertir los medios de convicción aducidos en su contra.

Y en cuanto a la persona sujeto del proceso, es preciso hacer notar que moralizar el ejercicio del mandato ciudadano y los reparos que por vía general se enrostran a los legisladores, pero tratándose de la aplicación concreta y en particular de una sanción, es preciso descender de las formulaciones teóricas y generales propias de la sociología o de la política, al terreno concreto del derecho, para avanzar prudentemente en el enjuiciamiento de una conducta y la aplicación de una severísima pena, asimilable

a la muerte política, en tiempos de proscripción de la muerte civil y de la pena de muerte. Y aún más, dado que procedimiento y término son expeditos y breves.

Con las anteriores consideraciones dejo expuesto mi criterio sobre el asunto debatido, dejando claro mi manifestación de profundo respeto por la ponencia adoptada por la Corporación.

Jesús María Carrillo Ballesteros.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONGRESISTA - Causales / **CONGRESISTA** - Senador / **CONFLICTO DE INTERESES** - Violación

Con el debido respeto me aparto de la decisión mayoritaria de la Sala, ya que considero,a diferencia de lo sostenido en el fallo, que las pruebas aportadas al plenario si demuestran la violación del régimen de conflicto de intereses, por parte del Senador *Alberto Rafael Santofimio Botero* y por ello ha debido decretarse la pérdida de su investidura, como bien se expuso en la ponenecia que fue negada, presentada por el Consejero doctor *Libardo Rodríguez Rodríguez,* planteamientos que acojo en su integridad, y son los que constituyen el fundamento de este salvamento; por tal razón. anexo dicha ponenecia.

Referencia: Expediente No. AC-3304. Actor: Emilio Sánchez Alsina, Pérdida de investidura.

SALVAMENTO DE VOTO DE LA DOCTORA DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

Con el debido respeto me aparto de la decisión mayoritaria de la Sala, ya que considero, a diferencia de lo sostenido en el fallo, que las pruebas aportadas al plenario sí demuestran la violación del régimen de conflicto de intereses, por parte del Senador *Alberto Rafael Santofimio Botero* y por ello ha debido decretarse la pérdida de su investidura, como bien se expuso en la ponencia que fue negada, presentada por el Consejero doctor *Libardo Rodríguez Rodríguez,* planteamientos que acojo en su integridad, y son los que constituyen el fundamento de este salvamento; por tal razón anexo dicha ponencia.

Dolly Pedraza de Arenas.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo
Santafé de Bogotá, D.C.,

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No.AC-3304. Actor: *Emilio Sánchez Alsina.* Solicitud de Pérdida de Investidura del senador *Alberto Rafael Santofimio Botero.*

Procede la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo a resolver la solicitud de pérdida de investidura de congresista del Senador *Alberto Rafael Santofimio Botero* presentada por el ciudadano *Emilio Sánchez Alsina.*

I. LA SOLICITUD

El ciudadano citado fundamenta su solicitud en la presunta violaciión del régimen de conflicto de intereses por parte del Senador mencionado, por las siguientes circunstancias:

1. El 13 de diciembre de 1995, el Senador *Alberto Rafael Santofimio Botero* asistió, contestó el llamado a lista, promovió y votó el Proyecto de Ley No.168 de 1995 Senado, 129 de 1995 Cámara, al cual se le agregó un artículo que decía textualmente:

> *"La doctrina constitucional adoptada en las sentencias de la Corte Constitucional es criterio auxiliar por las autoridades, excepto en los siguientes casos:*
>
> *Primero, cuando dicte sentencias interpretativas, es decir, aquellas que declaren la exequibilidad de una norma legal condicionada a una determinada forma de interpretación.*
>
> *Segundo, cuando la parte motiva de la sentencia proferida por la Corte Constitucional guarde unidad indisoluble o relación directa o tenga el hecho (sic) causal con la parte de la misma.*
>
> *Tercero, en los casos de sentencias integradoras, es decir, cuando a falta de legislación adecuada para resolver un asunto concreto sometido a su competencia, el juez aplique directamente la norma constitucional, en estos casos la doctrina adoptada en las providencias hace tránsito a cosa juzgada constitucional, obliga en su integridad y corrige la jurisprudencia, su inobservancia es causal de mala conducta"* (teniendo en cuenta que el texto transcrito por el demandante no coincide exactamente con el publicado en la *Gaceta del Congreso* No. 479, del 20 de diciembre de 1995, se transcribe el texto oficial contenido en esta última).

2. Este artículo pretendía presumiblemente convertir el "enriquecimiento ilícito" en una conducta subalterna, lo cual traería como consecuen-

cia que este delito no existiría como tal cuando no estuviese previamente demostrado que el dinero que lo determine tiene origen "en una actividad al margen de la ley", lo cual en la práctica estaría implicando su desaparición.

3. Con dicho artículo, el Senador en referencia presuntamente buscó suspender un proceso que por enriquecimiento ilícito adelanta la Corte Suprema de Justicia contra él, entre otros congresistas, es decir, buscando obtener un beneficio propio de índole penal, sin declararse impedido, como era su obligación legal, moral y ética.

4. El artículo comentado no se relaciona con el proyecto de ley en el cual se quiso introducir "ya que las figuras que allí se pretendieron incluir son materias completamente diferentes y que no guardan unidad de tema con las allí tratadas, ya que el proyecto sólo buscaba sancionar delitos menores siendo que inclusive algunos de estos pasan a ser contravenciones especiales (hoy Ley 228 del 21 de diciembre de 1995)", además de que el objetivo buscado que habilidoso y subrepticio toda vez que el artículo no tenía ponente conocido.

En consecuencia, considera el peticionario, el Senador *Alberto Rafael Santofimio Botero* violó la incompatibilidad o prohibición señalada en el Artículo 182 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 181 de la misma Carta y 284 de la Ley 5ª de 1992, por lo cual se hace acreedor a la pérdida de su investidura de conformidad con los artículos 183-1 de la Constitución y 269-3 de la citada Ley 5ª de 1992.

II. CONTESTACION DE LA DEMANDA

Por medio de apoderado, el senador demandado se refirió a los hechos de la solicitud, confirmando unos y negando otros. Concreta su defensa en los siguientes términos:

> *"Mi representado, como se demostrará en el curso del presente proceso, no violó ni ha violado el régimen del conflicto de intereses. No es cierto, tampoco, que el Senador Alberto Rafael Santofimio Botero hubiera promovido el artículo que se trancribe en la demanda, ni que hubiera participado en su discusión. Es esta una afirmación que riñe con la verdad, por lo siguiente:*
>
> *El Senador* ***Alberto Rafael Santofimio Botero*** *no intervino en ninguna de las discusiones que precedieron la votación del artículo que se invoca;*
>
> *El Senador* ***Alberto Rafael Santofimio Botero*** *no participó en un sentido activo en la promoción del artículo; el Senador* ***Alberto Rafael***

Santofimio Botero no fue ni el actor, ni el redactor del artículo del proyecto de ley que dio origen a la presente acción y mucho menos el ponente de la misma;

*El Senador **Alberto Rafael Santofimio Botero** ni si quiera hizo uso de la palabra en la sesión del pasado 13 de diciembre, día en el que se votó el artículo del proyecto de ley;*

*El Senador **Alberto Rafael Santofimio Botero** sólo hizo uso de voto, porque se hallaba en el recinto y porque así lo ordena la Ley 5ª de 1992 (Reglamento del Congreso) en sus artículos 126 y 127;*

*El Senador **Alberto Rafael Santofimio Botero** en su condición de congresista es inviolable por las opiniones y votos que emita en el ejercicio de su cargo;*

Tampoco es cierto, como ligeramente lo afirma el actor, que mi representado buscara beneficios de índole penal o que su presencia en el recinto el día que se discutió el artículo obedeciera a intereses personales.

No sobra aclarar que el Senador Alberto Rafael Santofimio Botero no ha sido condenado por el Tribunal alguno y sobre él sólo recae una investigación de carácter penal".

III. LA AUDIENCIA PUBLICA

1. Intervención del solicitante.

En su intervención el solicitante manifestó que para el 13 de diciembre de 1995 el senador *Alberto Rafael Santofimio Botero* ya había sido vinculado formalmente a la investigación que le adelanta la Corte Suprema de Justicia, y que a pesar de ello no se declaró impedido para participar en la votación del Proyecto de ley No. 168 de 1995, como lo dispone el Artículo 182 en la Constitución Política. Al referirse al criterio de algunos Consejeros sobre la falta de desarrollado legal del conflicto de intereses hizo alusión a la sentencia No. T-006 proferida por la Corte Constitucional el 12 de mayo de 1992. Concluyó su intervención manifestando que por los anteriores motivos se dan las razones para que el senador *Alberto Rafael Santofimio Botero* sea despojado de su investidura (folios 82 y 83 Cdno. 1)

2. Intervención de la señora Agente del Ministerio Público.

La señora Procuradora Octava Delegada ante el Consejo de Estado solicitó negar la petición de pérdida de investidura del senador *Alberto Rafael Santofimio Botero* con fundamento en las consideraciones principales que se sintetizan a continuación (folios 86 a 105 Cdno. 1):

Comienza la señora Procuradora Delegada por expresar que el caso en estudio es similar al resuelto mediante sentencia de marzo 24 de 1994 (proceso No. AC-1276), en el cual se pretendía la pérdida de la investidura de un senador por no haberse declarado impedido cuando se tramitó y discutió el proyecto de ley de reforma tributaria de 1992 en lo relacionado con una exoneración del impuesto de timbre a las escrituras de constitución y cancelación de hipotecas, teniendo en cuenta que él era socio de compañías constructoras. En ese caso, el Consejo sostuvo que cuando se discuten disposiciones de alcance general en las que tienen interés todas las personas o toda la comunidad, no se configura un interés personal de uno o más congresistas. A lo cual agrega la señora Procuradora que si ello no fuera así resultaría imposible participar en cualquier ley de reforma tributaria, pues ésta tendría alguna relación así fuera tangencial con el interés de los congresistas.

En relación con el caso concreto, considera que debe negarse la petición de pérdida de investidura del Senador *Alberto Rafael Santofimio Botero* por las siguientes razones:

a) Porque hay una generalizada tendencia a sostener que el régimen legal de conflicto de intereses está actualmente incompleto y fragmentado;

b) Para la fecha de la votación estaba vinculado a un sumario, como indagado, sin que en el momento de la indagatoria la Corte Suprema hubiese dado calificación alguna a las diligencias, lo que hacía imposible conocer o presumir el tipo penal de sindicación. La calificación sólo se dio mediante providencia de 14 de diciembre de 1995 y se notificó al día siguiente, a través de la cual se resolvió la situación jurídica del senador, decretando en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de enriquecimiento ilícito de particulares;

c) El senador *Alberto Rafael Santofimio Botero* no promovió el proyecto objeto de análisis, pues ni lo presentó, ni lo suscribió ni lo defendió;

d) El simple depósito de su voto favorable resulta inane desde el punto de vista del conflicto de intereses, pues finalmente no se convirtió en ley y además no se refería ni expresa ni tácitamente a asuntos penales o al delito de enriquecimiento ilícito, sino que tenía carácter general;

e) Dentro de la etapa del sumario, el sindicado goza plenamente de la presunción de inocencia;

f) No aparece prueba alguna que lleve a la certeza de que el senador *Alberto Rafael Santofimio Botero* tuviese el interés de obtener un favorecimiento penal con la votación del artículo controvertido.

3. Intervención del demandado.

En el curso de su intervención, el Senador *Alberto Rafael Santofimio Botero* expresó, en resumen, lo siguiente (folios 1 a 14 Cuaderno 1-A):

a) Inexistencia del conflicto de intereses atribuido por participar en la votación de la norma referida, pues éste sólo surgiría cuando el parlamentario tuviera conocimiento, en ese instante, sobre la existencia de una imputación en su contra en concreto por el delito de enriquecimiento ilícito de particulares, descrito en el Artículo 1° del Decreto-ley 1895 de 1989. Por ello el simple conocimiento de la existencia de una investigación no constituye conflicto alguno, pues el interés sólo puede surgir cuando se tiene expectativa de obtener un beneficio concreto con la norma que se está aprobando.

Agregó que al momento de producirse la votación el 13 de diciembre de 1995 no tenía conocimiento sobre la imputación de un delito de enriquecimiento ilícito de particulares, debido a que antes de la providencia de 14 de diciembre de dicho año no se hizo referencia a tal calificación en ninguna pieza procesal, y por cuanto él como su apoderado tenía la convicción de que el eventual delito por el que se procedía era de enriquecimiento ilícito de funcionario público, tipificado en el artículo 148 del Código Penal, el cual no tiene ninguna relación con la sentencia C-127 de 1993, de la Corte Constitucional. Además, "las carátulas de los primeros cuadernos del expediente estaban rotuladas (y aún lo están) bajo la calificación de 'testaferrato' de tipo penal que tampoco tiene relación alguna con la decisión de la Corte Constitucional ni con la norma aprobada por el Senado".

b) Jamás existió conflicto de intereses al momento de la votación del 13 de diciembre de 1995, pues su situación particular en nada se beneficiaba con la aprobación del artículo nuevo, el cual no tenía ninguna incidencia en el cargo que, según su convicción, motivaba la investigación que adelantaba la Corte Suprema de Justicia;

c) Posteriormente hizo una reseña de los hechos acontecidos el 13 de diciembre de 1995 en el Senado de la República y manifestó que no presentó artículo alguno, ni fue ponente del proyecto de ley, y que tampoco intervino en ningún sentido durante la sesión de ese día. Agregó que simplemente al cerrarse la discusión sobre el artículo nuevo se limitó a consignar su voto, como era su obligación, pues en él no concurría ningún tipo de conflicto de intereses que le excusara votar, ya que estaba convencido de que la investigación que se adelantaba en su contra era por el presunto delito consagrado en el Artículo 148 del Código Penal;

d) Agrega unas razones jurídicas adicionales que hacen imposible el conflicto de intereses atribuidos, así:

— Que la doctrina constitucional referente al enriquecimiento ilícito de particulares no incidía en el presunto punible imputado, tipificado en el Artículo 148 del Código Penal.

— Que las normas constitucionales y legales que regulan el conflicto de intereses se refieren únicamente a los intereses privados económicos, de tal manera que ante la ausencia de norma expresa reguladora tanto del conflicto de intereses del orden moral, como del régimen de impedimentos por ese aspecto, no hay lugar a decretar la pérdida de su investidura, pues ello entrañaría la violación del debido proceso, de la presunción de inocencia y del principio de la buena fe.

Finalmente solicita que para garantizar su derecho de defensa se aprecien las pruebas documentales que aportó durante su intervención y que se decreten aquellas que se referencian en el acápite 5 del resumen de la misma.

En escrito adicional al de resumen de intervención en la audiencia pública, insiste en la imposibilidad de saber que se trataba de una investigación por enriquecimiento ilícito de particulares, cuestiona algunos apartes de la certificación aportada al proceso por la Corte Suprema de Justicia, aporta nuevos documentos y agrega que si la propia Corte consideraba que la actuación versaba sobre el tipo penal contenido en el Decreto 1895 de 1989, artículo 1°, incorporado como legislación permanente por el artículo 10 del Decreto 2266 de 1991, no es explicable cómo al momento de vincularsele no se le haya proferido orden captura, pues el enriquecimiento ilícito de particulares es competencia de la denominda "justicia regional".

4. Intervención del apoderado del demando.

A pesar de que en la audiencia pública se le concedió el uso de la palabra al apoderado del Senador *Alberto Rafael Santofimio Botero* expresó que no creía necesaria su intervención porque consideraba suficientes las manifestaciones de su poderdante. Sin embargo, hizo entrega del memorial que obra a folios 106 a 108, del Cuaderno No. 1, en el cual expresa, en resumen, lo siguiente:

a) El constituyente defirió a la ley el señalamiento de las causales constitucionales de conflicto de intereses, y está visto cómo no se han desarrollado legalmente dichas causales originadas en situaciones de orden moral que afecten a los congresistas. Además la ley no ha dicho qué se entiende por interés directo;

b) Las características del principio de legalidad se refuerzan con el artículo 14 de la Ley 200 que se ordena que en materia disciplinaria queda

proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y las fallas sólo son sancionables a título de dolo o culpa;

c) De acuerdo con el principio de la presunción de inocencia, a toda persona a la que bajo cualquier circunstancia se le impute la comisión de un hecho punible, se le presume inocente mientras no se le declare responsable mediante sentencia condenatoria ejecutoriada (artículos 29 de la Carta Política y 8° de la Ley 200). Además, en el proceso disciplinario toda duda razonable se resolverá a favor del disciplinado cuando no haya modo de eliminarla;

d) Según el demandante, el senador *Alberto Rafael Santofimio Botero* promovió y votó un proyecto de ley que presumiblemente perseguía convertir el enriquecimiento ilícito en una conducta subalterna y no en un delito autónomo. Este cargo arranca de una presunción personal del demandante, no aprobada, como quiera que dicho senador y otro grupo de colegas sólo quisieron darle rango legal a una jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual durante su discusión, mereció el apoyo del señor Ministro de Justicia.

Agotado el trámite procesal y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

A. La pérdida de investidura y el conflicto de intereses.

En este punto la Sala reitera los planteaminetos generales expresados en la sentencia aprobada el 12 de marzo de 1996, con ponencia del Consejero doctor *Joaquín Barreto Ruiz* (expediente No. AC-3300, Actor: Emilio Sánchez Alsina. Pérdida de investidura del senador *Gustavo Espinosa Jaramillo)*, en la cual se dijo:

"a) Su regulación normativa.

Recuperar el prestigio del Congreso fue uno de los móviles de la reforma constitucional de 1991 y como consecuencia de ello, se regularon algunos mecanismos de control respecto de sus miembros.

Dentro del marco de la democracia participativa el artículo 40 de la Constitución estableció como derecho de los ciudadanos, el de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y como un mecanismo específico para tal efecto, se consagró la figura de la pérdida de la investidura de sus miembros, a través de la cual se hace efectivo el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses, toda vez que se constituye en la eventual sanción para quien lo desconozca.

Dicha figura, que había tenido una existencia efímera en la reforma constitucional de 1979, al hacer realidad la participación de los ciudadanos en el control de sus elegidos, constituye pilar fundamental de la soberanía popular consagrada en el Artículo 3° de la Carta de 1991.

En este sentido, la Comisión Tercera de la Asamblea Nacional Constituyente, al regular la Rama Legislativa del Poder Público, en su Informe-Ponencia para primer debate en la Plenaria de la Asamblea, consideró que:

'...el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés quedaría incompleto y sería inane sino se estableciera la condigna sanción. Creyó también en forma unificada la Comisión que dada la alta posición del congresista, la violación de este régimen no podía acarrear sanción inferior a la pérdida de la investidura y así se consagró,...'. Gaceta Constitucional, número 79 del miércoles 22 de mayo de 1991, pág. 17.

Y en relación , con el conflicto de interés, en la respectiva ponencia se afirma:

*'5.3. **Conflicto de interés:** como quiera que todo ser humano está sujeto a variaciones en su capacidad de juicio imparcial cuando intervienen intereses o compromisos personales que puedan ser afectados por las decisiones a tomar, resulta necesario prevenir que tales intereses o compromisos distorsionen el ánimo imparcial del congresista, quien debe actuar siempre movido por los más altos intereses del Estado de y de la comunidad. Se consideró indispensable dejar la posibilidad de recusaciones si el mismo afectado no declara ante la Corporación sus posibles motivos de conflicto de interés'. Gaceta Constitucional número 79 del miércoles 22 de mayo de 1991 pág. 16.*

Los anteriores criterios quedaron plasmados en el articulado propuesto y específicamente en relación con el tema del conflicto de intereses, además de incluir su violación como causal de pérdida de la investidura, junto con la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, se propuso el siguiente texto:

'Los congresistas estarán obligados a poner en conocimiento de la respectiva cámara, sus conflictos de interés de carácter moral o económico que los inhiban para decidir sobre asuntos sometidos a su consideración. Si no lo hicieren cualquier persona podrá recursarlos'.

Este es el antecedente del actual artículo 182 de nuestra Carta Fundamental, el cual regula la figura del Conflicto de Intereses, en los siguientes términos:

*'**Artículo 182.** Los Congresistas deberán poner en conocimiento de la respectiva cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración. La ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones'.*

*De acuerdo con el artículo transcrito, correspondía al legislador expedir la reglamentación relacionada con los conflictos de intereses y las recusaciones, por expreso mandato constitucional; y aunque no fue incluido en algunos de los proyectos iniciales de reglamento del Congreso, luego de diferentes propuestas y discusiones, el legislador expidió la Ley 5ª de 1992, en cuyo Capítulo Undécimo titulado del **Estatuto del Congresista**, luego de regular en su Sección Primera, entre otros aspectos, lo atinente a los **derechos y deberes** de los congresistas, así como en la Sección Segunda las Inhabilidades y en la Tercera las **Incompatibilidades**, en la Sección Cuarta, conformada por los artículos 286 a 295, se ocupó del Conflicto de intereses, para regular finalmente, en la Sección Quinta, la **Pérdida de la Investidura**.*

*Respecto de dicha Ley 5ª de 1992, que como se sabe contiene el Reglamento del Congreso, su Ponente, el entonces Senador doctor **Orlando Velásquez Velásquez**, afirma:*

'11.5 Perdida de Investidura

'En la sección 5ª, Capítulo undécimo, sobre el Estatuto del Congresista, los artículos 296 a 304 consagran el procedimiento acerca de la pérdida de la investidura congresional cuando se presenta alguna causal señalada en el Artículo 183 constitucional.

'Las causales diversas de la nueva figura en la vida institucional del país, han sido establecidas como una forma de sanción al Congresista cuando no da cumplimiento a los deberes que el cargo popular le impone, o cuando desborda en conductas y comportamientos que merecen el reproche social.

'Son estas unas causales taxativas dispuestas por la vía constitucional.

'Pero es suficiente la consagración constitucional para alcanzar el cabal y efectivo cumplimiento de los deberes y prohibiciones por parte de los congresistas?

'En ausencia de legislación que desarrolle estos preceptos, con una clara definición y procedimiento de aplicación, la conclusión es terminante: son letra muerta que constituyen una normativa sin eficacia.

*'**Esta reglamentación pretende precisamente alcanzar, así sea sin la dimensión deseable, regular la institución.** Veamos.*

'Son, en realidad, siete (7) causales de pérdida de investidura congresal que exigen pronunciamiento de diversa naturaleza, según la causal de que se trate. Son ellas:

'a) Violación del régimen de inhabilidades;

'b) Violación del régimen de incompatibilidades;

'c) Violación del régimen de conflicto de intereses;

'd) Indebida destinación de dineros públicos;

'e) Tráfico de influencias debidamente comprobadas;

'f) Inasistencia, en un mismo período de sesiones, a seis (6) reuniones plenarias en las que se voten proyectos de acto legislativo y de la ley o mociones de censura;

'g) No tomar posesión del cargo dentro de los ocho (8) días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse'.

El Consejo de Estado, dispone el artículo 184 de la Carta, de acuerdo con la ley y en un término no mayor de veinte días hábiles, contados a partir de la fecha de solicitud formulada por la Mesa Directiva de la Cámara correspondiente o por cualquier ciudadano', debe proceder a decretar la pérdida de la investidura.

'Estas especiales estimaciones de orden constitucional hacen imperativa la adopción de dos cuerpos legales que brinden la garantía del derecho de defensa suficiente a quienes eventualmente se encuentren incursos en alguna de estas causales: una ley orgánica, de carácter reglamentario como la que se examina; y una ley estatutaria, referida a un aspecto de la Administración de Justicia que adscriba la competencia para el procedimiento aplicable (artículos 151 y 152, ordinal 3 C.N).

'El primer aspecto se desarrolla en la presente ley dentro de un marco de amplias y seguras garantías constitucionales para el congresista. Y el segundo debe ser materia de debate en el curso de los próximos meses en el Congreso de la República" (Constitución Política y otras normas referentes a la Rama Legislativa, Senado de la República, Santafé de Bogotá, D.C, 1992, pags. LIII, LIV. LV).

Los artículos 286 a 295 de dicha ley, dispusieron textualmente:

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

*'**Artículo 287. Registro de intereses privados.** En cada una de las Cámaras se llevará un libro de registro de intereses privados en el cual los congresistas consignaran la información solicitada con su actividad privada. En ella se incluirá la participación en sociedades anónimas o de responsabilidad limitada y similares, o en cualquier organización o actividad privada, económica o sin ánimo de lucro de la cual haga parte, en el país o fuera de él.*

*'**Artículo 288. Término de inscripción.** Los congresistas deberán inscribir sus intereses privados en el regisrto dentro de los primeros treinta (30) días del período constitucional, o de la fecha de su posesión.*

*'**Artículo 289. Publicidad del registro**. El secretario general de cada una de las cámaras hará público el registro, y lo expresará, además, en la Gaceta del Congreso.*

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

*'**Artículo 291. Declaración de impedimento.** Todo senador o representante solicitará ser declarado impedido para conocer y participar sobre determinado proyecto o decisión trascedental, al observar un conflicto de interés.*

*'**Artículo 292. Comunicación del impedimento.** Advertido el impedimento, el congresista deberá comunicarlo por escrito al Presidente de la respectiva comisión o corporación legislativa donde se trate el asunto que obliga al impedimento.*

*'**Artículo 293. Efecto del Impedimento**. Aceptado el impedimento se procederá a la designación de un nuevo ponente, si fuere el caso. Si el conflicto lo fuere respecto del debate y la votación, y aceptado así mismo el impedimento, el respectivo Presidente excusará de votar al congresista. La excusa así autorizada se entenderá válida para los efectos*

del parágrafo del artículo 183 constitucional, si asistiere a la sesión el Congresista.

El secretario dejará constancia expresa en el acta de la abstención.

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

La decisión será de obligatorio cumplimiento.

*'**Artículo 295. Efectos de la Recusación.** Similar al del impedimento en el artículo 293'.*

*Posteriormente, la Ley 144 de 1994 "**por la cual se establece el procedimiento de pérdida de la investidura de los Congresistas**", en su Artículo 16, estableció que los congresistas que durante el año inmediatamente anterior a su elección, hubieren prestado sus servicios remunerados a gremios o personas de derecho privado sobre cuyos intereses o negocios incidan actos que se encuentren al estudio del Congreso, tienen la obligación de comunicarlo por escrito a la Mesa Directiva para que decida si ellos deben abstenerse de participar en el trámite y votación de dichos actos. Este Artículo 16 consagra el trámite que debe cumplirse cuando el conflicto de intereses se refiere al caso concreto allí previsto y se constituye entonces, en complemento de la legislación contenida sobre el tema en la misma Constitución (artículo 182) y en la ley (Ley 5ª de 1992), artículo aquel, que fue declarado ajustado a la Constitución mediante Sentencia C-247 de 1995 de la Corte Constitucional.*

b) Antecedentes Jurisprudenciales.

Desde su consagración constitucional el Consejo de Estado ha decidido ocho solicitudes de pérdida de investidura de miembros del Congreso Nacional, en las cuales se ha invocado como causal la violación al régimen de conflictos de intereses. Son ellas:

***Sentencia del 1º de diciembre de 1993**, Expediente AC-632, Consejero Ponente doctor **Miguel Viana Patiño**. Se precisó que el no registro de los intereses privados en el libro respectivo, a que se refiere la Ley 5ª de 1992, no constituye violación al régimen de conflicto de intereses. La solicitud prosperó por violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Algunos Consejeros salvaron el voto y otros lo aclararon.*

***Sentencia del 20 de enero de 1994**, Expediente AC-796, Consejero Ponente doctor **Ernesto Rafael Ariza Muñoz.** Se precisaron como normas aplicables al conflicto de intereses los artículos 182 y 183 de la Constitución Nacional y 286 y siguientes de la Ley 5ª de 1992. Con salvamento de voto de los doctores Miren de la Lombana de Magyaroff, Daniel Suárez Hernández, Juan Montes Hernández y Julio César Uribe Acosta. Y aclaración de votos de los doctores Carlos Betancur Jaramillo, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Orjuela Góngora y Consuelo Sarria Olcos.*

***Sentencia del 24 de marzo de 1994**, Expediente AC-1276, Consejero Ponente doctor **Jaime Abella Zárate**. Allí textualmente dijo:*

'En primer término se refiere la Sala a algunas de las apreciaciones del señor Procurador Tercero Delegado y de la parte impugnante, para expresar que no acoge la tesis de la inhibición en el juzgamiento de los casos de pérdida de investidura por la causal de Conflicto de intereses por falta de ley que la desarrolle según previsión del Artículo 182 de la Constitución.

*'El solo artículo 182 al cual estaban sujetos los Congresistas a partir de la vigencia de la nueva Constitución indica la necesidad de comunicar a la respectiva Cámara, para que ésta decida, las situaciones de carácter económico de índole particular que por oponerse o no acomodarse al **'bien común'** al cual deben ajustar su actuación según el Artículo 133, los inhibe para participar en el asunto sometido a su consideración. A falta de ley reglamentaria la disposición constitucional podía tener cumplimiento con la simple expresión o manifestación del congresista para que la Cámara evaluara la situación y decidiera lo pertinente.*

'Y el Consejo de Estado para desarrollar su función puede apelar en su auxilio a los criterios de la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina, tal como lo autoriza el artículo 230 de la Carta'.

*Esta providencia tuvo salvamento de voto de la doctora **Miren de la Lombana de Magyaroff.***

***Sentencia del 26 de julio de 1994**, Expediente AC-1499, Consejero Ponenete doctor **Delio Gómez Leyva.** Se aplicó el artículo 182 de la Constitución Nacional y se consideró la Ley 5ª de 1992 como el desarrollo legislativo del mismo. Con aclaración de voto del doctor Julio César Uribe Acosta y sin salvamentos de voto.*

***Sentencia de 4 de agosto de 1994**, Expediente AC-1433, Consejero Ponente doctor **Diego Younes Moreno**. Reitera* expresamente la tesis

sostenida en la sentencia ya mencionada del 24 de marzo de 1994, Expediente AC-1726 y se precisa el concepto de interés directo. Con aclaración de voto de los doctores Julio César Uribe Acosta y Joaquín Barreto Ruiz, estando ausentes los doctores Miguel González Rodríguez, Carlos Betancur Jaramillo, Miren de la Lombana de Magyaroff y Dolly Pedraza de Arenas.

***Sentencia del 23 de agosto de 1994**, Expediente AC-1675, Consejero Ponente doctor **Ernesto Rafael Ariza Muñoz**. Se fundamenta en los artículos 182 y 183 de la Constitución y en la Ley 5ª de 1992 ...que reglamentó lo relativo al conflicto de intereses y transcribe su Artículo 286. Con aclaración de voto del doctor Julio Uribe César Acosta.*

***Sentencia del 9 de septiembre de 1994**, Expediente AC-1233, Consejero Ponente doctor **Yesid Rojas Serrano**.Allí se dijo textualmente:*

'Tampoco la Sala, haciendo uso de su poder de interpretación de la demanda-solicitud encuentra cuál fue la conducta observada por los Senadores demandados constitutiva de quebrantamiento al régimen de conflicto de intereses, al cual se refieren los artículos 182 de la Carta Política, 27 (sic) de la Ley 5ª de 1992 y 16 de la Ley 144 de 1994'.

***Sentencia del 6 de febrero de 1996**, Expediente AC-3214, Consejera Ponente doctora **Miren de la Lombana de Magyaroff**. Se decidió con fundamento en el Artículo 16 de la Ley 144 de 1994.*

'La anterior relación permite precisar cómo, la tesis mayoritaria reiteradamente sostenida por la Corporación, explícita o implícitamente, ha sido la de considerar que el régimen de conflicto de intereses se encuentra regulado en los artículos 182 y 183 de la Constitución Nacional; 286 y siguientes de la Ley 5ª de 1992 y 16 de la Ley 144 de 1994'.

c) Precisiones de la Sala.

De manera pues que la Sala reitera su entendimiento acerca del conflicto de intereses, sobre el cual considera oportuno hacer las siguientes precisiones:

Primera, se trata, en el caso de los Congresistas de una institución de raigambre constitucional, como que está establecida en el artículo 182 de la Carta, cuyos desarrollos legislativos, en cuanto a las razones que lo determinan, el procedimiento para su declaración bajo la forma del impedimento o de la recusación, aparecen regulados, como se dijo, en los artículos 286 y siguientes de la Ley 5ª de 1992 y en la Ley 144 de 1994, Artículo 16.

«Segunda el impedimento para que el congresista actúe se presenta por razones ya de índole moral, ya de índole económica, tal como lo define, en primer término, el Artículo 182 constitucional y en desarrollo de éste, el artículo 286 de la Ley 5ª de 1992, en cuanto expresa que él se presenta 'cuando exista interés directo en la decisión porque lo afecte de alguna manera'.

Tanto la jurisprudencia del Consejo de Estado, como la doctrina, la expresión del derecho positivo y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia muestran que el conflicto de interés, independientemente del tipo de razón que se origine (económica, moral, intelectual, etc), en cuanto prive al juez o al funcionario , en este caso al legislador, de la imparcialidad necesaria para la adopción de la decisión de que se trate, el impedimento debe ser declarado y cuando ello no suceda, debe ser puesto de manifiesto mediante el expediente de la recusación.

Así las cosas, entiende la Sala que el impedimento y la recusación son los instrumentos idóneos que nuestro ordenamiento jurídico ha establecido para hacer efectiva la condición de imparcialidad del juez o del funcionario en el proceso de toma de decisiones.

Estima la Sala, y con ello no se está sentando una tesis de última hora, que no es necesario, ni conveniente, que exista una tabla legal de conductas éticas, que supongan una adecuación típica, para efectos de poder juzgar acerca de la presencia de un conflicto de interés por razones de orden moral. Basta la consagración genérica tal como se formula en el Artículo 182 de la Constitución o como se plantea en el 286 de la Ley 5ª, o como se estructura en la causal primera de impedimento consagrada en el Artículo 150 del Código de Procedimiento Civil.

Sobre lo annterior ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

'La Sala considera, sin necesidad de acudir a elaboradas disquisiciones, que fue acertada la decisión tomada por los magistrados Sánchez y Velásquez, pues es evidente que existe por parte de los impedidos un interés que bien puede calificarse de intelectual, como que es consustancial a los seres humanos el deseo por que las obras producto de su ingenio trasciendan en el tiempo y en el espacio sin mayores contratiempos o escollos insalvables.

'Procede entonces la causal invocada por unos de los impedidos toda vez que estando demostrado en los autos que los Magistrados sí fungieron en alguna medida como coautores en la redacción del Estatuto Aduanero que hoy está en vigor, no puede desconocerse que a quienes participaron en esa labor sí debe interesarles la suerte que corran las instituciones jurídicas que contribuyen a crear.

'Así pues, no es sólo el interés estrictamente personal o el beneficio económico los fenómenos que el legislador ha creído prudente elevar a la entidad de causales de impedimento, sino que dentro del amplio concepto del interés en el proceso a que se refiere el numeral 1° del Artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, debe entenderse también la utilidad o el menoscabo de índole moral o intelectual que en grado racional puede derivarse de la decisión correspondiente' (vuelto).

Por lo anterior, no es admisible para la Sala el argumento de que en el estado actual de la legislación sólo es posible hablar de conflicto de interés respecto a los congresistas, cuando éste tiene connotación económica.

«Tercera. Tampoco es admisible el argumento de que sólo en la medida en que el legislador tipifique unas prohibiciones precisas de carácter ético podría deducirse impedimento moral. Esto último equivaldría a aceptar que en materia de conflicto de interés de los Congresistas impera la ética de que todo está permitido.

No hay razón para afirmar que por haber sido establecido por el legislador un catálogo o listado de todas las conductas que puedan dar lugar a que se tipifique el conflicto de intereses de índole moral, ello se traduzca en la imposibilidad de aplicarlo. Pues lo cierto es, que:

«a) La Carta exige que los congresistas pongan en conocimiento de la respectiva cámara 'las situaciones de orden ***moral*** *o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración';*

»b) El Artículo 286 de la Ley 5ª les exige que se declaren impedidos cuando exista 'interés directo en la decisión porque los afecte de alguna manera' a ellos o a sus más próximos familiares o a sus socios';

»c) Se encuentra prevista la autoridad encargada de estudiar y pronunciarse sobre la procedencia del impedimento o de la recusación en caso de que aquél no sea manifestado espontáneamente ;

»d) Existe un procedimiento para darles curso a las solicitudes de investidura, contenido básicamente en la Ley 144 de 1994.

»e) Con excepción de los anexos de la solicitud, la Ley 144 de 1994 no regula lo concerniente al régimen probatorio. Tampoco lo hace la Ley 5ª de 1992.

Así, el asunto queda gobernando por el Título XXI del C.C.A., entre cuyos mandatos está el artículo 168 ***ibidem****, a cuyas voces, en los*

procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de ese código, las del procedimiento civil, en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración.

»En consecuencia, el régimen probatorio es el contenido en el Título XXI del C.C.A., y el Título XIII del C de P.C.

»f) Existe un juez encargado de fallar los procesos de desinvestidura, cual es el Consejo de Estado, por disposición de estirpe constitucional.

»Todo lo anterior constituye, a no dudarlo, el régimen de conflicto de intereses que echan de menos el distinguido colaborador fiscal y el señor apoderado del demandado, que los lleva a sostener la inaplicación del conflicto de interés originado en asuntos de índole moral.

»Cuarta. El conflicto de interés surge o se presenta cuando según la ley, exista interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera (al congresista), o a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o a algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o socios de derecho o de hecho. Se trata, evidentemente, de una razón subjetiva que torna parcial al funcionario y que lo inhabilita para aproximarse al proceso de toma de decisiones con la ecuanimidad, la ponderación y el desinterés que la norma moral y la norma legal exigen.

»Desde esta perspectiva, el conflicto de intereses es automático y su declaración es imperativa, kantianamente hablando.

»La presencia del conflicto de intereses no es en sí misma censurable. Por lo general los hombre están expuestos a soportar y a resolver en sus relaciones familiares, sociales y políticas, conflictos de intereses de las más variadas características. Lo que es censurable y lo que determina un tratamiento legal, es la forma como el individuo resuelve el conflicto de intereses que se le presenta frente a una situación concreta.El individuo puede, en efecto, hacer un pacto de paz con su conciencia y admitir la resolución del conflicto aceptando, por ejemplo, que lo que es bueno para todo lo es también para la parte, aun así no tome una posición determinanate en la adopción de la decisión que le favorece; pero puede también advertir, y es su obligación moral y legal hacerlo, que participar en la adopción de la decisión correspondiente, cuando de ella derivaría un beneficio personal particularizado, no sólo contrariaría normas morales (en cualquier sistema ético) sino que vulneraría disposiciones del derecho positivo (como las que aquí se han citado).

»Por ello, para evitar que se de una participación viciada de parcialidad en el proceso de toma de decisiones (judiciales, legislativas, administrativas, etc.), el ordenamiento positivo establece un mecanismo de una gran racionalidad y de una impresionante sencillez: El juez, el legislador, el administrador, que debiendo participar en la adopción de una determinada decisión, ya sea mediante sentencia, ley, decreto, acto administrativo, etc., si encuentra que su adopción es susceptible de generarle un beneficio particular específico, debe ser separado de dicho proceso, bien en forma voluntaria porque advertirdo el conflicto, lo haga manifesto mediante la declaratoria del impedimento, ora por iniciativa de terceras personas, utilizando el mecanismo de la recusación.

»De cualquier forma, cuando la separación no se haga en forma voluntaria, por vía de la declaración de impedimento, se prevén sanciones de diversa índole para aquellos que fueron recusados y la recusación resultó válida y para quienes participaron en la adopción de la decisión cuando existía el impedimento a que se viene refiriendo la Sala.

»Respecto de los miembros del Congreso, tanto la norma constitucional como la legal son claras en definir que quien esté incurso en el conflicto de intereses se encuentra inhibido para participar en la decisión y deberá declararse impedido de participar en los debates o votaciones respectivas.

»Como consecuencia, por el hecho de no respetar lo normado constitucional y legalmente sobre conflicto de intereses, la Carta de 1991 consagra para ellos la sanción de pérdida de su investidura.

»Quinta. La sanción de pérdida de la investidura prevista en el Artículo 183 de la Constitución cuando se origine en la causal de violación del régimen de conflicto de intereses, tendrá lugar cuando quiera que el congresista haya participado 'en los debates o votaciones respectivas' sin haber manifestado el impedimento que hacía exigible una conducta de abstención, de separación del debate, según lo que previenen los artículos 182 de la Constitución y 286 de la Ley 5ª de 1992»".

A las precisiones anteriores puede agregarse la de que, tratándose de interés por razón de una implicación penal, no es necesario que exista formalmente un proceso en curso, toda vez que si bien es cierto que procesalmente en materia penal puede afirmarse que el inculpado no se halla técnicamente vinculado al proceso mientras no sea oído en indagatoria, para efectos de establecer si se desconoció el régimen de conflicto de intereses, lo que se debe establecer es si el congresista que participó en la discusión del proyecto de ley o lo votó, sabía que con ello podría resultar beneficiado en relación con hechos a los cuales se encuentra vinculado y que son objeto o pueden llegar a ser objeto de una investigación penal en su contra.

También agrega la Sala que las mismas precisiones llevan a concluir que basándose la violación del régimen de conflicto de intereses en el incumplimiento de la obligación de declararse impedido el congresista, cuando se daban circunstancias que lo obligan a ello por tener interés directo en el tema objeto del proyecto de ley para la tipificación del conflicto es indiferente que el proyecto se convierta o no finalmente en ley, es decir, que no tiene importancia el resultado de los debates o las votaciones, así como tampoco es relevante si el proyecto es considerado o no ajustado a las normas superiores, pues lo que la Constitución busca es que el Congresista que tenga interés directo en el tema se abstenga de participar en los debates y votaciones que tengan que ver con el mismo.

Las precisiones anteriores permiten desde ahora desechar en el presente caso los siguientes argumentos generales de la defensa y del Ministerio Público:

a) Que no existe regulación legal del régimen de conflicto de intereses;

b) Que las normas constitucionales y legales existentes regulan únicamente los conflictos de intereses económicos pero no los de orden moral;

c) Que el voto del senador demandado fue inane porque desde el punto de vista de la mayoría necesaria para la aprobación del proyecto no era necesario y porque el proyecto finalmente no se convirtió en ley;

d) Que el proyecto cuestionado está de acuerdo con la Constitución y la jurisprudencia, pues quienes lo aprobaron sólo quisieron darle rango legal a una jurisprudencia de la Corte Constitucional.

B. Lo sucedido en sesión plenaria del Senado de la República del 13 de diciembre de 1995, en relación con el proyecto de artículo que ha dado lugar al presente proceso.

Según se lee en el acta No. 34 de la sesión ordinaria del día miércoles 13 de diciembre de 1995, publicada en el No 479 de la *Gaceta del Congreso*, una vez aprobado el Proyecto de ley No.168 de 1995 Senado, 129 de 1995 Cámara , por Secretaría se da lectura a un *artículo nuevo* suscrito por 45 senadores, que es la disposición transcrita al comienzo de esta providencia y que ha dado lugar al presente proceso.

El debate se inicia con la intervención del Senador *Motta Motta* en defensa del proyecto de artículo y prosigue con intervenciones de diversos senadores, entre los cuales la Sala destaca la del Senador *Luis Giraldo Hurtado*.

Desde el comienzo de su intervención del Senador plantea su inquietud no sólo por la forma intempestiva como se presentó el proyecto en la plenaria, sino por sus posibles relaciones con las investigaciones que se adelantan sobre dineros que se utilizaron en las elecciones y que pudieron provenir del narcotráfico. Algunos apartes de su intervención son los siguientes:

"«...me siento por lo menos en la obligación de que en la Sesión Plenaria del Senado en el día de hoy por lo menos consten las palabras de un senador que se opuso a este artículo nuevo añadido y, según mi concepto, artificiosamente añadido a un texto que trata de contravenciones, que no profundiza en materia de la justicia, que trata ciertamente del derecho casi que correccional y al cual se le está tratando de añadir un artículo de amplio contendio jurídico y de amplia repercusión actual por las circunstancias que está viviendo en este momento el país, por investigaciones que está adelantando la Procuraduría en relación con dineros que financiaron posiblemente campañas electorales, dineros que pudieron provenir también del narcotráfico...».

«...y hablemos claro, honorables Senadores, y yo voy a concluir mi intervención señor Presidente, y pido que le dé la palabra al señor Ministro, pidiéndole al señor Ministro de Justicia que ilustre al senado, qué ocurriría con lo que inicialmente se conoce como el proceso 8.000, en el caso de que el Congreso de la República aprobara este artículo que se ha presentado a la Consideración de la plenaria hoy; para que todos sepamos cómo vamos a votar y cuáles son las consecuencias directas...».

...Pero es que además y yo iba a decir el mensaje de la Corte en relación con éste y con estas implicaciones que podría tener con el inicialmente llamado proceso 8.000 son ambiguas las de la misma Corte Constitucional, recuerden ustedes, honorables Senadores, cómo a raíz de ciertas noticias del diario El Espectador a este respecto el señor Presidente de la Corte Constitucional, el doctor José Gregorio Hernández, emitió un comunicado diciendo que ellos no decían lo que supuestamente decía El Espectador que decían. Entonces el punto tampoco está claro en relación con la Corte Constitucional.

Yo deseo vivamente que quienes en un momento determinado se encuentran en ese proceso 8.000, le expliquen al país su conducta y obtengan conforme a las leyes actuales el veredicto institucional que los declare inocentes, deseo eso, pero creo que aquí puede pasar, honorables Senadores cuando veo en las curules a unos estimados colegas que, cuyo texto aquí transcrito los puede afectar positivamente cuando yo soy inocente, yo no acepto una amnistía, cuando hay inocencia, no necesitamos de artículos de proyectos de ley...

...la oleada va a ser tal que va a arrollar la opinión pública al propio Congreso, va a pedir inclusive el cierre de este Congreso, no nos va a

tolerar que en un momento tan decisivo para la Nación en donde están en juego tantas investigaciones estemos legislando para la coyuntura..." (páginas 18 y 19).

Al intervenir el Senador *Eduardo Pizano de Narváez* también se orienta a llamar la atención sobre la trascendencia que tiene el artículo propuesto y sobre las repercusiones que sobre el país y la imagen del Congreso arrojaría tal actuación, para finalizar anunciando su voto negativo y el de los Senadores de la Nueva Fuerza Democrática (página 20).

El Fiscal General, doctor *Alfonso Valdivieso Sarmiento,* en su intervención expone su opinión sobre los efectos que tendría la aprobación del artículo referido en las investigaciones penales, en la medida en que se dejara de considerarse el enriquecimiento ilícito como delito autónomo. Dijo a este respecto:

"...pero por supuesto que el delito en sí mismo, este delito es autónomo, debe ser considerado como un delito autónomo precisamente porque así se concibió y porque esas fueron las circunstancias, repito las deficiencias investigativas para establecer la verdad en la realidad de la comisión de unas conductas delictivas" (pág. 23).

Y luego de una pregunta concreta del Senador *Gustavo Espinosa Jaramillo* sobre si el artículo interfiere procesos en donde la sindicación sea enriquecimiento ilícito de particulares, y a una solicitud del senador *Jaime Dussán Calderón* para que: *"nos diga entonces así en concreto, este articulado que yo firmé y lo miré con otro sentido, lo que quiere decir es que pone en la calle a todas las personas que en este momento están presas y se están investigando, esa es la gran preocupación..."* (pág. 24).

Responde:

"No puedo yo llegar a pronunciarme sobre unos efectos que, Senador Espinosa, francamente sólo se podrán establecer en la medida en que las normas y la Constitución nos obligan a actuar dentro de ese Estado de Derecho y las normas vigentes tendrán que aplicarse a un artículo como este si se tiene vigencia se tendrá que aplicar y eso tendrá el efecto, yo no me refiero a eso, pero que afecta el curso de muchas investigaciones yo sí creo; eso lo han dicho personas que me han antecedido en el uso de la palabra y esa es una de las razones por las cuales considero inconveniente y aun absurda esta decisión en estos momentos..." (pág. 25).

"Yo lo que he dicho es que frente a la situación actual de muchos procesos, este tema y este articulado si los afecta, sí los afecta este articulado, indiscutiblemente, honorable Senador, claro por lo que se busca, por el interés de hacer valer una disposición y lo dije yo de la Corte

Constitucional y yo también me refería a ese antecedente, también por el cual, ese artículo se había establecido y yo si lo he dicho que este artículo se había establecido y yo sí lo he dicho que este artículo en esta coyuntura me parece a mí absolutamente inconveniente y además absurdo, yo lo expliqué de esa manera, o sea si se trata de hablar claramente pues yo no solamente hablé claramente en ese entonces cuando hice mi exposición, sino habló (sic) ahora, ***si lo afecta***" (página 31).

Más adelante el Senador *Gustavo Espinosa Jaramillo* expresa:

"*De lo que se trata pues, es de decir la verdad, no podemos enfrentar debates como lo hace el señor Fiscal, hablando por las ramas, insinuando, haciéndose casi el inocente y él que no entiende lo que está haciendo su propia Fiscalía, por eso yo le pregunté, ¿cree que lo que se va a hacer aquí beneficia a Fernando Botero y a Juan Manuel Abella? Yo creo que sí porque tendrían la obligación de respetar la cosa juzgada constitucional y por lo menos tendrían que darles la libertad mientras la investigación sigue, se perfecciona la investigación, se reúne la prueba y se demuestra la existencia del delito antecedente, de la conducta criminal que produjo los recursos que según ellos han incrementado el Patrimonio. Porque otra manera de destruir la juridicidad, otra manera de romper la seriedad de la ley y la respetabilidad del orden jurídico es ponerse a decir lo que no está en la norma, porque esto de la Fiscalía de decir como dijo uno de los funcionarios de la Fiscalía, si les demostramos que recibieron un peso de narcotraficantes los vamos a condenar, van a la cárcel,* ***si les demostramos que les pagaron una cuenta de hotel, eso es enriquecimiento ilícito, porque como no pagaron la cuenta no se emprobrecieron, luego se enriquecieron****, pero la norma habla es de incremento patrimonial, tiene que crecer el patrimonio y la Corte Constitucional han dicho que tiene que ser un incremento considerable...*" (página 33).

Las transcripciones anteriores permiten a la Sala concluir sin vacilación alguna lo siguiente:

a) Que a pesar de la generalidad de su texto, el ambiente de discusión del artículo cuestionado giró alrededor de su relación con el tema del enriquecimiento ilícito y del alcance que tenía sobre el juzgamiento de hechos que pudieran dar lugar a tipificar esta conducta;

b) Que entre esos hechos se encontraban los referentes al posible recibo de dineros que pudieron provenir del narcotráfico y que habrían servido para financiar campañas electorales;

c) Entre esos mismos hechos se encontraba el referente al pago de cuentas de hotel por parte de presuntos narcotraficantes a favor de personas vinculadas con la política;

d) Que en la discusión también se hizo notar que algunos senadores presentes, aunque sin identificarlos, podrían resultar beneficiados con ese artículo por encontrarse cuestionados o investigados por hechos como los mencionados.

c. La situación particular del Senador demandado en el presente proceso.

De acuerdo con las pruebas recaudadas dentro del proceso, se encuentran acreditados los siguientes hechos:

1. Que el doctor *Alberto Rafael Santofimio Botero*, identificado con la cédula de ciudadanía No. 5.816.760, fue elegido Senador de la República en las elecciones del 13 de marzo de 1994, para el período de 1994-1998 (certificación de la Directora Nacional Electoral de la Registraduría Nacional del Estado Civil) (folio 15 Cdno. No. 1).

2. Que para la época de los hechos controvertidos (13 de diciembre de 1995), se encontraba en ejercicio de sus funciones, como se desprende del hecho de ser llamado a lista y haber votado en la sesión de esa fecha (*Gaceta del Congreso* No. 479 del 20 de diciembre de 1995, que contiene el acta No. 35 de la sesión plenaria del Senado de la República del miércoles 13 de diciembre del mismo año) (folios 5 a 28 del Cdno. No. 3).

3. En certificaciones de la Corte Suprema de Justicia allegadas al proceso, ambas de fecha 15 de marzo de 1996, la una firmada y expedida por el Magistrado de la Sala de Casación Penal doctor *Fernando E. Arboleda Ripoll*, "a solicitud escrita del procesado", y la otra por la Secretaria de la Sala de Casación Penal en atención a la petición de pruebas de esta Corporación, constan concordantemente los siguientes hechos (folios 2 a 7 del Cdno. No. 2):

a) *"Que en la Corte Suprema de Justicia "cursa el proceso radicado con el número 10473 contra el senador* Alberto Rafael Santofimio Botero, *por el delito de enriquecimiento ilícito de particulares previsto en el Artículo 1° del Decreto 1895 de 1989, adoptado como legislación permanente por el artículo 10 del Decreto extraordinario 2266 de 1991" (destaca la Sala).*

b) *"Que la indagación preliminar fue iniciada el 3 de mayo de 1995 con base en documentación que hace parte del proceso 24249 que, por el delito de enriquecimiento ilícito tramita la Dirección Regional de Fiscalías de Santafé de Bogotá contra* Miguel Angel Rodríguez Orejuela, Gilberto Rodríguez Orejuela *y otros, remitida por la Comisión de Fiscalías encargada de su instrucción";*

c) "Que en desarrollo de la investigación previa, el 22 de mayo de 1995, fue escuchado en versión libre el imputado en relación con los hechos a los cuales se refieren las copias expedidas por la Fiscalía";

d) *"Que mediante providencia de 23 de noviembre de 1995, la* Sala De Casación Penal de La Corte, *negó la resolución inhibitoria solicitada por el defensor, disponiendo, en su lugar, la apertura de instrucción sumaria contra el doctor* Alberto Rafael Santofimio Botero, *y su vinculación mediante indagatoria";*

e) "Que el 4 de diciembre de 1995, previa citación telegráfica, compareció y rindió indagatoria el procesado, con asistencia de defensor, en la cual, al tenor de lo previsto por el Artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, fue interrogado en relación con los hechos que originaron su vinculación";

f) *"Que mediante providencia de fecha de 14 de diciembre de 1995, la* Sala de Casacion Penal de la Corte Suprema de Justicia *resolvió la situación jurídica del senador* Alberto Rafael Santofimio Botero, *decretando en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva* por el delito de enriquecimiento ilícito de particulares previsto en el Artículo 1° del Decreto ley 1895 de 1989, incorporado como legislación permanente por el Artículo 10. del Decreto 2266 de 1991, *de conformidad con la imputación fáctica que motivó la apertura de instrucción y por la cual debió responder en indagatoria. Para hacer efectiva la medida, ordenó su captura" (destaca la Sala);*

g) "Que en la actualidad el proceso mencionado se halla en etapa de intrucción".

En la certificación expedida directamente por el señor Magistrado Ponente de la Sala de Casación Penal de la Corte, a la solicitud del procesado, se agrega una constancia que dice:

h) *"Que la diligencia de versión prevista por el Artículo 322 del Código de Procedimiento Penal, la resolución de apertura de instrucción, cuyas finalidades están señaladas por el Artículo 334 del mismo estatuto, y la indagatoria (Artículo 360* ibidem), *no corresponde a momentos procesales en los cuales por mandato legal deba hacerse calificación jurídica de los hechos objeto de investigación . Esta se concreta, por disposición expresa al respecto (Artículo 389 C.P.P.), en la definición de la situación jurídica del vinculado procesalmente. Por ello, la Sala de Casación Penal de la Corte* impuso medida de aseguramiento de detención preventiva al doctor *Alberto Rafael Santofimio Botero* por el delito de enriquecimiento ilícito de particulares, al hallar correspondencia entre la conducta que originó la indagación preliminar y la apertura de instrucción en contra suya, por la cual se le interrogó en la indagatoria, con el tipo penal previsto en el Artículo 1° del Decreto 1895 de 1989, adoptado como legislación permanente por el Artículo 10 del Decreto extraordinario 2266 de 1991 (destaca la Sala).

4. En certificación adicional enviada al proceso por la Secretaria de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de fecha de 20 de marzo de 1996 y que obra a folios del Cuaderno No. 1 se expresa lo siguiente:

"Cordialmente me permito adicionar la información suministrada en nuestro oficio No. 927 del 19 de marzo último y que tiene que ver con la petición por usted elevada mediante oficio No. 614 del 12 de marzo del año en curso. Lo anterior en el sentido de que en esta Corporación cursan igualmente las diligencias preliminares radicadas bajo el No. 8832 adelantadas en contra del doctor ***Alberto Rafael Santofimio Botero, por el presunto delito de enriquecimiento ilícito (artículo 148 C.P.)****, en las cuales si bien, no se ha escuchado en diligencia de versión libre al imputado, se deduce que para el día 13 de diciembre de 1995 el mismo tenía pleno conocimiento de su existencia, en virtud al poder debidamente conferido por éste al Abogado Defensor. Anexo copia autenticada del memorial poder antes mencionado (destaca la Sala).*

De igual manera el defensor del imputado en memoriales recibidos en esta Secretaría los días 13 y 26 de octubre de 1995, solicitó, entre otros, práctica de pruebas, petición despachada mediante auto del 9 de noviembre pasado, y de la cual adjunto le estoy enviando en copia autenticada, como tambien del oficio 3512 del 17 de noviembre y del auto del 20 de mismo mes y año, en donde se le reconoce personería jurídica al doctor Bernal Cuéllar como defensor del imputado".

De las pruebas anteriormente citadas y de las demás allegadas al proceso, la mayoría de ellas por la Corte Suprema de Justicia por solicitud de esta Corporación y a las cuales se hará referencia en los puntos necesarios, la Sala concluye claramente que el 13 de diciembre de 1995 y desde mucho antes de esa fecha, el Senador *Alberto Rafael Santofimio Botero* sabía que contra él se adelantaba investigación por hechos que tienen que ver con el posible recibo de dineros provenientes del narcotráfico y al pago de cuentas de hotel por parte de presuntos narcotraficantes a favor de personas vinculadas con la política que, como se vio oportunamente, constituían hechos relacionados con el tema de enriquecimiento ilícito, todo lo cual fue el centro del debate realizado en aquella fecha y que terminó con la aprobación en el Senado del artículo adicional al proyecto de ley que dio lugar al presente proceso de pérdida de investidura.

La anterior afirmación se sustenta en lo siguiente:

1. El 25 de abril de 1995, la Comisión de Fiscales adscrita a la Dirección Regional de Fiscalías de Santafé de Bogotá, remitió al Presidente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia copias del expediente No. 24249, constante de siete cuadernos del original y diez cuadernos de anexos, para que se determine si se encuentra o no mérito para ordenar la apertura de investigación previa en relación con el doctor *Alberto Rafael Santofimio Botero*, documentación que se radicó en la Corte bajo el No. 10473 (folios 001 y 002 Cuaderno No. 2).

2. En la versión libre rendida dentro de este expediente por el senador *Alberto Rafael Santofimio Botero* el 22 de mayo de 1995, el interrogatorio del Magistrado Ponente giró fundamentalmente sobre el pago de una factura del Hotel Intercontinental de Cali, el recibo de 10 bultos al parecer de camisetas a principios de 1994, provenientes de la firma Litofarallones Cía. Ltda., y sobre sus posibles relaciones con una serie de personas, tanto naturales como jurídicas, entre ellas Inversiones Ara Ltda., Distribuidora Agrícola La Loma y Litofarallones Cía. Ltda. (folios 005 a 011 Cuaderno No. 2).

3. El 27 de junio de 1995, el apoderado del Senador *Alberto Rafael Santofimio Botero*, solicita al magistrado Ponente dentro de las citadas diligencias No. 10473, la expedición de resolución inhibitoria, en escrito en el cual reconoce que los cargos en relación con los cuales fue interrogado su poderdante en diligencia de versión libre se refieren a "dos situaciones en particular a saber: a) su hospedaje en el Hotel Intercontinental de Cali el día 2 de marzo de 1994 y b) una presunta remisión efectuada por la Empresa Litofarallones, a través de Coordinadora Mercantil", cargos respecto de los cuales procede a dar explicaciones para sustentar su solicitud (folios 013 a 020 Cuaderno No. 2).

4. Mediante auto del 23 de noviembre de 1995, el Magistrado Ponente procede a resolver la petición anterior en el sentido de negar la resolución inhibitoria, disponer la apertura de instrucción sumaria en contra del senador *Alberto Rafael Santofimio Botero*, y ordenar la práctica de unas pruebas, entre ellas la de vincular mediante indagatoria al citado Senador. Esta decisión se fundamenta en que "en el expediente obran pruebas relativas a hechos y circunstancias que lo comprometen penalmente", referentes a "una serie de movimientos financieros que merecen ser clarificados en su origen y destino"; a "las distintas ocasiones en que figura alojado en el Hotel Intercontinental de la ciudad de Cali por cuenta de la empresa 'Inversiones Ara Ltda., que, como se sabe, ha sido cuestionada por tener nexos con las actividades ilícitas de uno de sus fundadores"; y al "verdadero origen y destino de las camisetas que figuran remitidas por la empresa 'Litofarallones y Cía. Ltdad.' al senador *Alberto Rafael Santofimio Botero*" (folio 034 y 035 Cuaderno No. 2). Esta providencia fue notificada personalmente al Senador *Alberto Rafael Santofimio Botero* el 29 de noviembre de 1995 (folio 043, *ibidem).*

5. En la declaración de indagatoria rendida por el Senador *Alberto Rafael Santofimio Botero* el 4 de diciembre de 1995, se destacan los siguientes aspectos:

a) Al ser preguntado sobre si sabe el motivo por el cual se encuentra rindiendo indagatoria, responde que en la citación se hace referencia a las diligencias preliminares en las cuales rindió una versión libre en los meses de abril o mayo, para concluir que "supongo que es en relación con el mismo asunto" (folios 047 y 048 Cuaderno No. 2);

b) Varias preguntas y respuestas se refirieron a viajes a la ciudad de Cali a partir de 1990. Entre ellas algunas se refieren concretamente a constancias existentes en el expediente sobre el hecho de que varias estadías en el Hotel Intercontinental de Cali "fueron cargadas a la cuenta de los señores *Miguel y/o Gilberto Rodríguez Orejuela,* en cumplimiento de la orden de alojamiento expedida por Inversiones Ara..." (folios 048 a 055 *ibidem);*

c) Otras preguntas y respuestas hicieron relación a la compra de un vehículo por parte del senador *Alberto Rafael Santofimio Botero* al señor *Julian Murcillo Posada* (folios 056 a 058 *ibidem);*

d) Otro grupo de preguntas y respuestas se relacionan con la remisión a nombre del senador *Alberto Rafael Santofimio Botero* y por parte de la Empresa Litofarallones, de 10 bultos al parecer de camisetas (folios 058 a 061 *ibidem);*

e) Un grupo adicional de cuestionamientos busca establecer las relaciones del Senador con una serie de personas naturales y jurídicas entre ellas Distribuidora Agrícola El Diamante Limitada, Distribuidora Agrícola La Loma Limitada, Comercializadora Agropecuaria La Estrella Limitada, Export Café Limitada, Colombiana de Operaciones Limitada, Asesorías Cosmos Limitada y Constructora Tremi Limitada (folios 060 a 063 *ibidem);*

f) Un buen número de preguntas indagan al Senador sobre sus relaciones económicas con personas allegadas, tanto desde el punto de vista familiar como laboral (folios 063 a 075 *ibidem);*

g) Finalmente, un grupo de preguntas y respuestas giran alrededor de movimientos de cuentas bancarias de personas allegadas al senador, que finalmente se tradujeron en cheques que fueron a beneficiar al mismo senador (folios 075 a 087 *ibidem).* Entre esas preguntas se hace notar la siguiente:

> *"Tienen por característica básica los retiros de dinero y consignaciones en sus cuentas por los que se le ha preguntado, el que previamente a tales movimientos las cuentas de la señora... y/o su esposo..., y...., son alimentadas por cheques girados a éstos o a terceras personas y luego endosados a ellos o directamente consigandos en sus cuentas por empresas o personas reconocidamente al servicio de los miembros del denominado Cartel de Cali. ¿Qué tiene que decir al respecto?".*

Ante el cúmulo de evidencias reseñadas sobre el conocimiento anterior que tenía el Senador *Alberto Rafael Santofimio Botero* de la investigación que se adelantaba en su contra en relación con hechos que evidentemente se consideraban ligados al artículo propuesto, discutido y aprobado en la sesión plenaria del Senado de la República el 13 de diciembre de 1995, son

vanos los esfuerzos del demandado y su apoderado por sustentar su defensa en los siguientes argumentos, algunos de los cuales también son planteados por la señora Agente del Ministerio Público:

a) Que no promovió, ni fue redactor del artículo cuestionado, ni intervino en su discusión ya que ni si quiera hizo uso de la palabra, limitándose a depositar su voto, que era obligatorio, pues es evidente que de acuerdo con el Artículo 286 de la Ley 5ª de 1992, en concordancia con el Artículo 182 de la Constitución, su obligación era la de declararse impedido no solamente para el debate sino, con mayor razón, para la votación, lo cual no hizo;

b) Que no ha sido condenado y que sobre él sólo recae una investigación de carácter penal, pues ha quedado claro que en estos casos el incumplimiento de la obligación de declararse impedido, que configura el conflicto de intereses, es independiente del estado en que se encuentre la investigación en la cual se origina el interés que da lugar al conflicto;

c) Que no tenía conocimiento sobre la imputación de un delito de Enriquecimiento ilícito de particulares, pues él y su apoderado tenían la convicción de que el eventual delito por el que se procedía era el de enriquecimiento ilícito de funcionario público tipificado en el Artículo 148 del Código Penal. Este argumento pierde su sustento por el hecho de que, si como lo certifica el Magistrado Ponente en el proceso penal a solicitud del mismo procesado, ni la diligencia de versión libre, ni la resolución de apertura de instrucción, ni la indagatoria, "corresponden a momentos procesales en los cuales, por mandato legal, deba hacerse calificación jurídica de los hechos objeto de investigación", pues "esta se concreta por disposición expresa al respecto (Artículo 389 C.P.P), en la definición de la situación jurídica del vinculado procesalmente", ello implica que tratándose de una investigación penal, mientras no exista calificación formal el origen de interés que da lugar al conflicto estará dado por los hechos que son objeto de la investigación, los cuales, en el caso concreto, como ha quedado plenamente establecido, se identifican con los que fueron el centro del debate en la sesión en la cual se aprobó el artículo cuestionado y que dio lugar al presente proceso. Además, es tan evidente que independientemente de su calificación formal los hechos investigados estan relacionados con el tipo penal del enriquecimiento ilícito de particulares previsto en el Artículo 1º del Decreto 1895 de 1989, adoptado como legislaciónpoermanente por el Artículo 10. del Decreto extraordinario 2266 de 1991, que la misma Corte Suprema de Justicia, a través no sólo de la Secretaría de la Sala de Casación Penal sino del mismo Magistrado Ponente certifican que el proceso radicado con el No. 10473, contra el senador *Alberto Rafael Santofimio Botero* es por ese delito (folio 2 cuaderno 2), y concordantemente con lo anterior, la providencia de fecha 14 de diciembre de 1995, mediante la cual se resolvió la situación jurídica del citado Senador, decretó en su contra medida de

aseguramiento de detención preventiva por ese mismo delito (folios 3 y 172 del Cdno 2), "al hallar correspondencia entre la conducta que originó la indagación preliminar y la apertura de instrucción en contra suya, por la cual se le interrogó en la indagatoria, con el tipo penal previsto en el Artículo 1° del Decreto 1895 de 1989, adoptado como legislación permanente por el Artículo 10° del Decreto Extraordinario 2266 de 1991", como se certifica en la citada constancia del Magistrado Ponente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (folio 5 cuaderno 2).

En esas circunstancias, no puede tener importancia sustancial el hecho de que un documento proveniente del apoderado del demandado, como es el memorial de fecha 6 de diciembre de 1995, aquél haya expresado que "de acuerdo con el interrogatorio formulado en la diligencia de indagatoria, se imputa al Senador *Alberto Rafael Santofimio Botero* el presunto delito de enriquecimiento ilícito (Artículo 148 C.P), por cuanto, *según se insinuó*, en razón de su calidad de Congresista, habría recibido, entre los años de 1990 y 1994, aportes provenientes de empresas relacionadas con el denominado 'cartel de Cali'" (destaca la Sala. Folios 089 Cdno 2 y 16 cuaderno 1-A);

d) En los mismos términos anteriores, tampoco puede desvirtuar las evidencias reseñadas el argumento consistente en que ni el Senador ni su apoderado tenían conocimiento sobre la imputación de un delito de enriquecimiento ilícito de particulares, pues "las carátulas de los primeros cuadernos del expediente estaban rotuladas (y aún lo están) bajo la calificación de 'testaferrato'", y que existen tres declaraciones rendidas durante la indagación previa, en las cuales se hizo referencia a los declarantes que se trataba de una investigación "por posibles hechos de testaferrato", ya que como se expresó en el punto anterior, el origen del conflicto está dado por los hechos y no por su calificación, con mayor razón cuando esta última es apenas una referencia informal y excepcional como la que se indica en los documentos aportados por el demandante , que hacen parte de un expediente que según consta estaba conformado inicialmente por 17 cuadernos y un número indeterminado de folios;

e) De la misma manera, para la Sala es irrelevante dentro del presente proceso que la Corte Suprema de Justicia no haya proferido orden de captura contra el senador investigado desde el momento de vinculársele y solo lo haya hecho al momento de resolverse su situación jurídica, pues ese elemento es extraño al tema de conflicto de intereses que se está debatiendo en este proceso;

f) Tampoco es aceptable para la Sala el argumento referente a la presunción de inocencia del investigado, pues es evidente que su presunción de inocencia en el campo penal continúa vigente mientras no se dicte sentencia condenatoria definitiva en los procesos penales que se le adelantan.

Sin embargo, en lo referente al presente proceso de pérdida de investidura, su presunción de inocencia no está referida a las conductas penales por las cuales se le investiga en la Corte Suprema de Justicia, sino a la conducta de no haberse declarado impedido para la discusión y votación del artículo cuestionado en la sesión del Senado de la República, cuando se configuraba un conflicto de intereses, frente a lo cual esa presunción ha sido desvirtuada con las evidencias reseñadas en este fallo;

g) Igualmente, de esas evidencias resulta que, a sabiendas, el senador cuestionado se abstuvo de declararse impedido cuando estaba obligado a ello, con lo cual se configuró la violación al régimen de conflicto de intereses, por lo cual no se trata de declarar una responsabilidad objetiva, pues es evidente que, dadas las circunstancias anotadas, la conducta del senador fue por lo menos culposa;

h) Finalmente, tampoco es aceptable para la Sala el argumento de la defensa consistente en que no se violó el artículo 183-1 de la Constitución en la medida en que el senador demandado, en su condición de congresista, es inviolable por las opiniones y votos que emita en el ejercicio de sus funciones, de acuerdo con el artículo 185 de la Carta, pues esta misma norma exceptúa la aplicación de disposiciones disciplinarias, de las cuales las referentes a la pérdida de investidura constituyen el ejemplo más importante si se tiene en cuenta que están consagradas en la misma Constitución, una de cuyas causales es precisamente la del conflicto de intereses cuando el congresista participa en los debates o vota, en lugar de declararse impedido cuando tiene interés en el tema.

Las razones anteriores son claramente suficientes para que la Sala proceda a decretar la pérdida de investidura de Congresista del Senador demandado, por configuración de la causal de violación del régimen de conflicto de intereses prevista en el Artículo 183-1 de la Constitución Política.

D. Petición especial de pruebas.

En los escritos que contienen el resumen de su intervención de la audiencia pública, el senador demandado solicita que se tengan y practiquen como pruebas algunos documentos y una inspección judicial, en relación con lo cual la Sala considera:

Los documentos a que se refieren los numerales 5.1.1, 5.1.2, 5.2.1., 5.2.2, 5.2.3, y 5.2.4, del escrito que obra a folios 1 a 11 del cuaderno No 2 y los literales a), b) y c) del escrito que obra a folios 12 a 15 *ibidem*, fueron tenidos en cuenta en las consideraciones de este fallo, además de que la mayoría de ellos habían sido allegados directamente por la Corte Suprema de Justicia.

Por lo tanto, no hay lugar a decretar la inspección judicial solicitada en el numeral 5.2 del escrito de resumen de la intervención en audiencia, pues, además de ser extemporánea, ella tendría por objeto precisamente obtener copias auténticas de documentos que ya obraban en el expediente por otros medios.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, oído previamente el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

1°. NIEGASE la solicitud de decretar diligencia de inspección judicial en el expediente radicado bajo el número 10473 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

2°. DECRETASE la pérdida de investidura de congresista del Senador doctor *Alberto Rafael Santofimio Botero* identificado con la cédula de ciudadanía No. 5.816.760, expedida en Ibagué.

3°. COMUNIQUESE esta decisión a la Mesa Directiva del Senado de la República, al Consejo Nacional Electoral y al Ministerio del Interior, para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Daniel Suárez Hernández, Presidente; *Mario Alario Méndez,* aclaración de voto; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruíz,* ausente; *Carlos Betancur Jaramillo,* aclaración de voto; *Jesús María Carrillo B.,*aclaración de voto; *Julio Enrique Correa Restrepo,* salvó voto; *Guillermo Chahín Lizcano,* salvó voto; *Miren de la Lombana de M.,* salvó voto; *Clara Forero de Castro,* salvó voto; *Delio Gómez Leyva,* salvó voto; *Amado Gutierrez Velasquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Alvaro Lecompte Luna, Juan de Dios Montes Hernández,* aclaración de voto; *Dolly Pedraza de Arenas,* salvó voto; *Carlos Arturo Orjuela Góngora,* aclaración de voto; *Juan Alberto Polo Figueroa, Libardo Rodríguez Rodríguez,* ausente; *Consuelo Sarria Olcos,* salvó voto; *María Eugenía Samper Rodríguez, Manuel Santiago Urueta Ayola,* salvó voto.

Mercedes Tovar de Herrán, Secretaria General.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONGRESISTA - Causales / **CONFLICTO DE INTERES DE CARACTER ECONOMICO** - Regulación legal / **CONFLICTO MORAL** - Desarrollo legal / **DEBIDO PROCESO Y DERECHO DE DEFENSA** - Proceso de pérdida de la investidura

La Ley 5ª de 1992, Artículos 286 y 291 y la Ley 144 de 1994 Artículo 16 tratan expresamente el tema de los conflictos de intereses de orden económico, pero no el de los de orden moral. Es cierto que la moral implica unos principios y valores propios del ser que vive en sociedad; empero, estos tienen que ver con su fuero interno y su respeto por los demás. Aunque no se me oculta la dificultad que podría tener un texto legal para definir el conflicto de intereses de orden moral, si estoy convencido de que deben existir reglas claras, expresas y escritas, para que el congresista identifique y manifieste esa clase de limitaciones o de impedimentos. Así las cosas, pienso que no están tipificadas las situaciones que constituirían un "conflicto de intereses de orden moral", y por ende, las circunstancias dentro de las cuales se produciría su violación o quebrantamiento. Ahora bien, he sostenido que todavía no se ha dilucidado completa y satisfactoriamente la naturaleza del proceso de pérdida de investidura, y posiblemente este hecho genera muchas de las dificultades con que tropieza el juzgador al momento de decidir una demanda de esta clase. Entre otras cosas porque si participa de un carácter judicial, ético, político, disciplinario o sancionatorio, como se ha dicho por parte de la Corte Constitucional y del propio Consejo de Estado, es menester aplicar todas las garantías propias de esa clase de juicios, a saber: el principio de la presunción de inocencia y el de la buena fe del demandado. Así mismo, no puede olvidarse que el congresista le debe su investidura al pueblo, o de manera más precisa, a sus electores, que en ejercicio de los derechos políticos correspondientes (entre otros, los del Artículo 40 de la Constitución Política), lo han escogido como su representante en el órgano legislativo. Y que tienen derecho a que los que siga representando mientras no se compruebe fehacientemente que es indigno de ello o que ha incurrido en una causal de pérdida de esa investidura. O sea, que por este aspecto tam-

bién los electores del congresista (el pueblo), tienen derecho a que el proceso de pérdida de su investidura esté rodeado de todo ese cúmulo de garantías y entre ellas, por encima de cualquier otra, las que dicen relación con el debido proceso y el derecho de defensa.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Causales / **HECHO NOTORIO** - Improcedencia

La pérdida de investidura de un congresista por la causal de violación del régimen de conflicto de intereses de orden moral, solamente puede darse cuando la ley haya fijado de manera expresa cómo se configura, cuáles son sus modalidades y las diferentes situaciones que tienen que ver con su manifestación, trámite, etc. También he hecho énfasis en que en estas materias no puede hablarse del "hecho notorio", porque las condiciones que he mencionado *grosso modo* indican que es indispensable una "prueba plena" de la culpa o dolo del congresista, para que pueda aplicársele la responsabilidad sobreviniente que sería la de la pérdida de su investidura.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONGRESISTA - Causales / **MEDIOS DE COMUNICACION** - Influencia / **AUTONOMIA JUDICIAL**

No puede dejarse de lado que el momento que vive el país le brinda unos ingredientes anormales y atípicos a esta clase de juzgamientos, porque la opinión pública maneja unos ingredientes de raigambre eminentemente política, que no son ni pueden ser los que apliquemos o tengamos en cuenta los jueces. En este carácter, entonces, nuestra única guía debe ser el Estado de Derecho; y nuestra brújula, la justicia. Y para ello, como ya lo acoté, es indispensable respetar celosamente los derechos al debido proceso y de defensa, pues de eso dependen en buena medida la estabilidad de las instituciones y la tranquilidad de la Patria. Es evidente que el manejo que le han dado los medios de comunicación a estos temas ha generado una sensibilidad muy especial en la opinión pública, que encierra el peligro de que al no presentar aquellos todas las características y detalles del conflicto tampoco permiten la formación de un criterio objetivo e imparcial por parte de la comunidad. Sin embargo, esta evidencia no puede afectar la independencia y la autonomía del juez para pronunciar su decisión. Soy consciente de que por esa causa se nos ha estigmatizado a quienes sustentados en nuestra convicción filosófica, jurídica y moral, hemos llegado a la conclusión de que en este evento no existen los elementos de toda índole indis-

pensables para decretar la pérdida de investidura del demandado, y que en tal virtud, es menester denegar esa petición, porque así nos lo señalan nuestra conciencia, el Derecho y la razón. Estoy convencido, además de que cuando se despeje este ambiente extraño y anómalo se verá con claridad que las decisiones judiciales no pueden estar movidas por el calor del momento, ni por circunstancias coyunturales, sino por el peso y la calidad de las normas jurídicas, su debida interpretación y el sentido sublime de lo que es justo; y entonces brillarán con luz propia lo que significa la indepencdencia del juez y la responsabilidad que al "decir el derecho" tiene ante Dios y ante los Hombres.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. - Santafé de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Referencia: Expediente No. AC-3304. Actor: *Emilio Sánchez Alsina.* Asuntos Constitucionales, Pérdida de investidura del señor*Alberto Rafael Santofimio Botero.*

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA

Con todo comedimiento me permito señalar que aunque compartí lo resuelto en este asunto, considero necesario precisar mi divergencia con algunos razonamientos de la parte motiva, así:

1. El Artículo 182 de la Carta Política, invocado por la parte demandante para sustentar la solicitud de pérdida de investidura, dice:

> *"Los congresistas deberán poner en conocimiento de la respectiva cámara las situaciones de* ***carácter moral o económico*** *que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración.* ***La ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses,*** *y las recusaciones"* (se destaca).

Esto es, que *"las situaciones de carácter moral o económico"* que inhiben a los congresistas para intervenir en la discusión de los proyectos de ley sometidos a consideración de su respectiva cámara *deben estar determinadas expresamente por la ley.*

2. La Ley 5ª de 1992, en relación con la problemática de que trata este proceso, consagró en su Sección Cuarta, Conflicto de Intereses, lo siguiente en cuanto a esta materia:

2.1. En el Artículo 286 (Aplicación), establece que los congresistas deben declararse impedidos para participar en los debates o en las votaciones respectivas, cuando *"exista interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera, o a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o a algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o sus socios de derecho o de hecho"* (se destaca).

2.2. En el Artículo 291 (Declaración de impedimento), dispuso que el congresista debe solicitar su separación del conocimiento de un asunto *"al observar un conflicto de interés"* (se destaca).

2.3. Los artículos subsiguientes se refieren al trámite del impedimento y al punto de la recusación.

3. La Ley 144 de 1994 señaló en su Artículo 16 (Conflicto de intereses-Definición), la conducta que deben asumir los congresistas que dentro del año inmediatamente anterior a su elección "hayan prestado servicios remunerados a gremios o personas de derecho privado sobre cuyos intereses o negocios incidan directamente actos que se encuentren al estudio del Congreso".

4. Es decir, que la Ley 5ª de 1992, artículos 286 y 291, y la Ley 144 de 1994, Artículo 16, los dos estatutos legales mencionados tratan expresamente el tema de los conflictos de intereses de orden económico, pero no el de los de orden moral.

5. Es cierto que la moral implica unos principios y valores propios del ser que vive en sociedad; empero, éstos tienen que ver con su fuero interno y su respeto por los demás.

6. Aunque no se me oculta la dificultad que podría tener un texto legal para definir el conflicto de intereses de orden moral, sí estoy convencido de que deben *existir reglas claras, expresas y escritas, para que el congresista identifique y manifieste esa clase de limitaciones o de impedimentos.*

7. Así las cosas, pienso que no están *tipificadas las situaciones que constituirían un "conflicto de intereses de orden moral", y por ende, las circunstancias dentro de las cuales se produciría su violación o quebrantamiento.*

8. Ahora bien, he sostenido que todavía no se ha dilucidado completa y satisfactoriamente la naturaleza del proceso de pérdida de investidura, y posiblemente este hecho genera muchas de las dificultades con que tropieza el juzgador al momento de decidir una demanda de esta clase. Entre otras cosas porque si participa de un carácter judicial, ético; político, disciplinario o sancionatorio, como se ha dicho por parte de la Corte Constitucional

y del propio Consejo de Estado, *es menester aplicar todas las garantías propias de esa clase de juicios, a saber: el principio de la presunción de inocencia y el de la buena fe del demandado.*

9. Así mismo, no puede olvidarse que el congresista le debe su investidura al pueblo, o de manera más precisa, a sus electores, que en ejercicio de los derechos políticos correspondientes (entre otros, los del Artículo 40 de la Constitución Política), lo han escogido como su representante en el órgano legislativo. Y que tienen derecho a que los siga representando mientras no se compruebe fehacientemente que es indigno de ello o que ha incurrido en una causal de pérdida de esa investidura. O sea, que por este aspecto también los electores del congresista (el pueblo), tienen derecho a que el proceso de pérdida de su investidura esté rodeado de todo ese cúmulo de garantías y entre ellas, por encima de cualquier otra, las que dicen relación con el debido proceso y el derecho de defensa.

10. En consecuencia la pérdida de investidura de un congresista por la causal de violación del régimen de conflicto de intereses de orden moral, solamente puede darse cuando la ley haya fijado de manera expresa cómo se configura, cuáles son sus modalidades y las diferentes situaciones que tienen que ver con su manifestación, trámite, etc.

11. También he hecho énfasis en que estas materias *no puede hablarse del "hecho notorio"*, porque las condiciones que he mencionado *grosso modo* indican que es indispensable una "prueba plena" de la culpa o dolo del congresista, para que pueda aplicársele la responsabilidad sobreviniente que sería la de la pérdida de su investidura.

12. Del mismo modo considero conveniente recalcar que *no puede confundirse la situación que se ventila* ante *la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en casos como éste, con la que está sometida* al escrutinio del *Consejo de Estado*, pues ante aquélla se debate si el congresista cometió o no un delito, sobre la base de una tipificación clara y expresa de las conductas que lo configuran. En cambio aquí se debate si violó un régimen que en mi sentir no está regulado por el legislador.

13. Desde luego, no puede dejarse de lado que el momento que vive el país le brinda unos ingredientes anormales y atípicos a esta clase de juzgamientos, porque la opinión pública maneja unos ingredientes de raigambre eminentemente política, que no son ni pueden ser los que apliquemos o tengamos en cuenta los jueces. En este carácter, entonces, nuestra única guía debe ser el Estado de Derecho; y nuestra brújula, la justicia. Y para ello, como ya lo acoté, es indispensable respetar celosamente los derechos al debido proceso y de defensa, pues de eso dependen en buena medida la estabilidad de las instituciones y la tranquilidad de la Patria.

14. Es evidente que el manejo que le han dado los medios de comunicación a estos temas ha generado una sensibilidad muy especial en la opinión pública, que encierra el peligro de que al no presentar aquellos todas las características y detalles del conflicto tampoco permiten la formación de un criterio objetivo e imparcial por parte de la comunidad. Sin embargo, esta evidencia no puede afectar la independencia y la autonomía del juez para pronunciar su decisión. Soy consciente de que por esa causa se nos ha estigmatizado a quienes sustentados en nuestra convicción filosófica, jurídica y moral, hemos llegado a la conclusión de que en este evento no existen los elementos de toda índole indispensables para decretar la pérdida de investidura del demandado, y que en tal virtud, es menester denegar esa petición, porque así nos lo señalan nuestra conciencia, el Derecho y la razón. Estoy convencido, además de que cuando se despeje este ambiente extraño y anómalo se verá con claridad que las decisiones judiciales no pueden estar movidas por el calor del momento, ni por circunstancias coyunturales, sino por el peso y la calidad de las normas jurídicas, su debida interpretación y el sentido sublime de lo que es justo; y entonces brillarán con luz propia lo que significa la independencia del Juez y la responsabilidad que al *"decir del derecho"* tiene ante Dios y ante los hombres.

En ese orden de ideas, se imponía como en efecto se hizo, denegar la solicitud de pérdida de investidura del Congresista demandado.

Con toda atención,

Carlos Arturo Orjuela Góngora.

ACLARACION DE VOTO
DEL DOCTOR LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJIA

Referencia: Expediente No. AC-3304. Actor: *Emilio Sánchez Alsina.* Pérdida de investidura. Consejero Ponente: Doctor Daniel Suárez Hernández.

Mi aclaración de voto en relación con la providencia proferida en este proceso, en forma respetuosa hace relación a lo siguiente:

1) Considero en el proceso no se estableció en forma precisa la relación de causalidad que debe existir entre los cargos formulados por el demandante y el contenido de proyecto del artículo debatido el 13 de diciembre de 1995.

2) Conforme a lo anterior, la infracción de las normas quedaría sometida a lo que la Corte Constitucional en el futuro consagrara como jurisprudencia.

3) Por último considero que el parlamentario acusado sí tenía pleno conocimiento de los hechos que se le imputaban para el 13 de diciembre dicho.

Luis Eduardo Jaramillo Mejía.

Santafé de Bogotá, D.C., dieciséis (16) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

SALVAMENTO DE VOTO
DEL DOCTOR JOAQUIN BARRETO RUIZ

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. - Santafé de Bogotá, D.C., junio cuatro (4) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Referencia: Expediente No. AC-3304. Actor: *Emilio Sánchez Alsina.* Asuntos Constitucionales.

Con mi acostumbrado respeto por las decisiones de la Corporación me aparté del criterio mayoritario consignado en la sentencia proferida en el *sub lite* porque a mi juicio, dentro del proceso está demostrado que el señor senador *Alberto Rafael Santofimio Botero,* el 13 de diciembre de 1995 tenía conocimiento de los hechos por los cuales se le investigaba penalmente, frente a los cuales tenía especial incidencia el proyecto de artículo que votó favorablemente en el Senado de la República en la aludida fecha.

Por lo anterior compartí la ponencia presentada por el doctor *Libardo Rodríguez Rodríguez,* cuyo texto aparece a folios 284 a 329, que por lo demás, está de acuerdo con lo expresado por mí sobre el tópico en el seno de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,

Joaquín Barreto Ruiz.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Desistimiento / **SANEAMIENTO DE DEMANDA** - Amnistía tributaria

El recurso extraordinario de súplica del cual se pretende desistir está actualmente en trámite en la Sala Plena de la Corporación. Es a esta misma a la que corresponde pronunciarse sobre el desistimiento, conforme se desprende del Artículo 246 de la Ley 223 de 1995. Como ya ha tenido la Sala oportunidad de advertirlo, el desistimiento contemplado en el Artículo 246 de la Ley 223 de 1995 debe referirse a la acción interpuesta ante la jurisdicción contencioso administrativa, no únicamente al recurso que se esté tramitando; pero es posible desistir antes de que se profiera sentencia definitiva. A juicio de la Sala, si contra la sentencia de segunda instancia se ha interpuesto recurso extraordinario de súplica y sobre éste no se ha proferido sentencia, debe entenderse que todavía no hay fallo definitivo y en consecuencia cabe el desistimiento.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. - Santafé de Bogotá, D.C., dieciseis (16) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejera Ponente: Doctora *Clara Forero de Castro*

Referencia: Expediente No. S-580. Actor: Fabricación de Automotores S.A. "**Sofasa**", Recurso Extraordinario de Súplica.

El apoderado judicial de la Sociedad de Fabricacion de Automotores S.A. —**Sofasa S.A.**— debidamente facultado al efecto según se observa en el poder obrante a folio 20 del cuaderno 9, manifiesta que desiste del recurso extraordinario de súplica interpuesto por su poderdante contra la sentencia proferida el 13 de octubre de 1995 por la Sección Cuarta de la Corporación.

Advierte que se fundamenta para ello en lo dispuesto por el Artículo 246 de la Ley 223 (diciembre 20) de 1995, reglamentado por el Artículo 18

del Decreto 196 de 1996, y luego de resumir la situación fáctica de la controversia formula estas.

PETICIONES

"1. ***En forma principal***:

Que se declare que para la operancia del saneamiento previsto en el Artículo 246 de la Ley 223 de 1995, en el caso presente, no resultaba necesario pagar suma alguna, por las razones arriba expuestas y en consecuencia se ordene a la Administracion de Impuestos devolver la suma que fue (sic) consignada de $50. 946. 848, según recibo oficial de pago en bancos cuya copia se acompaña.

Adicionalmente que se separen los procesos que corresponden a las liquidaciones de revisión y de corrección, radicados bajo un solo número en el Recurso Extraordinario de Súplica.

2. ***Subsidiariamente***: *Que se declare que ha operado el saneamiento previsto en el Artículo 246 de la Ley 223 de 1995 y se declare extinguida la obligación tributaria del IVA y las sanciones por los bimestres 4, 5 y 6 de 1980 a cargo de la compañía que represento*" (Cuaderno de desistimiento, folio 3).

HECHOS

Se exponen los siguientes:

1. En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, Sofasa S.A. pidió al Tribunal Administrativo de Cundinamarca anular las liquidaciones de correción y revisión practicadas por la Administración de Impuestos Nacionales por el bimestre noviembre-diciembre de 1980. Fueron acumulados cinco procesos, distinguidos con los números de radicación 6230, 6502, 6503, 6504 y 6229.

2. En apelación, interpuesta por la parte demandante, el Consejo de Estado revocó la sentencia, confirmó la liquidación de revisión y anuló las liquidaciones de correción, con resultado final de impuesto a devolver $7.826.104 y sanciones por $71.509.663. Inconforme la parte actora, interpuso recurso de súplica en cuanto la sentencia de la Sección Cuarta "...confirmó las liquidaciones de revisión practicadas a cargo de Sofasa S.A., para los bimestres julio-agosto, septiembre-octubre y noviembre-diciembre de 1980" (memorial de desistimiento, folio2).

3. **Sofasa S.A.**, se acogerá al beneficio por saneamiento de demandas ante la jurisdicción contencioso administrativa establecido por la Ley 223

de 1995, respecto a lo reclamado en súplica por liquidaciones de revisión pues lo referente a corrección ya no era materia discutible. "Sin embargo nuestra sociedad ha considerado que con el único objeto de no perder el derecho al Saneamiento Fiscal consagrado en la Ley 223 de 1995, decide cancelar el 80% de lo que se perdió, es decir sobre la base de sesenta y tres millones seiscientos ochenta y tres mil quinientos cincuenta y nueve pesos ($63.683.559), para consignar la suma de cincuenta millones novecientos cuarenta (sic) y seis mil ochocientos pesos (sic) ($50.946.848).

4. Para que proceda el desistimiento y el consiguiente beneficio de saneamiento se dan los presupuestos de la Ley 223 de 1995, toda vez que: a) El Consejo de Estado no ha proferido sentencia definitiva contra las liquidaciones de revisión y resoluciones que las confirmaron pues se interpuso recurso extraordinario de súplica contra la providencia de la Sección Cuarta; b) Conforme a lo estipulado en el inciso 1° del Artículo 246 de la Ley 223 de 1995, concordante con lo preceptuado en el inciso 2° del literal a) de dicha norma, para efectos de la aceptación del beneficio de saneamiento, **Sofasa S.A.**no tiene que pagar el 80% de las sanciones impuestas en las liquidaciones de revisión, por la potísima razón de que estas fueron establecidas en liquidaciones de revisión, más (sic) no en resoluciones independientes, que por dicha razón en forma subsidiaria el honorable magistrado ordene en caso de asistirme la razón ordenar (sic) reintegrar la suma pagada con ocasión al saneamiento fiscal, es decir la suma de cincuenta millones novecientos cuarenta y seis mil ochocientos cuarenta y ocho pesos M.L C. ($50.946.848).

5. Se acompañan pruebas sobre los pagos que SOFASA S.A ha hecho del impuesto a las ventas por los años gravables de 1994 y 1980.

Se decide, previas estas

CONSIDERACIONES

1. ***La competencia.*** Puesto que el recurso extraordinario de súplica del cual se pretende desistir está actualmente en trámite en la Sala Plena de la Corporación, es a ésta misma a la que corresponde pronunciarse sobre el desistimiento, conforme se desprende del Artículo 246 de Ley 223 de 1995 que en lo pertinente dice:

> *"**Artículo 246.** Saneamiento de demandas ante la jurisdicción contencioso administrativa.*
>
> *Los contribuyentes y responsables de los impuestos de renta, consumo, ventas, retención en la fuente y timbre nacional, que hayan presentado demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción*

de lo contencioso administrativo, con respecto a la cual no se haya proferido sentencia definitiva, y desistan totalmente de su acción o demanda, quedarán exonerados del mayor impuesto a su cargo, así como el anticipo del año siguiente, al gravable, de las sanciones, intereses y actualización correspondiente. Para tal efecto, dichos con-tribuyentes deberán presentar un escrito de desistimiento ante el Tribunal respectivo o ante el Consejo de Estado, según corresponda, antes de que se dicte fallo definitivo y, en todo caso, antes del 1° de abril de 1996, adjuntando las siguientes pruebas:

a) Si el proceso se halla en primera instancia, la prueba del pago, sin sanciones, intereses, actualización, ni anticipo del año siguiente al gravable, del 65% del mayor impuesto discutido. Cuando se trate de un proceso contra una resolución que impone sanción, se debe acreditar el pago del 65% de la sanción, sin intereses, ni actualización.

Si el proceso se halla en única instancia o en conocimiento del Honorable Consejo de Estado, la prueba del pago sin sanciones, intereses, actualización ni anticipo del año siguiente al gravable, del 80% del mayor impuesto discutido, o del 80% de la sanción, sin intereses, ni actualización, cuando se trate de un proceso contra una resolución que impone sanción.

b) La prueba del pago de liquidación privada por el año 1994 relativa al impuesto sobre la renta cuando se trate de un proceso por dicho impuesto.

La prueba del pago de las declaraciones del impuesto sobre las ventas correspondientes al año de 1994, cuando se trate de un proceso por dicho impuesto.

La prueba del pago de las declaraciones de retención en la fuente correspondientes al año 1994, cuando se trate de un proceso por impuesto de timbre o por retención en la fuente".

2. *El desistimiento en recurso extraordinario de súplica.* Como ya ha tenido la Sala oportunidad de advertirlo, el desistimiento contemplado en el Artículo 246 de la Ley 223 de 1995 debe referirse a la acción interpuesta ante la jurisdicción contencioso administrativa, no únicamente al recurso que se esté tramitando; pero es posible desistir antes de que se profiera sentencia definitiva.

A juicio de la Sala, si contra la sentencia de segunda instancia se ha interpuesto recurso extraordinario de súplica y sobre éste no se ha proferido sentencia, debe entenderse que todavía no hay fallo definitivo y en consecuencia cabe el desistimiento.

3. *El desistimiento en el caso de* ***sub judice***. En el memorial de desistimiento la sociedad manifiesta que se acoge al beneficio de saneamiento solamente sobre lo que la Sección Cuarta le falló en contra, puesto que en lo favorable ya la sentencia no es es materia de discusión y que por tanto cancela el 80% "de lo que se perdió".

Lo anterior indica claramente que debido a un erróneo entendimiento de la figura del "saneamiento de demandas ante la jurisdicción contencioso administrativa" por parte de la sociedad actora, en este caso el desistimiento no puede ser aceptado ya que no se dan los supuestos contenidos en el Artículo 246 de la Ley 223 de 1995.

En efecto, no se desiste de la acción sino del recurso extraordinario de súplica, pretendiendo que quede en firme la decisión de la Sección Cuarta del Consejo de Estado en cuanto favorece a la sociedad, mas no en lo desfavorable.

Esa misma pretensión conduce a que no se cumpla con el pago del 80% del mayor impuesto discutido, pues lo que se está pagando es el 80% "de lo que se perdió", es decir, de las sanciones por extemporaneidad, y la norma precisamente se refiere al pago de 80% del mayor impuesto discutido, sin sanciones.

La parte actora acredita haber pagado, en verdad, el 80 %, pero no del mayor impuesto discutido sino —según sus propias palabras— "de lo que se perdió", "de las *sanciones* impuestas en las liquidaciones de revisión".

En efecto: ese 80% de las *sanciones* a su cargo lo obtuvo de $63.683,559, suma que a su turno provino de restar de ...unas *sanciones* por la suma de $71.509.663 "la cantidad"...final de un impuesto a devolver por la suma de $7.826.104".

Por lo demás, se observa que no aparece la prueba del pago del impuesto sobre las ventas a cargo de la sociedad reclamante por el primer bimestre de 1994, razón por la cual no puede considerarse cumplida la exigencia del requisito previsto en el literal b) del Artículo 246 de la Ley 223 de 1995.

Así las cosas, no es del caso admitir el desistimiento en el asunto aquí debatido.

Como consecuencia de esa negativa, no procede hacer la declaración subsidiaria que se reclama en el memorial de desistimiento, ni menos la adicional a la principal, consistente en que se separen los procesos acumulados en el Tribunal por ser notoriamente impertinente.

En cuanto a la petición principal, relacionada con la devolución de sumas pagadas se observa que de conformidad con el Artículo 13 del Decreto 2434 de 1989, esa solicitud de devolución deberá presentarse en la Administración de Impuestos que corresponda al domicilio del contribuyente o declarante. Quien resuelve la petición del desistimiento para el saneamiento de demandas, no tiene competencia para ordenar devoluciones.

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

RESUELVE:

1°. No se admite el desistimiento del recurso extraordinario de súplica presentado por la parte actora, Sociedad de Fabricación de Automotoores S.A. —Sofasa S.A.—. En consecuencia, no se ha operado el saneamiento de la demanda, previsto en el Artículo 246 de la Ley 223 de 1995.

2°. Declárase inhibida la Sala para ordenar la devolución de la suma de dinero solicitada.

3°. En firme este proveído, vuelva el expediente al Despacho para continuar el trámite del recurso extraordinario de súplica.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 16 de abril de 1996.

Daniel Suárez Hernández, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Mario Alario Méndez, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Carlos Betancur Jaramillo,* aclaración de voto; *Jesús María Carrillo B,* aclaración de voto; *Miren de la Lombana de M.,Clara Forero de Castro,Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Alvaro Lecompte Luna, Juan de Dios Montes Hernández,* aclaración de voto; *Juan Alberto Polo Figueroa, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas,Libardo Rodríguez Rodríguez,* ausente; *María Eugenia Samper Rodríguez, Manuel Santiago Urueta Ayola.*

Mercedes Tovar de Herrán, Secretaria General.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Desistimiento / **SENTENCIA** - Ejecutoria

Estimamos que la negativa debió tener otra razón diferente, porque en el presente asunto ya se había dictado sentencia definitiva. Y se había proferido ésta porque la sentencia de segunda instancia del día 13 de octubre de 1995, modificatoria de la dictada por el Tribunal administrativo de Cundinamarca, se ejecutorió luego del vencimiento de los tres días siguientes a la desfijación del edicto de notificación. El hecho de que contra el fallo del 13 de octubre de 1995 se hubiera interpuesto el recurso extraordinario de súplica no dejo sin efecto la ejecutoria del aludido fallo, porque: a) Las reglas sobre notificación y ejecutoria de providencias judiciales están sujetas a lo que disponen los artículos 313 y ss y 323 del C. de P.C., por remisión del Artículo 267 del C.C.A. b) El recurso de súplica deberá interponerse dentro de los 5 días siguientes a la notificación de la providencia correspondiente (Artículo 130 del C.C.A). Aquí se precisa que uno es el término de ejecutoria (tres días siguientes a esa notificación) y el otro el de interposición del recurso (cinco días siguientes a la notificación). El recurso de súplica es extraordinario contra providencia ejecutoriada. Si así no fuera sería ordinario y podría dar lugar a una tercera instancia (inconstitucional frente al Artículo 31 de la Carta) en asuntos de doble instancia y a una doble instancia en los de única. El recurso extraordinario es el proceso nuevo que se le sigue a una providencia y su procedencia impone una decisión de reemplazo en la instancia correspondiente y no en una nueva instancia.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

Consejera Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro*

Referencia: Expediente No. S-580. Actor: Fabricación de Automotores S.A. "**Sofasa**". Recurso Extraordinario de Súplica.

ACLARACION DE VOTO
DE LOS DOCTORES CARLOS BETANCUR JARAMILLO
Y JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ

Los suscritos *Carlos Betancur Jaramillo y Juan de Dios Montes Hernández,* con todo respeto aclaramos el voto a la providencia aprobada por la Sala plena el día 16 de abril del presente año.

Estimamos que la negativa debió tener otra razón diferente, porque en el presente asunto ya se había dictado sentencia definitiva. Y se había proferido ésta porque la sentencia de segunda instancia del día 13 de octubre de 1995, modificatoria de la dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se ejecutorió luego del vencimiento de los tres días siguientes a la desfijación del edicto de notificación.

El hecho de que contra el fallo del 13 de octubre de 1995 se hubiera interpuesto el recurso extraordinario de súplica no dejó sin efecto la ejecutoria del aludido fallo, porque:

a) Las reglas sobre notificación y ejecutoria de providencias judiciales están sujetas a lo que disponen los artículos 313 y ss. y 323 del C. de P.C., por remisión del Artículo 267 del C.C.A.

b) El recurso de súplica deberá interponerse dentro de los 5 días siguientes a la notificación de la providencia correspondiente (Artículo 130 del C.C.A). Aquí se precisa que uno es el término de ejecutoria (tres días siguientes a la notificación) y el otro el de interposición del recurso (cinco días siguientes a esa notificación).

c) El recurso de súplica es extraordinario contra providencia ejecutoriada. Sí así no fuera sería ordinario y podría dar lugar a una tercera instancia (inconstitucional frente el artículo 31 de la Carta) en asuntos de doble instancia y a una doble instancia en los de única.

d) El recurso extraordinario es el proceso nuevo que se le sigue a una providencia y su procedencia impone una decisión de reemplazo en la instancia correspondiente y no en una nueva instancia.

Sea dicho lo anterior con todo el respeto.

Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández.

Santafé de Bogotá, D.C., abril veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y seis (1996).

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Providencia ejecutoriada / **PROVIDENCIA EJECUTORIADA** - Impugnación / **SANEAMIENTO FISCAL** - Oportunidad de desistimiento

Me permito aclarar el voto para expresar que ha sido criterio reiterado del suscrito Magistrado que los recursos extraordinarios proceden contra providencias ejecutoriadas. En virtud de ello en la Sección Tercera se ordena la expedición de copias de providencias en firme para el trámite de cuentas correspondientes, no obstante que contra ellos se tramite el recurso extraordinario de súplica ante la Sala Plena del Honorable Consejo de Estado. En el caso, la aplicación del Artículo 246 del Decreto 223 de 1995 exige del interesado, para acogerse a los beneficiós allí estipulados, que el desistimiento se proponga antes del fallo definitivo. Entendiendo por fallo definitivo, no el ejecutoriado sino el ponga fin al procedimiento en curso, el beneficio será aplicable al caso *sub análisis* en tanto que está en trámite el citado recurso extraordinario y pendiente de fallo final, porque si contra la sentencia de segunda instancia se ha interpuesto recurso extraordinario de súplica y sobre éste no se ha proferido, ha de entenderse que aún no hay fallo definitivo y por contera cabe el desistimiento. En el presente caso, si el actor no alcanza su propósito, no es por improcedencia en la aplicación de la norma en el sentido y alcance que acaba de precisarse, sino porque no satisfizo los requisitos o presupuestos fácticos y probatorios como se dijo en la parte motiva de la providencia.

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. - Santafé de Bogotá D.C., veintiocho de mayo (28) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Referencia: Expediente No. S-580. Actor: Fabricacion de Automotores S.A. "**Sofasa**".

ACLARACION DE VOTO
DEL DOCTOR JESUS MARIA CARRILLO BALLESTEROS

Me permito aclarar el voto para expresar que ha sido criterio reiterado del suscrito Magistrado que los recursos extraordinarios proceden contra providencias ejecutoriadas. En virtud de ello en la Sección Tercera se ordena la expedición de copias de providencias en firme para el trámite de cuentas correspondientes, no obstante que contra ellos se tramite el recurso extraordinario de súplica ante la Sala Plena del Honorable Consejo de Estado.

En el caso, la aplicación del Artículo 246 del Decreto 223 de 1995 exige del interesado, para acogerse a los beneficios allí estipulados, que el desistimiento se proponga antes del fallo definitivo.

Entendiendo por fallo definitivo, no el ejecutoriado sino el que ponga fin al procedimiento en curso, el beneficio será aplicable al caso *sub análisis* en tanto que está en trámite el citado recurso extraordinario y pendiente de fallo final, porque si contra la sentencia de segunda instancia se ha interpuesto recurso extraordinario de súplica y sobre este no se ha proferido, ha de entenderse que aún no hay fallo definitivo y por contera cabe el desistimiento.

En el presente caso, si el actor no alcanza su propósito, no es por improcedencia en la aplicación de la norma en el sentido y alcance que acaba de precisarse, sino porque no satisfiso los requisitos o presupuestos fácticos y probatorios como dijo en la parte de la providencia.

Jesús María Carrillo Ballesteros.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONGRESISTA - Causales / **CONFLICTO DE INTERESES** - Naturaleza / **INTERESES DIRECTO** - Congresista / **CARLOS AUGUSTO CELIS GUTIERREZ** - Congresista

Los citados preceptos constituyen el régimen legal de conflicto de intereses y esta causal de pérdida de investidura se configura cuando el congresista, su cónyuge o compañera permanente o sus parientes o socios de hecho o de derecho, teniendo un interés directo en un debate o votación de un proyecto de ley porque lo afecte o beneficie de alguna manera no se declara impedido. Igualmente ha precisado que ese interés puede ser de carácter personal, económico o jurídico. En las citadas sentencias se resaltó, y ahora se reitera, que uno de los aspectos determinantes para la configuración de la causal en estudio es el referente al conocimiento anticipado que hubiera tenido el congresista demandado acerca de la existencia de un proceso penal por "enriquecimiento ilícito" en su contra, la incidencia favorable en su situación penal del proyecto de norma cuestionado y su intervención en la discusión y votación del mismo en busca de resultado favorable.

CONFLICTO DE INTERESES - Inexistencia / **INVESTIGACION PENAL** - Naturaleza / **INVESTIGACION PENAL A CONGRESISTA** - Conocimiento de los hechos / **ENRIQUCIMIENTO ILICITO** - Congresista / **NARCOMICO** - Aprobación proyecto de ley

Del contenido del cuestionario formulado al demandado puede afirmarse, sin temor a equívocos, que tal y como aparece en la carátula del expediente que se adelanta ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el delito estaba *"por establecer"*, pues bien podía tratarse de averiguar si el demandado estaba o no incurso en *Actividad de Narcotráfico (Ley 30 de 1996)* o *Testaferrato* (de ahí la importancia de determinar en la indagación preliminar la materia de los proyectos de ley que había presentado el referido congresista y la ley relación y origen de sus bienes de fortuna) o en *enriquecimiento ilícito*. Siendo ello así, no puede tenerse como válido

el argumento del solicitante en cuanto a que el demandado sabía que su conducta antijurídica se tipificaba en el hecho punible del "enriquecimiento ilícito", pues ni la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia la había calificado como tal, y por el contrario, bien podía estar enmarcada en otros tipos penales diferentes, como los anotados anteriormente, conductas estas que también pueden responder al por qué del pago de una cuenta de estadía en un hotel, ya que no necesariamente dicho paga ha de estar referido a la conducta delictiva específica del "enriquecimiento ilícito".

Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. - Santafé de Bogotá D.C., siete (7) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.* Referencia: Expediente No. AC-3451. Actor: Emilio Sánchez Alsina.

El ciudadano *Emilio Sánchez Alsina,* en escrito presentado el 28 de marzo de 1996 ante la Secretaría General de esta Corporación, formuló solicitud al Consejo de Estado en el sentido de que se decrete la *Pérdida de la Investidura de Congresista* del señor *Carlos Augusto Celis Gutiérrez* "por violacion del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses".

I. *CAUSA PETENDI*

En apoyo de su pretensión adujo el solicitante principalmente los siguientes hechos:

1°. El ciudadano *Carlos Augusto Celis Gutiérrez* fue elegido como Senador para el período constitucional de 1994 a 1998, según se desprende de la certificación expedida por el Director Nacional Electoral de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

2°. El precipitado ciudadano inició su período como tal y hasta la fecha de esta demanda ostenta a el cargo de Senador de la República.

3°. El citado congresista ha violado el régimen de conflicto de intereses por las siguientes circunstancias:

a. El 13 de diciembre de 1995 dicho senador asistió y contestó el llamando a lista en la sesión plenaria que en esa fecha se celebró en el Senado de la República.

b. Luego de hacerse presente en la sesión plenaria de dicho día, el Senador promovió y votó un proyecto de ley sometido a su consideración, que textualmente dice:

"La doctrina constitucional adoptada en la sentencia de la Corte Constitucional es criterio auxiliar de interpretación para las autoridades, excepto en los siguientes casos:

Primero: cuando dicte sentencias interpretativas, es decir, aquellas que declaran la exequibilidad de una norma legal, condicionada a una determinada forma de interpretación.

Segundo: cuando la parte emotiva (sic) de la sentencia proferida por la Corte Constitucional guarde unidad indisoluble o relación directa o tenga el hecho (sic) causal con la parte resolutiva de la misma.

Tercero: en los casos de sentencias integradoras, es decir, cuando a falta de legislación adecuada para resolver un asunto concreto sometido a su competencia, el juez aplique directamente la norma constitucional, en estos tres casos la doctrina adoptada en la providencia hace tránsito a cosa juzgada constitucional, obliga en su integridad y corrige la jurisprudencia, su inobservancia es causal de mala conducta".

c. Con dicho artículo presentado dentro del proyecto de ley que se sometió a estudio, consideración, discusión y votación en el Senado de la República el senador demandado violó el régimen de conflicto de intereses establecido en la Constitución Política, porque participó en un tema que le estaba vedado constitucionalmente, según lo ha entendido la jurisprudencia;

d. Este artículo del proyecto de leypretendía presumiblemente convertir el "enriquecimiento ilícito" en una conducta subalterna, lo cual traía consigo que este delito no existiera como tal cuando no estuviese previamente demostrado que el dinero que lo determina tiene origen en una actividad al margen de la ley, es decir, que en la práctica estaría implicando la desaparición del "enriquecimiento ilícito" ya que lo que se ha buscado con su tipificación en nuestro ordenamiento penal es sancionar ciertos comportamientos que por falta de pruebas no era posible castigar;

e. Con dicho artículo el Senador presumiblemente buscó suspender el proceso que por enriquecimiento ilícito adelanta la Corte Suprema de Justicia en su contra, y así obtener beneficios propios de índole penal;

f. No obstante lo anterior y pese a que para la fecha del 13 de diciembre de 1995, al parecer, al senador demandado la Corte Suprema de Justicia lo investigaba por delitos que eventualmente pudieran ser favorecidos con el proyecto de ley promovido y votado, aquél no se declaró impedido, como era su obligación legal, moral y ética;

g. El referido artículo no se relaciona con el proyecto de ley en el cual se quiso introducir, ya que las figuras que se pretendieron incluir son materias completamente diferentes y no guardan unidad de tema con tal proyecto, el cual sólo buscaba sancionar delitos menores. Esta actitud no indica otra cosa diferente que obtener beneficios personales legislando en su propio interés;

h. En consecuencia, el citado Senador está incurso en la incompatibilidad o prohibición señalada en el Artículo 182 de la Constitución Política y también consagrada en el Artículo 286 de la Ley 5ª de 1992, que es sancionable con la pérdida de investidura que se solicita.

II. TRAMITE DE LA SOLICITUD

II.1. Se le imprimió el previsto en la Ley 144 de 19 de julio de 1994, que regula el procedimiento especial de pérdida de la investidura de los congresistas, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión de la solicitud, probatoria y audiencia pública.

II.2. Intervención del demandado.

Notificado personalmente el congresista *Carlos Augusto Celis Gutierrez* del auto admisorio de la solicitud de 8 de abril de 1996, el día 11 del mismo mes y año, por medio de apoderado, se hizo parte en el proceso y procedió a dar constestación a la solicitud aduciendo, en esencia, lo siguiente:

1°. El demandado desconocía el 13 de diciembre de 1995, y desconoce hoy, esto es, al momento de contestar la demanda, el delito por el cual se le está investigando. En la carátula del expediente que se instruye en la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— apenas se lee:

*"**Sindicado (s)**: Carlos Augusto Célis Gutiérrez, **Senador de la República**.*
***Denunciante (s)**: De oficio*
***Delito (s)**: Por establecer.*
***Procedencia**: Dirección Regional de la Fiscalía de Santafé de Bogotá".*

No obstante que la investigación preliminar se inició el 29 de junio de 1995, hasta la fecha, esto es, el 16 de abril de 1996, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, no ha vinculado al demandado a proceso alguno, pues no lo ha llamado a rendir indagatoria.

La investigación preliminar no es un proceso sino una averiguación previa al mismo, de donde puede resultar que el hecho no existió, que la conducta estudiada no constituye delito, que la persona investigada no lo cometió, es decir, que no hay lugar a abrir investigación. Así las cosas,

mientras la persona no esté vinculada mediante indagatoria o declaración de imputado ausente, no puede hablarse de procesado ni de delito.

2°. Al demandado no se le puede exigir, a la luz de la ley y del derecho, que el 13 de diciembre de 1995, se abstuviera de votar el artículo de ley propuesto con la tesis de que ha debido "suponer" que se le vincularía, en el futuro, a un proceso de enriquecimiento ilícito.

3°. En fallo de 30 de marzo de 1993, la Corte Constitucional declaró exequible el Decreto No. 2266 de 1991, pero dejo en claro que para que se tipificara el delito de enriquecimiento ilícito era necesario que las actividades delictivas estuvieran judicialmente declaradas para no violar el debido proceso y el artículo 248 de la Carta Política.

En contravía con lo dispuesto por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— ha venido sosteniendo en las diversas providencias en que decreta la detención preventiva de los parlamentarios, que la finalidad del artículo 10 del citado decreto es evitar que los particulares resulten beneficiados patrimonialmente sin justificación atendible con los dineros provenientes del narcotráfico, sin que para ello sea necesario que se haya producido una sentencia condenatoria contra alguien, pues basta que el juez que evalúa el enriquecimiento llegue a la conclusión de que el incremento provino de esas actividades ilícitas.

Manejando la anterior perspectiva jurídica un particular podría ser condenado porque recibió un tinto del supuesto narcotraficante o el sacerdote que recibió de él una limosna para su iglesia con el agravante de que en la práctica puede resultar condenado el beneficiario de la atención social o religiosa y en cambio el supuesto delincuente podría quedar libre.

4°. A la luz de la perspectiva jurídica de la Corte Constitucional se impone concluir que el demandado no tenía conflicto de intereses de alcance jurídico, en el momento en que votó el artículo censurado, pues él sólo sabía que se le estaba adelantando investigación preliminar por un delito por establecer.

Estando por establecer la naturaleza del delito, al demandado no se le puede exigir que a su sola voluntad encasille su comportamiento inocente dentro de un supuesto delito no tipificado por ley. Los delitos no pueden ser fruto del capricho de los medios de opinión. Tampoco se pueden crear por la vía doctrinaria o jurisprudencial.

5°. Tampoco tenía el demandado conflicto de intereses de orden ético. Y no lo tuvo porque no le pareció ni le sigue pareciendo malo que la ley se recoja la filosofía jurídica de un tribunal de tan alta jerarquía como es la Corte Constitucional.

6°. Hasta la fecha no se ha dictado la ley que regule el conflicto de intereses de alcance moral, motivo por el cual tal tarea no puede suplirla, a su sola voluntad, el juez.

II.3. Audiencia pública.

A la audiencia pública celebrada el 30 de abril de 1996 asistieron el solicitante, el demandado, su apoderado y la señora Procuradora Décima Delegada en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado.

II.3.1. El solicitante intervino en la audiencia reiterando la petición de pérdida de investidura del congresista por cuanto la Corte Suprema de Justicia adelantaba investigación en su contra por el delito de enriquecimiento ilícito, por lo cual, a su juicio, se configuró el conflicto de intereses.

Empleó en su intervención un lenguaje descomedido, soez e irrespetuoso, al cual se hará referencia en la parte considerativa de esta providencia.

II.3.2. La señora Procuradora Décima Delegada de lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado estima que no hay causal constitucional o legal en materia de conflicto de intereses, salvo que se haya registrado un interés en el libro de registro de intereses privados o haya sido recusado y que no está probado que el 13 de diciembre de 1995 el senador demandado hubiera tenido conocimiento que se le investigaba por el delito de enriquecimiento ilícito, razones por las cuales debe mantenérsele se investidura.

II.3.3. El apoderado del demandado reiteró los planteamientos expuestos en la contestación de la solicitud en cuanto a que no se configura la causal para la pérdida de investidura, pues al demandado se le había recibido versión libre pero no sabía por qué delito se le adelantaba la investigación. Afirmó, además, que su poderdante no conoce a los señores *Rodríguez Orejuela*, ni ha negociado con empresas de fachada, ni ha recibido títulos valores; que existen dos clases de enriquecimiento ilícito: de funcionario público y de particulares y que el artículo cuestionado se refiere a este último; y que el demando no presentó el proyecto de artículo, ni intervino en el debate y no tenía conocimiento que al votar él mismo podía favorecerse.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

III.1. Las conductas del solicitante en la audiencia pública.

En la audiencia pública efectuada el 30 de abril del presente año el solicitante *Emilio Sánchez Alsina* en su intervención empleó un lenguaje soez, descomedido e irrespetuoso con los integrantes de la Sala y entregó una comu-

nicación al Presidente de la Corporación, también de la misma índole, razón por la cual se le adelanta una actuación correccional en cuaderno separado.

Como tales conductas del solicitante pueden constituir también una infracción a las regulaciones contenidas en el Estatuto de la Abogacía (Decreto-ley 196 de 1971), dada la condición de abogado que ostenta, se ordenará en la parte resolutiva de esta providencia compulsar copias de las partes pertinentes de su intervención en la audiencia y de la aludida comunicación con destino a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, para lo de su competencia.

III.2. El aspecto de fondo.

Aparece demostrado en el proceso que el señor *Carlos Augusto Celis Gutiérrez* fue elegido senador de la República por circunscripción nacional, para el período constitucional 1994-1998 (folio 9 del cuaderno principal), y por lo tanto ostenta la calidad de congresista.

Igualmente aparece acreditado que el citado Senador no intervino en el debate ni suscribió la proposición contentiva del artículo adicional al Proyecto de ley número 168 del Senado, 129 de 1995 de la Cámara, pero sí votó afirmativamente el mismo en la sesión del Honorable Senado de la República efectuada el 13 de diciembre de 1995 (folio 66 *ibidem*).

El actor solicita la declaratoria de pérdida de la investidura del citado congresista porque, a su juicio, éste incurrió en la causal de violación del régimen de conflicto de intereses, al haber promovido y votado el referido artículo en la sesión anteriormente citada, artículo éste que lo favorecía, pues a través de su consagración legal se suspendería el proceso penal que por enriquecimiento ilícito adelanta en su contra la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

En efecto, el artículo cuestionado era del siguiente tenor:

"La doctrina constitucional adoptada en la sentencia de la Corte Constitucional es criterio auxiliar de interpretación para las autoridades, excepto en los siguientes casos:

***Primero:** cuando dicte sentencias interpretativas, es decir, aquellas que declaran las exequibilidad de una norma legal, condicionada a una determinada forma de interpretación.*

***Segundo:** cuando la parte emotiva (sic) de la sentencia proferida por la Corte Constitucional guarde unidad indisoluble o relación directa o tenga el hecho (sic) causal con la parte resolutiva de la misma.*

Tercero: en los casos de sentencias integradoras, es decir, cuando a falta de legislación adecuada para resolver un asunto concreto sometido a su competencia, el juez aplique directamente la norma constitucional, en estos tres casos la doctrina adoptada en la providencia hace tránsito a cosa juzgada constitucional, obliga en su integridad y corrige la jurisprudencia, su inobservancia es causal de mala conducta".

Con tal preceptiva se pretendía dar el carácter de obligatoria a la doctrina de la Corte Constitucional consignada en la parte motiva de la sentencia No. C-127 de 30 de marzo de 1993, así:

"La expresión «de una u otra forma», debe entenderse como incremento patrimonial no justificado, derivado de actividades delictivas, en cualquier forma que se presenten éstas. Las actividades delictivas deben estar judicialmente declaradas, para no violar el debido proceso, y el artículo 248 de la Constitución Política, según el cual únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales..." (*Gaceta de la Corte Constitucional 1993*, Tomo III, página 203).

Tal consideración la hizo la Corte Constitucional al referirse exclusivamente al delito de enriquecimiento ilícito de particular, cuando decidió declarar exequible, entre otros, el Artículo 10 del Decreto 2266 de 1991 que lo regula, y cuyo texto es el siguiente:

"Adoptándose como legislación permanente las siguientes disposiciones del Decreto legislativo 1895 de 1989:

Artículo 1°. El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga para sí o para otro incremento patrimonial no justificado, derivado, en una u otra forma de actividades delictivas, incurrirá, por ese solo hecho, en prisión de cinco (5) a diez (10) años y multa equivalente al valor del incremento ilícito logrado...".

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

El Artículo 182 *ibidem* establece que los congresistas deben poner en conocimiento de la respectiva Cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración y defiere a la ley la determinación de lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones.

La Ley 5ª de 1992, que contiene las normas reguladoras sobre reuniones y funcionamiento del Congreso de la República en pleno y de las Cámaras que lo integran, que entró en vigencia el 18 de junio de 1992, en su Sección IV (artículos 286 a 295), reglamentó lo relativo al conflicto de intereses y estatuyó en su Artículo 286 que todo congresista, cuando existe interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera, o a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o a algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o a sus socios de derecho o de hecho, deberá declararse impedido de participar en los debates o votaciones respectivas.

Como lo ha expresado la Sala en recientes pronunciamientos sobre la misma materia a la cual se contrae este proceso, entre otros, en sentencias de 5 de marzo de 1996 (Expediente No. AC-3302, Consejero Ponente doctor *Amado Gutierrez Velásquez*), de 13 de marzo del mismo año (Expediente No. AC-3299, Consejero Ponente doctor *Mario Alario Méndez)* y de 16 de abril del mismo año (Expediente No. AC-3304, Consejero Ponente doctor *Daniel Suárez Hernández)*, los citados preceptos constituyen el régimen legal de conflicto de intereses y esta causal de pérdida de investidura se configura cuando el congresista, su cónyuge o compañera permanente, o a sus parientes o socios de hecho o de derecho, teniendo un interés directo en un debate o votación de un proyecto de ley porque lo afecte o beneficie de alguna manera no se declara impedido.

Igualmente ha precisado que ese interés puede ser de carácter personal, económico o jurídico.

En las citadas sentencias se resaltó, y ahora se reitera, que uno de los aspectos determinantes para la configuración de la causal en estudio es el referente al conocimiento anticipado que hubiera tenido el congresista demandado acerca de la existencia de un proceso penal por "enriquecimiento ilícito" en su contra, la incidencia favorable en su situación penal del proyecto de norma cuestionado y su intervención en la discusión y votación del mismo en busca de ese resultado favorable.

En el caso *sub examine*, cabe tener en cuenta lo siguiente:

Según consta a folios 6 a 7 del cuaderno No. 2, lo que motivó a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para iniciar las diligencias de indagación previa, en auto de 29 de junio de 1995, en relación con el Congresista *Carlos Augusto Celis Gutiérrez* , fueron las diligencias evacuadas por la comisión de Fiscales ante dicha Corporación, que relacionan al citado parlamentario y que pretendían establecer la comisión de actividades ilícitas en la ciudad de Cali, tales como "violación a la Ley 30

de 1986, testaferrato y enriquecimiento ilícito", así como quiénes se encuentran vinculados a ellas (folio 6 *ibidem).*

En orden a dilucidar lo anterior, el demandado fue citado a rendir versión libre y espontánea, la cual se llevó a cabo el 17 de noviembre de 1995.

En dicha declaración fue indagado acerca de sus generales de ley, sus bienes de fortuna, la forma como fueron adquiridos, de dónde provino el dinero para su adquisición, los números de sus cuentas de ahorros y corrientes, la materia sobre la cual han versado los proyectos de ley que ha presentado como congresista y en relación con el pago de una cuenta de estadía por un día en el mes de junio de 1992 en la ciudad de Cali en el Hotel Intercontinental, que constituyó el indicio para realizar las diligencias previas (folios 181 a 189 *ibidem).*

De lo antes reseñado y del contenido del cuestionario formulado al demandado puede afirmarse, sin temor a equívocos, que tal y como aparece en la carátula del expediente que se adelanta la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el delito estaba *"por establecer"*, (folio 1, *ibidem)* pues bien podría tratarse de averiguar si el demandado estaba o no incurso en *actividad de narcotráfico (Ley 30 de 1986) o testaferrato* (de ahí la importancia de determinar en la indagación preliminar la materia de los proyectos de ley que había presentado el referido congresista y la ley relación y origen de sus bienes de fortuna) o en ***enriquecimiento ilícito.***

Siendo ello así, no puede tenerse como válido el argumento del solicitante en cuanto a que el demandado sabía que su conducta antijurídica se tipificaba en el hecho punible del "enriquecimiento ilícito", pues ni la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia la había calificado como tal, y por el contrario, bien podía estar enmarcada en otros tipos penales diferentes, como los anotados anteriormente, conductas estas que también pueden responder al por qué del pago de una cuenta de estadía en un hotel, ya que no necesariamente dicho pago ha de estar referido a la conducta delictiva específica del "enriquecimiento ilícito".

En la declaración rendida ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia respondió el demandado en relación con el pago de la mencionada cuenta, así:

> *"...En el momento de acercanos a la oficina de registro del hotel nos fue manifestado por la persona encargada que la cuenta había sido cancelada, que era una cortesía del hotel y sinceramente dada nuestra condición de hombres públicos y del hecho de que con frecuencia al menos en lo que a mí respecta en mi región ese tipo de cortesías se hace frecuente no*

solamente en hoteles sino en discotecas y restaurantes, no presté mucha atención al mismo tal vez por exceso de confianza o por ingenuidad teniendo en cuenta el hecho de ser un novato en el ejercicio parlamentario..." (folio 186 *ibidem*).

Del texto transcrito infiere la Sala que una cosa sí parece tener muy clara el congresista demandado y es la calidad de servidor público que le asiste, calidad esta que adujo para justificar la "cortesía" del Hotel Intercontinental frente a su estadía en el mismo.

Ahora, si el congresista era consciente de esa calidad antes de haber votado el proyecto de artículo cuestionado, ello descarta también que el motivo que lo indujo a tal votación hubiera sido el de beneficiarse con el mismo, pues éste afectaba el "enriquecimiento ilícito de particular", es decir, no estaba dirigido a quienes ostentaban la calidad de servidores públicos.

Y es que no puede perderse de vista que la doctrina de la Corte Constitucional, a la cual quiso dársele carácter obligatorio por medio del artículo cuestionado, como ya se dijo, estaba referida exclusivamente al hecho punible de enriquecimiento ilícito de particular (artículo 10 del Decreto 2266 de 1991) y no al de enriquecimiento ilícito de empleado oficial (artículo 148 del C.P), que constituye otro tipo penal, con sujeto activo, modalidad delic-tiva y consecuencias jurídicas diferentes de las de aquél.

De los hechos expuestos en la solicitud, así como de las pruebas recaudadas tendientes a su demostración, no deduce la Sala la configuración de la causal invocada, razón esta potísima que la conduce a denegar la pretensión del solicitante, como en efecto se dispondrá en la parte resolutiva de esta sentencia.

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

FALLA:

1°. Deniégase la solicitud de pérdida de la investidura del congresista *Carlos Augusto Celis Gutiérrez* .

2°. Por la Secretaría compúlsense copias de las partes pertinentes de la intervención del solicitante *Emilio Sánchez Alsina* en la audiencia pública afectuada el 30 de abril del presente año y de la comunicación que entregó en dicha diligencia al Presidente de la corporación, con destino a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, para lo de su competencia.

3°. Ejecutoriada esta providencia, comuníquese a la Mesa Directiva del Honorable Senado de la República, al Consejo Nacional Electoral y al Ministerio del Interior, para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día siete (7) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Daniel Suárez Hernández, Presidente, aclaración de voto; *Mario Alario Méndez,* aclaración de voto; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruíz,* ausente; *Carlos Betancur Jaramillo,* aclaración de voto; *Jesús María Carrillo B.,*aclaración de voto; *Julio Enrique Correa Restrepo salvó; Guillermo Chahín Lizcano,* salvó; *Miren de la Lombana de M.,* salvó voto; *Clara Forero de Castro,* salvó voto; *Delio Gómez Leyva,* salvó voto; *Amado Gutiérrez Velásquez,* aclaración de voto; *Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Alvaro Lecompte Luna, Juan de Dios Montes Hernández,* aclaración de voto; *Carlos Arturo Orjuela Góngora,* aclaración de voto;*Dolly Pedraza de Arenas,* salvó voto; *Juan Alberto Polo Figueroa, Libardo Rodríguez Rodríguez,* salvamiento de voto; *María Eugenía Samper Rodríguez, Consuelo Sarria Olcos,* salvó voto; *Manuel Santiago Urueta Ayola,* salvó voto.

Mercedes Tovar de Herrán, Secretaria General.

NOTA DE RELATORIA: El salvamento del doctor Carlos Arturo Góngora es igual al expresado en la sentencia del 16 de abril de 1996, expediente AC-3304, en el proceso de pérdida de investidura del senador Santofimio botero, publicado en este mismo tomo de *Anales,* el cual remitimos.

NOTA DE RELATORIA: Se reiteran las providencias de fechas 4 de marzo de 1996. Expediente AC-3302. Ponente doctor Amado Gutierrez Velásquez marzo 13 de 1996, Expediente AC-3299, Ponente Doctor Mario Alario Méndez, y de 16 de abril de 1996 Expediente AC-3304, Ponente doctor Daniel Suárez Hernández.

ACLARACION DE VOTO
DEL DOCTOR CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA

Santafé de Bogotá, D.C., junio trece (13) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Referencia: Expediente No. AC-3451. Actor: Emilio Sánchez Alsina, ***Asuntos Constitucionales***, Solicitud de pérdida de investidura del doctor *Carlos Augusto Celis Gutiérrez* .

Con todo comedimento me permito señalar que aunque compartí lo resuelto en este asunto, considero necesario precisar mi divergencia con algunos razonamientos de la parte motiva, así:

1. El artículo 182 de la Carta Política, invocado por la parte demandante para sustentar la solicitud de pérdida de investidura, dice:

> *"Los congresistas deberán poner en conocimiento de la respectiva cámara las* ***situaciones de carácter moral o económico*** *que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración.* ***La ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses,*** *y las recusaciones"* (se destaca).

Esto es, que *"las situaciones de carácter moral o económico"* que inhiben a los congresistas para intervenir en la discusión de los proyectos de ley sometidos a consideración de su respectiva cámara *deben estar determinadas expresamente por la ley.*

2. La *Ley 5ª* de 1992, en relación con la problemática de que trata este proceso, consagró en su *Sección Cuarta, Conflicto de intereses*, lo siguiente en cuanto a esta materia.

2.1. *En el Artículo 286 (aplicación)*, establece que los congresistas deben declararse impedidos para participar en los debates o en las votaciones

respectivas, cuando *"exista interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera, o a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o a alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o socios de derecho o de hecho"* (se destaca).

2.2. En el *Artículo 291 (declaración de impedimento)*, dispuso que el congresista debe solicitar su separación del conocimiento de un asunto *"al observar un conflicto de interés"* (se destaca).

2.3. Los artículos subsiguientes se refieren al trámite del impedimento y al punto de la recusación.

3. *La Ley 144 de 1994* señaló en su *Artículo 16 (Conflicto de intereses-Definición)*, la conducta que deben asumir los congresistas que dentro del año inmediatamente anterior a su elección "hayan prestado servicios remunerados a gremios o personas de derecho privado sobre cuyos intereses o negocios incidan directamente actos que se encuentren al estudio del Congreso".

4. Es decir, que *los dos estatutos legales mencionados tratan expresamente el tema de los conflictos de intereses de orden económico, pero no el de los de orden moral.*

5. Es cierto que la moral implica principios y valores propios del ser que vive en sociedad; empero, éstos tienen que ver con su fuero interno y su respeto por los demás.

6. Aunque no se me oculta la dificultad que podría tener un texto legal para definir el conflicto de intereses de orden moral, sí estoy convencido de que *deben existir reglas claras, expresas y escritas, para que el congresista identifique y manifieste esa clase de limitaciones o impedimentos.*

7. Así las cosas, pienso que *no están tipificadas las situaciones que constituirían un "conflicto de intereses de orden moral", y por ende, las circunstancias dentro de las cuales se produciría su violación o quebrantamiento.*

8. Ahora bien, he sostenido que todavía no se ha dilucidado completa y satisfactoriamente la naturaleza del proceso de pérdida de investidura, y posiblemente este hecho genera muchas de las dificultades con que tropieza el juzgador al momento de decidir una demanda de esta clase. Entre otras cosas porque si participa de un carácter judicial, ético, político, disciplinario o sancionatorio, como se ha dicho por parte de la Corte Constitucional y del propio Consejo de Estado, *es menester aplicar todas las garantías propias de esa clase de juicios, a saber: el principio de la presunción de inocencia y el de la buena fe del demandado.*

9. Así mismo, no puede olvidarse que *el congresista le debe su investidura al pueblo, o de manera más precisa, a sus electores*, que en ejercicio de los derechos políticos correspondientes (entre otros, los del Artículo 40 de la Constitución Política), lo han escogido como su representante en el órgano legislativo. Y que tienen derecho a que los que siga representando mientras no se compruebe fehacientemente que es indigno de ello o que ha incurrido en una causal de pérdida de esa investidura. *O sea*, que por este aspecto *también los electores del congresista (el pueblo), tienen derecho a que el proceso de pérdida de su investidura esté rodeado de todo ese cúmulo de garantías y entre ellas, por encima de cualquiera otra, las que dicen relación con el debido proceso y el derecho de defensa.*

10. En consecuencia la pérdida de investidura de un congresista por la causal de violación del régimen de conflicto de intereses de orden moral, solamente puede darse cuando la ley haya fijado de manera expresa cómo se configura, cuáles son sus modalidades y las diferentes situaciones que tienen que ver con su manifestación, trámite, etc.

11. También he hecho énfasis en que en estas materias *no puede hablarse del "hecho notorio"*, porque las condiciones que he mencionado grosso modo indican que es indispensable una "prueba plena" de la culpa o dolo del congresista, para que pueda aplicársele la responsabilidad sobreviniente que sería la de la pérdida de su investidura.

12. Del mismo modo considero conveniente recalcar que *no puede confundirse la situación que se ventila ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en casos como éste, con la que está sometida al escrutinio del Consejo de Estado*, pues ante aquélla se debate si el congresista cometió o no un delito, sobre la base de una tipificación clara y expresa de las conductas que lo configuran. En cambio, aquí se debate si violó un régimen que en mi sentir no está regulado por el legislador.

13. Desde luego, no puede dejarse de lado que el momento que vive el país le brinda unos ingredientes anormales y atípicos a esta clase de juzgamientos, porque la opinión pública maneja unos ingredientes de raigambre eminentemente política, que no son ni pueden ser los que apliquemos o tengammos en cuenta los jueces. En este carácter, entonces, nuestra única guía debe ser el Estado de Derecho; y nuestra brújula, la justicia. Y para ello, como ya lo acoté, es indispensable respetar celosamente los derechos al debido proceso y de defensa, pues de eso dependen en buena medida la estabilidad de las instituciones y la tranquilidad de la Patria.

14. Es evidente que el manejo que le han dado los medios de comunicación a estos temas ha generado una sensibilidad muy especial en la opinión pública, que encierra el peligro de que al no presentar aquellos todas

las características y detalles del conflicto tampoco permiten la formación de un criterio objetivo e imparcial por parte de la comunidad. Sin embargo, esta evidencia no puede afectar la independencia y la autonomía del juez para pronunciar su decisión. Soy consciente de que por esa causa se nos ha estigmatizado a quienes sustentados en nuestra convicción filosófica, jurídica y moral, hemos llegado a la conclusión de que en este evento no existen los elementos de toda índole indispensables para decretar la pérdida de investidura del demandado, y que en tal virtud, es menester denegar esa petición, porque así nos lo señalan nuestra conciencia, el Derecho y la razón. Estoy convencido, además, de que cuando se despeje este ambiente extraño y anómalo se verá con claridad que las decisiones judiciales no pueden estar movidas por el calor del momento, ni por circunstancias coyunturales, sino por el peso y la calidad de las normas jurídicas, su debida interpretación y el sentido sublime de lo que es justo; y entonces brillarán con luz propia lo que significa la independencia del juez y la responsabilidad que al *"decir el derecho"* tiene ante Dios y ante los Hombres.

En ese orden de ideas, se imponía —como en efecto se hizo— denegar la solicitud de pérdida de investidura del Congresista demandado.

Con toda atención,

Carlos Arturo Orjuela Góngora.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONGRESISTA - Causales / **CONGRESISTA** - Senador / **DERECHO SANCIONATORIO** - Principio de legalidad

Mi aclaración se refiere a algunos puntos de la motivación, porque estoy de acuerdo en un todo con la parte resolutiva del fallo. Sigo sosteniendo, como lo he hecho en asuntos similares, que la conducta que se le imputa al Senador *Celis Gutiérrez* no sólo no fue demostrada, sino que ella no puede subsumirse en disposición legal que contemple precisamente esa forma de actuar como sancionable. Se recuerda que tanto en el campo disciplinario como en el penal opera en toda su extensión el principio de la legalidad punitiva preexistente, pilar del Estado de Derecho. Pedir que se aplique la Constitución (concretamente el artículo 243) y con ésta la interpretación que por vía de autoridad hace la Corte Constitucional, no puede ser para nadie sin excepción, hállese en la situación que se hallare, motivo de sanción o pena; a menos que por vía "conveniencias" esa conducta se "tipifique" como un nuevo delito de opinión. Si esto es así, ¿entonces, para qué el Estado de Derecho?

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

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. AC-3451. Actor: Emilio Sánchez Alsina.

Demandado:*Carlos Augusto Celis Gutiérrez.*

ACLARACION DE VOTO

Doctor: *Carlos Betancur Jaramillo.*

Con todo respeto aclaro el voto frente a la sentencia de siete (7) de mayo del presente año, adoptada por la mayoría de la Sala, en el proceso de la referencia.

Mi aclaración se refiere a algunos puntos de la motivación, porque estoy de acuerdo en un todo con la parte resolutiva del fallo.

Sigo sosteniendo, como lo he hecho en asuntos similares, que la conducta que se le imputa al senador *Celis Gutiérrez* no sólo no fue demostrada, sino que ella no puede subsumirse en disposición legal que contemple precisamente esa forma de actuar como sancionable. Se recuerda que tanto en el campo disciplinario como en el penal *opera en toda su extensión el principio de la legalidad punitiva preexistente*, pilar del Estado de Derecho.

Pedir que se aplique la Constitución (concretamente el artículo 243) y con ésta la interpretación que por vía de autoridad hace la Corte Constitucional, *no puede ser para nadie sin excepción, hállese en la situación que se hallare*, motivo de sanción o pena; a menos que por vía de "conveniencias" esa conducta se "tipifique" como un delito nuevo de opinión. Si esto es así, entonces, ¿para qué el Estado de Derecho?

Atentamente,

Carlos Betancur Jaramillo.

Santafé de Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONGRESISTA - Causales / **ENRIQUECIMIENTO ILICITO** -Naturaleza

No se trata, como dice el fallo, que bien podía entender el senador que las diligencias adelantadas en la Corte Suprema de Justicia el día 17 de noviembre de 1995, no se referían a la investigación del punible tipificado en el artículo 1° del Decreto 1895 de 1989 —delito de enriquecimiento de particulares— y que por lo tanto nada le impedía participar en la votación del denominado "artículo nuevo", ya que para juzgar el entendimiento que podía tener el acusado, era preciso relacionar tales diligencias con lo sucedido en el debate del artículo en discusión. Y sobre lo acontecido el día 13 de diciembre de 1995, fecha en que se llevó a cabo la votación del artículo cuestionado, no deja de ser diciente que fueron pródigas las discusiones sobre el tema de enriquecimiento ilícito de particulares y las incidencias que tenía la aprobación del "artículo nuevo" en su tipicidad. No es del caso precisar cuándo determinada conducta encaja dentro del tipo penal del "enriquecimiento ilícito de particulares" (artículo 1° del Decreto 1895 de 1989) o cuándo tipifica el de "enriquecimiento ilícito de funcionario público", por no ser competencia de la Corporación; sin embargo, baste mencionar que el delito de "enriquecimiento ilícito de funcionarios consagrado en el artículo 148 del Código Penal, es un delito subsidiario, como quiera que sólo opera cuando el hecho del incremento patrimonial no justificado del funcionario público, no constituya otro delito, como puede ser el peculado, cohecho, concusión, etc.; esta subsidiariedad del tipo, es lo que lo distingue del delito de "enriquecimiento ilícito de particulares", habida cuenta que este es autónomo y se tipifica cuando de manera directa o por interpuesta persona se obtenga para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado, en una u otra forma, de actividades ilícitas. Y si bien es cierto que al momento de votar el senador *Celis Gutiérrez* el artículo en discusión no se había calificado su conducta, en la versión libre que da cuenta el expediente, se le requirió sobre unos hechos que según interpretación de la Fiscalía tipificaban el delito de enriquecimiento ilícito de particulares;

sabía en consecuencia, después de tal advertencia, que del artículo que votó afirmativamente ese día le podía beneficiar directamente, porque al modificarse el entendimiento que del tipo penal tenía Fiscalía las diligencias preliminares que adelantaba en su contra podrían tomar otro rumbo; por ello violó el régimen del conflicto de intereses que le exigía declararse impedido para participar en el debate, por tener un interés particular y directo.

Santafé de Bogotá D.C., cinco (5) de julio de mil novecientos noventa y seis (1996).

Referencia: Expediente No. AC-3451. Actor: Emilio Sánchez Alsina. Pérdida de investidura.

SALVAMENTO DE VOTO

Doctora: Dolly Pedraza de Arenas.

Con el debido respeto me aparto de la decisión mayoritaria de la Sala, ya que considero, a diferencia de lo sostenido en el fallo, que las pruebas aportadas al plenario sí demuestran la violación del régimen de conflicto de intereses, por parte del senador *Carlos Augusto Celis Gutiérrez* y por ello ha debido decretarse la pérdida de su investidura.

No se trata, como dice el fallo, que bien podía entender el senador que las diligencias adelantadas en la Corte Suprema de Justicia el día 17 de noviembre de 1995, no se referían a la investigación del punible tipificado en el artículo 1° del Decreto 1895 de 1989 delito de enriquecimiento de particulares y que por lo tanto nada le impedía participar en la votación del denominado "artículo nuevo", ya que para juzgar el entendimiento que podía tener el acusado, era preciso relacionar tales diligencias con lo sucedido en el debate del artículo en discusión.

Y sobre lo acontecido el día 13 de diciembre de 1995, fecha en que se llevó a cabo la votación del artículo cuestionado, no deja de ser diciente que fueron pródigas las discusiones sobre el tema de enriquecimiento ilícito de particulares y las incidencias que tenía la aprobación del "artículo nuevo" en su tipicidad. No es del caso precisar cuándo determinada conducta encaja dentro del tipo penal del "enriquecimiento ilícito de particulares" (artículo 1° del Decreto 1895 de 1989) o cuándo tipifica el de "enriquecimiento ilícito de funcionario público", por no ser competencia de la Corporación; sin embargo, baste mencionar que el delito de "enriquecimiento ilícito de funcionarios consagrado en el artículo 148 del Código Penal, es un delito subsidiario, como quiera que sólo opera cuando el hecho del incremento patrimonial no justificado del funcionario público no constituya otro delito, como puede

ser el peculado, cohecho, concusión, etc.; esta subsidiariedad del tipo, es lo que lo distingue del delito de "enriquecimiento ilícito de particulares", habida cuenta que este es autónomo y se tipifica cuando de manera directa o por interpuesta persona se obtenga para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado, una u otra forma, de actividades ilícitas.

Sobre este tipo penal de enriquecimiento de particulares fue que giró la discusión del artículo cuestionado. No solamente el Fiscal General de la Nación sino algunos senadores, alertaron en el debate sobre la gravedad de dejar de considerar este delito como tipo penal autónomo, que era lo que pretendía la aprobación del artículo en discusión. Como da cuenta la *Gaceta del Congreso* No. 479 visible a folios 10 a 33 del expediente, dijo a este respeto el señor Fiscal en su intervención ante el Senado el día 13 de diciembre de 1995:

> *"...pero por supuesto que el delito en sí mismo, este delito es autónomo, debe ser considerado como un delito autónomo precisamente porque así se concibió y porque esas fueron las circunstancias, repito, las deficiencias investigativas para establecer la verdad en la realidad de la comisión de unas conductas delictivas"* (pág. 23 de la *Gaceta*).

Y más adelante agregó:

"(...)

> *Yo lo que he dicho es que frente a la situación actual de muchos procesos, este tema y este artículo sí los afecta, sí los afecta, indiscutiblemente, honorable senador, claro por lo que se busca, por el interés de hacer valer una disposición y lo dije yo de la Corte Constitucional y yo también me refería a ese antecedente, también por el cual, ese artículo se había establecido y yo sí lo he dicho que este artículo en esta coyuntura me parece a mí, absolutamente inconveniente y además absurdo, yo lo expliqué de esa manera, o sea si se trata de hablar claramente pues yo no solamente hablé claramente en ese entonces cuando hice mi exposición, sino hablo ahora, sí lo afecta"* (pág. 31 de la *Gaceta*).

Son extensas las disertaciones que en el debate se hicieron sobre el alcance del denominado "artículo nuevo" del cual no podía sustraerse el senador *Celis Gutiérrez*, pues sabía de que aprobarse el artículo cuestionado se irían a favoreser las personas cuestionadas penalmente por enriquecimiento ilícito de particulares.

Y si bien es cierto que al momento de votar el senador *Celis Gutiérrez* el artículo en discusión, no se había calificado su conducta, en la versión libre que da cuenta el expediente a folios 77 a 92 del cuaderno 2, se le re-

quirió sobre unos hechos que según interpretación de la Fiscalía tipificaban el delito de enriquecimiento ilícito de particulares; sabía en consecuencia, después de tal advertencia, de que el artículo que votó afirmativamente ese día le podía beneficiar directamente, porque al modificarse el entendimiento que del tipo penal tenía la Fiscalía, las diligencias preliminares que adelantaba en su contra podrían tomar otro rumbo; por ello violó el régimen de conflicto de intereses que le exigía declararse impedido para participar en el debate, por tener un interés particular y directo.

Dolly Pedraza de Arenas.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Efectos / **PERDIDA DE LA INVESTIDURA** - Causales / **CONFLICTO DE INTERESES E IMPEDIMENTOS** - Diferencias / **INTERES MORAL** - Desarrollo legal

En el derecho constitucional contemporáneo se han introducido mecanismos de control a la representación, por ejemplo, en la Constitución vigente se prevé la pérdida de investidura para senadores, representantes, diputados y concejales; y en lo pertinente a los agentes administrativos de elección popular, por constituir un mandato —distinto de la figura de la representación— se consagra la revocatoria para gobernadores y alcaldes, con la finalidad de moralizar y legitimar la representación popular. La pérdida de la investidura produce tres efectos: 1° Priva al congresista del empleo. 2° Lo inhabilita para ser elegido, es decir, lo convierte en un ciudadano en *capitis diminutio*. 3° Lo degrada porque lo despoja de la representación, de los honores, dignidades y privilegios que el pueblo le confirió. Causales de Pérdida de la Investidura: La Constitución Política de Colombia, ante la suma gravedad del resultado de la pérdida de una investidura, señaló causales de jerarquía constitucional y juez adecuados a la materia en los artículos 183 y 184. En el artículo 183-1 estableció dos: a) La violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades. b) La violación del régimen de conflicto de intereses. La primera fue determinada de manera expresa por la Constitución (artículos 179 y 180 y la ley) y la segunda, se le defirió al legislador para que señalara su régimen. Ahora bien, la Constitución Política Nacional en los artículos 182 y 183, con las expresiones "conflictos de intereses", en primer lugar, ha creado un mecanismo para restringir de manera excepcional el derecho a la inviolabilidad por las opiniones y votos de los congresistas, defiriendo al legislador la expedición de un régimen de conflicto de intereses. Y, en segundo término, en caso de que el congresista incurra en las causales de violación del conflicto de intereses, autorizó al Consejo de Estado para quitarle la investidura que el pueblo le otorgó en aras de la representación política. Indudablemente este concepto jurídico indeterminado pone de relieve la contradicción que puede existir,

en la actividad legislativa, entre la persona del legislador (Representante o Senador) y el fin que persigue la ley: en otros términos la contraposición entre su propio interés (o el de terceros) y el interés general definido por el artículo 133, inciso 1 de la Constitución Nacional. El constituyente defirió a la ley la determinación de dicho concepto jurídico, según lo impone la Constitución Nacional en el artículo 182: "La ley determinará lo relativo con los conflictos de intereses y las recusaciones". Cuando el Constituyente habla de "régimen de inhabilidades e incompatibilidades" y de "régimen de conflicto de intereses" está imponiendo limitaciones a los derechos fundamentales y libertades públicas de que gozan los congresistas como miembros de la sociedad política. Estas limitaciones que constituyen excepciones a su esfera de libertad jurídica, vale decir, a su capacidad, necesariamente tiene que ser regulada íntegramente por la ley, para su correcta interpretación que de suyo es restrictiva. Solamente que una vez exista el régimen legalmente previsto, es decir, un estatuto o un conjunto de normas que gobiernen o regulen el conflicto de intereses de los congresistas, será posible conocer cuál o cuáles conductas son atentatorias del mismo. Al juez no le es dado calificar esta labor sin la previa determinación legal. Abandonaría su condición de administrador de justicia para asumir la de legislador. El artículo 286 de la Ley 5ª de 1992 no consagró causales de impedimento, ni concretó el concepto jurídico indeterminado de conflicto de intereses, simplemente describió unas situaciones generales que podrían afectar la imparcialidad del congresista, las cuales son de conocimiento universal. En segundo término, los literales a, b y c, contienen motivos de impedimento de carácter económico. En tercer lugar, exclusivamente en estos eventos el congresista está obligado a manifestar su falta de competencia subjetiva e inhibirse de participar en los respectivos debates y votaciones. En cuarto lugar, el no declararse impedido necesariamente no conlleva o causa conflicto de intereses. El artículo 183 de la Constitución Política no dice que, cuando el congresista omita declararse impedido debiendo hacerlo, pierde su investidura. Expresa que es causal de pérdida de investidura la violación al régimen de conflicto de intereses. Los conflictos de carácter moral que menciona el artículo 182 de la Carta deben concretarse en una ley, en armonía con el artículo 183, *ibídem.* Así como se han establecido legalmente inhabilidades e incompatibilidades, la ley debe establecer el régimen de conflicto de intereses. Con este régimen será fácil saber en qué casos el congresista deberá declararse impedido, cuando puede ser recusado y cuando lo desconoce para colocarse en peligro de perder la investidura.La normatividad vigente, (artículos 286 y 287 de la Ley 5ª de 1992 y 16 de la Ley 144 de 1994) citada anteriormente, no conforma un régimen de conflicto de intereses. Son disposiciones

aisladas, impropiamente incluidas en una ley orgánica del reglamento del Congreso y en otra de procedimiento de pérdida de investidura, dictadas al amparo de los artículos 151 y 184 de la Constitución. El conflicto de intereses que, como ya se explicó, conlleva una limitación a la esfera de libertad jurídica del congresista, debe ser regulado dentro de los varios tipos de leyes que previó el constituyente, por una ley estatutaria conforme al artículo 152, literal a), la cual tiene procedimiento y contenido distintos de las que hasta el momento ha expedido el Congreso. Recurrir al conflicto de intereses para decretar la pérdida de la investidura de un congresista, sin que el legislador hubiera definido el régimen correspondiente, significa abrir una gama de eventualidades y de abstracciones en las cuales cabría cualquier diferencia de criterio. El Senador votó negativamente el proyecto de ley. Si el Senador *Celis Gutiérrez* con su voto se opuso a la aprobación del proyecto de ley transcrito con antelación, no hay, por sustracción de materia, conflicto de intereses. Su comportamiento armonizó con el interés público, social o colectivo y, en estas condiciones, desapareció todo contraste o incompatibilidad. Despojarlo de su investidura significaría inventar una causal nueva, no prevista en la Constitución, consistente en votar cuando existe compatibilidad o conjunción de interés.

Referencia: Expediente No. AC-3451. Actor: Emilio Sánchez Alsina

ACLARACION DE VOTO

Doctores: Daniel Suárez Hernández y Juan de Dios Montes Hernández.

Los suscritos manifestamos compartir la decisión adoptada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en el sentido de no despojar de la Investidura de congresista al senador *Carlos Augusto Celis Gutiérrez*, en primer lugar, porque la ley no ha previsto el régimen de conflicto de intereses y, en segundo término, en caso de que las disposiciones que analizaremos a continuación lo constituyan, los hechos que el demandante le atribuye no indican violación del mismo.

Nuestro disentimiento con la parte motiva de la sentencia se explica de este modo:

a. La Figura de la Representación y el Congreso.

El Estado constitucional moderno se ha organizado sobre los fundamentos de la democracia representativa; entre nosotros, desde los orígenes de la República, se la consagró, con limitaciones tales como el voto censitario. Su universalidad apenas se alcanza en 1957.

Pero es importante resaltar que desde un principio se hizo énfasis en la exclusividad de la representación y la vocería popular en el órgano de elección popular, excluyendo intervenciones paralelas.

Este mismo instituto se recoge en la actual Constitución en los artículos 133 y 258, en estos términos:

"Los miembros de los cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común".

"El voto es un derecho y un deber ciudadano".

En Colombia adoptamos la figura de la representación política, aunque sin contar con las experiencias que la precedieron en otras latitudes (Europa y Estados Unidos), y la participación del ciudadano en la conformación, ejercicio y control del poder.

El Congreso, elegido por votación directa y compuesto de dos cámaras, ostenta en el ámbito nacional la representación popular de conformidad con el artículo 133 de la Carta Política.

Le corresponden varias funciones derivadas de esa condición, establecidas en los artículos 114 y 1 de la Constitución Política, a saber:

1. Reformar la Constitución.

2. Hacer las leyes.

3. Ejercer control político sobre el gobierno y la administración.

4. Orientar el proceso económico y crear condiciones para lograr el desarrollo de la comunidad, como meta esencial del Estado Social de Derecho.

b. Estatuto del Congresista.

Los congresistas, en relación con estas materias, no solamente pueden actuar, sino que tienen el poder-deber. La función constitucional de hacerlo "consultando la justicia y el bien común".

Gozan de los derechos fundamentales que la Constitución Política prevé para todos los integrantes de la comunidad, de los derechos que emanan de la ciudadanía, como elegir, tomar parte en plebiscitos, referendos, consultas populares, tener iniciativa en las Corporaciones públicas.

Y, como congresistas, de algunos privilegios como el que señala el artículo 185 de la Carta, así:

> *"Los congresistas serán inviolables por las opiniones y los votos que emitan en ejercicio del cargo, sin perjuicio de las normas disciplinarias contenidas en el respectivo reglamento".*

En una democracia representativa la inviolabilidad por las opiniones y votos que emitan los congresistas es consecuencia de los principios que la integran. Le es connatural. No puede ser de otro modo, para que el Congreso actúe con independencia sus integrantes también deben tenerla.

Constituye un derecho que, entre otras razones, se explica por la necesidad de preservar la institución. El Congreso no estaría en condiciones de desarrollar las funciones que le son propias, si el ejecutivo estuviera autorizado para obstaculizar el examen de las situaciones sometidas a su conocimiento o a los jueces para reprimirlo.

Tampoco tendría sentido la separación de poderes, a pesar de constituir elemento esencial del Estado de Derecho, porque el Congreso se confundiría o permanecería subyugado a los demás.

Todas las constituciones políticas del mundo actual reconocen la inviolabilidad de los miembros de las cámaras legislativas, en virtud de que representan a la nación soberana y, al amparo de esta investidura, cumplen actividades de suma importancia, como las reseñadas en el acápite anterior.

En la Constitución de 1886 estos eran los fundamentos de los artículos 106 y 107, lo mismo que en las constituciones del siglo pasado, tanto del régimen federal como la de la organización unitaria. En este punto, pues, ha habido una tradición institucional sin solución de continuidad.

Sin embargo, la inviolabilidad y las otras libertades y derechos no deben exceder lo estrictamente necesario. No son absolutos sino relativos; y por esto, los congresistas tienen las siguientes limitaciones:

1. *El orden interno.* Los senadores y representantes están sometidos a la autoridad de las respectivas corporaciones. Según el reglamento pueden ser llamados al orden, soportar restricciones en el uso de la palabra y ser sancionados disciplinariamente.

2. *La incompatibilidad.* Es la imposibilidad legal del congresista para desempeñar tareas diferentes de las que corresponden a su función, la cual debe inspirarse en el bien común (artículos 180 de la C.P., 281, 282 de la Ley 5ª).

3. *Las prohibiciones.* Les está prohibido, como a todos aquellos que desempeñen funciones públicas, hacer contribuciones a los partidos, movimientos o candidatos o inducir a otros a que lo hagan, según el artículo 110 de la Constitución Política.

4. *Impedimento y conflicto de intereses.* Excepcionalmente deben abstenerse de participar en las funciones del Congreso o de la Cámara a que pertenecen, si se encuentran frente a una causal de impedimento o de conflicto de intereses. Los procedimientos están señalados en los artículos 268 y 286 de la Ley 5ª de 1992.

c. Pérdida de la investidura de congresista.

En el derecho constitucional contemporáneo se han introducido mecanismos de control a la representación, por ejemplo, en la Constitución vigente se prevé la pérdida de investidura para senadores, representantes, diputados y concejales; y, en lo pertinente a los agentes administrativos de elección popular, por constituir un mandato —distinto de la figura de la representación— se consagra la revocatoria, para gobernadores y alcaldes, con la finalidad de moralizar y legitimar la representación popular.

En la discusión que se dio en el seno de la Asamblea Nacional constituye sobre la pérdida de investidura de los congresistas, se hicieron las siguientes precisiones:

> *"**Objeto:** Garantizar, mediante una rigurosa sanción, el respeto al régimen de incompatibilidades y conflictos de interés.*
>
> ***Planteamiento General:** El altísimo nivel que supone la categoría de congresista exige que las sanciones por violación de sus deberes sean drásticas. No sería aceptable que a un parlamentario se le aplicaran medidas benevolentes como, por ejemplo, descuento de sus salarios o dietas o suspensión temporal en el ejercicio de sus funciones. El congresista debe ser tan riguroso en su conducta, que el resultado de un mal comportamniento sea la pérdida de la investidura".*
>
> ***Presupuestos Básicos:** Toda violación al régimen de incompatibilidades e inhabilidades y al conflicto de intereses, debe ser causal para la pérdida de la investidura" (Gaceta Constitucional,* No. 51, abril 16 de 1991, página 27).

La Sala Plena Plena, en la sentencia del 19 de octubre de 1994, explicó lo siguiente:

> *"La pérdida de la investidura de un congresista por las causales y mediante los procedimientos establecidos en la Constitución y la ley*

deviene, según el artículo 179-4, en una inhabilidad para ser elegido: las inhabilidades son restricciones a la capacidad de ejercicio de ciertos derechos, y en el caso concreto a los derechos fundamentales de naturaleza política de elegir y ser elegido previstos en el artículo 40.1".

"Las inhabilidades no necesariamente constituyen una pena: se prevén para este caso porque el derecho de «ser elegido» requiere de la concurrencia de condiciones adicionales a la simple ciudadanía para ser titular del ***ius honurum*** *que imprime la representación parlamentaria".* (Expediente No. AC-2102. Actor: *Enrique Tejada Romero.* Consejero Ponente: Doctor *Juan de Dios Montes Hernández*).

De modo que la pérdida de la investidura produce tres efectos:

1°. Priva al congresista del empleo.

2°. Lo inhabilita para ser elegido, es decir, lo convierte en un ciudadano en *capitis diminutio.*

3°. Lo degrada porque lo despoja de la representación, de los honores, dignidades y privilegios que el pueblo le confirió.

d. Causales de pérdida de la investidura.

La Constitución Política de Colombia, ante la suma gravedad del resultado de la pérdida de una investidura, señaló causales de jerarquía constitucional y juez adecuados a la materia en los artículos 183 y 184.

En el artículo 183-1 estableció dos:

a) La violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades;

b) La violación del régimen de conflicto de intereses.

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

e. El conflicto de intereses.

Por ser la causal que precisó el actor en su petición inicial, nos detendremos en el estudio de la violación del régimen de conflicto de intereses con este tratamiento.

La palabra interés se deriva del latín: *interesse,* estar entre.

Según el Diccionario de la Real Academia Española significa: "Provecho, utilidad, ganancia"; "Valor que en sí tiene una cosa". "Inclinación más o menos vehemente del ánimo hacia un objeto, persona, narración, etc". "Conveniencia o necesidad de carácter colectivo en el orden moral o material".

En nuestra sociedad hay una serie, un plexo de intereses: materiales, económicos, culturales, sicológicos, intelectuales, artísticos, morales. El interés es un concepto complejo que da lugar a diversas nociones según el ángulo de observación.

Esos intereses entran en el campo jurídico cuando reciben protección legal.

"Los derechos son intereses jurídicamente protegidos", dice *Ihering* en su obra "*El espíritu del derecho romano*".

Ya en este ámbito, por interés público se entiende la manifestación del valor público que tienen ciertas cosas o la expresión de aquello que interesa al público. El primer concepto es objetivo, porque el interés público se predica de ciertos bienes o elementos. El segundo es subjetivo, porque significa aquello que interesa a una pluralidad de personas.

En otro sentido, por interés privado puede entenderse el valor particular de ciertas cosas o la expresión de aquello que atrae a unos pocos.

La Constitución Política enuncia estos intereses:

Interés general (artículo 1°), interés patrimonial del Estado (artículo 268), interés público o social y colectivo (artículos 58, 86), interés social (artículos 51, 58, y 62), intereses de la sociedad (artículo 277), interés privado (artículo 58).

El carácter público del interés, en sí mismo considerado, no implica oposición ni desvinculación con el interés privado. No hay, en principio, intereses públicos distintos de los que tienen los individuos. El interés público se sustenta en los intereses particulares que las personas comparten entre sí.

La existencia de intereses, como se ha indicado, no implica, *per se*, la existencia de un conflicto entre ellos.

En cuanto a la palabra conflicto, dice el Diccionario de la Real Academia Española que viene del latín *Conflictus*: "Combate, lucha, pelea". "Problema, cuestión, materia de discusión". "Coexistencia de tendencias contradictorias en el individuo, capaces de generar angustias y trastornos neuróticos".

Y sobre el conflicto de intereses, el profesor español *Fernando Savater* hace a su hijo esta reflexión:

"Sin embargo, no vayas a creer que el conflicto entre intereses, cualquier conflicto o enfrentamiento, es malo de por sí. Gracias a los conflictos la sociedad inventa, se transforma, no se estanca. La unanimidad sin sobresaltos es muy, tranquila pero resulta tan letalmente soporífera como un encefalograma plano.

"De modo que en la sociedad tienen que darse conflictos, porque en ella viven hombres reales, diversos, con sus propias iniciativas y sus propias pasiones. Una sociedad sin conflictos no sería sociedad humana sino un cementerio o un museo de cera. Y los hombres competimos unos con otros y nos enfrentamos unos con otros porque los demás nos importan (a veces hasta demasiado), porque nos tomamos en serio unos a otros y damos trascendencia a la vida que llevamos con ellos. A fin de cuentas, tenemos conflictos unos con otros por la misma razón por la que ayudamos a los otros y colaboramos con ellos: porque los demás seres humanos nos preocupan. Y porque nos preocupa nuestra relación con ellos, los valores que compartimos y aquellos en que discrepamos, la opinión que tienen de nosotros, los que nos dan y lo que nos quitan... Según los hombres vamos siendo más numerosos, las posibilidades del conflicto aumentan; y también aumentan los jaleos cuando crecen y se diversifican nuestras actividades y nuestras posibilidades" (*"Política para Amador"*. Ariel, páginas 46, 47 y 48).

En toda sociedad hay intereses de diversas índole y también conflictos de intereses. Aquéllos y éstos son tomados por el derecho para protegerlos, regularlos, controlarlos o eliminarlos.

En la Asamblea Nacional Constituyente, sobre el conflicto de intereses como causal de pérdida de investidura de los congresistas, se hicieron plantemientos de este tenor:

*"**Objeto:** Evitar que el congresista ejerza sus funciones para favorecer intereses distintos al bien común o que la imparcialidad de sus raciocinios se distorsione por motivaciones de orden personal o particular.*

*"**Planteamiento General:** El congresista que considere que intereses personales suyos pueden ser afectados por un proyecto que se discute debe declararse impedido para participar en las deliberaciones y con mayor razón cuando sea sometido a votación. Si no lo hace voluntariamente, cualquier persona con conocimiento de causa debe recusarlo.*

*"**Presupuestos Básicos**: Como en su mayoría son condiciones eminentemente subjetivas, el planteamiento debe ser general, librado a la*

responsabilidad y rectitud de cada uno, aunque para efectos de la posibilidad de recusar sí sería necesario enumerar algunas causales, como por ejemplo, haber representado en tiempo reciente intereses que puedan verse afectados por la decisión legislativa".

Nótese que en las discusiones suscitadas en la Asamblea Nacional Constituyente se distinguió entre los impedimentos y el régimen de conflicto de intereses.

Ahora bien la Constitución Política Nacional en los artículos 182 y 183, con las expresiones "conflictos de intereses" y "régimen de conflicto de interés", en primer lugar, ha creado un mecanismo para restringir de manera excepcional el derecho a la inviolabilidad por las opiniones y votos de los congresistas, defiriendo al legislador la expedición de un régimen de conflicto de intereses.

Y, en segundo término, en caso de que el congresista incurra en las causales de violación del conflicto de intereses, autorizó al Consejo de Estado para quitarle la investidura que el pueblo le otorgó en aras de la representación política.

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

Como concepto jurídico indeterminado, el conflicto de intereses abre paso a una ley que lo tipifique concretamente, esto es "de competencia ligada que no da asidero a ninguna discrecionalidad", en palabras del profesor *Julio A. Prat* ("La discrecionalidad administrativa". "Derecho Administrativo en Latinoamerica". Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, pág 170).

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

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

"Corolario del principio de legalidad es —prescindiendo aquí de las circunstancias jurídico políticas en que se originó— el de reserva legal, según el cual toda intervención que afecte a la libertad y la propiedad sólo puede tener lugar en virtud de una ley formal, es decir, aprobada por el Parlamento", enseña el profesor *Manuel García Pelayo* en su obra "Las Transformaciones del Estado Contemporáneo", Editorial Alianza Universidad, pág. 62.

Solamente una vez que exista el régimen legalmente previsto, es decir, un estatuto o un conjunto de normas que gobiernen o regulen el conflicto de intereses de los congresistas, será posible conocer cuál o cuáles conductas son atentatorias del mismo.

Al juez no lo es dado calificar esta labor sin la previa determinación legal. Abandonaría su condición de administrador de justicia para asumir la de legislador.

La ley debe señalar cuáles son los intereses de los miembros del Congreso que, desde los puntos de vista ético, político, familiar, económico, etc., colisionan con las distintas clases de intereses que enuncia la Constitución (social, patrimonial, colectivo) y qué procedimiento ha de adoptarse para su registro y conocimiento previo en la Cámara correspondiente, así como lo hizo la Constitución en dos casos que citamos por vía de ejemplo.

a. En el artículo 58 se refirió a los conflictos entre los derechos de los particulares con la necesidad reconocida por una ley dictada por motivos de utilidad pública o interés social, para hacer prevalecer el interés público. El legislador está encargado de precisar los motivos de utilidad pública o interés social, y

b. En el artículo 247 delegó al legislador la creación de jueces de paz para que solucionen, en equidad, los conflictos individuales y colectivos.

El conflicto de intereses de los artículos 182 y 183 tiene relación con la ausencia de competencia subjetiva, que es la capacidad o aptitud para proceder de manera imparcial. Los congresistas deben tenerla para actuar "consultando la justicia y el bien común" (artículo 133 de la C.P.), esto es prescindiendo o poniendo en segundo orden los intereses personales o privados.

De aquí surge la obligación ética de comunicar a la Cámara a la cual pertenece el congresista los conflictos de intereses, de carácter moral o económico, que puedan afectar su competencia subjetiva y, por lo tanto, no le permitan intervenir imparcialmente en debates y votaciones (artículo 183 de la Constitución Política, 286, 287, 289, 290, 291, 292, 293, 296 de la Ley 5ª de 1992).

Las disposiciones relativas al conflicto de intereses de los miembros del Congreso son las siguientes:

1. Artículo 182 de la Constitución dice: "Los congresistas deberán poner en conocimiento de la respectiva cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración. La ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones".

Artículo 183 *ibidem*, señala que, por violar el régimen de conflicto de intereses, el congresista perderá su investidura.

2. El Reglamento del Congreso, la Ley 5ª de 1992, en el artículo 286 ordena:

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

Los artículos 287 de la Ley 5ª de 1992 y 16 de la Ley 144 de 1994 establecieron estos casos:

a. Partipación de los congresistas en sociedades anónimos o de responsabilidad limitada y similares.

b. Participación en cualquier organización o actividad privada económica o sin ánimo de lucro.

c. Haber prestado, durante el año inmediatamente anterior a la elección, servicios remunerados a gremios o personas de derecho privado sobre cuyos intereses o negocios incidan directamente actos que se encuentren al estudio del Congreso.

De los preceptos citados se colige:

En primer lugar, el artículo 286 de la Ley 5ª de 1992 no consagró causales de impedimento, ni concretó el concepto jurídico indeterminado de conflicto de intereses, simplemente describió unas situaciones generales que podrían afectar la imparcialidad del congresista, las cuales son de conocimiento universal.

En segundo término, los literales a, b y c, contienen motivos de impedimento de carácter económico.

En tercer lugar, exclusivamente en estos eventos el congresista está obligado a manifestar su falta de competencia subjetiva y a inhibirse de participar en los respestivos debates y votaciones.

En cuarto lugar, el no declararse impedido necesariamente no conlleva o causa conflito de intereses. El artículo 183 de la Constitución Política no dice que, cuando el congresista omita declararse impedido debiendo hacerlo, pierde su investidura. Expresa que es causal de pérdida de investidura la violación al régimen de conflicto de intereses.

Sobre otro tipo de factores, éticos o morales por ejemplo, conviene tener en cuenta que las leyes que aprueba el Congreso se aplican a los colombianos sin excepción, según los artículos 4 y 95 de la Constitución Política.

De allí que siempre habrá al lado del interés público, un interés personal de los congresistas en que se expidan y apliquen. Seguridad social, intervención en la economía reglamento de profesiones, impuestos, reglamento del Congreso, procedimiento para tramitar la pérdida de investidura, divorcio, libertad religiosa, son algunas de las materias en las que han intervenido con interés personal.

El Consejo de Estado, exactamente sobre este punto, en sentencia AC-1276 del 24 de marzo de 1994 (*Consejero Ponente, Doctor Jaime Abella Zárate)*, expresó:

> *"4.4. Además, cabe observar que proyectos como el de la reforma tributaria mencionada podía afectar y de hecho debió «afectar de alguna manera» a todos los Congresistas que en ella intervinieron, ya por la creación de impuestos o de excepciones, pero si esa incidencia natural de las leyes elaboradas y dictadas por ellos mismos pudiera calificarse como causal de impedimento y, lo que es más grave, como causal de pérdida de investidura, la labor parlamentaria resultaría imposible. En consecuencia, por ser absurda debe desecharse la interpretación que conduzca a tal resultado".*

Si esta hipótesis se extendiera habría que cerrar el Congreso o importar personajes para que legislen en Colombia. Tal vez estos podrían proceder alejados de cualquier interés particular porque las leyes colombianas no se les van a aplicar en su país.

Además no puede admitirse que los congresistas, por su propia cuenta, *motu proprio*, decidan cuándo deben declararse impedidos, esto es según su leal saber y entender, verdad sabida y buena fe guardada o por objeción de conciencia.

Se daría aval, por lo menos, al desorden, cuando no a otras irregularidades de insospechada gravedad. Por conveniencia, por temor, por debilidad, por afinidad, por amor, por odio, por dinero, etc., un congresista podría plantear o ser obligado a expresar el conflicto de intereses y a separarse del conocimiento de un determinado asunto.

Los conflictos de carácter moral que menciona el artículo 182 de la Carta deben concretarse en una ley, en armonía con el artículo 183 *ibídem*. Así como se han establecido legalmente inhabilidades e incompatibilidades, la ley debe establecer el régimen de conflicto de intereses. Con este régimen será fácil saber en qué casos el congresista deberá declararse impedido, cuándo puede ser recusado y cuándo lo desconoce para colocarse en peligro de perder la investidura.

De otro lado, el acto humano consta de tres momentos: la intención, la resolución y la acción. La primera es el propósito de actuar; la segunda es la ratificación del prpósito; y la acción en la manifestación externa de los otros dos.

La moral regula la totalidad del acto humano. Lo rechaza o lo acepta desde la interioridad hacia la exterioridad. El derecho, en cambio, únicamente cuando hay una manifestación en el mundo exterior. El solo pensamiento no es susceptible de evaluación jurídica. Por eso al juez le es imposible abordar el universo interno de los congresistas para conocer sus intenciones, o pretensiones o eventuales conflictos de intereses. el Consejo de Estado no es el juez ético de los congresistas, pues estos cuentan con Tribunales creados para juzgar las infracciones a la ética en que pudieran incurrir.

La normatividad vigente (artículos 286 y 287 de la Ley 5ª de 1992 y 16 de la Ley 144 de 1994), citada anteriormente, no conforma un régimen de conflicto de intereses. Son disposiciones aisladas, impropiamente incluidas en una ley orgánica del Reglamento del Congreso y en otra de procedimiento de pérdida de la investidura, dictadas al amparo de los artículos 151 y 184 de la Constitución.

El conflicto de intereses que, como ya se explicó, conlleva una limitación a la esfera de libertad jurídica del congresista, debe ser regulado dentro de los varios tipos de leyes que previó el constituyente, por una ley estatutaria conforme al artículo 152, literal a), la cual tiene procedimiento y contenido distinto de las que hasta el momento ha expedido el Congreso.

Recurrir al conflicto de intereses para decretar la pérdida de la investidura de un congresista, sin que el legislador hubiera definido el régimen correspondiente, significa abrir una gama de eventualidades y de abstracciones en las cuales cabría cualquier diferencia de criterio.

El artículo 29 de la Constitución Política garantiza el debido proceso no solamente con presunción de inocencia, sino imponiendo que se juzgue a la persona ante tribunal competente, conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa y con observancia de la plenitud de las formas de cada juicio.

Esto es, tipificando conductas que excepcionan el ejercicio libre de los derechos.

f. El caso concreto.

Al Congreso corresponde expedir un régimen de conflictos de intereses de los congresistas, en armonía con las normas constitucionales y legales que se han descrito en esta sentencia, porque el derecho, entre otras finalidades, tiene la definir el contenido ético de la política.

Pero, bajo el supuesto de que el régimen de conflicto de intereses estuviese contemplado en las leyes citados con anterioridad, la violación que el demandante imputa al senador *Carlos Augusto Celis* no se ha establecido.

El senador votó negativamente el proyecto de ley cuyo texto reza:

"La doctrina constitucional adoptada en las sentencias de la Corte Constitucional es criterio auxiliar de interpretación por las autoridades, excepto en lo siguientes casos:

1°. Cuando dicte sentencias interpretativas, es decir aquellas que declaren la exequibilidad de una norma legal condicionada a una determinada forma de interpretación.

2°. Cuando la parte motiva de la sentencia proferida por la Corte Constitucional guarde relaciones directas o tenga nexo con la parte resolutiva de la misma.

3°. En los casos de sentencia, es decir cuando a falta de legislación adecuada para resolver un asunto concreto sometido a su competencia, el juez aplique directamente la norma constitucional.

4°. En estos casos la doctrina adoptada en las providencias hace tránsito a cosa juzgada constitucional, obliga en su integridad y corrige la jurisprudencia. Su inobservancia será causal de mala conducta" (artículo 230 de Constitución Nacional).

La acusación sostiene que con este proyecte el senador buscada estos objetivos:

a. Convertir el enriquecimiento ilícito en un tipo penal subalterno de otras conductas delictivas o hacerlo desaparecer como delito;

b. Suspender el proceso que en su contra tramita la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

No encontramos probadas estas acusaciones.

Si el senador *Celis Gutiérrez* con su voto se opuso a la aprobación del proyecto de ley transcrito con antelación, no hay, por sustracción de materia, conflicto de intereses. Su comportamiento armonizó con el interés que, a juicio del solicitante, era el interés público, social o colectivo y, en estas condiciones, desapareció todo contraste o incompatibilidad. Despojarlo de su investidura significaría inventar una causal nueva, no prevista en la Constitución, consistente en votar cuando existe compatibilidad o conjunción de interés.

Daniel Suárez Hernandez.

Juan de Dios Montes Hernández.

CONFLICTO DE INTERESES - Inexistencia / **SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL** - Efectos / **PROCESO PUNITIVO** - Características (aclaración de voto)

No se duda de que las decisiones mediante las cuales la Corte Constitucional declarara la exequibilidad o inexiquibilidad de normas legales hacen tránsito a cosa juzgada, según lo establecido en los artículos 243 de la Constitución y 21 del Decreto 2067 de 1991. Y, como ocurre con toda sentencia de mérito, hace tránsito a cosa juzgada no solamente lo decidido explícitamente, esto es, lo expresado en la parte resolutiva, sino también lo implícito en ella, como lo han explicado la doctrina y la jurisprudencia. Siendo ello así, nada añadía el proyecto de artículo adicional referido, en cuanto señalaba que tendría fuerza de cosa juzgada la parte motiva de las sentencias mediante las cuales la Corte Constitucional declarara la exequibilidad de una norma legal condicionada a una determinada interpretación, o cuando guardara unidad indisoluble o relación directa o tuviera nexo causal con la parte resolutiva de la misma. En otros términos, resultaba *inocuo*. Por lo mismo, ello no podría, en ningún caso, determinar situación de conflicto de intereses. Ocurre que en el artículo 4° de la Ley 144 de 1994 fue establecido lo que, por lo menos, debe contener toda solicitud de pérdida de investidura y, entre otros aspectos, en el literal c), se exigió la invocación de la causal por la cual se solicitaba la pérdida de la investidura y su *debida explicación*, lo cual fija el marco dentro del cual debe estudiarse y resolverse la solicitud y circunscribe el examen de los cargos, de manera que el juzgador no puede en modo alguno resolver sobre cuestiones no planteadas. Lo anterior es así, además, si se tiene en cuenta que se trata de un proceso punitivo, y en todos los procesos punitivos, sean estos penales, disciplinarios o correcionales o cualesquiera otros, porque así lo reclaman el debido proceso y el derecho de defensa que garantiza el artículo 29 constitucional, el inculpado sólo puede ser sancionado por los precisos cargos que le fueron formulados y respecto de los cuales tuvo oportunidad de defenderse.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Santafé de Bogotá D.C., dos (2) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. AC-3451. Demandante: Emilio Sánchez Alsina. Solicitud de pérdida de investidura del senador *Carlos Augusto Celis Gutiérrez.*

ACLARACION DE VOTO

Doctor: *Mario Alario Méndez.*

I.

Dijo el demandante que el senador *Carlos Augusto Celis Gutiérrez.* violó el régimen de conflicto de intereses, porque asistió a la sesión del Senado de 13 de diciembre de 1995 y promovió y votó un proyecto de ley, uno de cuyos artículos dice relación a los efectos de las sentencias de la Corte Constitucional, y que con ese artículo se pretendía convertir el enriquecimiento ilícito en una conducta subalterna, "lo cual traería consigo que este delito no existiría como tal cuando no estuviese previamente demostrado que el dinero que lo determina tiene origen en una actividad al margen de la ley, es decir, que en la práctica estaría implicando la desaparición del 'enriquecimiento ilícito', ya que se ha buscado con su tipificación en nuestro ordenamiento penal es, sancionar ciertos comportamientos que por falta de pruebas no era posible castigar", y con ello el senador *Celis Gutiérrez* trató de suspender el proceso que por enriquecimiento ilícito adelanta en su contra la Corte Suprema de Justicia.

Se trata del artículo adicional al proyecto de ley número 168 del Senado, cuyo texto es el siguiente:

> *"La doctrina constitucional adoptada en la sentencia de la Corte Constitucional es criterio auxiliar de interpretación para las autoridades, excepto en los siguientes casos:*
>
> *Primero, cuando dicte sentencias interpretativas, es decir, aquellas que declaran la exequibilidad de una norma legal, condicionada a una determinada forma de interpretación.*
>
> *Segundo, cuando la parte emotiva (sic) de la sentencia proferida por la Corte Constitucional guarde unidad indisoluble o relación directa o tenga el hecho (sic) causal con la parte resolutiva de la misma.*

Tercero, en los casos de sentencias integradoras, es decir, cuando a falta de legislación adecuada para resolver un asunto concreto sometido a su competencia, el juez aplique directamente la norma constitucional, en estos tres casos la doctrina adoptada en la providencia hace tránsito a cosa juzgada constitucional, obliga en su integridad y corrige la jurisprudencia, su inobservancia es causal de mala conducta" (*Gaceta del Congreso*, 20 de diciembre de 1995, núm. 149, página 16).

Pues bien, no se duda de que las decisiones mediante las cuales la Corte Constitucional declara la exequibilidad o inexiquibilidad de normas legales hacen tránsito a cosa juzgada, según lo establecido en los artículos 243 de la Constitución y 21 del Decreto 2067 de 1991.

Y, como ocurre con toda sentencia de mérito, hace tránsito a cosa juzgada no solamente lo decidido explícitamente, esto es, lo expresado en la parte resolutiva, sino también lo implícito en ella, como lo han explicado la doctrina y la jurisprudencia.

Dice al respecto el profesor *Francesco Carnelutti:*

"Ello no significa que la cosa juzgada se limita a las cuestiones que encuentren en la decisión una solución expresa; no se olvide que la decisión es una declaración como las demás, en la que muchas cosas se sobreentienden lógicamente sin necesidad de decirlas. Especialmente cuando la solución de una cuestión supone como ***prius*** *lógico la solución de otra, esta otra se halla también* ***implícitamente*** *contenida en la decisión (el llamado juzgamiento—****giudicato****—implícito). Se hallan implícitamente resueltas todas las cuestiones cuya solución sea lógicamente necesaria para llegar a la solución expresada en la decisión...".*

"Cuáles sean las cuestiones resueltas, es extremo que por lo general se infiere de la parte de la decisión que contiene la indicación conclusiva del efecto de la solución (parte dispositiva)... Se suele decir, por ello, que el lugar del juzgamiento está en la parte dispositiva. Esta máxima ha de tomarse, sin embargo, con gran cautela, precisamente porque 'lo que haya formado la materia de la sentencia' no se puede deducir por vía de interpretación, sino la de la sentencia entera y especialmente, por tanto, de su parte ***motiva*** *o* ***motivación****, de la que igual puede surgir una restricción que una ampliación del fallo, o sea porque de ella resulte que algunas cuestiones no han sido resueltas ni implícita ni explícitamente, pese a la amplitud de la fórmula conclusiva, sea porque, en cambio, otras cuestiones que no aparezcan comprendidas en ésta resulten en realidad consideradas y resueltas"* (*Sistema de Derecho Procesal Civil.* Buenos Aires, UTEHA, 1944, t. I, páginas 317 a 319).

Sobre el mismo asunto, *Hernando Devis Echandía* es del siguiente parecer:

> *"Puede decirse que la cosa juzgada, en cuanto al objeto se refiere, se extiende a aquellos puntos que sin haber sido materia expresa de la decisión de la sentencia, por ser consecuencia necesaria o depender indispensablemente de tal decisión, resultan resueltos tácitamente..."* (*Compendio de Derecho Procesal Civil, Teoría General del Proceso*, Bogotá, Biblioteca Jurídica Dike´, 1987, 12a. ed., t. I, página 500).

Al respecto *Hernando Morales Molina* dice:

> *"De ahí que la fuerza de la cosa juzgada abarque lo mismo lo que ha sido decidido expresamente, que lo que se ha resuelto implícitamente. Sólo que esta decisión implícita debe ser de tal naturaleza, que ella necesariamente esté comprendida por la que fue objeto de la resolución, o sea lo explícito de ésta"* (*Curso de Derecho Procesal Civil*, Parte General, Bogotá , Editorial ABC. 1991, 11ª ed., página 548).

La jurisprudencia ha sido concluyente al respecto. Así, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 21 de marzo de 1916, dijo:

> *"La cosa juzgada ha de hallarse en lo general en la parte dispositiva de la sentencia, pero los motivos de ésta carecen de fuerza de fallo, porque son simples elementos de la convicción del juez, que pudiendo ser erróneos en ocasiones, no afectan la decisión misma. Empero, tiene una excepción este principio, también aceptada generalmente en teoría y en jurisprudencia, y es que cuando los motivos son, no ya simples móviles de la determinación del juez, sino que se ligan íntimamente al dispositivo y son 'como el alma y nervio de la sentencia', constituyen entonces un todo con la parte resolutiva, y participan de la fuerza que ésta tenga. Numerosos son los casos en que sin conexionar los motivos determinantes de un fallo, ella sería incomprensible e inejecutable"* (*Gaceta Judicial*, t. XXV, núms. 1286 y 1287, página 250).

En sentencia de 31 de agosto de 1918, dijo también la Corte:

> *"El fallo implícito de una cuestión dada que se ha formulado en una controversia judicial, sólo ocurre cuando la cuestión no resulta de modo expreso y se relaciona directamente con lo dispositivo expreso del fallo y con motivos y razones consignados en los considerandos del mismo"*. (*Gaceta Judicial*, t. XXVII, núm. 1391, página 62).

En sentencia de 9 de julio de 1928 dijo también la Corte:

"La Corte tiene sentada la doctrina de que si bien es cierto que la cosa juzgada dice relación por lo general a la parte resolutiva del fallo y no a la motiva, tal regla no puede entenderse de un modo absoluto, pues cuando los motivos no son ya simples móviles de la determinación del juez, sino que se ligan íntimamente a lo dispositivo, y son como el alma y nervio del fallo, constituyen entonces un todo con la parte resolutiva y participan de la fuerza de ésta.

Esto último acontece en el caso del fallo del Tribunal Seccional que se deja mencionado, respecto de las causas o motivos por los cuales se declaró la nulidad de las Resoluciones números 164 y 193, dictadas por la Gobernación de Cundinamarca, pues constituyendo tales causas o motivos los fundamentos inmediatos de la declaración de nulidad, no es posible, para la recta inteligencia y aplicación del fallo, establecer separación entre la parte motiva y la dispositiva" (*Gaceta Judicial, t. XXXV*, núm. 1821, pág. 550).

Lo mismo dijo la Corte en sentencia de 24 de octubre de 1928 (*Gaceta Judicial*, t. XXXVI, núm. 1825, página 48).

Y en su sentencia de 31 de octubre de 1936 dijo:

"La fuerza de la cosa juzgada no dimana sino de la parte resolutiva de la sentencia, pero ello no significa que para analizar el alcance de aquélla haya de tenerse en cuenta solamente la forma de ésta. Se entiende por parte resolutiva de una sentencia a este respecto, no el pasaje del fallo colocado en determinado lugar, sino lo que ha sido objeto de la decisión judicial, cualquiera que sea la forma que revista y el puesto que ocupe en la sentencia. De ahí que la fuerza de la cosa juzgada abarque lo mismo lo que ha sido fallado expresamente como lo que ha sido decidido implícitamente.Sólo que esta decisión implícita ha de ser de tal naturaleza que ella necesariamente esté comprendida por lo que fue objeto de la resolución expresa" (*Gaceta Judicial*, t. XLIV, núms. 1918 y 1919, pág. 461).

En sentencia de 6 de abril de 1956 y como resumen y compendio de lo dicho en sus sentencias anteriores, dijo la Corte:

"1. Que cuando los motivos del fallo están íntimamente ligados a la parte resolutiva y son 'como el alma y nervio de la sentencia', constituyen un todo con dicha parte y participan de la fuerza de ésta;

2. Que se entiende por motivos, las razones de hecho y de derecho sobre las cuales el juez ha apoyado la solución de la litis;

3. Que, en consccuencia, la parte resolutiva puede no estar sólo, para los efectos de la cosa juzgada, en el pasaje final del fallo, sino también en aquél o aquéllos que contengan el objeto de la decisión judicial, cualquiera que sea la forma que asuman y el lugar que ocupen, y

4. Que la fuerza de una sentencia comprende no sólo aquello que se decide de manera expresa, sino también de modo implícito o virtual, así sea para lograr en la nueva litis el reconocimiento de una consecuencia no contemplada en la acción.

Se inclina, por tanto, la jurisprudencia nacional a aceptar la tesis que pone bajo la autoridad de la cosa juzgada, los motivos o elementos de la sentencia, si bien la tesis así enunciada no puede tener un sentido absoluto" (*Gaceta Judicial*, t. LXXXII, núm. 2167, pág. 558).

Lo dicho en la providencia anterior fue reiterado por la Corte y reproducido en sus sentencias de 24 de mayo de 1957 (*Gaceta Judicial*, t. LXXXV, núms. 2181-2182, pág. 91) y de 28 de agosto de 1963 (*Gaceta Judicial*, t. CIII-CIV, núms. 2268 y 2269, pág. 112), entre otras muchas.

Por su parte, el Consejo de Estado, en sentencia de 28 de octubre de 1974, dijo:

"La doctrina moderna, salvo escasas excepciones y la jurisprudencia colombiana sin ninguna vacilación están acordes en afirmar que el efecto de la cosa juzgada se predica de la parte dispositiva de la sentencia y por tal entiende no solamente la decisión ***strictu sensu****, sino todo cuanto ella implique, lógica y jurídicamente. La doctrina suele denominar estas implicaciones de la decisión 'cosa juzgada implícita'.*

(...)

Nuestra Corte Suprema de Justicia abunda en reiterada jurisprudencia sobre la materia...

(...)

Es obvio que así como la cosa juzgada explícita no se tipifica sin la concurrencia de los elementos antes analizados, otro tanto ocurre con la llamada 'cosa juzgada' implícita. Cuando no hay identidad subjetiva, objetiva y causal tratándose de pretensiones de naturaleza privada, o simplemente identidad objetiva y causal en las de naturaleza pública, no se configura la 'cosa juzgada' explícita o implícita. Entonces la mo-

tivación de un fallo que se traduzca o proyecte en forma de decisión implícita no tiene significado ni alcance distintos al de una doctrina jurisdiccional. A pesar de esto tan claro no sobra subrayarlo porque a veces, sin que medie la identidad anotada, suelen aducirse simples jurisprudencias como revestidas de la autoridad de cosa juzgada.

Tampoco está de más agregar que la doctrina de la 'cosa juzgada' implícita, concebida en los términos expresados, es la única que se concilia con nuestro sistema constitucional.

Si se entendiera que únicamente la decisión explícita produce los indicados efectos, el resultado sería que los preceptos de la Carta Fundamental quedarían condicionados a los vaivenes de la jurisprudencia...

...Estas dos decisiones, tanto la ***explícita*** *como la* ***implícita,*** *obligan a todo el mundo...,"* (*Anales del Consejo de Estado*, t. LXXXVII, núms. 443 y 444, págs. 83, 84 y 86).

En sentencia de 20 de junio de 1979 dijo también el Consejo de Estado:

"En un fallo de inexequibilidad como en cualquier otra sentencia, hace tránsito a cosa juzgada no solamente lo decidido explícitamente, vale decir, lo expresado en la parte resolutiva, sino también lo implícito en ella" (*Anales del Consejo de Estado*, t. XCVI, núms. 461 y 462, pág. 133).

Y en la sentencia de 9 de septiembre de 1981, el Consejo de Estado reprodujo y reiteró lo dicho en sus providencias anteriores, diciendo que conforme a doctrina reiterada de esa corporación, la cosa juzgada implícita debe acatarse, aun cuando no se compartan los fundamentos del fallo, y concluyó:

"Considera la Sala que frente a la mencionada sentencia de la Corte Suprema de Justicia no puede hacer otra cosa que estarse a los efectos jurídicos de esa decisión y en especial al que se refiere a la cosa juzgada implícita..." (*Anales del Consejo de Estado*, t. CI, núms. 471 a 472, págs. 210 y 212).

Más recientemente, la Corte Constitucional, en sentencia C-131 de 1° de abril de 1991, explicó:

"Primero, goza de cosa juzgada explícita la parte resolutiva de las sentencias, por expresa disposición del artículo 243 de la Constitución.

Segundo, gozan de cosa juzgada implícita los conceptos de la parte motiva que guarden unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender éste sin la alusión a aquéllos.

En efecto, la parte motiva de la sentencia de constitucionalidad tiene en principio el valor que la Constitución le asigna a la doctrina en el inciso segundo del artículo 230; criterio auxiliar no obligatorio, esto es, ella se considera ***obiter dicta****.*

Distinta suerte corren los fundamentos contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarden relación directa con la parte resolutiva, así como los que la Corporación misma indique, pues tales argumentos, en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutiva, son también obligatorios y, en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades y corrigen la jurisprudencia.

La ***ratio iuris*** *de esta afirmación se encuentra en la fuerza de la cosa juzgada implícita de la parte motiva de las sentencias de la Corte Constitucional, que consiste en que esta Corporación realiza en la parte motiva de sus fallos una confrontación de la norma revisada con la totalidad de los preceptos de la Constitución Política, en virtud de la guarda de la integridad y supremacía que señala el artículo 241 de la Carta. Tal confrontación con toda la preceptiva constitucional no es discrecional sino obligatoria. Al realizar tal confrontación la Corte puede arribar a una de estas dos conclusiones: si la norma es declarada inexequible, ella desaparece del mundo jurídico con fuerza de cosa juzgada constitucional, como lo señala el artículo 243 superior, y con efecto* ***erga omnes*** *sin importar si los textos que sirvieron de base para tal declaratoria fueron rogados o invocados de oficio por la Corporación, porque en ambos casos el resultado es el mismo y con el mismo valor. Si la norma es declarada inexequible, ello resulta de un exhaustivo examen del texto estudiado, a la luz de todas y cada una de las normas de la Constitución, examen que lógicamente se realiza en la parte motiva de la sentencia y que se traduce desde luego en el dispositivo.*

(...)

Considerar lo contrario, esto es, que únicamente la parte resolutiva tiene fuerza de cosa juzgada, sería desconocer que, admitiendo una norma diferentes lecturas, el intérprete se acoja a lo dispositivo de una sentencia de la Corte Constitucional e ignore el sentido que la Corporación —guardiana de la integridad y supremacía de la Carta—, le ha conferido a dicha norma para encontrarla conforme o inconforme con la Consti-

tución. Ello de paso atentaría contra la seguridad jurídica dentro de un ordenamiento normativo jerárquico, como claramente lo es el colombiano por disposición del artículo 4° superior" (Gaceta de la Corte Constitucional, t 4, 1993, págs. 34 y 35).

Y reiteró ese criterio en sentencia C-037 de 5 de febrero de 1996:

"...sólo será de obligatorio cumplimiento, esto es, únicamente hace tránsito a cosa juzgada constitucional, la parte resolutiva de las sentencias de la Corte Constitucional. En cuanto hace a la parte motiva, como lo establece la norma, ésta sólo constituye criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho general; sólo tendrían fuerza vinculante los conceptos consignados en esta parte que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutiva; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutiva de las sentencias y que incida indirectamente en ella" (Expediente P.E.-008).

Siendo ello así, nada añadía el proyecto de artículo adicional referido, en cuanto señalaba que tendría fuerza de cosa juzgada la parte motiva de las sentencias mediante las cuales la Corte Constitucional declarara la exequibilidad de una norma legal condicionada a una determinada interpretación, o cuando guardara unidad indisoluble o relación directa o tuviera nexo causal con la parte resolutiva de la misma. En otros términos, resultaba *inocuo*.

Por lo mismo, ello no podría, en ningún caso, determinar situación de conflicto de intereses.

II.

Tal como fueron expuestos los hechos de la demanda, no se advierte relación alguna entre el proyecto de artículo adicional transcrito y el delito de enriquecimiento ilícito.

Así, para entender las razones del demandante, sería preciso considerar que mediante el artículo 10 del Decreto 2266 de 1991 se dispuso:

*"**Artículo 10**. Adoptánse como legislación permanente las siguientes disposiciones del Decreto legislativo 1895 de 1989:*

«Artículo 1°. El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga para sí o para otro incremento patrimonial no justificado, derivado, en una u otra forma, de actividades delictivas, incurrirá, por ese solo hecho,

en prisión de 5 a 10 años y multa equivalente al valor del incremento ilícito logrado»".

Y sería preciso considerar, también, que esta disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-127 de 30 de marzo de 1993, en la que se dijo:

"La expresión 'de una u otra forma', debe entenderse como incremento patrimonial no justificado, derivado de actividades delictivas, en cualquier forma que se presenten éstas. Las actividades delictivas deben estar judicialmente declaradas, para no violar el debido proceso y el artículo 248 de la Constitución Política, según el cual únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales" (Gaceta de la Corte Constitucional, 1993, t. 3, pág. 203).

De manera que la aprobación del artículo adicional al Proyecto de ley número 168 del Senado afectaría los procesos que se adelantaran por enriquecimiento ilícito, en tanto que su juzgamiento sólo podría hacerse en los términos en que fue entendido por la Corte Constitucional, esto es, que las actividades delictivas de que derive el incremento patrimonial injustificado deben estar judicialmente declaradas.

Pero así no fue planteado en la demanda. No se refirió el demandante al artículo 10 del Decreto 2266 de 1991 ni a la sentencia C-127 de 30 de marzo de 1993. Y no podía la Sala, oficiosamente, tomar en consideración esas circunstancias, supliendo así las explicaciones y los hechos omitidos por el demandante.

Ocurre que en el artículo 4° de la Ley 144 de 1994 fue establecido lo que, por lo menos, debe contener toda solicitud de pérdida de investidura y entre otros aspectos, en el literal c), se exigió la invocación de la causal por la cual se solicitaba la pérdida de la investidura y *su debida explicación,* lo cual fija el marco dentro del cual debe estudiarse y resolverse la solicitud y circunscribe el examen de los cargos, de manera que el juzgador no puede en modo alguno resolver sobre cuestiones no planteadas.

Lo anterior es así, además, si se tiene en cuenta que se trata de un proceso punitivo, y en todos los procesos punitivos, sean éstos penales, disciplinarios o correccionales o cualesquiera otros, porque así lo reclaman el debido proceso y el derecho de defensa que garantiza el artículo 29 constitucional, el inculpado sólo puede ser sancionado por los precisos cargos que le fueron formulados y respecto de los cuales tuvo oportunidad de defenderse.

Entonces, las pretensiones del demandante, también por esta razón, debían ser denegadas.

III.

Compartí la decisión adoptada en la sentencia, pero debía expresar las anteriores razones, que igualmente habrían conducido a la misma decisión.

Mario Alario Méndez.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONGRESISTA - Conflicto de intereses / **CONFLICTO DE INTERESES DE ORDEN MORAL**- Desarrollo legal (aclaración de voto)

Los artículos 182, 183 y 184 de la Carta Política sientan las bases de la institución de la pérdida de investidura de los parlamentos, sin que ellos constituyan por sí solos una normatividad completa sobre el particular, ya que el propio constituyente defirió a la ley su reglamentación y desarrollo. *"La ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones"*(artículo 182 último inciso Constitución Política de Colombia). Las leyes 5ª de 1992 y 144 de 1994 desarrollaron la materia respecto de los conflictos que de orden económico pudieran presentarse para los congresistas con ocasión y en ejercicio de su investidura. Nada dijeron estas leyes, ni texto legal posterior versó sobre el tema relativo a situaciones que deban tenerse como potenciales generadores de conflicto de interés moral o ético. Como el terreno de lo moral y de lo ético es un campo que trasciende el de la conducta externa de los sujetos de derecho y es atinente a su conciencia resulta imposible para el juzgador suplir al acusado en su fuero interno para reprocharle su conducta y en todo caso imposible aplicar una sanción de tan drástico contenido como es la pérdida de investidura de congresista, sin que haya referencia cierta a una norma que contenga los supuestos fácticos en los cuales se vea comprometida la conducta enjuiciada, en virtud de actos considerandos como faltos de moral y carentes de ética.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Santafé de Bogotá D.C., mayo quince (15) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: *Doctora Jesús María Carrillo Ballesteros.*

Referencia: Expediente No. AC-3451. Actor: Emilio Sánchez Alsina. Pérdida de investidura del Senador *Carlos Augusto Celis Gutiérrez.*

ACLARACION DE VOTO

Doctor: *Jesús María Carrillo Ballesteros,*

Respetuosamente manifiesto que, con fundamento en las razones en seguida consignadas, aclaro el voto en el asunto de la referencia, por estar de acuerdo con la decisión adoptada por la mayoría de la Sala Plena de lo Contencioso, el día 7 de mayo del año en curso, pero no obstante ello preciso hacer algunas manifestaciones en torno de la parte considerativa del problema jurídico planteado, especialmente en lo relativo a la legalidad sustantiva y procesal de causas como la presente.

El punto cardinal del debate radica en la aparente existencia de un conflicto de intereses de carácter moral y ético que se habría presentado por la conducta del senador *Carlos Augusto Celis Gutiérrez*, con motivo de su participación en la sesión del 13 de diciembre de 1995 llevada a cabo en el Senado de la República, durante la cual se votó el proyecto de la ley de seguridad ciudadana, que incluyó a última hora un artículo, por cuyo tenor, alcance y contenido significaría un beneficio directo para el Congresista votante, en la medida en que le favorecería por su condición de investigado en las diligencias adelantadas por la corte Suprema de Justicia, dentro del expediente conocido públicamente como el proceso 8.000.

Para formular un juicio respecto de la situación planteada es preciso tener en cuenta los siguientes elementos:

1°. El ordenamiento positivo que regula el caso sub análisis.

2°. La conducta desplegada por el acusado.

3°. El establecimiento fehacientemente del pretendido conflicto de intereses entre la conducta objeto del reproche y el fin perseguido.

1°. En cuanto al primer elemento, advierte el suscrito Consejero, que los artículos 182, 183 y 184 de la Carta Política sientan las bases de la institución de la pérdida de investidura de los parlamentos, sin que ellos constituyan por sí solos una normatividad completa sobre el particular, ya que el propio constituyente defirió a la ley su reglamentación y desarrollo. "La ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones" (artículo 182 último inciso Constitución Política de Colombia).

Las leyes 5ª de 1992 y 144 de 1994 desarrollaron la materia respecto de los conflictos que de orden económico pudieran presentarse para los congresistas con ocasión y en ejercicio de su investidura. Nada dijeron estas leyes, ni texto legal posterior versó sobre el tema relativo a situaciones

que deban tenerse como potenciales generadoras de conflicto de interés moral o ético.

Como el terreno de lo moral y de lo ético es un campo que trasiende el de la conducta externa de los sujetos de derecho y es atinente a su conciencia, resulta imposible para el juzgador suplir al acusado en su fuero interno para reprocharle su conducta y en todo caso imposible aplicar una sanción de tan drástico contenido como es la pérdida de investidura de congresista, sin que haya referencia cierta a una norma que contenga los supuestos fácticos en los cuales se vea comprometida la conducta enjuiciada, en virtud de actos considerados como faltos de moral y carentes de ética.

Dada la particular naturaleza de este proceso (político-administrativo-disciplinario, pero en todo caso sancionatorio), y las consecuencias de la sanción que implica la aceptación de la solicitud de pérdida de investidura, no queda ninguna duda en cuanto, debe observarse indefectiblemente el principio clásico de la legalidad de los delitos y de las penas, expresado en el brocardo latino *"nuleum crimen, nulla pena, sine lege"*.

La imposibilidad de tipificar una conducta a voluntad del denunciante o del fallador, para hacerla acreedora de una sanción, radica en que:

> *"Las cuestiones de valores (es decir aquellas que conciernan a lo que es bueno o malo en sí, independientemente de sus consecuencias) están por fuera del dominio de la ciencia, como los defensores de la religión lo afirman con energía, yo pienso —dice* ***Bertrand Russell*** *autor de esta cita, en su libro* ***Ciencia y Religión****, Editorial Gallimad, página 171— que ellos tienen razón sobre este punto, pero yo saco una conclu-sión suplementaria, que ellos no sacan: las cuestiones de valores están enteramente fuera del campo del conocimiento. Dicho de otra manera, cuando afirmamos que tal o tal cosa tiene valor, expresamos nuestras propias emociones y no un hecho que permanecerá cierto si nuestros sentimientos personales fueren diferentes".*

Y más adelante agrega:

> *"La moral está pues estrechamente unida a la política, ella es una tentativa para imponer a los individuos los deseos colectivos de un grupo; o inversamente, ella es una tentativa hecha por un individuo para que sus deseos se conviertan en los de su grupo. Esto no es posible, claro está que si sus deseos no son demasiado visiblemente contrarios al interés general; el maleante difícilmente puede intentar persuadir a las gentes que él les hace bien, aunque los plutócratas hacen tentativas de ese género, y con éxito aun a menudo".*

Para rematar esta cita, pertinente es concluirla con las siguientes líneas del mismo autor:

"Para intentar dar una apariencia de importancia universal a nuestros deseos (lo cual constituye el papel de la moral), uno puede ubicarse en dos puntos de vista: El del legislador y el del predicador...".

Frente a ello, se advierte que otra es la labor del juez y por esa razón considera el suscrito Consejero que no hay espacio para tomar una decisión en ausencia de reglamento positivo y mucho menos autorización jurídica para asumir papel distinto del que corresponde a su función constitucional y legal, con sujeción a los principios universales que gobiernan el derecho y su aplicación en el estadio de la civilización actual.

Por lo hasta aquí expuesto, ni jurídica, ni filosóficamente, es dado compartir la motivación de la decisión, y atendiendo a la necesidad cumplir con el deber de expresar todas las razones de inconformidad con el fallo objeto de esta aclaración, preciso es anotar, además lo siguiente:

En cuanto a la institución de la pérdida de investidura de origen constitucional, por sus especiales características debe aplicarse con sumo rigor tanto el análisis de la conducta como en el enjuiciamiento o actividad que corresponda al juez. El mandato del artículo 184 de la Carta Política facilita el instituto de control y abre el camino de su operancia, con una simple solicitud, nótese que no se emplea el concepto de demanda ni el de denuncia que técnicamente tienen un sentido definido. Así se facilita el control y el solicitante tiene como garantía de su derecho, el poder ejercerlo en elemental escrito, en cualquier tiempo, durante el ejercicio del mandato del parlamentario, tomándose todo el lapso que estime necesario para recaudar o ubicar con exactitud el elemento probatorio que deberá aducir con la solicitud, pues, el constituyente para garantizar aún más su derecho e impedir que haga nugatorio, fijó un término de alto rango al fallador, "no mayor de 20 días hábiles contados a partir de la fecha de la solicitud formulada...".

No es posible, so pena de, o violar la Constitución o asumir la tarea del legislador, adoptar procedimientos exorbitantes, tales como el de hacer caso omiso del término claramente establecido, lo cual pone en grave riesgo la observancia del debido proceso y el respeto al derecho de defensa especialmente cuando en forma extemporánea se decretan y se practican pruebas que eventualmente pueden quedar sin posibilidad de controversia o de conocimiento del denunciado que independientemente de sus condiciones personales o políticas tiene derecho a controvertir los medios de convicción aducidos en su contra.

Y en cuanto a la persona sujeto del proceso, es preciso hacer notar que moralizar el ejercicio del mandato ciudadano y los reparos que por

vía general se enrostran a los legisladores, pero tratándose de la aplicación concreta y en particular de una sanción, es preciso descender de las formulaciones teóricas y generales propias de la sociología o de la política al terreno concreto del derecho, para avanzar prudentemente en el enjuiciamiento de una conducta y la aplicación de una severísima pena, asimilable a la muerte política, en tiempos de proscripción de la muerte civil y de la pena de muerte. Y aún más, dado que procedimiento y término son expeditos y breves.

Con las anteriores consideraciones dejo expuesto mi criterio sobre el asunto debatido, dejando claro está mi manifestación de profundo respeto por la ponencia adoptada por la Corporación.

Jesús María Carrillo Ballesteros.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONGRESISTA - Conflicto de intereses / **CONFLICTO DE INTERESES** - Interés moral / **REGIMEN DE CONFLICTO DE INTERESES** - Violación

La tesis mayoritaria, reiteradamente sostenida por la Corporación, ha sido la de considerar que el régimen de conflicto de intereses se encuentra regulado en los artículos 182 y 183 de la Constitución Política, 286 y siguientes de la Ley 5ª de 1992 y 16 de la Ley 144 de 1994. "Los anteriores razonamientos son suficientes para desestimar las argumentaciones que pretenden inhibir un pronunciamiento de fondo en el caso presente sobre la base de considerar que no existe ley aplicable en la medida en que el conflicto de intereses no ha sido desarrollado legalmente. Tanto la jurisprudencia del Consejo de Estado como la doctrina, la expresión del derecho positivo y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia muestran que el conflicto de interés, independientemente del tipo de razón en que se origine (económica, moral, intelectual, etc.), en cuanto prive al juez o al funcionario, en este caso al legislador, de la imparcialidad necesaria para la adopción de la decisión de que se trate, debe ser declarado o, cuando ello no suceda, puesto de manifiesto mediante el expediente de la recusación. "Estima la Sala, y con ello no se está realizando ningún invento de última hora, que no es necesario, ni conveniente, ni posible, que exista una tabla legal de conductas éticas, que supongan una adecuación típica, para efectos de poder juzgar acerca de la presencia o no de un conflicto de interés por razones de orden moral. Basta la consagración genérica tal como se formula en el artículo 182 de la Constitución o como se plantea en el 286 de la Ley 5ª o como se estructura en la causal primera de impedimento a que se refiere el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil. La Carta exige que los congresistas pongan en conocimiento de la respectiva cámara las situaciones de orden *moral* o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración". El artículo 286 de la Ley 5ª les exige que se declaren impedidos cuando exista "interés directo en la decisión porque los afecte de alguna manera" a ellos o a sus más próximos

familiares o a sus socios. Se encuentra prevista la autoridad encargada de estudiar y pronunciarse sobre la procedencia del impedimento o de la recusación en caso de aquél no sea manifiesto espontáneamente. Exista un procedimiento para darle curso a las solicitudes de desinvestidura, contenido básicamente en la Ley 144 de 1994. Con excepción de los anexos de la solicitud, la Ley 144 de 1994 no regula lo concerniente al régimen probatorio. Tampoco lo hace la Ley 5ª de 1992. Así, el asunto queda gobernado por el Título XXI del C.C.A., entre cuyos mandatos está el artículo 168 *ibidem*, a cuyas voces, en los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de ese código, las del procedimiento civil, en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valorización. En consecuencia, el régimen probatorio es el contenido en el Título XXI del C.C.A. y el Título XIII del C. de P.C.

CONFLICTO DE INTERESES - Congresista / **INVESTIGACION PENAL** - Conocimiento de los hechos / **ENRIQUECIMIENTO ILICITO** - Congresista / **NARCOMICO** - Aprobación de la ley

Una persona que participaba en el debate deduciría fácilmente que aquellas personas cuestionadas penalmente por enriquecimiento ilícito, se podrían beneficiar, por cuanto se trataba de exigir que para que se tipificara el delito, previamente se debía determinar la ilicitud de los dineros con los cuales se obtuvo el incremento patrimonial. Ahora bien, la Sala se encuentra ante un proceso de pérdida de investidura, donde se investiga la observancia de la obligación por parte del Congresista de poner en conocimiento de la respectiva Cámara las situaciones de carácter moral o económico que lo inhiben para participar en el trámite de asuntos sometidos a consideración. Para la Sala es claro que si el Senador *José Guerra de la Espriella* participó en el debate, votó favorablemente un proyecto de ley, que lo podía beneficiar en cuanto afectaba las diligencias preliminares que por enriquecimiento ilícito se adelantaban en su contra en la Corte Suprema de Justicia, incurrió en violación del régimen de conflicto de intereses, en cuanto desconoció las normas que establecen que en dicha situación el congresista debe informar su interés y declararse impedido, toda vez que se trataba de una situación de carácter particular, estrictamente personal en la que tenía interés el senador y que significó utilizar su investidura para beneficio particular.

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Fallo del 7 de mayo de 1996.

Referencia: Expediente No. AC-3451. Actor: Emilio Sánchez Alsina.

SALVAMENTO DE VOTO

Doctor: *Julio E. Correa Restrepo.*

El suscrito Consejero se aparta muy respetuosamente de la opinión mayoritaria de la Sala, por las siguientes razones:

El demandante en el presente proceso de pérdida de investidura, doctor *Emilio Sánchez Alsina,* invoca la causal de violación al régimen de conflicto de intereses, causal que en mi sentir resulta válida.

En cuanto al conflicto de intereses y el régimen legal, en el proyecto de sentencia que preparé para decidir sobre la pérdida de investidura del Senador *José Guerra de la Espriella,* en la parte considerativa expresé:

> *"Para la Corporación es de claridad meridiana que la exposición del apoderado del senador cuya pérdida de investidura se solicita, así como la del señor Delegado del Procurador General de la Nación, ambas en el sentido de que el Consejo de Estado carece de competencia para decretar la pérdida de investidura de los congresistas cuando se alegue como causal para ello la del conflicto de intereses derivado de inhabilidades éticas o morales, por virtud de que no existe a la fecha un régimen legal que determine en qué casos se presenta dicho conflicto, toda vez que la correspondiente ley a que alude el artículo 182 de la Constitución Política jamás se ha expedido, no tiene ninguna posibilidad de prosperidad por ser tesis contraevidente que no se compadece, en manera alguna, con la realidad de los hechos y las circunstancias de aplicación y desarrollo de esas novedosas instituciones constitucionales.*
>
> *Dentro del marco de la democracia participativa, el artículo 40 de la Constitución estableció como derecho de los ciudadanos el de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y como un mecanismo específico para tal efecto, se consagró la figura de la pérdida de la investidura de sus miembros, a través de la cual se hacen efectivos el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses, toda vez que se constituye en la eventual sanción para quien los desconozca.*
>
> *Dicha figura, que había tenido una existencia efímera en la reforma constitucional de 1979, al hacer realidad la participación de los ciudadanos en el control de sus elegidos, permite afirmar la real existencia de la soberanía popular, consagrada en el artículo 3° de la Carta de 1991.*

En este sentido, la Comisión de la Asamblea Nacional Constituyente, al regular la rama legislativa del Poder Público en su informe-ponencia para primer debate en la Plenaria de la Asamblea, consideró que:

«...el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés quedaría incompleto y sería inane si no se estableciera la condigna sanción. Creyó también en forma unificada la Comisión que dada la alta posición del congresista, la violación de este régimen no podría acarrear sanción inferior a la pérdida de la investidura y así se consagró...» (***Gaceta Constitucional***, *No. 79 del miércoles 22 de mayo de 1991, pág. 17).*

Y en relación, con el conflicto de interés, en la respectiva ponencia se afirma que:

«5.3. ***Conflicto de interés:*** *Como quiera que todo ser humano está sujeto a variaciones en su capacidad de juicio imparcial cuando intervienen intereses o compromisos personales que puedan ser afectados por las decisiones a tomar, resulta necesario prevenir que tales intereses o compromisos distorsionen el ánimo imparcial del congresista, quien debe actuar siempre movido por los más altos intereses del Estado y de la comunidad. Se consideró indispensable dejar la posibilidad de recusaciones si el mismo afectado no declara ante la Corporación sus posibles motivos de conflicto de interés»* (***Gaceta Constitucional,*** *No. 79 del miércoles 22 de mayo le 1991, pág. 16).*

Los anteriores criterios quedaron plasmados en el articulado propuesto y específicamente en relación con el tema del conflicto de intereses, además de incluir su violación como causal de pérdida de la investidura, junto con la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, se propuso el siguiente texto:

«Los congresistas estarán obligados a poner en conocimiento de la respectiva cámara sus conflictos de interés de carácter moral o económico que los inhiba para decidir sobre asuntos sometidos a su consideración. Si no lo hicieren, cualquier persona podrá recusarlos».

Este es el antecedente del actual artículo 182 de nuestra Carta Fundamental, el cual regula del conflicto de intereses, en los siguientes términos:

*«****Artículo 182.*** *Los congresistas deberán poner en conocimiento de la respectiva cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración. La ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones»".*

De acuerdo con el artículo transcrito, correspondía al legislador, la reglamentación de lo relacionado con los conflictos de intereses por expreso mandato constitucional y aunque inicialmente no estaba incluido en algunos de los proyectos de reglamento del Congreso, luego de diferentes propuestas y discusiones, el legislador lo consagró en el Capítulo Undécimo titulado ***Del Estatuto del Congresista****, en su Sección Cuarta, conformada por los artículos 286 y siguientes de la* Ley 5ª de 1992, *además de que en su artículo 268, ordinal 6°, establece como uno de los deberes de los congresistas el de «****Poner en conocimiento de la respectiva Cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración****».*

«Y al regular la pérdida de investidura consagra la violación al régimen de conflicto de intereses como una de sus causales» (artículo 296, numeral 3°, ***ibidem****).*

Respecto de dicha Ley 5ª de 1992, contentiva del Reglamento del Congreso, su Ponente, el entonces Senador ***Orlando Vásquez Velásquez****, afirma:*

«11.5 Pérdida de la Investidura.

»En la Sección 5ª, Capítulo Undécimo, sobre el Estatuto del Congresista, los artículos 296 a 304 consagran el procedimiento acerca de la pérdida de la investidura congresional cuando se presenta alguna causal señalada en el artículo 183 constitucional.

»Las causales diversas de la nueva figura en la vida institucional del país, han sido establecidas como una forma de sanción al congresista cuando no da cumplimiento a los deberes que el cargo popular le impone, o cuando desborda en conductas y comportamientos que merecen el reproche social.

»Son éstas unas causales taxativas dispuestas por la vía constitucional.

»Pero ¿es suficiente la consagración constitucional para alcanzar el cabal y efectivo cumplimiento de los deberes y prohibiciones por parte de los congresistas?

»En ausencia de legislación que desarrolle estos preceptos, con una clara definición y procedimiento de aplicación, la conclusión es terminante: son letra muerta que constituyen una normativa sin eficacia.

*»**Esta reglamentación pretende precisamente alcanzar, así sea sin la dimensión deseable, regular la institución.** Veamos:*

»Son, en realidad, siete (7) causales de pérdida de investidura congresal que exigen pronunciamiento de diversa naturaleza según la causal de que se trate. Son ellas:

»a) Violación del régimen de inhabilidades;

»b) Violación del régimen de incompatibilidades;

»c) Violación del régimen de conflicto de interés;

»d) Indebida destinación de dineros públicos;

»e) Tráfico de influencias debidamente comprobadas;

»f) Inasistencia, en un mismo período de sesiones, a seis (6) reuniones plenarias en las que se voten proyectos de acto legislativo y de ley o mociones de censura;

»g) No tomar posesión del cargo dentro de los ocho (8) días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse.

»El Consejo de Estado, dispone el artículo 184 de la Carta, 'de acuerdo con la ley y en un término no mayor de veinte días hábiles, contados a partir de la fecha de la solicitud formulada por la Mesa Directiva de la Cámara correspondiente o por cualquier ciudadano', debe proceder a decretar la pérdida de la investidura.

*»Estas especiales estimaciones de orden constitucional hacen imperativa la adopción de dos cuerpos legales que brinden la garantía del derecho de defensa suficiente a quienes eventualmente se encuentren incursos en alguna de estas cusales: **una ley orgánica, de carácter reglamentario** como la que se examina; y una ley estatutaria, referida a un aspecto de la Administración de Justicia que adscriba la competencia para el procedimiento aplicable (artículos 151 y 152, ordinal 3 C.N).*

*»**El primer aspecto se desarrolla en la presente ley, dentro de un marco de amplias y seguras garantías constitucionales para el congresista.** Y el segundo, debe ser materia de debate en el curso de los próximos meses en el Congreso de la República» (**Reglamento del Congreso**, Constitución Política y otras normas referentes a la Rama Legislativa, Senado de la República, Santafé de Bogotá, D.C, 1992, págs. LIII, LIV, LV) (Destaca la Sala).*

*Posteriormente, la Ley 144 de 1994 «**por la cual se establece el procedimiento de pérdida de la investidura de los Congresistas**», en su artículo 16, definió también el **procedimiento** para aplicar el régimen de conflicto de intereses, en el caso de congresistas que, durante el año inmediatamente anterior a su elección, hubieren prestado sus servicios remunerados a gremios o personas de derecho privado sobre cuyos intereses o negocios incidan actos que se encuentren al estudio del Congreso, caso en el cual deben comunicarlo por escrito a la Mesa Directiva para que decida si dichos congresistas deben abstenerse de participar en el trámite y votación de dichos actos.*

Dicha norma consagra el trámite que debe cumplirse cuando el conflicto de intereses se refiere al caso concreto allí previsto y se constituye entonces en complemento de la legislación contenida sobre el tema en la misma Constitución (artículo 182) y en la ley (Ley 5ª de 1992) y fue declarada ajustada a la Constitución mediante sentencia C-247 de 1995 de la Corte Costitucional.

*En su artículo 19 dispuso la Ley 144 en mención que: «...deroga y modifica las disposiciones legales anteriores...», disposición que es aplicable en cuanto se trate de preceptos anteriores **que hubieren regulado temas en ella contenidos**, pero que no es posible considerarla derogatoria de **todas** las normas legales anteriores, porque ello además de antitécnico desde el punto de vista jurídico, es absurdo.*

Así entendido el artículo 19 de la Ley 144 de 1994 y en cuanto respecto del conflicto de intereses dicha ley sólo incluye lo previsto en su artículo 16 sobre procedimiento, dicha derogatoria no podía referirse a todas las normas de la Ley 5ª de 1992 sobre pérdida de investidura y conflictos de intereses.

*De conformidad con las normas, de rango constitucional y legal, a que se ha hecho referencia, reguladoras del conflicto de intereses, el congresista que tenga **interés directo en una decisión**, que debe tomar la Corporación a la cual pertenece, **porque lo afecte de alguna manera** debe declararse impedido para participar en sus debates y desde luego en su votación. Y el congresista, que estando ubicado en los supuestos legales anteriores, no lo exprese y no se declare impedido, incurre en violación del régimen de conflicto de intereses.*

El Consejo de Estado ha decidido ocho solicitudes de pérdida de investidura de miembros del Congreso Nacional, en las cuales se ha invocado como causal de la violación al régimen de conflictos de intereses, así:

*1. Sentencia del 1° de diciembre de 1993, expediente AC-632, Consejero Ponente doctor **Miguel Viana Patiño**. Se precisó que el no registro de*

los intereses privados en el libro respectivo, a que se refiere la Ley 5a, de 1992, no constituye violación al régimen de conflicto de intereses. La solicitud prosperó por violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Algunos Consejeros salvaron el voto y otros lo aclararon.

2. Sentencia del 20 de enero de 1994, expediente AC-796, Consejero Ponente doctor ***Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*** *Se precisaron como normas aplicables al conflicto de intereses los artículos 182 y 183 de la Constitución Nacional y 286 y siguientes de la Ley 5ª de 1992. Con salvamento de voto de los doctores Miren de la Lombana de Magyaroff, Daniel Suárez Hernádez, Juan Montes Hernández y Julio César Uribe Acosta. Y aclaración de voto de los doctores Carlos Betancur Jaramillo, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Orjuela Góngora, y Consuelo Sarria Olcos.*

3. Sentencia del 24 de marzo de 1994, expediente AC-1276, Consejero Ponente doctor ***Jaime Abella Zárate.*** *Allí textualmente se dijo:*

«En primer término se refiere la Sala a algunas de las apreciaciones del señor Procurador Tercero Delegado y de la parte impugnante, para expresar que no acoge la tesis de la inhibición en el juzgamiento de los casos de pérdida de investidura por la causal de 'conflicto de intereses' por falta de ley que la desarrolle según previsión del artículo 182 de la Constitución.

»El solo artículo 182 al cual estaban sujetos los congresistas a partir de la vigencia de la nueva Constitución indica la necesidad de comunicar a la respectiva Cámara, para que ésta decida, las situaciones de carácter económico de índole particular que por oponerse o no acomodarse al 'bien común' al cual deben ajustar su actuación según el artículo 133, los inhibe para participar en el asunto sometido a su consideración. A falta de ley reglamentaria la disposición constitucional podía tener cumplimiento con la simple expresión o manifestación del congresista para que la Cámara evaluara la situación y decidiera lo pertinente.

»Y el Consejo de Estado para desarrollar su función juzgadora puede apelar en su auxilio a los criterios de la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina, tal como lo autoriza el artículo 230 de la Carta».

Esta providencia tuvo salvamento de voto de la doctora ***Miren de la Lombana de Magyaroff.***

4. Sentencia del 26 de julio de 1994, expediente AC-1499, Consejero Ponente doctor ***Delio Gómez Leyva.*** *Se aplicó el artículo 182 de la Constitución Nacional y se consideró la Ley 5ª de 1992 como el desarrollo legislativo del mismo. Con aclaración de voto del doctor* Julio César Uribe Acosta *y sin salvamento de voto.*

5. Sentencia del 4 de agosto 1994, expediente AC-1433, Consejero Ponente doctor ***Diego Younes Moreno****. Reitera expresamente la tesis sostenida en la sentencia ya mencionada del 24 de marzo de 1994, expediente AC-1726 y se precisa el concepto de interés directo. Con aclaración de voto de los doctores Joaquín Barreto Ruiz y Julio César Uribe Acosta y estando ausentes los doctores Miguel González Rodríguez, Carlos Betancur Jaramillo, Miren de la Lombana de Magyaroff y Dolly Pedraza de Arenas.*

6. Sentencia del 23 de agosto de 1994, expediente AC-1675, Consejero Ponente doctor ***Ernesto Rafael Ariza Muñoz****. Se fundamenta en los artículos 182 y 183 de la Constitución y en la Ley 5ª de 1992 «...que reglamentó lo relativo al conflicto de intereses» y transcribe su artículo 286. Con aclaración de voto del doctor* Julio César Uribe Acosta.

7. Sentencia del 9 de septiembre de 1994, expediente AC-1233, Consejero Ponente doctor ***Yesid Rojas Serrano****. Allí se dijo textualmente:*

«Tampoco la Sala, haciendo uso de su poder de interpretación de la demanda-solicitud, encuentra cuál fue la conducta obsevada por los senadores demandados constitutiva de quebrantamiento al régimen de conflicto de intereses, ***al cual se refieren los artículos 182 de la Carta Política, 276 (sic) de la Ley 5ª de 1992 y 16 de la Ley 144 de 1994****».*

8. Sentencia del 6 de febrero de 1996, expediente AC-3214 Consejera Ponente doctora ***Miren de la Lombana de Magyaroff****. Se decidió con fundamento en el artículo 16 de la Ley 144 de 1994.*

La anterior relación permite precisar cómo, la tesis mayoritaria, reiteradamente sostenida por la Corporación, ha sido la de considerar que el régimen de conflicto de intereses se encuentra regulado en los artículos 182 y 183 de la Constitución Política, 286 y siguientes de la Ley 5ª de 1992 y 16 de la Ley 144 de 1994.

Los anteriores razonamientos son suficientes para desestimar las argumentaciones que pretenden inhibir un pronunciamiento de fondo en el caso presente sobre la base de considerar que no existe ley aplicable en la medida en que el conflicto de intereses no ha sido desarrollado legalmente.

De lo expuesto concluye la Sala, que existen fundamentos constitucionales, legales y jurisprudenciales acerca de la reglamentación del conflicto de intereses; y al respecto hace las siguientes precisiones:

Primera*: Se trata, en el caso de los congresistas, de una institución de raigambre constitucional, como que está establecida en el artículo 182*

de la Carta, cuyos desarrollos legislativos, en cuanto a las razones que lo determinan, el procedimiento para su declaración bajo la forma del impedimento o de la recusación, aparecen regulados, como se dijo, en los artículos 286 y siguientes de la Ley 5ª de 1992.

***Segunda**: El impedimento para que el congresista actúe como se presenta por razones de índole moral o económica, tal como lo define, en primer término, el artículo 182 Constitucional y en desarrollo de éste, el artículo 286 de la Ley 5ª de 1992, en cuanto expresa que él se presenta «cuando exista interés directo en la decisión porque lo afecte de alguna manera».*

Tanto la jurisprudencia del Consejo de Estado, como la doctrina, la expresión del derecho positivo y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia muestran que el conflicto de interés, independientemente del tipo de razón en que se origine (económica, moral, intelectual, etc.) en cuanto prive al juez o al funcionario, en este caso al legislador, de la imparcialidad necesaria para la adopción de la decisión de que se trate, debe ser declarado o, cuando ello no suceda, puesto de manifiesto mediante el expediente de la recusación.

Así las cosas, entiende la Sala que el impedimento y la recusación son los intrumentos idóneos que el legislador ha establecido para hacer efectiva la condición de imparcialidad del juez o del funcionario en el proceso de toma de decisiones.

Estima la Sala, y con ello no se está realizando ningún invento de última hora, que no es necesario, ni conveniente, ni posible, que exista una tabla legal de conductas éticas, que supongan una adecuación típica, para efectos de poder juzgar acerca de la presencia o no de un conflicto de interés por razones de orden moral. Basta la consagración genérica tal como se fórmula en el artículo 182 de la Constitución o como se plantea en el 286 de la Ley 5ª o como se estructura en la causal primera de impedimento a que se refiere el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil.

Sobre lo anterior ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

«La Sala considera, sin necesidad de acudir a elaboradas disquisiciones, que fue acertada la decisión tomada por los Magistrados Sánchez y Velásquez, pues es evidente que existe por parte de los impedidos un interés que bien puede calificarse de intelectual, como que es consustancial a los seres humanos el deseo por que las obras producto de su ingenio trasciendan en el tiempo y en el espacio sin mayores contratiempos o escollos insalvables.

»Procede entonces la causal invocada por unos de los impedidos toda vez que estando demostrado en los autos que los Magistrados sí fungieron

en alguna medida como coautores en la redacción del Estatuto Aduanero que hoy está en vigor, no puede desconocerse que a quienes participaron en esa labor sí debe interesarles la suerte que corran las instituciones jurídicas que contribuyen a crear.

*»Así, pues, no es sólo el interés estrictamente personal o el beneficio económico los fenómenos que el legislador ha creído prudente elevar a la entidad de causales de impedimento, sino que dentro del amplio concepto del «interés en el proceso» a que se refiere el numeral 1° del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, debe entenderse también la utilidad o el monoscabo de índole moral o intelectual que en grado racional puede derivarse de la decisión correspondiente» (**Gaceta Judicial**, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Bogotá D.E., 10 de noviembre de 1987, Magistrado Ponente doctor Rodolfo Mantilla Jácome. Acta N° 72 de octubre 27 de 1987. Pág.463).*

Por consiguiente no es admisible para la Sala el argumento de que en el estado actual de la legislación sólo es posible hablar de conflicto de interés respecto de los congresistas, cuando éste tiene connotación económica.

***Tercera**: Tampoco es admisible el argumento de que sólo en la medida en que el legislador tipifique unas prohibiciones precisas de carácter ético podría deducirse impedimento moral. Esto último equivaldría a aceptar que en materia de conflicto de interés de los congresistas impera la ética de que todo está permitido.*

No hay razón para afirmar que por no haber sido establecido por el legislador un catálogo o listado de todas las conductas que puedan dar lugar a que se tipifique el conflicto de intereses de índole moral, ello se traduzca en la imposibilidad de aplicarlo. Pues lo cierto es, que:

*a) La Carta exige que los congresistas pongan en conocimiento de la respectiva cámara «las situaciones de orden **moral** o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración»;*

b) El artículo 286 de la Ley 5ª les exige que se declaren impedidos cuando exista «interés directo en la decisión porque los afecte de alguna manera» a ellos o a sus más próximos familiares o a sus socios;

c) Se encuentra prevista la autoridad encargada de estudiar y pronunciarse sobre la procedencia del impedimento o de la recusación en caso de aquél no sea manifestado espontáneamente;

d) Existe un procedimiento para darle curso a las solicitudes de desinvestidura, contenido básicamente en la Ley 144 de 1994;

e) Con excepción de los anexos de la solicitud, la Ley 144 de 1994 no regula lo concerniente al régimen probatorio. Tampoco hace la Ley 5ª de 1992.

Así, el asunto queda gobernado por el Título XXI del C.C.A., entre cuyos mandatos está el artículo 168 ibidem, *a cuyas voces, en los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de ese código, las del procedimiento civil, en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valorización.*

En consecuencia, el régimen probatorio es el contenido en el Título XXI del C.C.A y el Título XIII del C. de P.C.

f) Existe un juez encargado de fallar los procesos de desinvestidura, cual es el Consejo de Estado, por disposición de estirpe constitucional.

Todo lo anterior constituye, a no dudarlo, el régimen del conflicto de intereses que echan de menos el distinguido colaborador Fiscal y el señor apoderado del demandado, que los lleva a sostener la inaplicación del conflicto de interés originado en asuntos de índole moral.

***Cuarta**: El conflicto de interés surge o se presenta cuando según la ley «exista interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera (al congresista), o a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o a alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o socios de derecho o de hecho». Se trata, evidentemente, de una razón subjetiva que torna parcial al funcionario y que lo inhabilita para aproximarse al proceso de toma de decisiones con la ecuanimidad, la ponderación y el desinterés que la norma moral y la norma legal exigen.*

***Quinto**: La presencia del conflicto de intereses no es en sí mismo censurable. Por lo general los hombres están expuestos a soportar y a resolver en sus relaciones sociales y políticas conflictos de intereses de las más variadas características. Lo que es censurable y lo que determina un tratamiento legal, es la forma como el individuo resuelve el conflicto de intereses presentado en frente de una situación concreta. El individuo puede, en efecto, hacer un pacto de paz con su conciencia y admitir la resolución del conflicto aceptando, por ejemplo, que lo que es bueno para el todo lo es también para la parte, aún así no tome una posición determinante en la adopción de la decisión que le favorece; pero puede también advertir, y es su obligación moral y legal hacerlo, que participar en la adopción de la decisión correspondiente, cuando de ella derivaría un beneficio personal particularizado, no sólo contrariaría normas morales (en cualquier sistema ético) sino que vulneraría disposiciones del derecho positivo (como las que aquí se han citado).*

Por ello, para evitar que se dé una participación viciada de parcialidad en el proceso de toma de decisiones (judiciales, legislativas, administrativas, etc.), el ordenamiento positivo establece un mecanismo de una gran racionalidad y de una impresionante sencillez: El juez, el legislador, el administrador, que debiendo participar en la adopción de una determinada decisión, llámese sentencia, ley, decreto, acto administrativo, etc., si encuentra que su adopción es susceptible de generarle un beneficio particular especifica, debe ser separado de dicho proceso, bien en forma voluntaria porque advertida la inhabilidad, la haga manifiesta mediante la declaratoria del impedimento, ora porque terceras personas, utilizando el mecanismo de la recusación, así lo determinen.

De cualquier forma, cuando la separación no se haga en forma voluntaria, vía la declaración de impedimento, se prevén sanciones de diversa índole para aquellos que fueron recusados y la recusación resultó válida y para quienes participaron en la adopción de la decisión cuando existía el impedimento a que se viene refiriendo la Sala.

Tanto la norma constitucional como la legal son claras en definir que quien esté incurso en el conflicto de intereses se encuentra inhibido para participar en la decisión y deberá declararse impedido de participar en los debates o votaciones respectivas.

Como consecuencia por el hecho de no respetar lo normado constitucional y legalmente sobre conflicto de intereses la Carta de 1991 consagra la sanción de pérdida de investidura.

***Sexta**: La sanción de pérdida de la investidura prevista en el artículo 183 de la Constitución, cuando se origine en la causal de violación del régimen de conflicto de intereses tendrá lugar cuando quiera que el congresista haya participado «en los debates o votaciones respectivas sin haber manifestado el impedimento que hacía exigible una conducta de abstención, de separación del debate, según lo que previenen los artículos 182 y 286 de la Constitución y de la Ley 5ª de 1992 respectivamente»".*

De lo anterior, se desprende, en mi opinión que sí existe una reglamentación legal relativa al conflicto de interés, tanto económico como moral que es aplicable al caso en estudio.

En cuanto a los hechos del 13 de diciembre de 1995, y en el caso concreto se tiene: Que el señor *Augusto Celis Gutiérrez* fue elegido para el período 1994-1998. En el expediente aparece probado que para la fecha en que se dio el debate en el Senado, el senador *Augusto Celis Gutiérrez*, conocía que contra él cursaban varios procesos penales. Por ello, en mi opinión, lo expresado en el proyecto que elaboré en el proceso contra el senador *Guerra de la Espriella* es válido para el *sub lite* también. En esa oportunidad manifesté:

"De las pruebas enviadas por la Corte Suprema de Justicia, se desprende claramente que en cuanto al proceso radicado bajo el No. 10470 por el presunto delito de testaferrato, el senador ***José Guerra de la Espriella*** *rindió versión libre el 12 de junio de 1995; diligencia ampliada el 4 de septiembre de 1995. En ellas se le pregunta al senador, sobre viajes y estadías en la ciudad de Cali, el motivo, su conocimiento y vínculo con la sociedad Inversiones Ara Ltda., y acerca de quiénes y por qué cancelaron varias de sus cuentas en el Hotel Intercontinental de Cali. En las respuestas se acepta un conocimiento, por razones comerciales, con el señor* ***Julián Murcillo.***

Respecto del proceso No. 10024, por el presunto delito de enriquecimiento ilícito, se advierte que el senador ***Guerra de la Espriella*** *rindió versión libre el 19 de septiembre de 1995: Las preguntas en esta diligencia estuvieron encaminados a averiguar si conocía al denunciante señor* ***Alberto Ursola Pérez****, sobre la manera cómo el senador había adquirido unas fincas y unos vehículos. Se le preguntó si había manejado dineros del Presupuesto Nacional. En las respuestas manifestó que no conocía al denunciante, que según la Registraduría no había cédula expedida a su nombre y dio varias explicaciones acerca de cómo había adquirido los bienes.*

En el caso ***sub judice*** *de la prueba remitida por la Corte Suprema de Justicia, con oficio calendado el 19 de marzo pasado, se establece que el senador* ***Guerra de la Espriella*** *había rendido versión libre tanto en el proceso 10024, por presunto delito de enriquecimiento ilícito, el día diecinueve (19) de septiembre de 1995, como en el proceso 10470, por testaferro, el día doce (12) de julio de 1995, diligencia ampliada el día 4 de septiembre de 1995.*

Se observa que, según el artículo 321 del Código de Procedimiento Penal, durante la investigación previa las diligencias son reservadas, pero el defensor del imputado que rindió versión preliminar tiene derecho a conocerlas y a que le expidan copias. En consecuencia, el senador ***Guerra de la Espriella*** *sí conocía el 13 de diciembre de 1995, que en la Corte Suprema de Justicia cursaba un proceso en su contra por enriquecimiento ilícito, y por ello, a la luz del debate surtido en el Senado de la República, en la fecha citada, y conforme al precepto constitucional, tenía la obligación de haber manifestado su impedimento.*

Al analizar en apartes anteriores lo ocurrido en el debate se puso de presente que los temas del enriquecimiento ilícito y del alcance que el artículo cuestionado tenía sobre su juzgamiento, gravitaban en torno del debate. De dichas advertencias no podía sustraerse el Senador ***Guerra de la Espriella*** *para que pueda argumentarse, como lo dice en su escrito de oposición, que entre el proyecto de artículo transcrito y el tipo penal de enriquecimiento ilícito no existe relación alguna.*

Las discusiones del artículo cuestionado, como dan cuenta las actas, fueron pródigas sobre la incidencia que tenía la aprobación del 'artículo nuevo', en la tipicidad del enriquecimiento ilícito. Y si como da fe el acta No. 35, el senador ***Guerra de la Espriella*** *contestó a lista, estuvo siempre presente porque no hay constancia de que se hubiera retirado del recinto y votó afirmativamente el proyecto de ley, no puede aceptarse que no tuviera entendimiento de los efectos que la norma aprobada pudiera tener en las investigaciones en curso sobre el delito de enriquecimiento ilícito, varias veces mencionado en el debate.*

De lo anterior se concluye, sin mayor esfuerzo que una persona que participaba en el debate deduciría fácilmente que aquellas personas cuestionadas penalmente por enriquecimiento ilícito, se podrían beneficiar, por cuanto se trataba de exigir que para que se tipificara el delito, 'previamente se debía determinar la ilicitud de los dineros con los cuales se obtuvo al incremento patrimonial".

Ahora bien, la Sala se encuentra ante un proceso de pérdida de investidura, donde se investiga la observancia de la obligación por parte del congresista de poner en conocimiento de la respectiva Cámara las situaciones de carácter moral o económico que lo inhiben para participar en el trámite de asuntos sometidos a su consideración.

Para la Sala es claro que el senador *José Guerra de la Espriella* participó en el debate, votó favorablemente un proyecto de ley, que lo podía beneficiar en cuanto afectaba las diligencias preliminares que por enriquecimiento ilícito se adelantaban en su contra en la Corte Suprema de Justicia, incurrió en violación del régimen de conflicto de intereses, en cuanto desconoció las normas que establecen que en dicha situación el congresista debe informar su interés y declararse impedido, toda vez que se trataba de una situación de carácter particular, estrictamente personal en la que tenía interés el senador y que significó utilizar su investidura para beneficio particular.

Por las anteriores consideraciones, estimo que en el *sub lite* se ha debido decretar la pérdida de investidura del senador *Carlos Augusto Celis Gutiérrez.*

Respetuosamente,

Julio E. Correa Restrepo.

NOTA DE RELATORIA: El salvamento se remite a lo expuesto en el proyecto de sentencia sobre la pérdida de investidura del Senador Guerra de la Espriella.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONGRESISTA - Conflicto de intereses / **INVESTIGACION PENAL** - Conocimiento / **ENRIQUECIMIENTO ILICITO** - Congresista / **NARCOMICO** - Aprobación proyecto de ley

La figura que aparece establecida en la Constitución Nacional vigente, como causal de pérdida de investidura, está desarrollada por la ley. Se considera que un senador de la República o un representante a la Cámara incurre en conflicto de intereses, entre otras circunstancias, cuando aparece demostrado que el congresista, aunque está enterado de que se encuentra en una situación que puede ser favorecida mediante una decisión posterior que pueda tomar o contribuir a tomar y a pesar de dicho conocimiento, no pone de manifiesto tal circunstancia para abstenerse de participar en la decisión, sino que participa en ella. Lo anterior sin importar la naturaleza de la situación previa, ni si la participación del congresista en la determinación posterior no resulta decisiva o si el resultado de la votación es, finalmente, contrario a sus intereses. Sobre las anteriores premisas, no estoy de acuerdo con la valoración probatoria hecha para arribar a la decisión de la cual me aparto, porque considero que en este caso particular aparece demostrado que el demandado sí tuvo conocimiento previo al momento de la votación de que estaba siendo investigado por unos hechos, cuya apreciación podía ser modificada por la decisión sometida a su consideración y, no obstante lo anterior, participó en ella en lugar de manifestar las circunstancias y abstenerse de participar.

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

Referencia: Expediente No. AC-3451. Actor: Emilio Sánchez Alsina. Pérdida de Investidura.

SALVAMENTO DE VOTO

Doctora: *Miren de La Lombana de Magyaroff.*

Con el mayor respeto debo manifestar que me aparto de la decisión mayoritaria adoptada por la Sala en la providencia que antecede, por las siguientes razones:

El marco teórico, en relación con la figura del conflicto de intereses, es el siguiente:

a. La figura, que aparece establecida en la Constitución Nacional vigente, como causal de pérdida de investidura, está desarrollada por la ley;

b. Se considera que un senador de la República o un Representante a la Cámara incurre en conflicto de intereses, entre otras circunstancias cuando aparece demostrado que en el congresista, aunque está enterado de que se encuentra en una situación que puede ser favorecida mediante una decisión posterior que pueda tomar o contribuir a tomar y a pesar de dicho conocimiento, no pone de manifiesto tal circunstancia para abstenerse de participar en la decisión, sino que participa en ella.

c. Lo anterior sin importar la naturaleza de la situación previa, ni si la participación del congresista en la determinación posterior no resulta decisiva o si el resultado de la votación es, finalmente, contrario a sus intereses.

Sobre las anteriores premisas, no estoy de acuerdo con la valoración probatoria hecha para arribar a la decisión de la cual me aparto, porque considero que en este caso particular, aparece demostrado que el demandado sí tuvo conocimiento previo al momento de la votación de que estaba siendo investigado por unos hechos cuya apreciación podía ser modificada por la decisión sometida a su consideración y, no obstante lo anterior, participó en ella en lugar de manifestar las circunstancias y abstenerse de participar.

En efecto, según el recuento de pruebas, el senador fue oído en versión libre el 17 de noviembre de 1995; y es claro que los hechos en los cuales se basó cada una de estas diligencias estaba relacionado con el asunto sometido posteriormente a consideración del congresista, por lo que el conocimiento está demostrado y, por lo mismo, el senador debió manifestar las circunstancias antecedentes so pena de incurrir en la causal denominada conflicto de intereses. Al no hacerlo y, en cambio, participar en la decisión, quedó incurso en la causal y, por lo mismo, la Sala conforme al acervo probatorio debió declararlo así y decretar la pérdida de investidura y no denegarla como lo hizo.

De los señores Consejeros con todo respeto,

Miren de la Lombana de Magyaroff.

Fecha *ut supra.*

PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONGRESISTA - Conflicto de intereses / **INVESTIGACION PENAL** - Conocimiento / **ENRIQUECIMIENTO ILICITO** - Congresista / **NARCOMICO** - Aprobación proyecto de ley

A mi juicio, está probado dentro del expediente que los asistentes a la sesión del 13 de diciembre de 1995 —y entre ellos el senador *Celis Gutiérrez*—, en la cual se discutió y votó el proyecto de ley No. 168 de 1995 Senado y 129 de 1995 Cámara, supieron cuál era el alcance del artículo que se introdujo a ese proyecto y que hacía relación al valor atribuido a la doctrina constitucional adoptada en las sentencias de la Corte Constitucional. Supieron todos que dicha norma podría tener incidencia en la configuración del delito de enriquecimiento ilícito de particulares. Para esa época, el senador *Celis Gutiérrez* había sido oído en versión libre por la Corte Suprema de Justicia; es decir, conocía los hechos por los cuales se le estaba investigando y en razón de ese conocimiento, podía saber que el artículo en cuestión le reportaría beneficios al momento de calificar su conducta frente a las disposiciones penales. No obstante lo anterior, no manifestó impedimento alguno para participar en la discusión del mencionado artículo sino que por el contrario lo votó afirmativamente con lo cual, a mi entender, violó el régimen de conflicto de intereses previsto en la Constitución y en la ley.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Santafé de Bogotá D.C., veintisiete (27) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Referencia: Expediente No. AC-3451. Actor: Emilio Sánchez Alsina.

SALVAMENTO DE VOTO

Doctora: *Clara Forero de Castro.*

Respetuosamente me aparto de la decisión mayoritaria de la Sala, por considerar que en este caso se dio la violación al régimen de conflicto

de intereses y en consecuencia procedía la pérdida de investidura del senador *Carlos Augusto Celis Gutiérrez.*

En efecto, a mi juicio, está probado dentro del expediente que los asistentes a la sesión del 13 de diciembre de 1995 —y entre ellos el Senador *Carlos Augusto Celis Gutiérrez*— en la cual se discutió y votó el proyecto de ley No. 168 de 1995 Senado y 129 de 1995 Cámara, supieron cuál era el alcance del artículo que se introdujo a ese proyecto y que hacía relación al valor atribuido a la doctrina constitucional adoptada en las sentencias de la Corte Constitucional.

Supieron todos que dicha norma podría tener incidencia en la configuración del delito de enriquecimiento ilícito de particulares.

Para esa época, el senador *Celis Gutiérrez.* había sido oído en versión libre por la Corte Suprema de Justicia; es decir, conocía los hechos por los cuales se le estaba investigando y en razón de ese conocimiento, podía saber que el artículo en cuestión le reportaría beneficios al momento de calificar su conducta frente a las disposiciones penales.

No obstante lo anterior, no manifestó impedimento alguno para participar en la discusión del mencionado artículo sino que por el contrario lo votó afirmativamente con lo cual, a mi entender, violó el régimen de conflicto de intereses previsto en la Constitución y en la ley.

Estas son las razones fundamentales de mi disentimiento,

Con todo respeto,

Clara Forero de Castro.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONGRESISTA - Conflicto de intereses / **INVESTIGACION PENAL** - Conocimiento / **ENRIQUECIMIENTO ILICITO** - Congresista / **NARCOMICO** - Aprobación proyecto de ley

Por el tema mismo sobre el cual fue indagado, no hay lugar a duda, que lo fue por enriquecimiento ilícito de particular, por lo que colocaba al senador en situación de impedimento, y al votar favorablemente el artículo propuesto quedó incurso en el conflicto de intereses, pues como lo he advertido en otros salvamentos con igual *causa petendi*, el objetivo perseguido con el artículo nuevo adicionado al Proyecto No. 168 del Senado, antes de su votación, como en la Cámara de Representantes, en las sesiones del 13 y 14 de diciembre de 1995, en esta última, la de la Cámara, se negó por unanimidad. Al votar el senador *Carlos Celis Gutiérrez* el citado artículo, conociendo los efectos que él mismo producía en razón de la investigación que por enriquecimiento ilícito le adelantaba la Corte Suprema de Justicia, violó el régimen de conflicto de intereses al no expresar su impedimento, razón por la cual la Sala ha debido decretar la pérdida de investidura de congresista.

Santafé de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Referencia: Expediente No. AC-3451. Actor: Emilio Sánchez Alsina.

SALVAMENTO DE VOTO

Doctor: *Delio Gómez Leyva.*

Con el debido respeto por la decisión mayoritaria, consigno las razones que me apartaron de la misma, pues como se observa en la citada providencia existía contra el senador *Carlos Augusto Celis Gutiérrez*, investigación previa relacionada con la posible comisión de actividades ilícitas sobre "violación a la Ley 30 de 1986, testaferrato y enriquecimiento

ilícito", y sobre la cual rindió versión libre y espontánea, el 17 de noviembre de 1995, vale decir, antes del 13 de diciembre de 1995, fecha en la cual se aprobó por el Senado de la República, y con el voto favorable del senador *Celis Gutiérrez*, el artículo adicional al proyecto número 168 del Senado. En la providencia aprobada por la mayoría se expresa:

> *"Según consta a folios 6 a 7 del cuaderno número 2, lo que motivó a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para iniciar las diligencias de indagación previa, en auto de 29 de junio de 1995, en relación con el Congresista* ***Carlos Augusto Celis Gutiérrez****, fueron las diligencias evacuadas por la Comisión de Fiscales ante dicha Corporación, que relacionan al citado parlamentario y que pretendían establecer la comisión de actividades ilícitas en la ciudad de Cali, tales como «violación a la Ley 30 de 1986, testaferrato y enriquecimiento ilícito», así como quienes se encuentran vinculados a ellas (folio 6 ibidem).*
>
> *En orden a dilucidar lo anterior, el demandado fue citado a rendir versión libre y espontánea, la cual se llevó a cabo 17 de noviembre de 1995.*
>
> *En dicha declaración fue indagado acerca de sus generales de ley, sus bienes de fortuna, la forma como fueron adquiridos, de dónde provino el dinero para su adquisición, los números de sus cuentas de ahorros y corrientes, la materia sobre la cual han versado los proyectos de ley que ha presentado como congresista y en relación con el pago de una cuenta de estadía por un día en el mes de junio de 1992 en la ciudad de Cali en el Hotel Intercontinental, que constituyó el inicio para realizar las diligencias previas"* (folios 181 a 189 *ibidem*).

Por el tema mismo sobre el cual fue indagado, no hay lugar a duda, que lo fue por enriquecimiento ilícito de particular, por lo que colocaba al senador en situación de impedimento, y al votar favorablemente el artículo propuesto quedó incurso en el conflicto de intereses, pues como lo he advertido en otros salvamentos con igual *causa petendi*, el objetivo perseguido con el artículo nuevo adicionado al proyecto No. 168 del Senado, fue advertido tanto en el Senado, antes de su votación, como en la Cámara de Representantes, en las sesiones del 13 y 14 de diciembre de 1995, en esta última, la de la Cámara, se negó por unanimidad. En el Senado el senador *Luis Guillermo Giraldo*, expresó:

> *"...añadido a un texto que trata de contravenciones, que no profundiza en materia de justicia, que trata ciertamente del derecho casi que correccional y al cual se le está tratando de añadir un artículo de amplio contenido jurídico y de amplia repercusión actual por las circunstancias que está viviendo en este momento el país, por investigaciones que está adelantando la Procuraduría en relación con dineros que financiaron*

posiblemente campañas electorales, dineros que pudieron provenir también del narcotráfico...

«...pidiéndole al señor Ministro de Justicia que ilustre al Senado, qué ocurriría con lo que inicialmente se conoce como el proceso 8.000, en el caso de que el Congreso de la República aprobara este artículo que se le ha presentado a la consideración de la plenaria de hoy, para que todos sepamos cómo vamos a votar y cuáles son las consecuencias directas, inmediatas de coyuntura...»

«...Yo deseo vivamente que quienes en un momento determinado se encuentran en ese proceso 8.000, le expliquen al país su conducta y obtengan conforme a las leyes actuales el veredicto institucional que los declare inocentes, deseo eso, pero creo que aquí puede pasar honorables Senadores, cuando veo en las curules a unos estimados colegas, que cuyo texto aquí transcrito los puede afectar positivamente cuando yo soy inocente, yo no acepto una amnistía: cuando hay inocencia no necesitamos de artículos de proyectos de ley. Eso se impone por sí sólo, este es un momento bastante difícil y decisivo para el Senado de la República, en donde a lo mejor el país nos puede enjuiciar por estar legislando al calor de la coyuntura, a lo mejor por estar legislando con nombres propios y eso no es bueno para este Congreso..." (*Gaceta del Congreso*, No. 479 del miércoles 20 de diciembre de 1995, págs. 18 y 19).

En la Cámara de Representantes, se destacan las intervenciones de los representantes *Eduardo Enrique Maya, Viviane Morales, Ingrid Betancourt y Rodrigo Echeverry*. El primero de ellos, dijo:

"Como ciudadano común y corriente, como padre de familia, como Representante a la Cámara y como docente universitario, quiero hacer algunas apreciaciones, con la finalidad de que ustedes, honorables parlamentarios, honorables representantes, que en el pasado han podido demostrar el valor de su carácter, como lo demostramos aquí aprobando el Protocolo 2 de Ginebra y, enterrando el narcoproyecto, nos pronunciamos de igual manera en esta tarde, atendiendo los postulados de la Constitución Política de Colombia y de otra parte los dictados de nuestra conciencia, no es posible que con este artículo nuevo, aprobado aceleradamente en el Senado de la República, se quiera atentar contra la majestad de la Constitución Política del país, no es posible que hoy por cuando el país, sus instituciones y el gobierno, cruzan una de las peores crisis que se registran en la historia, nosotros vamos a ahondar ese problema, señor Ministro del Interior y señores Ministros, el partido Conservador en su mayoría quiere ser solidario nuevamente sin contraprestación alguna, en este difícil momento por el cual está atravesando el propio gobierno, el Congreso Nacional, sus instituciones y la República de

Colombia, que es lo que se quiere hacer con este nuevo artículo en el proyecto que ha presentado el gobierno para la seguridad ciudadana, estableciendo unas excepciones, como que si en la Constitución Política se permitieran poner algunas excepciones para solucionar los problemas, a simple vista y haciendo un esfuerzo no se sabe el veneno que llevan por dentro esas excepciones, legislar para el beneficio de unos pocos, cuál sería la majestad del Congreso Nacional de la República, ante la faz de la Nación y ante el concierto internacional, que disque (sic) en el Congreso Nacional de la República legislar para acabar con el enriquecimiento ilícito, como delito para acabar con el testaferrato, yo creo que nosotros si procedemos esta tarde así estaríamos conduciendo al país a una de sus peores hecatombes de carácter jurídico y de carácter moral, las reacciones no podían ser las más pequeñas, fueron grandes las reacciones está (sic) mañana en todos los medios de comunicación, así titulaba por ejemplo el Diario «El Tiempo» al que dice el Representante Lucio no hay que tenerle temor, claro que no debemos tenerle temor, pero es un periódico que se ha encargado de escribir las páginas más grandes de la vida republicana del país, decía el Diario «El Tiempo», Senado hundió expediente 8.000 y a su turno «El Espectador», decía: super mico del Senado al proceso 8.000 y «El Siglo» a grandes titulares hablaba sobre la impunidad, pero como si esto fuera poco, reaccionó también la Iglesia, reaccionó la clase dirigente política y permítanme señor Presidente leer el pronunciamiento del presidente de la Conferencia Episcopal, esta grave determinación, dice el prelado, prácticamente indulta a todos los investigados en el denominado proceso 8.000, deploró que algunos Senadores, quienes según la Carta, representan al pueblo, y deberían actuar consultando la justicia y el bien común, legislen para entorpecer las conocidas investigaciones que adelanta la justicia, exhortó a los Representantes a la Cámara, a rechazar esta injusta iniciativa, contraria a la Carta y a la moral social, que legaliza la corrupción, formuló un apremiante llamado al señor Presidente de la República para que objete este artículo en caso de ser aprobado, pero como si esto fuera poco, se pronunció el país, se pronunció al país indigando, humillado, si se quiere decir, por esa absurda y torpe posición tomada en el Senado de la República, yo les pido respetuosamente, a mis colegas, a los honorables Representantes, no permitamos que se siga teniendo en este desprestigio, en este desprestigio al Congreso Nacional, no permitamos nosotros, que en el epílogo del Congreso, nosotros propinemos una herida mortal, propinemos un tipo a las sienes del Congreso Nacional de la República, para que mañana nos señalen a nosotros con el dedo de la ignominia y el desprecio, vamos nosotros a hacer uso aquí de la disertación dialéctica, lo vamos a escuchar al gobierno, vamos a escucharlo a usted señor Ministro de Interior, para que aclare usted la posición digna que debe tomar el gobierno, lo propio el señor Ministro de Justicia, que hoy por hoy tiene el respaldo ciudadano y de igual manera el señor Fiscal, que ha engrandecido con

sacrificio las grandes historias y las grandes páginas de la justicia colombiana, de ser sometido a votación este nuevo artículo, señor Presidente, yo le pido desde ya la votación nominal, de cara al pueblo y nos va, y va a ordenar, señor Presidente, el registro con sus nombres y apellidos de uno por uno quiénes quieren hundir a la justicia colombiana y quiénes queremos seguir velando como cirios encendidos, por su prestigio y por su honor» (*Gaceta*, No. 485 del 26 de diciembre de 1995, págs. 23-24).

La representante *Morales*, expresó:

"Gracias, señor Presidente, en primer lugar quiero leer una carta que ha hecho llegar el Consejo Gremial Nacional y que dice lo siguiente:

«Los Presidentes de los gremios que integramos el Consejo Gremial Nacional hemos decido (sic) dirigirnos a usted, al señor Presidente de la Cámara, ante la grave preocupación que nos generan las modificaciones que en el día de ayer se introdujeron al proyecto de ley sobre seguridad ciudadana presentado por el Gobierno Nacional.

»De ser aprobadas dichas modificaciones lesionarían la imagen y las relaciones económicas internacionales del pías y socavarían la institucionalidad de nuestro Estado de Derecho.

»Las modificación no significa cosa distinta que excluir a la Rama Judicial del sometimiento al imperio de la ley otorgándoles potestad autónoma a sus decisiones que pasarían a regirse por la doctrina constitucional.

»Ello traería repercusiones insospechadas en todos los ámbitos comerciales, laborales, penales o de otras índole (sic) de la vida ciudadana, pues en el futuro pasarían a regirse por la jurisprudencia, así sea contraria a los mandatos del legislador.

»El artículo aprobado por el Senado, representa un retroceso en la persecución del crimen organizado puesto que convierte el enriquecimiento ilícito en un delito subsidiario y no principal.

»La inmediata reacción internacional ya generada por la norma aprobada ayer, nos confirma la preocupación porque argumentando que Colombia es una narcodemocracia, se adoptan acciones administrativas y comerciales por algunos países que representarían inmensos e incalculables perjuicios para la economía nacional de los sectores productivos que la ciudadanía no estaría en capacidad de soportar.

»Por las razones anteriores, señor Presidente, respetuosamente solicitamos por su atento conducto, que los señores Representantes no impartan

su aprobación al texto del artículo aprobado en el Senado, pues de hacerlo se causaría un gravísimo daño a nuestra Nación.

»Por anticipo le agradecemos que haga conocer el pensamiento del sector privado a la plenaria de la Cámara de Representantes.

»Firman: *Camilo Llinás,* Presidente Acolfa; *Carlos Garay,* Presidente de Acoplásticos; *Carlos Arturo Angel,* Presidente Andi; *María Isabel Patiño,* Presidente Asocoflores; *Alberto Vásquez Restrepo,* Presidente Camacol; *William Fadul Vergara,* Presidente Facecolda; *Gustavo Tobón Londoño,* Presidente de Fedemetal; *Jaime Cabal Sanclemente,* Presidente Acopi; *Jorge Ramírez Ocampo,* Presidente Analdex; *César González Muñoz,* Presidente Asobancaria; *Ricardo Villaveces Pardo,* Presidente Asocaña; *Eugenio Marulanda,* Presidente Colfecar; *Jorge Visbal Martelo,* Presidente Fedegan; *Sabas Pretel de la Vega,* Presidente de Fenalco; *Juan Manuel Ospina Restrepo,* Presidente de la Saca".

Señor Presidente, señores Ministros, honorables parlamentarios. Yo creo que no sorprende tampoco mucho el país la decisión que tomó el Senado de la República ayer y no me sorprende porque infortunadamente en el país hemos llegado a la convicción que el camino de la política se ha distanciado mucho del camino de la ética.

Es triste tener que presenciar situaciones como las que se registran en donde se pretende manipular al Derecho, se vuelve el Derecho simplemente una cosa hecha a la medida de unos fines particulares desprendidos de toda connotación ética o moral.

El artículo propuesto que tuvo que ser redactado necesariamente por alguien muy conocedor de las ciencias jurídicas porque en estricto sentido jurídico, positivista, es un buen texto, pretende establecer unas nociones en abstracto de los efectos de la sentencia, pero en el fondo lo que quiere traer es simplemente un efecto particular, se trata de la sentencia C127 de 1993 por la cual la Corte Constitucional declaró exequible el Decreto 2266 de 1991, es un artículo 10 que revivía o reproducía el artículo 1° del Decreto 1895 de 1989 por la cual se consagraba el enriquecimiento ilícito.

La Corte lo declara exequible pero en su parte motiva se dice que se debía entender este artículo en el sentido de que las condenas proferidas en las actividades ilícitas deberían haber sido declaradas por condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva.

Naturalmente esto cerraría todo el proceso 8.000 por cuanto quienes están acusados de haber recibido dineros del narcotráfico o enriqueci-

miento ilícito han sido acusados de recibir dinero de personas que no han sido todavía condenas (sic) por sus actividades delictivas.

Es decir se le estaría haciendo un tremendo conejo al país a través de un artículo que se presenta con una impecable forma jurídica.

Pienso yo que los argumentos aquí no pueden ser jurídicos, aquí no se trata de que si es un mico, o no es un mico, eso sobra, eso (sic) son elementos no sustanciales del debate, el único fundamento de la decisión tiene que ser un fundamento ético señores, representantes.

Yo quisiera leer con perdón de la doctora ***Martha Luna*** *si me permite traer aquí a colación y leer una frase de* ***Montesquieu****, porque no me atrevo de pronto a repetirlo de memoria algo que quisiera que nos quede en nuestra mente antes de decidirnos a votar este artículo. Decía* ***Montesquieu****: No hace falta mucha honradez para que un Gobierno Monárquico o despótico se mantenga o sostenga las fuerzas de las leyes en uno, el brazo del príncipe levantado, en otro, regulan o abarcan todo pero en un régimen democrático hace falta un resorte añadido que es la virtud, sin virtud cívica efectivamente no marcha la democracia, señores este es un problema de ética y de virtud.*

Rechazar este artículo significaría darle un sentido a nuestra democracia" (Gaceta, No. 485 del 26 de diciembre de 1995, págs. 28-29).

La representante *Betancourt,* advirtió:

"Le agradezco señor Presidente; a mí me parece realmente que la Cámara está cogiendo el pésimo hábito de tomar posiciones pasivas frente a los temas de más trascendencia nacional; nosotros, si derrotamos este artículo, lo tenemos que derrotar con la cara frente al país, no escondiéndonos, este artículo nuevo es evidentemente un adefesio, es lo que llamamos nosotros en la jerga del Congreso un mico y es un mico porque estamos hablando de un artículo que no tiene relación con el proyecto de ley que está en discusión, no tiene unidad de materia, pero no es solamente un mico, es un peligro para la justicia colombiana y es un peligro para el orden democrático de este país, aquí lo que se está diciendo en este artículo nuevo es que de ahora en adelante el que va a legislar en este país, no es el Congreso de la República, que ha sido legítimamente electo por el pueblo colombiano en representación de él, y representando su soberanía, sino sería la Corte Constitucional, por medio de sentencias, la que terminaría legislando en Colombia; qué quiere decir eso, quiere decir que un cuerpo de magistrados elegidos por el Senado, no elegidos popularmente, no elegidos con el voto del pueblo colombiano, estarían decidiendo de la suerte de las leyes colombianas y adicionalmente hay que aclarar y hay que

decirlo, que detrás de este nuevo artículo hay intereses demasiado evidentes para que no sean mencionados acá, mi intervención es breve, pero me siento con la obligación de llamarle la atención al Congreso sobre las repercusiones de este artículo, aquí nosotros no podemos legislar en función de intereses, ni de nuestros amigos, ni de nuestros jefes políticos si es que los tenemos; aquí tenemos que legislar en función de unos principios y desgraciadamente se oye por los pasillos del Congreso, que este artículo sería el resultado de un compromiso entre el Presidente **Samper** *y uno de sus amigos para facilitarle la solución a su problema jurídico, yo por eso le pido a los Representantes del Gobierno, que le aclaren al Congreso cuál es la posición del Presidente* **Samper** *y cuál es la posición del gobierno, porque no es posible que en el Senado de la República, con estos argumentos se haya pasado con una mayoría un artículo que contraviene el orden constitucional de Colombia, el artículo 230 de la Constitución Nacional dice que el único legislador en el país es el Congreso, este nuevo artículo estaría cambiando el sistema jurídico colombiano y es ante eso que nos tenemos que pronunciar, yo por eso, de la manera más viva, le pido a esta Cámara que asuma con responsabilidad este debate y que niegue este artículo"* (*Gaceta*, No. 485 del 26 de diciembre de 1995, pág. 23).

Y el representante *Echeverry*, dejó como constancia, el siguiente texto:

"El suscrito Representante liberal de Antioquia, **Rodrigo Echeverry Ochoa,** *anuncia su voto negativo al artículo nuevo, introducido en el Senado de la República y presentado también en la Cámara de Representantes para su aprobación en el Proyecto de ley 129 de 1995, Cámara, y 168 de 1995 Senado. Para ello anunció las siguientes razones, el artículo nuevo no presenta transparencia legislativa, el artículo nuevo pretende obstruir el funcionamiento de la justicia en nuestro país, el artículo nuevo pretende absolver a todos los que tienen procesos pendientes por enriquecimiento ilícito, el artículo nuevo deteriora aún más la imagen de nuestro país ante la opinión internacional y hace más difícil el manejo de las relaciones internacionales"* (*Gaceta*, No. 485 del 26 de diciembre de 1995, pág. 29).

Cabe agregar, por último, que el fin buscado con la norma aprobada era claro, como lo reconoce el Senador *José Guerra de la Espriella*, en comunicación de 20 de marzo de 1996, dirigida al Consejero doctor *Julio E. Correa*, exp. AC-3301 —folio 168 C.P.—en la cual se afirma:

"B. Que el supuesto delito que se investiga está deslindado totalmente del proceso 8.000, a tal punto que el supuesto enriquecimiento ilícito que se denuncia es de funcionario público en mi ejercicio como Senador ***y no de particulares, como es la conducta que se pretendía clarificar en el famoso*** *narcomico. Es decir, nada me impedía votar tal artículo".*

De conformidad con lo anterior, al votar el senador *Carlos Augusto Celis Gutiérrez*, el citado artículo, conociendo los efectos que el mismo producía en razón de la investigación que por enriquecimiento ilícito le adelantaba la Corte Suprema de Justicia, violó el régimen de conflicto de intereses al no expresar su impedimento, razón por la cual la Sala ha debido decretar la pérdida de su investidura de congresista.

Respetuosamente,

Delio Gómez Leyva.

PERDIDA LA DE INVESTIDURA DE CONGRESISTA - Conflicto de intereses / **INVESTIGACION PENAL** - Calificación judicial / **NARCOMICO** - Aprobación proyecto de ley

En pleno acuerdo con la parte resolutiva del fallo proferido debo, no obstante, aclarar mi voto por cuanto después de un examen más cuidadoso de la situación dada en los procesos de pérdida de investidura de congresista por haber participado en favor del artículo nuevo que se quiso agregar al Proyecto de ley No. 168 de 1995 —Senado—, considero que no son bastantes, para acreditar el conocimiento que debió tener el congresista del tipo penal por el que se lo investigaba, las preguntas y respuestas emitidas en declaración libre y espontánea rendida en averiguación preliminar. Estimo que para ello habría requerido conocer de calificación judicial, así fuera la provisional de la definición de la situación jurídica del vinculado al proceso. Lo otro implica darle relevancia a una actuación no procesal para definir cuestión de trascendencia, dada la gravedad de sus consecuencias, como es la del conocimiento que tenía el congresista de ser investigado por delito respecto del cual incidiría favorablemente la aprobación de la norma.

Referencia: Expediente No. AC-3451. Actor: Emilio Sánchez Alsina.

ACLARACION DE VOTO

Doctor: *Amado Gutiérrez Velásquez.*

En pleno acuerdo con la parte resolutiva del fallo proferido debo, no obstante, aclarar mi voto por cuanto después de un examen más cuidadoso de la situación dada en los procesos de pérdida de investidura de congresista por haber participado en favor del artículo nuevo que se quiso agregar al Proyecto de ley No. 168 de 1995 —Senado—, considero que no son bastantes, para acreditar el conocimiento que debió tener el congresista del tipo penal por el que lo investigaba, las preguntas y respuestas emitidas en declaración libre y espontánea rendida en averiguación preliminar.

Estimo que para ello se habría requerido conocer de calificación judicial, así fuera la provisional de la definición de la situación jurídica del vinculado al proceso. —Lo otro implica darle relevancia a una actuación jurídica no procesal para definir cuestión de trascendencia, dada la gravedad de sus consecuencias, como es la del conocimiento que tenía el congresista de ser investigado por delito respecto del cual incidiría favorablemente la aprobación de la norma—.

Amado Gutiérrez Velásquez.

Santafé de Bogotá, D.C., mayo 31 de 1996.

CONFLICTO DE INTERESES - Violación / **INVESTIGACION PENAL** - Conocimiento / **ENRIQUECIMIENTO ILICITO** - Congresista / **NARCOMICO** - Aprobación proyecto de ley

En el caso de autos, como se expresa en varios de los salvamentos de voto consignados anteriormente, aparece demostrado que el demandado sí tuvo conocimiento previo a la votación del artículo que ha dado lugar a ese conflicto, de que estaba siendo investigado por unos hechos cuya apreciación podía ser modificada por el con-tenido del citado artículo, como se desprende, entre otras pruebas, de la versión libre que le fue recibida el 17 de noviembre de 1995, de lo cual se concluye que el mencionado artículo lo favorecía de manera personal, sin que se hubiera declarado impedido sino que, por el contrario, participó en la sesión y votó favorablemente el indicado proyecto. Con ello violó claramente el régimen de conflicto de intereses y, por lo mismo, incurrió en la causal de pérdida de investidura alegada.

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. AC-3451. Actor: Emilio Sánchez Alsina.

SALVAMENTO DE VOTO

Doctor: *Libardo Rodríguez Rodríguez.*

El salvamento de voto del suscrito Consejero se fundamenta en las siguientes razones:

1. Como marco general del salvamento de voto, me remito a las consideraciones sobre "la pérdida de investidura y conflicto de intereses", que me permite incluir en la ponencia de fallo presentada dentro del expediente AC-3304, Actor *Emilio Sánchez Alsina* (solicitud de pérdida de investidura del Senador *Alberto Rafael Santofimio Botero),* la cual no fue aprobada por la mayoría, en los siguientes términos:

*"A. **La pérdida de investidura y el conflicto de intereses.***

*En este punto la Sala reitera los planteamientos generales expresados en la sentencia aprobada el 12 de marzo de 1996, con ponencia del Consejero doctor **Joaquín Barreto Ruíz** (Expediente No. AC-3300, Actor: Emilio Sánchez Alsina, pérdida de investidura del Senador Gustavo Espinosa Jaramillo) en la cual se dijo:*

«a) Su regulación normativa.

»Recuperar el prestigio del Congreso fue uno de los móviles de la reforma constitucional de 1991 y como consecuencia de ello, se regularon algunos mecanismos de control respecto de sus miembros.

»Dentro del marco de la democracia participativa el artículo 40 de la Constitución estableció como derecho de los ciudadanos el de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y como mecanismo específico para tal efecto se consagró la figura de la pérdida de la investidura de sus miembros, a través de la cual se hace efectivo el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses, toda vez que se constituye en la eventual sanción para quien lo desconozca.

»Dicha figura, que había tenido una existencia efímera en la reforma constitucional de 1979, al hacer realidad la participación de los ciudadanos en el control de sus elegidos, constituye pilar fundamental de la soberanía popular, consagrada en el artículo 3° de la Carta de 1991.

»En este sentido, la Comisión Tercera de la Asamblea Nacional Constituyente, al regular la Rama Legislativa del Poder Público, en su Informe-Ponencia para primer debate en la Plenaria de la Asamblea, consideró que:

*'... El régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses quedaría incompleto y sería inane si no se estableciera la condigna sanción. Creyó también en forma unificada la Comisión que dada la alta posición del congresista, la violación de este régimen no podía acarrear sanción inferior a la pérdida de la investidura y así se consagró ...' **Gaceta Constitucional,** número 79 del miércoles 22 de mayo de 1991, página 17.*

»Y en relación, con el conflicto de interés, en la respectiva ponencia se afirma que:

'5.3. Conflicto de interés: Como quiera que todo ser humano está sujeto a variaciones en su capacidad de juicio imparcial cuando intervienen intereses o compromisos personales que puedan ser afectados por las

*decisiones a tomar, resulta necesario prevenir que tales intereses o compromisos distorsionen el ánimo imparcial del congresista, quien debe actuar siempre movido por los más altos intereses del Estado y de la comunidad. Se consideró indispensable dejar la posibilidad de recusaciones si el mismo afectado no declara ante la Corporación sus posibles motivos de conflicto de interés' (**Gaceta Constitucional**, No. 79 del miércoles 22 de mayo de 1991, pág. 16).*

»Los anteriores criterios quedaron plasmados en el articulado propuesto y específicamente en relación con el tema del conflicto de intereses, además de incluir su violación como causal de pérdida de la investidura, junto con la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, se propuso el siguiente texto:

'Los congresistas estarán obligados a poner en conocimiento de la respectiva cámara sus conflictos de interés de carácter moral o económico que los inhiba para decidir sobre asuntos sometidos a su consideración. Si no lo hicieren, cualquier persona podrá recusarlos'.

»Este es el antecedente del actual artículo 182 de nuestra Carta Fundamental, el cual regula del conflicto de intereses, en los siguientes términos:

'Artículo 182. Los congresistas deberán poner en conocimiento de la respectiva cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración. La ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones'.

»De acuerdo con el artículo transcrito, correspondía al legislador expedir la reglamentación relacionada con los conflictos de intereses y las recusaciones, por expreso mandato constitucional; y aunque no fue incluido en algunos de los proyectos iniciales de reglamento del Congreso, luego de diferentes propuestas y discusiones, el legislador expidió la Ley 5ª de 1992 en cuyo Capítulo Undécimo, titulado del Estatuto del Congresista, luego de regular en su Sección Primera, entre otros aspectos, lo atinente a los derechos y deberes de los congresistas, así como en la Sección Segunda las Inhabilidades y en la Tercera las Incompatibilidades, en la Sección Cuarta, conformada por los artículos 286 a 295, se ocupó del Conflicto de Intereses, para regular finalmente, en la Sección Quinta, la Pérdida de Investidura».

»Respecto de dicha Ley 5ª de 1992,que, como se sabe, contiene el Reglamento del Congreso, su Ponente, el entonces Senador Orlando Vásquez Velásquez, afirma:

'11.5 Pérdida de Investidura.

'En la Sección 5ª, Capítulo Undécimo, sobre el Estatuto del Congresista, los artículos 296 a 304 consagran el procedimiento acerca de la pérdida de investidura congresional cuando se presenta alguna causal señalada en el artículo 183 constitucional.

'Las causales diversas de la nueva figura en la vida institucional del país, han sido establecidas como una forma de sanción al congresista cuando no da cumplimiento a los deberes que el cargo popular le impone, o cuando desborda en conductas y comportamientos que merecen el reproche social.

'Son éstas unas causales taxativas dispuestas por la vía constitucional.

'Pero, ¿es suficiente la consagración constitucional para alcanzar el cabal y efectivo cumplimiento de los deberes y prohibiciones por parte de los congresistas?

'En ausencia de legislación que desarrolle éstos preceptos, con una clara definición y procedimiento de aplicación, la conclusión es terminante son letra muerta que constituyen una normativa sin eficacia.

'Esta reglamentación pretende precisamente alcanzar, así sea sin la dimensión deseable, regular la institución.*Veamos:*

'Son, en realidad, siete (7) causales de pérdida de investidura congresal que exigen pronunciamiento de diversa naturaleza según la causal de que se trate. Son ellas:

'a) Violación del régimen de inhabilidades;

'b) Violación del régimen de incompatibilidades;

'c) Violación del régimen de conflicto de interés;

'd) Indebida destinación de dineros públicos;

'e) Tráfico de influencias debidamente comprobadas;

'f) Inasistencia, en un mismo período de sesiones, a seis (6) reuniones plenarias en las que se voten proyectos de acto legislativo y de ley o mociones de censura;

'g) No tomar posesión del cargo dentro de los ocho (8) días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse.

'El Consejo de Estado, dispone el artículo 184 de la Carta, 'de acuerdo con la ley y en un término no mayor de veinte días hábiles, contados a

partir de la fecha de la solicitud formulada por la Mesa Directiva de la Cámara correspondiente o por cualquier ciudadano', debe proceder a decretar la pérdida de la investidura'.

'Estas especiales estimaciones de orden constitucional hacen imperativa la adopción de dos cuerpos legales que brinden la garantía del derecho de defensa suficiente a quienes eventualmente se encuentren incursos en alguna de estas cusales: ***una ley rgánica, de carácter reglamentario*** *como la que se examina; y una ley statutaria, referida a un aspecto de la Administración de Justicia que adscriba la competencia para el procedimiento aplicable (artículos 151 y 152, ordinal 3,C.N).*

'El primer aspecto se desarrolla en la presente ley dentro de un marco de amplias y seguras garantias constitucionales para el congresista. *Y el segundo, debe ser materia de debate en el curso de los próximos meses en el Congreso de la República". (Se destaca)* ***(Reglamento del Congreso,*** *Constitución Política y otras normas referentes a la Rama Legislativa, Senado de la República. Santafé de Bogotá, D.C, 1992, págs. LIII, LIV, LV).*

»Los artículos 286 a 295 de dicha ley dispusieron textualmente:

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

'Artículo 287. Registro de intereses privados. *En cada una de las Cámaras se llevará un libro de registro de intereses privados en el cual los congresistas consignarán la información solicitada con su actividad privada. En ella se incluirá la participación en sociedades anónimas o de responsabilidad limitada y similares, o en cualquier organización o actividad privada económica o sin ánimo de lucro de la cual haga parte, en el país o fuera de él.*

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

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

'Artículo 290. Modificación del Registro. *El cambio que se produzca en la situación de intereses privados de los congresistas, deberá inscri-*

birse en el registro dentro de los treinta (30) días siguientes a la protocolización del cambio.

*'**Artículo 291. Declaración de impedimento.** Todo senador o representante solicitará ser declarado impedido para conocer y participar sobre determinado proyecto o decisión trascedental, al observar un conflicto de interés.*

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

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

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

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

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

'La decisión será de obligatorio cumplimiento.

*'**Artículo 295. Efectos de la recusación.** Similar al del impedimento en el artículo 293'.*

*»Posteriormente la Ley 144 de 1994 **'por la cual se establece el procedimiento de pérdida de la investidura de los congresistas'**, en su artículo16, estableció que los congresistas que durante el año inmediatamente anterior a su elección hubieren prestado sus servicios remunerados a gremios o personas de derecho privado sobre cuyos intereses o negocios incidan actos que se encuentren al estudio del Congreso, tienen la obligación de comunicarlo por escrito a la Mesa Directiva para que decida si ellos deben abstenerse de participar en el trámite y votación de dichos actos. Este artículo 16 consagra el trámite que debe cumplirse*

cuando el conflicto de intereses se refiere al caso concreto allí previsto y se constituye entonces, en complemento de la legislación contenida sobre el tema en la misma Constitución (artículo 182) y en la ley (Ley 5ª de 1992), artículo aquél que fue declarado ajustado a la Constitución mediante Sentencia C-247 de 1995 de la Corte Constitucional.

»b) Antecedentes jurisprudenciales.

»Desde su consagración constitucional el Consejo de Estado ha decidico ocho solicitudes de pérdida de investidura de miembros del Congreso Nacional, en las cuales se ha invocado como causal la violación al régimen de conflictos de intereses. Son ellas:

»Sentencia del 1º de diciembre de 1993, expediente AC-632, Consejero Ponente doctor ***Miguel Viana Patiño.*** *Se precisó que el no registro de los intereses privados en el libro respectivo a que se refiere la Ley 5ª de 1992, no constituye violación al régimen de conflicto de intereses. La solicitud prosperó por violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Algunos consejeros salvaron el voto y otros lo aclararon.*

"Sentencia del 20 de enero de 1994, expediente AC-796, Consejero Ponente doctor ***Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*** *Se precisaron como normas aplicables al conflicto de interés los artículos 182 y 183 de la Constitución Nacional y 286 y siguientes de la Ley 5ª de 1992. Con salvamento de voto de los doctores Miren de la Lombana de Magyaroff, Daniel Suárez Hernández y Julio César Uribe Acosta. Y aclaración de voto de los doctores Carlos Betancur Jaramillo, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Orjuela Góngora y Consuelo Sarria Olcos.*

"Sentencia del 24 de marzo de 1994, expediente AC-1276, Consejero Ponente doctor ***Jaime Abella Zárate.*** *Allí textualmente se dijo:*

'En primer término se refiere la Sala a algunas de las apreciaciones del señor Procurador Tercero Delegado y de la parte impugnante, para expresar que no acoge la tesis de la inhibición en el juzgamiento de los casos de pérdida de investidura por la causal de 'conflicto de intereses' por falta de ley que la desarrolle según previsión del artículo 182 de la Constitución.

'El solo artículo 182 al cual estaban sujetos los congresistas a partir de la vigencia de la nueva Constitución indica la necesidad de comunicar a la respectiva Cámara, para que ésta decida las situaciones de carácter económico de índole particular que por oponerse a no acomodarse al 'bien común' al cual deben ajustar su actuación según el artículo 133, los inhibe para participar en el asunto sometido a su consideración. A

falta de ley reglamentaria la disposición constitucional podía tener cumplimiento con la simple expresión o manifestación del consegrista para que la Cámara evaluara la situación y decidiera lo pertinente.

'Y el Consejo de Estado para desarrollar su función juzgadora puede apelar en su auxilio a los criterios de la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina, tal como lo autoriza el artículo 230 de la Carta'.

»Esta providencia tuvo salvamento de voto de la doctora Miren de la Lombana de Magyaroff.

»Sentencia del 26 de julio de 1994, expediente AC-1499, Consejero Ponente doctor Delio Gómez Leyva. *Se aplicó el artículo 182 de la Constitución Nacional y se consideró la Ley 5ª de 1992 como el desarrollo legislativo del mismo. Con aclaración de voto del doctor Julio* César Uribe Acosta *y sin salvamentos de voto.*

»Sentencia de 4 de agosto de 1994, expediente AC-1433, Consejero Ponente doctor Diego Younes Moreno. *Reitera expresamente la tesis sostenida en la sentencia ya mencionada del 24 de marzo de 1994, expediente AC-1726 y se precisa el concepto de interés directo. Con aclaración de voto de los doctores* Julio César Uribe Acosta *y* Joaquín Barreto Ruiz, *estando ausentes los doctores* Miguel González Rodríguez, Carlos Betancur Jaramillo, Miren de la Lombana de Magyaroff *y* Dolly Pedraza de Arenas.

»Sentencia del 23 de agosto de 1994, expediente AC-1675, Consejero Ponente doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz. *Se fundamenta en los artículos 182 y 183 de la Constitución y en la Ley 5ª de 1992 '...que reglamentó lo relativo al conflicto de intereses' y transcribe su artículo 286. Con aclaración de voto del doctor* Julio César Uribe Acosta.

»Sentencia del 9 de septiembre de 1994, expediente AC-1233, Consejero Ponente doctor Yesid Rojas Serrano. *Allí se dijo textualmente:*

'Tampoco la Sala, haciendo uso de su poder de interpretación de la demanda-solicitud, encuentra cuál fue la conducta observada por los senadores demandados constitutiva de quebrantamiento al régimen de conflicto de intereses, al cual se refieren los artículos 182 de la Carta Política, 276 (sic) de la Ley 5ª de 1992 y 16 de la Ley 144 de 1994'.

»Sentencia del 6 de febrero de 1996, expediente AC-3214, Consejera Ponente doctora Miren de la Lombana de Magyaroff. *Se decidió con fundamento del artículo 16 de la Ley 144 de 1994.*

»La anterior relación permite precisar cómo, la tesis mayoritaria, reiteradamente sostenida por la Corporación, explícita o implícitamente, ha sido la de considerar que el régimen de conflicto de intereses se encuentra regulado en los artículos 182 y 183 de la Constitución, 286 y siguientes de la Ley 5ª de 1992 y 16 de la Ley 144 de 1994.

»c) Precisiones de la Sala.

»De manera pues que la Sala reitera su entendimiento acerca del conflicto de intereses, sobre el cual considera oportuno hacer las siguientes precisiones:

*»**Primera**. Se trata, en el caso de los congresistas, de una institución de raigambre constitucional, como que está establecida en el artículo 182 de la Carta, cuyos desarrollos legislativos, en cuanto a las razones que lo determinan, el procedimiento para su declaración, bajo la forma de impedimento o de la recusación aparecen regulados, como se dijo, en los artículos 286 y siguientes de la Ley 5ª de 1992 y en la Ley 144 de 1994, artículo 16.*

*»**Segunda**. El impedimento para que el congresista actúe se presenta por razones ya de índole moral, ya de índole económica, tal como lo define, en primer término, el artículo 182 constitucional y en desarrollo de éste, el artículo 286 de la Ley 5ª de 1992, en cuanto expresa que él se presenta 'cuando exista interés directo en la decisión porque lo afecte de alguna manera'.*

»Tanto la jurisprudencia del Consejo de Estado, como la doctrina, la expresión del derecho positivo y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia muestran que el conflicto de interés, independientemente del tipo de razón en que se origine (económica, moral, intelectual, etc.), en cuanto prive al juez, o al funcionario, en este caso al legislador, de la imparcialidad necesaria para la adopción de la decisión de que se trate, el impedimento debe ser declarado y cuando ello no suceda, debe ser puesto de manifiesto mediante el expediente de la recusación.

»Así las cosas, entiende la Sala que el impedimento y la recusación son los instrumentos idóneos que nuestro ordenamiento jurídico ha establecido para hacer efectiva la condición de imparcialidad del juez o del funcionario en el proceso de toma de decisiones.

»Estima la Sala, y con ello no se está sentando una tesis de última hora, que no es necesario ni conveniente que exista una tabla legal de conductas éticas, que supongan una adecuación típica, para efectos de poder juzgar

acerca de la presencia de un conflicto de interés por raznes de orden moral. Basta la consagración genérica tal como se formula en el artículo 182 de la Constitución o como se plantea en el 286 de la Ley 5ª o como se estructura en la causal primera de impedimento consagrada en el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil.

»Sobre lo anterior ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

'La Sala considera, sin necesidad de acudir a elaboradas disquisiciones, que fue acertada la decisión tomada por los Magistrados Sánchez y Velásquez, pues es evidente que existe por parte de los impedidos un interés que bien puede calificarse de intelectual, como que es consustancial a los seres humanos el deseo por que las obras producto de su ingenio trasciendan en el tiempo y en el espacio sin mayores contratiempos o escollos insalvables.

'Procede entonces la causal invocada por unos de los impedidos toda vez que estando demostrado en los autos que los Magistrados sí fungieron en alguna medida como coautores en la redacción del Estatuto Aduanero que hoy está en vigor, no puede desconocerse que a quienes participaron en esa labor sí debe interesarles la suerte que corran las intituciones jurídicas que contribuyen a crear.

'Así, pues, no es sólo el interés estrictamente personal o el beneficio económico los fenómenos que el legislador ha creído prudente elevar a la entidad de causales de impedimento, sino que dentro del amplio concepto del «interés en el proceso» a que se refiere el numeral 1º del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, debe entenderse también la utilidad o el menoscabo de índole moral o intelectual que en grado racional puede derivarse de la decisión correspondiente[1]*'.*

»Por lo anterior, no es admisible para la Sala el argumento de que en el estado actual de la legislación sólo es posible hablar de conflicto de interés respecto a los congresistas, cuando éste tiene connotación económica.

*»**Tercera**. Tampoco es admisible el argumento de que sólo en la medida en que el legislador tipifique unas prohibiciones precisas de carácter ético podría deducirse impedimento moral. Esto último equivaldría a aceptar que en materia de conflicto de interés de los congresistas impera la ética de que todo está permitido.*

---

[1] *Gaceta Judicial* Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Bogotá, D.C., 10 de noviembre de 1987. Magistrado Ponente: Doctor Rodolfo Mantilla Jácome. Acta No. 72, de octubre 27 de 1987. Pág. 463.

»No hay razón para afirmar que por no haber sido establecido por el legislador un catálogo o listado de todas las conductas que ppuedan dar lugar a que se tipifique el conflicto de intereses de índole moral, ello se traduzca en la imposibilidad de aplicarlo. Pues lo cierto es, que:

»a) La Carta exige que los congresistas pongan en conocimiento de la respectiva cámara 'las situaciones de ordenmoral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración'.

»b) El artículo 286 de la Ley 5ª les exige que se declaren impedidos cuando exista 'interés directo en la decisión porque los afecte de alguna manera' a ellos o a sus más próximos familiares o a sus socios.

»c) Se encuentra prevista la autoridad encargada de estudiar y pronunciarse sobre la procedencia del impedimento o de la recusación en caso de que aquél no sea manifestado espontáneamente.

»d) Existe un procedimiento para darle curso de las solicitudes de desinvestidura, contenido básicamente en la Ley 144 de 1994.

»e) Con excepción de los anexos de la solicitud, la Ley 144 de 1994 no regula lo concerniente al régimen probatorio. Tampoco lo hace la Ley 5ª de 1992.

»Así, el asunto queda gobernado por el Título XXI del C.C.A., entre cuyos mandatos está el artículo 168 ***ibidem*** *a cuyas voces, en los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de ese código, las del procedimiento civil, en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración.*

»En consecuencia, al régimen probatorio es el contenido en el Título XXI del C.C.A. y el Título XIII del C. de P.C.

»f) Existe un juez encargado de fallar los procesos de desinvestidura, cual es el Consejo de Estado, por disposición de estirpe constitucional.

»Todo lo anterior constituye, a no dudarlo, el régimen del conflicto de intereses que echan de menos el distinguido colaborador fiscal y el señor apoderado del demandado, que los lleva a sostener la inaplicación del conflicto de interés originado en asuntos de índole moral.

*»***Cuarta***. El conflicto de interés surge o se presenta cuando según la ley 'exista interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera (al congresista),o a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o a*

algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o a sus socios de derecho o de hecho'. Se trata, evidentemente, de una razón subjetiva que torna parcial al funcionario y que lo inhabilita para aproximarse al proceso de toma de decisiones con la ecuanimidad, la ponderación y el desinterés que la norma moral y la norma legal exigen.

»Desde esta perspectiva, el conflicto de intereses es automático y su declaración es imperativa, kantianamente hablando.

»La presencia del conflicto de intereses no es en sí misma censurable. Por lo general los hombres están expuestos a soportar y a resolver en sus relaciones familiares, sociales y políticas, conflictos de intereses de las más variadas características. Lo que es censurable y lo que determina un tratamiento legal, es la forma como el individuo resuelve el conflicto de intereses que se le presenta frente a una situación concreta. El individuo puede, en efecto, hacer un pacto de paz con su conciencia y admitir la resolución del conflicto aceptando, por ejemplo, que lo que es bueno para el todo lo es también para la parte, aún así no tome una posición determinante en la adopción de la decisión que le favorece; pero puede también advertir, y es su obligación moral y legal hacerlo, que participar en la adopción de la decisión correspondiente, cuando de ella derivaría un beneficio personal particularizado, no sólo contrariaría normas morales (en cualquier sistema ético) sino que vulneraría disposiciones del derecho positivo (como las que aquí se han citado).

»Por ello, para evitar que se dé una participación viciada de parcialidad en el proceso de toma de decisiones (judiciales, legislativas, administrativas, etc.), el ordenamiento positivo establece un mecanismo de una gran racionalidad y de una impresionante sencillez: El juez, el legislador, el administrador que debiendo participar en la adopción de una determinada decisión, ya sea mediante sentencia, ley, decreto, acto administrativo, etc., si encuentra que su adopción es susceptible de generarle un beneficio particular específico, debe ser separado de dicho proceso, bien en forma voluntaria porque advertido el conflicto, lo haga manifiesto mediante la declaratoria del impedimento, ora por iniciativa de terceras personas, utilizando el mecanismo de la recusación.

»De cualquier forma, cuando la separación no se haga en forma voluntaria, por vía de la declaración de impedimento, se prevén sanciones de diversa índole para aquellos que fueron recusados y la recusación resultó válida y para quienes participaron en la adopción de la decisión cuando existía el impedimento a que se viene refiriendo la Sala.

»Respecto de los miembros del Congreso, tanto la norma constitucional como la legal son claras en definir que quién esté incurso en el conflicto

de intereses se encuentra inhibido para participar en la decisión y 'deberá declararse impedido de participar en los debates o votaciones respectivas'.

»Como consecuencia por el hecho de no respetar lo normado constitucional y legalmente sobre conflicto de intereses, la Carta de 1991 consagra para ellos la sanción de pérdida de su investidura".

*»**Quinta**. La sanción de pérdida de la investidura prevista en el artículo 183 de la Constitución, cuando se origine en la causal de violación del régimen de conflicto de intereses, tendría lugar cuando quiera que el congresista haya participado 'en los debates o votaciones respectivas' sin haber manifestado el impedimento que hacía exigible una conducta de abstención, de separación del debate, según lo que previenen los artículos 182 de la Constitución y 286 de la Ley 5ª de 1992».*

A las precisiones anteriores puede agregarse la de que tratándose de interés por razón de una implicación penal, no es necesario que exista formalmente un proceso en curso, toda vez que si bien es cierto que procesalmente en materia penal puede afirmarse que el inculpado no se halla técnicamente vinculado al proceso mientras no sea oído en indagatoria, para efectos de establecer si se desconoció el régimen de conflicto de intereses, lo que se debe establecer es si el congresista que participó en la discusión del proyecto de ley o lo votó, sabía que con ello podría resultar beneficiado en relación con hechos a los cuales se encuentra vinculado y que son objeto o puedan llegar a ser objeto de una investigación penal en su contra.

También agrega la Sala que las mismas precisiones llevan a concluir que, basándose la violación del régimen de conflicto de intereses en el incumplimiento de la obligación de declararse impedido el congresista, cuando se daban circunstancias que lo obligan a ello por tener interés directo en el tema objeto del proyecto de ley, para la tipificación del conflicto es indiferente que el proyecto se convierta o no finalmente en ley, es decir, que no tiene imporancia el resultado de los debates o la votaciones, así como tampoco es relevante si el proyecto es considerado o no ajustado a las normas superiores, pues lo que la Constitución busca es que el congresista que tenga interés directo en el tema se abstenga de participar en los debates y votaciones que tengan que ver con el mismo.

Las precisiones anteriores permiten desde ahora desechar en el presente caso los siguientes argumentos generales de la defensa y del Ministerio Público:

a) Que no existe regulación legal del régimen de conflicto de intereses;

b) Que las normas constitucionales y legales existentes regulan únicamente los conflictos de intereses económicos pero no los de orden moral;

c) Que el voto del Senador demandado fue inane porque desde el punto de vista de la mayoría necesaria para la aprobación del proyecto no era necesario y porque el proyecto finalmente no se convirtió en ley;

d) Que el proyecto cuestionado está de acuerdo con la Constitución y la jurisprudencia, pues quienes lo aprobaron sólo quisieron darle rango legal a una jurisprudencia de la Corte Constitucional".

2. En el caso de autos, como se expresa en varios de los salvamentos de voto consignados anteriormente, aparece demostrado que el demandado sí tuvo conocimiento previo a la votación del artículo que ha dado lugar a este conflicto, de que estaba siendo investigado por unos hechos cuya apreciación podía ser modificada por el contenido del citado artículo, como se desprende, entre otras pruebas, de la versión libre que le fue recibida el 17 de noviembre de 1995, de lo cual se concluye que el mencionado artículo lo favorecía de manera personal, sin que se hubiera declarado impedido sino que, por el contrario, participó en la sesión y votó favorablemente el indicado proyecto. Con ello violó claramente el régimen de conflicto de intereses y, por lo mismo, incurrió en la causal de pérdida de investidura alegada.

Con todo respeto,

Libardo Rodríguez Rodríguez.

Santafé de Bogotá, D.C., veinte de junio de mil novecientos noventa y seis.

NOTA DE RELATORIA: Se remite lo expuesto en el proyecto de sentencia sobre la pérdida de investidura del senador Alberto Santofimio.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONGRESISTA - Conflicto de intereses / **INVESTIGACION PENAL** - Conocimiento / **NARCOMICO** - Aprobación proyecto de ley

No comparto la decisión mayoritaria que contiene la providencia que antecede, por cuanto de conformidad con las pruebas que obran en el expediente el Senador *Carlos Augusto Celis Gutiérrez* violó el régimen de conflicto de intereses, por no haberse declarado impedido para votar un proyecto de ley, y, concretamente, un artículo que tenía incidencia en la investigación que se le seguía en la Corte Suprema de Justicia, de la cual tenía pleno conocimiento, por cuanto ya había rendido versión libre. Por ello incurrió en la causal de pérdida de investidura prevista por la Constitución Nacional en su artículo 183, numeral 1°, y así lo ha debido declarar la Sala, decretando la pérdida de investidura de Senador de la República.

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

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. AC-3451. Actor: Emilio Sánchez Alsina.

SALVAMENTO DE VOTO

Doctora: *Consuelo Sarria Olcos.*

No comparto la decisión mayoritaria que contiene la providencia que antecede, por cuanto de conformidad con las pruebas que obran en el expediente el senador *Carlos Augusto Celis Gutiérrez* violó el régimen de conflicto de intereses, por no haberse declarado impedido para votar un proyecto de ley, y concretamente, un artículo que tenía incidencia en la investigación que se le seguía en la Corte Suprema de Justicia, de la cual tenía pleno conocimiento, por cuanto ya había rendido versión libre. Por

ello incurrió en la causal de pérdida de investidura prevista por la Constitución Nacional en su artículo 183, Numeral 1°, y así lo ha debido declarar la Sala, decretando la pérdida de investidura de Senador de la República.

Con todo respeto,

Consuelo Sarria Olcos.

Fecha *ut supra.*

PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONGRESISTA - Conflicto de intereses / **INVESTIGACION PENAL** - Conocimiento / **NARCOMICO** - Aprobación proyecto de ley

Salvó voto en la sentencia producida en el proceso de pérdida de investidura que se adelantó en esta Corporación contra el Senador *Carlos Augusto Celis Gutiérrez* pues su participación en el debate y luego su voto en favor de un proyecto de artículo que podía favorecerlo en el proceso adelantado en su contra en la Corte Suprema de Justicia, lo colocó en posición de conflicto de intereses de carácter moral, pues en ese momento el senador ya había rendido ante el Magistrado Sustanciador versión libre sobre los hechos imputados. Dicha versión libre es elemento suficiente para que el congresista se hubiera declarado impedido, no hacerlo implicaba violación del régimen de conflicto de intereses, por lo cual la Corporación ha debido acceder a la solicitud de pérdida de investidura del citado senador.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Santafé de Bogotá D.C., veintiocho (28) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. AC-3451. Actor: Emilio Sánchez Alsina.

SALVAMENTO DE VOTO

Salvo voto en la sentencia producida en el proceso de pérdida de investidura que se adelantó en esta Corporación contra el senador *Carlos Augusto Celis Gutiérrez,* pues su participación en el debate y luego su voto en favor de un proyecto de artículo que podía favorecerlo en el proceso adelantado en su contra en la Corte Suprema de Justicia, lo colocó en posición de conflicto de intereses de carácter moral, pues en ese momento al senador ya había rendido ante el Magistrado Sustanciador versión libre sobre los hechos imputados.

Dicha versión libre es elemento suficiente para que el congresista se hubiera declarado impedido, no hacerlo implicaba violación del régimen de conflicto de intereses, por lo cual la Corporación ha debido acceder a la solicitud de pérdida de investidura del citado Senador.

Atentamente,

Manuel S. Urueta Ayola.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONGRESISTA - Conflicto de intereses / **CONFLICTO DE INTERESES** - Naturaleza / **INTERES MORAL / FRANCISCO JOSE JATTIN SAFAR** - Congresista

El conflicto de intereses, en el caso de los congresistas es una institución de raigambre constitucional, como que está establecida en el artículo 182 de la Carta, cuyos desarrollos legislativos, en cuanto a las razones que lo determinan, el procedimiento para su declaración bajo la forma del impedimento o de la recusación, aparecen regulados en los artículos 286 y siguientes de la Ley 5ª de 1992 y en la Ley 144 de 1994, artículo 16. El impedimento para que el congresista actúe se presenta por razones ya de índole moral, ya de índole económica, tal como lo define, en primer término, el artículo 182 de la Carta y en desarrollo de éste, el artículo 286 de la Ley 5ª de 1992, en cuanto expresa que él se presenta "cuando exista interés directo en la decisión porque lo afecte de alguna manera". Independientemente del tipo de razón en que se origine (económica o moral), en cuanto prive el legislador de la imparcialidad necesaria para la adopción de la decisión de que se trate, el impedimento debe ser declarado y, cuando ello no suceda, debe ser puesto de manifiesto mediante el expediente de la recusación, como lo consagra el artículo 294 de la Ley 5ª de 1992. Por ello no es admisible para la Sala el argumento de que en el estado actual de la legislación sólo es posible hablar de conflicto de intereses respecto de los congresistas, cuando éste tiene connotación económica. Tampoco es admisible el argumento de que sólo en la medida en que el legislador tipifique unas prohibiciones precisas de carácter ético podría deducirse impedimento moral. Esto último equivaldría a aceptar que en materia de conflicto de intereses de los congresistas impera la ética de que todo está permitido. No hay razón para afirmar que por no haber sido establecido por el legislador un catálogo o listado de todas las conductas que pueden dar lugar a que se tipifique el conflicto de intereses de índole moral, ello se traduzca en la imposibilidad de aplicarlo. La legislación vigente permite afirmar que existe un régimen sobre el conflicto de intereses, porque: a) La Carta exige en el artículo 182 que los congresistas pongan en conocimiento de la respectiva

cámara "las situaciones de orden moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración". b) El artículo 286 de la Ley 5ª de 1992 los exige que se declaren impedidos cuando exista "interés directo en la decisión porque los afecte de alguna manera" a ellos o a sus más próximos familiares o a sus socios. c) Se encuentra prevista la autoridad encargada de estudiar y pronunciarse sobre la procedencia del impedimento o de la recusación en caso de que aquél no sea manifestado espontáneamente. d) Existe un procedimiento para darle curso a las solicitudes de pérdida de investidura, contenido básicamente en la Ley 144 de 1994. e) Con excepción de los anexos de la solicitud, la Ley 144 de 1994 no regula lo concerniente al régimen probatorio. Tampoco lo hace la Ley 5ª de 1992. Así, el asunto queda gobernado por el Título XXI del C.C.A., entre cuyos mandatos está el artículo 168 *ibídem*, a cuyas voces, en los procesos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de ese código, las del procedimiento civil, en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración. En consecuencia, el régimen probatorio es el contenido en el Título XXI del C.C.A., y el Título XIII del C de P.C. El juez encargado de fallar los procesos de pérdida de investidura es el Consejo de Estado, por disposición de estirpe constitucional. Todo lo anterior constituye, a no dudarlo, el régimen del conflicto de intereses.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONGRESISTA - Conflicto de intereses / **CONFLICTO DE INTERESES** - Concepto / **INTERES POR IMPLICACION PENAL** - Congresista / **NARCOMICO** - Aprobación proyecto de ley

El conflicto de intereses surge o se presenta cuando según la ley "exista interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera (al congresista), o a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o a algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil; o a su socio o a sus socios de derecho o de hecho". Se trata evidentemente, de una razón que torna parcial al congresista y que lo inhabilita para aproximarse al proceso de toma de decisiones con la ecuanimidad, la ponderación y el desinterés que la norma moral y la norma legal exigen. La sanción de pérdida de la investidura prevista en el artículo 183 de la Constitución, originada en la causal de violación del régimen de conflicto de intereses, tendrá lugar cuando quiera que el congresista haya participado "en los debates o votaciones respectivas" sin haber manifestado el impedimento que hacía exigible una conducta de abstención, de separación del asunto sometido a su consideración, según lo que

previenen los artículos 182 de la Constitución y 286 de la Ley 5ª de 1992, sin que tenga importancia el resultado de tales debates o votaciones. Tratándose de interés por razón de una implicación penal, no es preciso que exista un proceso penal en curso, toda vez que si bien es cierto que pro-cesalmente, en materia penal puede afirmarse que el inculpado no se halla vinculado a un proceso mientras no sea oído en indagatoria, para efectos de establecer si se desconoció el régimen de conflicto de intereses, lo que se debe determinar es si el senador que votó o participó en la discusión de la ley, sabía que con ello podría resultar beneficiado. Si bien es cierto que en el proceso radicado bajo el No. 10680, el 13 de diciembre de 1995 no existía providencia que hubiere calificado la conducta objeto de investigación y que la versión libre que obra en el expediente, no había sido objeto de ampliación, no hay duda que el senador, para esa fecha de diciembre de 1995, tenía conocimiento de que estaba siendo sujeto de investigación por unos hechos que según interpretación de la Fiscalía tipificaban el delito de enriquecimiento ilícito; sabía en consecuencia que el artículo que votó afirmativamente ese día le podía beneficiar directamente, porque al modificarse el entendimiento que del tipo penal tenía la Fiscalía, las diligencias preliminares en su contra que adelantaba la Corte Suprema de Justicia podrían tomar un rumbo diferente. En estas condiciones el Senador tenía el *deber* de poner en conocimiento del Senado su situación personal, como lo prescriben los artículos 182 de la Constitución Política y 286 de la Ley 5ª de 1992, y como no sólo guardó silencio sino que participó en la votación, violó el régimen de conflicto de intereses y se hizo incurso en causal de pérdida de investidura que habrá de declararse.

Consejo de Estado-. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo-. Santafé de Bogotá D.C., mayo catorce (14) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. AC-3303. Actor: Emilio Sánchez Alsina. Asuntos Constitucionales. Pérdida de Investidura.

Improbada por decisión mayoritaria la ponencia presentada por el Consejero *Doctor Juan de Dios Montes Hernández,* procede la Sala a decidir la solicitud formulada por el ciudadano *Emilio Sánchez Alsina,* para que se decrete la pérdida de la investidura de senador *Francisco José Jattin Safar.*

HECHOS

Los hechos en que fundamenta el actor su solicitud pueden resumirse así:

1. Que el señor *Francisco José Jattin Safar* fue elegido senador para el período constitucional 1994-1998 y que en la actualidad está en ejercicio del cargo.

2. Que el 13 de diciembre de 1995 el senador *Francisco José Jattin Safar* promovió y votó un proyecto de ley que intentaba, en tres casos, darle fuerza de cosa juzgada constitucional a la doctrina adoptada en las sentencias de la Corte Constitucional.

Que con dicho proyecto, el senador *Francisco José Jattin Safar* pretendía presumiblemente convertir el enriquecimiento ilícito en una conducta subalterna, lo cual implicaría que el delito sólo puede existir como tal, cuando se encuentre demostrado previamente que el dinero fue obtenido en una actividad al margen de la ley, cuestión que le favorecía, ya que presuntamente buscó suspender el proceso que por enriquecimiento ilícito, adelanta contra él la Corte Suprema de Justicia.

3. Que no obstante lo anterior, el senador no se declaró impedido como era su obligación, incurriendo así en la incompatibilidad y prohibición que señalan los artículos 182 de la Constitución Política y 286 de la Ley 5ª de 1992.

CAUSAL ALEGADA

Estima el demandante que la conducta del senador quebrantó la situación de carácter moral y ético que le imponen los artículos 182 de la Constitución Política y 286 de la Ley 5ª de 1992. Expresa además que los senadores y representantes, como funcionarios públicos al servicio del Estado son los más llamados a ejercer con decoro, pulcritud e idoneidad su actividad legislativa, ya que en su función descansa en altísima medida el funcionamiento y la credibilidad del Estado y las Instituciones.

LA OPOSICION

El senador *Francisco José Jattin Safar* mediante apoderado, contestó la demanda aceptando los siguientes hechos:

1. Que fue elegido senador para el período constitucional 1994-1998 y que actualmente se encuentra en ejercicio del cargo.

2. Que el 13 de diciembre de 1995, asistió y contestó el llamado a lista en la plenaria y que ejerció el derecho al voto.

Negó que hubiera promovido el proyecto de ley a que se refiere el demandante; que hubiera violado el régimen de conflicto de intereses;

que con la votación de dicho proyecto buscara convertir el enriquecimiento ilícito en una conducta subalterna; que buscara con la aprobación del proyecto de ley suspender algún proceso por enriquecimiento ilícito que adelantara la Corte Suprema de Justicia; que tuviera obligación de declararse impedido y que el objetivo buscado con el artículo hubiera sido habilidoso y subrepticio.

Expresa además que el proyecto del artículo que fue votado es de carácter general, abstracto e impersonal, que no contiene disposiciones que pudieran ser interpretadas como modificatorias de los elementos de un tipo penal. Que el proyecto se limitaba a repetir disposiciones de carácter constitucional, por lo que es temerario afirmar que se buscaba suspender un proceso o convertir el enriquecimiento ilícito en un tipo penal subordinado. Agrega que el accionante no precisa ni demuestra que entre el proyecto de artículo a que se refiere el libelo demandatorio y el tipo penal de enriquecimiento ilícito exista relación alguna, para concluir sin equivocación que el resultado pretendido era convertir este delito en un tipo penal subordinado.

Manifiesta que la Corte Suprema de Justicia no adelanta proceso penal en su contra por el delito de enriquecimiento ilícito; pero que aun en el caso hipotético de que lo adelantara, no es posible establecer relación entre el proyecto que aprobó el senador y el presunto proceso; que además, mal puede decirse que en el caso de existir una indagación preliminar, en la que se está por determinar si existe o no delito y cuál es su autor, se desprenda automáticamente una apertura de investigación con consecuencias jurídico-penales para el imputado.

Alega que lo que se pretendía era elevar a precepto legal la jurisprudencia de la Corte Constitucional; que al final la norma proyectada no tuvo trascendencia jurídica por cuanto no fue aprobada; y concluye diciendo que el conflicto de intereses invocado por el demandante está basadc en supuestos y que la justicia contencioso administrativa no puede fallar en los casos de pérdida de investidura sobre hipótesis, pues se requiere la certeza de que el congresista se encuentre incurso en la causal de que se le acusa.

ALEGATOS EN AUDIENCIA

En cumplimiento del artículo 11 de la Ley 144 de 1994, se llevó a cabo la audiencia pública para escuchar las alegaciones de las partes. Intervinieron el accionante, la señora Procuradora Séptima Delegada ante el Consejo de Estado, el senador *Francisco José Jattin Safar* y su apoderado. La señora Procuradora Séptima y el apoderado del senador *Jattin Safar* presentaron un resumen escrito de sus intervenciones. Se sintetizan así sus alegaciones:

El demandante insiste en los planteamientos de su solicitud. Manifiesta que no es necesario para que se dé el conflicto de intereses, que exista indagación preliminar o indagatoria, porque el artículo 182 de la Carta Política no se refiere a una materia penal, sino al comportamiento moral y ético del congresista. Expresa que el senador *Jattin Safar* al no declararse impedido en el trámite del proyecto de ley en cuestión, violó el régimen de conflicto de intereses.

La señora Procuradora Séptima Delegada ante esta Corporación solicita que no se acceda a las pretensiones de la demanda. Considera que del texto de la norma proyectada no se desprende que se pretendiera obtener los resultados que dice el actor, que la norma es general, contiene la doctrina de la Corte Constitucional sobre el particular y no hace relación al enriquecimiento ilícito.Dice que no existe prueba en el expediente que demuestre la intención torcida del senador ni la relación directa o indirecta de la aprobación del proyecto de artículo a que se refiere el libelo demandatorio y el interés alegado. Expresa que es necesario hacer distinción entre lo que es el interés" en sí mismo y el "conflicto de intereses", ya que no puede pretenderse que los legisladores carezcan de interés al promover las normas, pues ello sería desconocer el mandato que les fue conferido por los ciudadanos; que en una cuestión diferente sería que existiera interés personal del congresista encaminado a obtener un beneficio; que además, para configurarse la causal alegada, no basta la simple lucubración mental de quién solicita la pérdida de investidura, sino que es forzoso aportar la prueba que ponga de presente la existencia indudable de un conflicto de intereses.

El senador *Francisco José Jattin Safar* manifiesta que él no es abogado, que no ha violado el régimen de conflicto de intereses, ya que los debates sobre el artículo cuestionado sólo entendió que se pretendía convertir en ley una sentencia de la Corte Constitucional; y por eso su conciencia está tranquila, ya que no actuó de mala fe ni buscando beneficios personales.

El apoderado del opositor reitera los argumentos formulados en la contestación de la demanda y alega además que hasta el momento, la ley no ha definido lo que se debe entender por conflicto de intereses, ni ha precisado taxativamente los casos en que se configura esta causal; que aunque el artículo 286 de la Ley 5ª de 1992 impuso a los congresistas la obligación de declararse impedidos de participar en los debates o votaciones respectivas cuando exista interés directo porque le afecte de alguna manera...", tal manifestación no constituye una definición del asunto, ni la previsión precisa y detallada de los casos en que se estaría incurso en dicha causal; que por ello, ante la ausencia de dicho régimen de conflicto de intereses, mal puede el Consejo de Estado por vía jurisprudencial definir un tema que le fue asignado expresamente al legislativo; que de hacerlo se estaría desconociendo el principio de legalidad establecido en el artículo 29 de la Carta Política.

Agotado el trámite procesal y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidi, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

I. Competencia.

Conoce la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por ser un asunto de su competencia, conforme a lo dispuesto por los artículos 184 y 237 numeral 5° de la Constitución Política, según interpretación autorizada de la Corte Constitucional consignada en las sentencias C-427 y C-319.

II. Asunto de fondo.

1. *La pérdida de investidura y el conflicto de intereses. Su reglamentación.*

Previamente a considerar el caso particular a que se refiere este proceso, la Sala considera necesario hacer las siguientes precisiones que contienen el criterio mayoritario respecto de algunos puntos de la controversia.

Primera. El conflicto de intereses, en el caso de los congresistas es una institución de raigambre constitucional, como que está establecida en el artículo 182 de la Carta, cuyos desarrollos legislativos, en cuanto a las razones que lo determinan, el procedimiento para su declaración bajo la forma del impedimento o de la recusación, aparecen regulados en los artículos 286 y siguientes de la Ley 5ª de 1991 y en la Ley 144 de 1994, artículo 16.

Segunda. El impedimento para que el congresista actúe se presenta por razones ya de índole moral, ya de índole económica, tal como lo define, en primer término, el artículo 182 de la Carta y en desarrollo de éste, el artículo 286 de la Ley 5ª de 1992, en cuanto expresa que él se presenta "cuando exista interés directo en la decisión porque lo afecte de alguna manera".

Independientemente del tipo de razón en que se origine (económica o moral), en cuanto prive al legislador de la imparcialidad necesaria para la adopción de la decisión de que se trate, el impedimento debe ser declarado y, cuando ello no suceda, debe ser puesto de manifiesto mediante el expediente de la recusación, como lo consagra el artículo 294 de la Ley 5ª de 1992.

Por ello no es admisible para la Sala el argumento de que en el estado actual de la legislación sólo es posible hablar de conflicto de intereses respecto de los congresistas, cuando éste tiene connotación económica.

Tercera. Tampoco es admisible el argumento de que sólo en la medida en que el legislador tipifique unas prohibiciones precisas de carácter ético podría deducirse impedimento moral. Esto último equivaldría a aceptar que en materia de conflicto de intereses de los congresistas impera la ética de que todo está permitido.

No hay razón para afirmar que por no haber sido establecido por el legislador un catálogo o listado de todas las conductas que puedan dar lugar a que se tipifique el conflicto de intereses de índole moral, ello se traduzca en la imposibilidad de aplicarlo.

Cuarta. La legislación vigente permite afirmar que existe un régimen sobre el conflicto de intereses, porque:

a) La Carta exige en el artículo 182 que los congresistas pongan en conocimiento de la respectiva cámara "las situaciones de orden moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración";

b) El artículo 286 de la Ley 5ª de 1992 les exige que se declaren impedidos cuando exista "interés directo en la decisión porque los afecte de alguna manera" a ellos o a sus más próximos familiares o a sus socios;

c) Se encuentra prevista la autoridad encargada de estudiar y pronunciarse sobre la procedencia del impedimento o de la recusación en caso de aquél no sea manifestado espontáneamente;

d) Existe un procedimiento para darle curso a las solicitudes de pérdida de investidura, contenido básicamente en la Ley 144 de 1994:

e) Con excepción de los anexos de la solicitud, la Ley 144 de 1994 no regula lo concerniente al régimen probatorio. Tampoco lo hace la Ley 5ª de 1992.

Así, el asunto queda gobernado por el Título XXI del C.C.A., entre cuyos mandatos está el artículo 168 *ibidem*, a cuyas voces, en los procesos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de ese código, las del procedimiento civil, en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración.

En consecuencia, el régimen probatorio es el contenido en el Título XXI del C.C.A., y el Título XIII del C de P.C.

El juez encargado de fallar los procesos de pérdida de investidura, es el Consejo de Estado, por disposición de estirpe constitucional.

Todo lo anterior constituye, a no dudarlo, el régimen del conflicto de intereses.

Quinta. El conflicto de intereses surge o se presenta cuando según la ley "exista interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera (al congresista), o a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o a algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o a sus socios de derecho o de hecho". Se trata, evidentemente, de una razón que torna parcial al congresista y que lo inhabilita para aproximarse al proceso de toma de decisiones con la ecuanimidad, la ponderación y el desinterés que la norma moral y la norma legal exigen.

Sexta. La sanción de pérdida de la investidura prevista en el artículo 183 de la Constitución, originada en la causal de violación del régimen de conflicto de intereses, tendrá lugar cuando quiera que el congresista haya participado "en los debates o votaciones respectivas" sin haber manifestado el impedimento que hacía exigible una conducta de abstención, de separación del asunto sometido a su consideración, según lo que previenen los artículos 182 de la Constitución y 286 de la Ley 5ª de 1992, sin que tenga importancia el resultado de tales debates o votaciones.

Séptima. Tratándose de interés por razón de una implicación penal, no es preciso que exista un proceso penal en curso, toda vez que si bien es cierto que procesalmente, en materia penal puede afirmarse que el inculpado no se halla vinculado a un proceso mientras no sea oído en indagatoria, para efectos de establecer si se desconoció el régimen de conflicto de intereses, lo que se debe determinar es si el Senador que votó o participó en la discusión de la ley, sabía que con ello podría resultar beneficiado.

2. *La conducta del senador Francisco José Jattin Safar.*

Dentro del anterior contexto debe la Sala establecer si se dio la alegada violación al régimen de conflicto de intereses de que se acusa al senador *Francisco José Jaytin Safar*, por haber participado en el debate y votado el Proyecto de ley número168 Senado el 13 de diciembre de 1995.

Como aspectos relevantes para la decisión, se destacan los siguientes hechos:

1. El señor *Francisco José Jattin Safar* fue elegido Senador de la República por el partido liberal colombiano para el período constitucional de 1994-1998 (folio 9 cuaderno principal).

2. Según da cuenta la *Gaceta del Congreso* No. 479 de diciembre 20 de 1995 que obra a folios 2 a 47 del cuaderno No. 2, el senador *Francisco José*

Jattin Safar asistió a la sesión ordinaria del Senado de la República realizada día 13 de diciembre de 1995 y votó favorablemente el Proyecto de ley N° 168 el Senado y No. 129 Cámara, por la cual se determina el régiman aplicable a las contravenciones especiales y se dictan otras disposiciones".

3. Al discutirse el Proyecto se votó un artículo nuevo suscrito por 45 senadores, cuyo texto es el siguiente:

"La doctrina constitucional adoptada en la sentencia de la Corte Constitucional es criterio auxiliar de interpretación para las autoridades, excepto en los siguientes casos:

Primero, cuando dicte sentencias interpretativas, es decir, aquellas que declaran la exequibilidad de una norma legal, condicionada a una determinada forma de interpretación.

Segundo, cuando la parte emotiva (sic) de la sentencia proferida por la Corte Constitucional guarde unidad indisoluble o relación directa o tenga el hecho (sic) causal con la parte resolutiva de la misma.

Tercero, en los casos de sentencias integradoras, es decir, cuando a falta de legislación adecuada para resolver un asunto concreto sometido a su competencia, el juez aplique directamente la norma constitucional; en estos tres casos la doctrina adoptada en la providencia hace tránsito a cosa juzgada constitucional, obliga en su integridad y corrige la jurisprudencia, su inobservancia es causal de mala conducta".

4. Según la certificación de la Corte Suprema de Justicia que aparece a folios 52 a 53 del cuaderno 2, antes del día 13 de diciembre de 1995 se habían iniciado en esa Corporación las siguinetes diligencias contra el Senador *Francisco José Jattin Safar:*

*"1. Rad. 8973 - Diligencias remitidas por la Unidad de Investigaciones Especiales ... Delito por establecer - **En preliminares.***

*2 . Rad. 9554 - Diligencias remitidas por la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte ... Delito por establecer - **En preliminares.***

*3. Rad. 9706 - Diligencias remitidas por la Fiscalía 16 Unidad Previa y permanente de Montería ... Delito por establecer - **En preliminares.***

*4. Rad. 10536 - Diligencias ordenadas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ... Delito por establecer - **En preliminares.***

*5. Rad. 10680 - Diligencias remitidas por la **Fiscalía Regional de Santafé de Bogotá** ... Por el presunto delito de enriquecimiento ilícito - **En preliminares.***

*6. Rad. 11029 - Denuncia formulada por Jairo Gómez Pacheco ...Delito: Prevaricato - **En preliminares**".*

En relación con las diligencias radicadas bajo el número 10680 da cuenta además otra certificación de la misma Corporación que obra a folio 54 cuaderno 2, de lo siguiente:

"Para el día trece (13) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995), el senador doctor Francisco José Jattin Safar tenía conocimiento de los hechos materia de investigación en las diligencias preliminares adelantadas en su contra, toda vez que para entonces ya había rendido versión libre, según consta en las copias autenticadas que de la misma le estoy remitiendo en ocho (8) folios anexa a este oficio".

A folio 96 cuaderno principal, se encuentra una constancia de la Secretaría de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que reza:

"... Si bien dentro de la indagación preliminar radicada bajo el No. 10680 que se sigue en esta Corporación contra el doctor Francisco José Jattin Safar se ha dictado providencia o decisión alguna en la cual se califique la conducta objeto de investigación como Enriquecimiento Ilícito, los hechos materia de la misma, corresponden a la presunta recepción de cheques provenientes de empresas fechadas al parecer del llamado Cartel de Cali...".

A folios 55 a 62 cuaderno 2, fue anexada la versión libre que rindió el señor *Francisco José Jattin Safar* el 26 de septiembre de 1995, dentro del expediente radicado con el número 10680.

Establecido lo anterior, es de especial trascendencia para la Sala precisar cuál fue el grado de conocimiento que tuvo el senador demandado sobre el alcance y finalidades del referido artículo nuevo votado el 13 de diciembre de 1995.

En lo fundamental, lo acontecido en el debate puede resumirse así:

Según se lee en el acta No. 35 de la sesión ordinaria del día miércoles 13 de diciembre de 1995, publicada en el No. 479 de la *Gaceta del Congreso*, por Secretaría se da lectura al mencionado *artículo nuevo* suscrito por 45 senadores.

El debate se inicia con la intervención del senador *Motta Motta* en defensa del proyecto de artículo y prosigue con intervenciones de diversos senadores, entre los cuales la Sala destaca la del senador *Luis Guillermo Giraldo Hurtado.*

Desde el comienzo de su intervención el senador plantea su inquietud no sólo por la forma intempestiva como se presentó el proyecto en la plenaria, sino por sus posibles relaciones con las investigaciones que se adelantan sobre dineros que utilizaron en las elecciones y que pudieron provenir del narcotráfico. Rezan apartes de su intervención:

"...por lo menos consten las palabras de un Senador que se opuso a este artículo nuevo añadido y según mi concepto artificiosamente añadido a un texto que se trata de contravenciones, que no profundiza en materia de la justicia que trata ciertamente del derecho casi que correccional y al cual se le está tratando de añadir un artículo de amplio contenido jurídico y de amplia repercusión actual por las circunstancias que está viviendo en este momento el país, por investigaciones que está adelantando la Procuraduría en relación con dineros que financiaron posiblemente campañas electorales, dineros que pudieron provenir también del narcotráfico" (página 18).

"...y hablemos claro, honorables Senadores, y yo voy a concluir mi intervención señor Presidente y pido que le dé la palabra al señor Ministro, pidiéndole al señor Ministro de Justicia que ilustre al Senado, qué ocurriría con lo que el inicialmente se conoce como el proceso 8.000, en el caso de que el Congreso de la República aprobara este artículo que se ha presentado a la consideración de la plenaria hoy; para que todos sepamos cómo vamos a votar y cuáles son las consecuencias directas...

... Pero es que además y yo iba a decir el mensaje de la Corte en relación con este y con esas implicaciones que podría tener con el inicialmente llamado proceso 8.000 son ambiguas las de la misma Corte Constitucional, recuerden ustedes honorables Senadores, cómo a raíz de ciertas noticias del diario «El Espectador»a este respecto el señor Presidente de la Corte Constitucional el doctor José Gregorio Hernández, emitió un comunicado diciendo en que ellos no decían lo que supuestamente decía 'El Espectador' que decían, entonces el punto tampoco está claro en relación con la Corte Constitucional.

Yo deseo vivamente que quienes en un momento determinado se encuentran en ese proceso 8.000, le expliquen al país su conducta y obtengan conforme a las leyes actuales el veredicto institucional que los declare inocentes, deseo eso, pero creo que aquí puede pasar, honorables senadores, cuando veo en los curules a unos estimados colegas, que cuyo texto aquí transcrito los puede afectar positivamente cuando yo soy inocente, yo no acepto una amnistía; cuando hay inocencia, no necesitamos de artículos de proyectos de ley...

...la oleada va a ser tal que va a arrollar la opinión pública al propio Congreso, va a pedir inclusive el cierre de este Congreso, no nos va a

tolerar que en un momento tan decisivo para la Nación, en donde están en juego tantas investigaciones estemos legislando para la coyuntura..." (página 19).

El senador *Eduardo Pizano de Narváez* también se orienta a llamar la atención sobre la trascendencia que tiene el artículo y propuesto sobre las repercusiones que sobre el país y la imagen del Congreso arrojaría tal actuación, para finalizar anunciando su voto negativo y el de los senadores de la Nueva Fuerza Democrática (página 20).

El Fiscal General, doctor *Alfonso Valdivieso Sarmiento*, en su intervención expone su opinión sobre los efectos que tendría la aprobación del artículo referido en las investigaciones penales, en la medida en que dejara de considerarse el enriquecimiento ilícito como delito autónomo. Dijo a este respecto:

"...pero por supuesto que el delito en sí mismo, este delito es autónomo, debe ser considerado un delito autónomo precisamente porque así se concibió y porque esas fueron las circunstancias, repito, las deficiencias investigativas para establecer la verdad en la realidad de la comisión de unas conductas delictivas" (página 23).

Y luego de una pregunta concreta del Senador *Gustavo Espinosa Jaramillo* sobre si el artículo interfiere procesos en donde la sindicación sea por enriquecimiento ilícito de particulares, y a una solicitud del senador *Jaime Dussán Calderón* para que:

"nos diga entonces, así en concreto, este artículado que yo firmé y lo miré con otro sentido, lo que quiere decir es que pone en la calle a todas las personas que en este momento están presas y se están investigando, esa es la gran preocupación...".

Responde:

"No puedo yo llegar a pronunciarme sobre unos efectos que, senador Espinosa francamente sólo se podrán establecer en la medida en que las normas y la Constitución nos obligan a actuar dentro de ese Estado de Derecho y las normas vigentes tendrán que aplicarse a un artículo como esto si tiene vigencia se tendrá que aplicar y eso tendrá el efecto, yo no me refiero a eso, pero que afecta el curso de muchas investigaciones yo sí creo; eso lo han dicho personas que me han antecedido en el uso de la palabra y esa es una de las razones por las cuales considero inconveniente y aun absurda esta decisión en estos momentos...

Yo lo que he dicho es que frente a la situación actual de muchos procesos, este tema y este articulado ***sí los afecta, si lo afecta este articulado.***

indiscutiblemente honorable Senador, claro por lo que se busca, por el interés de hacer valer una disposición, y lo dije yo de la Corte Constitucional y yo también me refería a ese antecedente, también por el cual ese artículo se había establecido y yo sí lo he dicho que este artículo en esta coyuntura me parece a mí absolutamente incoveniente y además absurdo yo lo expliqué de esa manera, o sea si se trata de hablar claramente pues yo no solamente hablé claramente en ese entonces cuando hice mi exposición, sino habló (sic) ahora, ***si lo afecta***" (página 31).

Más adelante el senador *Gustavo Espinosa Jaramillo* expresa:

"De lo que se trata, pues, es de decir la verdad, no podemos enfrentar debates como lo hace el señor Fiscal, hablando por las ramas, insinuando, haciéndose casi el inocente y el que no entiende lo que está haciendo su propia fiscalía, por eso yo le pregunté, ¿cree que lo que se va a hacer aquí beneficia a ***Fernando Botero*** *y a* ***Juan Manuel Abella****? yo creo que sí porque tendrían la obligación de respetar la cosa juzgada constitucional y por lo menos tendrían que darles la libertad mientras la investigación sigue, se perfecciona la investigación, se reúne la prueba y se demuestra la existencia del delito antecedente, de la conducta criminal que produjo los recursos que según ellos han incrementado el patrimonio. Porque otra manera de destruir la juridicidad, otra manera de corromper el derecho penal, otra manera de romper la seriedad de la ley y la respetabilidad del orden jurídico es ponerse a decir lo que no está en la norma, porque esto de la Fiscalía de decir como dijo uno de los funcionarios de la Fiscalía, si demostramos que recibieron un peso de narcotraficantes lo vamos a condenar, van a la cárcel, si les demostramos que les pagaron una cuenta de hotel, eso es enriquecimiento ilícito, porque como no pagaron la cuenta no se empobrecieron,* ***luego se enriquecieron,*** *pero la norma habla es de incremento patrimonial, tiene que crecer el patrimonio y la Corte Constitucional ha dicho que tiene que ser un incremento considerable..."* (página 33).

Las transcripciones anteriores permiten a la Sala concluir sin vacilación alguna, que los temas del enriquecimiento ilícito y del alcance que el artículo cuestionado tenía sobre su juzgamiento, gravitaba en torno del debate. De dichas advertencias no podía sustraerse el senador *Francisco José Jattin Safar*, para que se pueda argumentar, como lo dice en su escrito de oposición, que enfrente entre el proyecto de artículo transcrito y el tipo penal de enriquecimiento ilícito no existe relación alguna. Igualmente resulta peregrino concluir, como también lo expresó en su escrito de oposición, "...que revisado el texto del proyecto en parte alguna aparece que por medio de él se varíen los elementos estructurales de un delito...".

Las discusiones del artículo cuestionado, como dan cuenta las actas, fueron pródigas sobre la incidencia que tenía la aprobación del "artículo

nuevo", en la tipicidad del enriquecimiento ilícito. Y si como da fe el acta No. 35, el senador *Francisco José Jattin Safar*, contestó a lista, estuvo siempre presente, porque no hay constancia de que se hubiera reiterado del recinto y votó afirmativamente el proyecto de la ley, no puede aceptarse que no tuviera entendimiento de los efectos que la norma aprobada pudiera tener en las investigaciones en curso sobre el delito de enriquecimiento ilícito, varias veces mencionado en el debate.

No hay duda entonces que el senador *Jattin Safar*, aun sin ser abogado, sabía que de aprobarse el artículo cuestionado se irían a favorecer las personas cuestionadas penalmente por enriquecimiento ilícito, ya que se trataba de exigir que para que se configurara el delito previamente se debía determinar la ilicitud de los dineros recibidos.

Corresponde entonces precisar si el 13 de diciembre de 1995 conocía oficialmente el senador *Francisco José Jattin Safar*, que su conducta estaba siendo cuestionada por parte de las autoridades penales.

La Sala sin vacilar responde que el senador sí tenía conocimiento oficial de que su conducta era objeto de investigación por el presunto delito de enriquecimiento ilícito. Y a esta conclusión no llega la Corporación de manera ligera. Ya en párrafos antecedentes se transcribieron las certificaciones de la Corte Suprema de Justicia que dan cuenta de que en contra del senador cursaban unas diligencias con radicación No.10680 por el presunto delito de enriquecimiento ilícito en preliminares y que el senador "tenía conocimiento de los hechos materia de investigación" en dichas diligencias, toda vez que para entonces ya había rendido versión libre.

Alegada el senador *Jattin Safar*, que no existía entonces calificación de la conducta objeto de investigación y que en su versión no se le requirió sobre la presunta recepción de cheques provenientes del llamado "Cartel de Cali", sino sobre su estadía en dos oportunidades en el Hotel Intercontinental de Cali, pero lo cierto es que del texto de su exposición, puede claramente evidenciarse que no solamente se le preguntó sobre su estadía en el Hotel Intercontinental sino que la principal indagación se refirió a quién sufragó los gastos de hospedaje. En la diligencia se le puso de presente una factura de mayo de 1992 dirigida a los señores "Rodríguez Miguel y/o Rodríguez Gilberto", por consumos de *Francisco Jattin Safar*, y se le indagó por otra de 1993 a nombre de *Inverisones Ara*, respecto de la cual se le planteó el siguiente interrogante: "Cuando la prensa escrita y radial y la televisión dio a conocer los hechos que tienen que ver con el proceso 8.000, ¿usted no se preocupó por saber quién efectivamente había pagado la cuenta en el Hotel Intercontinental...?, a lo cual el Senador respondió:

"... La prensa habló en repetidas ocasiones en que eso lo había pagado ***Inversiones Ara****, difícilmente podría yo averiguar sobre ese hecho*

porque realmente no se quién es ***Inversiones Ara*** *o no sabía al momento de la información de qué se trataba, ya más adelante después de tanta difusión todo el país sabe que pertenece presuntamente a los hijos de los Rodríguez Orejuela y que, además, también dicho por los medios, que es una empresa que está legalmente constituida".*

La anterior pregunta y su respuesta adquieren importante significación, porque precisamente el senador *Gustavo Espinosa Jaramillo,* en la intervención que hizo en defensa del artículo en discusión, como consta en la transcripción hecha en párrafos antecedentes, expresó que a quienes se les hubiere pagado cuentas de hotel con dineros del narcotráfico se les iba a procesar por el delito de enriquecimiento ilícito, por interpretación de la Fiscalía que el orador calificó de perversa y que había que corregir dándole fuerza de cosa juzgada constitucional a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, según sus propias palabras,

"...para que la Corte Constitucional no siga siendo rey de burlas, y para que sepan la Fiscalía y los jueces y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de este país, que tienen que respetar la ley, que tienen que aplicar los tipos penales como están escritos y que la interpretación de la Corte Constitucional es la madre de la juridicidad de este país; que tienen que tener cabeza, que tienen que tener un eje, no puede estar la ley sometida al vaivén de interpretaciones caprichosas y deformantes de los tipos penales".

No podía entonces desconocer el senador, para el 13 de diciembre de 1995 en que se discutió el artículo en mención, que la indagación preliminar, de su conducta en el proceso radicado bajo el No. 10680, tenía que ver con el ya publicitado proceso 8.000 mencionado varias veces en el debate y concretamente con un presente delito de enriquecimiento ilícito por el pago de sus cuentas en el Hotel Intercontinental de Cali habrían efectuado los hermanos Rodríguez Orejuela y una empresa que, según su dicho "todo el país sabe que pertenece presuntamente a los hijos de los Rodríguez Orejuela...".

De manera que si bien es cierto que en el proceso radicado bajo el No. 10680, el 13 de diciembre de 1995 no existía providencia que hubiere calificado la conducta objeto de investigación y que la versión libre que obra en el expediente, no había sido objeto de ampliación según se ha certificado a folio 104 del expediente, no hay duda de que el senador, para esa fecha de diciembre de 1995, tenía conocimiento de que estaba siendo sujeto de investigación por unos hechos que, según interpretación de la Fiscalía, tipificaban el delito de enriquecimiento ilícito; sabía en consecuencia que el artículo que votó afirmativamente ese día le podía beneficiar directamente, porque al modificarse el entendimiento que del tipo penal

tenía la Fiscalía, las diligencias preliminares en su contra que adelantaba la Corte Suprema de Justicia, podrían tomar un rumbo diferente.

En estas condiciones el senador tenía el *deber* de poner en conocimiento del Senado su situación personal, como lo prescriben los artículos 182 de la Constitución Política y 286 de la Ley 5ª de 1992, y como no sólo guardó silencio sino que participó en la votación violó el régimen de conflicto de intereses y se hizo incurso en causal de pérdida de investidura que habrá de declararse.

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

FALLA:

DECRETASE la pérdida de investidura de Congresista de la República del señor *Francisco José Jattin Safar*, identificado con la cédula de ciudadanía No. 6'587.373 de Lorica (Córdoba).

COMUNIQUESE esta decisión a la Mesa Directiva del Senado de la República, al Consejo Nacional Electoral y al Ministerio del Interior, para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala Plena Contenciosa en sesión del catorce (14) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Daniel Suárez Hernández, Presidente, salvó voto; *Rafael Alario Méndez*, salvamento de voto; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz*, salvó el voto; *Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo*, salvó el voto; *Jesús María Carrillo B.*, salvó el voto; *Germán Ayala Mantilla, Julio Enrique Correa Restrepo, Miren de la Lombana de M., Clara Forero de Castro, Delio Gómez Leyva, Amado Gutiérrez Velásquez*, salvó el voto; *Luis Eduardo Jaramillo Mejía*, salvó el voto; *Alvaro Lecompte Luna*, salvó el voto; *Juan de Dios Montes Hernández*, salvó el voto; *Carlos Arturo Orjuela Góngora*, salvó el voto; *Dolly Pedraza de Arenas, Juan Alberto Polo Figueroa*, salvó el voto; *Libardo Rodríguez Rodríguez, María Eugenía Samper Rodríguez, Consuelo Sarria Olcos, Manuel Santiago Urueta Ayola, Silvio Escudero Castro*, Conjuez.

Mercedes Tovar de Herrán, Secretaria General.

CONFLICTO DE INTERESES - Inexistencia / **SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL** - Efectos / **PROCESO PUNITIVO** - Características

No se duda que las decisiones mediante las cuales la Corte Constitucional declara la exequibilidad o inexequibilidad de normas legales hacen tránsito a cosa juzgada, según lo establecido en los artículos 243 de la Constitución y 21 del Decreto 2067 de 1991. Y, como ocurre con toda sentencia de mérito, hace tránsito a cosa juzgada no solamente lo decidido explícitamente, esto es, lo expresado en la parte resolutiva, sino también lo implícito en ella, como lo han explicado la doctrina y la jurisprudencia. Siendo ello así, nada añadía el proyecto de artículo adicional referido, en cuanto señalaba que tendría fuerza de cosa juzgada la parte motiva de las sentencias mediate las cuales la Corte Constitucional declarara la exequibilidad de una norma legal condicionada a una determinada interpretación, o cuando guardara unidad indisoluble o relación directa o tuviera nexo causal con la parte resolutiva de la misma. En otros términos, resultaba *inocuo*. Por lo mismo, ello no podría, en ningún caso, determinar situación de conflicto de intereses. Ocurre que en el artículo 4° de la Ley 144 de 1994 fue establecido lo que, por lo menos, debe contener toda solicitud de pérdida de investidura y entre otros aspectos, en el literal c) se exigió la invocación de la causal por la cual se solicitaba la pérdida de la investidura y su *debida explicación*, lo cual fija el marco dentro del cual debe estudiarse y resolverse la solicitud y circunscribe el examen de los cargos, de manera que el juzgador no puede en modo alguno resolver sobre cuestiones no planteadas. Lo anterior es así, además, si se tiene en cuenta que se trata de un proceso punitivo, y en todos los procesos punitivos, sean estos penales, disciplinarios o correccionales o cualesquiera otros, porque así lo reclaman el debido proceso y el derecho de defensa que garantiza el artículo 29 constitucional, el inculpado sólo puede ser sancionado por los precisos cargos que le fueron formulados y respecto de los cuales tuvo oportunidad de defenderse.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Santafé de Bogotá D.C., cinco (5) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. AC-3303. Demandante: Emilio Sánchez Alsina. Solicitud de pérdida de investidura del senador Francisco José Jattin Safar.

SALVAMENTO DE VOTO

I.

Doctor *Mario Alario Méndez.*

Dijo el demandante que el senador *Francisco José Jattin Safar* violó el régimen de conflicto de intereses, porque asistió a la sesión del Senado de 13 de diciembre de 1995 y promovió y votó un proyecto de ley, uno de cuyos artículos dice relación a los efectos de las sentencias de la Corte Constitucional, y que con ese artículo se pretendía convertir el enriquecimiento ilícito en una conducta subalterna, "lo cual traería consigo que este delito no existiría como tal cuando no estuviese previamente demostrado que el dinero que lo determina tiene origen en una actividad al margen de la ley, es decir, que en la práctica estaría implicando la desaparición del 'enriquecimiento ilícito', ya que se ha buscado con su tipificación en nuestro ordenamiento penal es, sancionar ciertos comportamientos que por falta de pruebas no era posible castigar", y con ello el senador *Jattin Safar* trató de suspender el proceso que por enriquecimiento ilícito adelanta en su contra la Corte Suprema de Justicia.

Se trata del artículo adicional al Proyecto de ley número 168 del Senado, cuyo texto es el siguiente:

> *"La doctrina constitucional adoptada en la sentencia de la Corte Constitucional es criterio auxiliar de interpretación para las autoridades, excepto en los siguientes casos:*
>
> *Primero, cuando dicte sentencias interpretativas, es decir, aquellas que declaran la exequibilidad de una norma legal, condicionada a una determinada forma de interpretación.*
>
> *Segundo, cuando la parte emotiva (sic) de la sentencia proferida por la Corte Constitucional guarde unidad indisoluble o relación directa o tenga el hecho (sic) causal con la parte resolutiva de la misma.*

Tercero, en los casos de sentencias integradoras, es decir, cuando a falta de legislación adecuada para resolver un asunto concreto sometido a su competencia, el juez aplique directamente la norma constitucional; en estos tres casos la doctrina adoptada en la providencia hace tránsito a cosa juzgada constitucional, obliga en su integridad y corrige la jurisprudencia. Su inobservancia es causal de mala conducta" (*Gaceta del Congreso*, 30 de diciembre de 1995, núm. 149, página 16).

Pues bien, no se duda que las decisiones mediante las cuales la Corte Constitucional declara la exequibilidad o inexequibilidad de normas legales hacen tránsito de cosa juzgada, según lo establecido en los artículos 243 de la Constitución y 21 del Decreto 2067 de 1991.

Y, como ocurre con toda sentencia de mérito, hace tránsito de cosa juzgada no solamente lo decidido explícitamente, esto es, lo expresado en la parte resolutiva, sino también lo implícito en ella, como lo han explicado la doctrina y la jurisprudencia.

Dice al respecto el profesor *Francesco Carnelutti:*

"Ello no significa que la cosa juzgada se limita a las cuestiones que encuentren en la decisión una solución expresa; no se olvide que la decisión es una declaración como las demás, en la que muchas cosas se sobreentienden lógicamente sin necesidad de decirlas. Especialmente cuando la solución de una cuestión supone como ***prius*** *lógico la solución de otra, esta otra se halla también* ***implícitamente*** *contenida en la decisión (el llamado juzgamiento —****giudicato****— implícito). Se hallan implícitamente resueltas todas las cuestiones cuya solución sea lógicamente necesaria para llegar a la solución expresada en la decisión...*

Cuáles sean las cuestiones resueltas, es extremo que por lo general se infiere de la parte de la decisión que contiene la indicación conclusiva del efecto de la solución (parte dispositiva)... Se suele decir, por ello, que el lugar del juzgamiento está en la parte dispositiva. Esta máxima ha de tomarse, sin embargo, con gran cautela, precisamente por que 'lo que haya formado la materia de la sentencia' no se puede deducir, por vía de interpretación, sino la de la sentencia entera y especialmente, por tanto, de ***su parte motiva o motivación,*** *de la que igual puede surgir una restricción que una ampliación del fallo, o sea porque de ella resulte que algunas cuestiones no han sido resueltas ni implícita ni explícitamente, pese a la amplitud de la fórmula conclusiva, sea porque, en cambio, otras cuestiones que no aparezcan comprendidas en ésta resulten en realidad consideradas y resueltas."* (*Sistema de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires*, UTEHA, 1944, t. I, páginas 317 a 319).

Sobre el mismo asunto, *Hernando Devis Echandía* es del siguiente parecer:

"Puede decirse que la cosa juzgada, en cuanto al objeto se refiere, se extiende a aquellos puntos que sin haber sido materia expresa de la decisión de la sentencia, por ser consecuencia necesaria o depender indispensablemente de tal decisión, resultan resueltos tácitamente..." (*Compendio de Derecho Procesal Civil, Teoría General del Proceso,* Bogotá, Bibloteca Jurídica Diké, 1987, 12a. ed., t. I, página 500).

Al respecto *Hernando Morales Molina* dice:

"De ahí que la fuerza de la cosa juzgada abarque lo mismo que lo que ha sido decidido expresamente, que lo que se ha resuelto implícitamente. Sólo que esta decisión implícita debe ser de tal naturaleza, que ella necesariamente esté comprendida por la que fue objeto de la resolución, o sea lo explícito de ésta" (*Curso de Derecho Procesal Civil, Parte General,* Bogotá , editorial ABC. 1991, 11ª ed, página 548).

La jurisprudencia ha sido concluyente al respecto. Así, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 21 de marzo de 1916, dijo:

"La cosa juzgada ha de hallarse en lo general en la parte dispositiva de la sentencia, pero los motivos de ésta carecen de fuerza de fallo, porque son simples elementos de la convicción del juez, que pudiendo ser erróneos en ocasiones, no afectan la decisión misma. Empero, tiene una excepción este principio, también aceptada generalmente en teoría y en jurisprudencia, y es que cuando los motivos son, no ya simples móviles de la determinación del juez sino que se ligan íntimamente al dispositivo y son 'como el alma y nervio de la sentencia', constituyen entonces un todo con la parte resolutiva, y participan de la fuerza que esta tenga. Numerosos son los casos en que sin conexionar los motivos determinantes de un fallo, ella sería incomprensible e inejecutable" (*Gaceta Judicial,* t. XXV, núms. 1286 y 1287, página 250).

En sentencia de 31 de agosto de 1918 dijo también la Corte:

"El fallo implícito de una cuestión dada que se ha formulado en una controversia judicial, sólo ocurre cuando la cuestión no resulta de modo expreso y se relaciona directamente con lo dispositivo expreso del fallo y con motivos y razones consignados en los considerandos del mismo" (*Gaceta Judicial,* t. XXVII, núm. 1391, página 62).

En sentencia de 9 de julio de 1928, dijo también la Corte:

"La Corte tiene sentada la doctrina de que si bien es cierto que la cosa juzgada dice relación por lo general a la parte resolutiva del fallo y no

a la motiva, tal regla no puede entenderse de un modo, absoluto, pues cuando los motivos no son ya simples móviles de la determinación del juez, sino que se ligan íntimamente a lo dispositivo, y son como el alma y nervio del fallo, constituyen entonces un todo con la parte resolutiva y participan de la fuerza de ésta.

Esto último acontece en el caso del fallo del Tribunal Seccional que se deja mencionado, respecto de las causas o motivos por los cuales se declaró la nulidad de las Resoluciones números 164 y 193, dictadas por la Gobernación de Cundinamarca, pues constituyendo tales causas o motivos los fundamentos inmediatos de la declaración de nulidad, no es posible, para la recta inteligencia y aplicación del fallo establecer separación entre la parte motiva y la dispositiva" (Gaceta Judicial, t. XXXV, núm. 1821, pág. 550).

Lo mismo dijo la Corte en sentencia de 24 de octubre de 1928 (*Gaceta Judicial,* t. XXXVI, núm. 1825, página 48).

Y en su sentencia de 31 de octubre de 1936 dijo:

"La fuerza de la cosa juzgada no dimana sino de la parte resolutiva de la sentencia, pero ello no significa que para analizar el alcance de aquélla haya de tenerse en cuenta solamente la forma de ésta. Se entiende por parte resolutiva de una sentencia a este respecto, no el pasaje del fallo colocado en determinado lugar, sino lo que ha sido objeto de la decisión judicial, cualquiera que sea la forma que revista y el puesto que ocupe en la sentencia. De ahí que la fuerza de la cosa juzgada abarque lo mismo lo que ha sido fallado expresamente como lo que ha sido decidido implícitamente. Sólo, que esta decisión implícita ha de ser de tal naturaleza que ella necesariamente esté comprendida por lo que fue objeto de la resolución expresa" (***Gaceta Judicial***, t. XLVI, núms. 1918 y 1919, pág. 461).

En sentencia de 6 de abril de 1956, y como resumen y compendio de lo dicho en sus sentencias anteriores, dijo la Corte:

"1. Que cuando los motivos del fallo están íntimamente ligados a la parte resolutiva y son 'como el alma y nervio de la sentencia', constituyen un todo con dicha parte y participan de la fuerza de éste.

2. Que se entiende por motivos, las razones de hecho y de derecho sobre las cuales el juez ha apoyado la solución de la ***litis.***

3. Que, en consecuencia, la parte resolutiva puede no estar sólo, para los efectos de la cosa juzgada, en el pasaje final del fallo, sino también

en aquél o aquéllos que contengan el objeto de la decisión judicial, cualquiera que sea la forma que asuman y el lugar que ocupen, y

4. Que la fuerza de una sentencia comprende no sólo que se decide de manera expresa, sino también de modo implícito o virtual, así sea para lograr en la nueva litis el reconocimiento de una consecuencia no contemplada en la acción.

Se inclina, por tanto, la jurisprudencia nacional a aceptar la tesis que pone bajo la autoridad de la cosa juzgada, los motivos o los elementos de la sentencia, si bien la tesis así enunciada no puede tener un sentido absoluto" (*Gaceta Judicial*, ts. LXXXII, núm. 2167, pág. 558).

Lo dicho en la providencia anterior fue reiterado por la Corte y reproducido en sus sentencias de 24 de mayo de 1957 (*Gaceta Judicial*, t. LXXXV, núms. 2181-2182, pág. 91) y de 28 de agosto de 1963 (*Gaceta Judicial*, ts. CIII-CVI, núms. 2268 y 2269, pág. 112), entre otras muchas.

Por su parte, el Consejo de Estado, en sentencia de 28 de octubre de 1974, dijo:

"La doctrina moderna, salvo escasas excepciones y la jurisprudencia colombiana sin ninguna vacilación están acordes en afirmar que el efecto de la cosa juzgada se predica de la parte dispositiva de la sentencia y por tal entiende no solamente la decisión ***strictu sensu,*** *sino todo cuanto ella implique, lógica y jurídicamente. La doctrina suele denominar estas implicaciones de la decisión 'cosa juzgada implícita'.*

(...)

Nuestra Corte Suprema de Justicia abunda en reiterada jurisprudencia sobre la materia...

(...)

Es obvio que así como la cosa juzgada explícita no se tipifica sin la concurrencia de los elementos antes analizados, otro tanto ocurre con la llamada 'cosa juzgada' implícita. Cuando no hay identidad subjetiva, objetiva y causal tratándose de pretensiones de naturaleza privada, o simplemente identidad objetiva y causal en las de naturaleza pública, no se configura la 'cosa juzgada' explícita o implícita. Entonces la motivación de un fallo que se traduzca o proyecte en forma de decisión implícita no tiene significado ni alcance distintos al de una doctrina jurisprudencial. A pesar de esto tan claro no sobra subrayarlo porque a veces, sin que medie la identidad anotada, suelen aducirse simples jurisprudencias como revestidas de la autoridad de cosa juzgada.

Tampoco está de más agregar que la doctrina de la 'cosa juzgada' implícita, concebida en los términos expresados, es la única que se concilia con nuestro sistema constitucional. Si se entendiera que únicamente la decisión explícita produce los indicados efectos, el resultado sería que los preceptos de la Carta Fundamental quedarían condicionados a los vaivenes de la jurisprudencia...

... Estas dos decisiones, tanto la ***explícita*** *como la* ***implícita,*** *obligan a todo el mundo..."* (*Anales del Consejo de Estado*, t. LXXXVII, núm. 443 y 444, págs. 83, 384 y 86).

En sentencia de 20 de junio de 1979 dijo también el Consejo de Estado:

"En un fallo de inexequibilidad como en cualquier otra sentencia, hace tránsito a cosa juzgada no solamente, lo decidido explícitmente vale decir, lo expresado en la parte resolutiva, sino también lo implícito en ella" (*Anales del Consejo de Estado*, t. XCVI, núms. 461 y 462, pág. 133).

Y en la sentencia de 9 de septiembre de 1981, el Consejo de Estado reprodujo y reiteró lo dicho en sus providencias anteriores, diciendo que conforme a doctrina reiterada de esa corporación, la cosa juzgada implícita debe acatarse, aun cuando no se comparta los fundamentos del fallo, y concluyó:

"Considera la Sala que frente a la mencionada sentencia de la Corte Suprema de Justicia no puede hacer otra cosa que estarse a los efectos jurídicos de esa decisión y en especial al que se refiere a la cosa juzgada implícita..." (*Anales del Consejo de Estado*, t. CI, núms. 471 y 472, págs. 210 y 212).

Más recientemente la Corte Constitucional, en sentencia C-131 de 1° de abril de 1991, explicó:

"Primero, goza de cosa juzgada explícita la parte resolutiva de las sentencias, por expresa disposición del artículo 243 de la Constitución.

Segundo, gozan de cosa juzgada implícita los conceptos de la parte motiva que guarden unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender éste sin la alusión a aquéllos.

En efecto, la parte motiva de la sentencia de constitucionalidad tiene en principio el valor que la Constitución le asigna a la doctrina en el inciso segundo del artículo 230: criterio auxiliar —no obligatorio—, esto es, ella se considera ***obiter dicta.***

Distinta suerte corren los fundamentos contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarden relación directa con la parte resolutiva, así como los que la Corporación misma indique, pues tales argumentos, en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutiva, son también obligatorios y, en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades y corrigen la jurisprudencia.

La ***ratio juris*** *de esta afirmación se encuentra en la fuerza de la cosa juzgada implícita de la parte motiva de las sentencias de la Corte Constitucional, que consiste en que esta Corporación realiza en la parte motiva de sus fallos una confrontación de la norma revisada con la totalidad de los preceptos de la Constitución Política, en virtud de la guarda de la integridad y supremacía que señala el artículo 241 de la Carta. Tal confrontación con toda la preceptiva constitucional no es discrecional sino obligatoria. Al realizar tal confrontación la Corte puede arribar a una de estas dos conclusiones: si la norma es declarada inexequible, ella desaparece del mundo jurídico con fuerza de cosa juzgada constitucional, como lo señala el artículo 243 superior, y con efecto* ***erga omnes*** *sin importar si los textos que sirvieron de base para tal declaratoria fueron rogados o invocados de oficio por la Corporación, porque en ambos casos el resultado es el mismo y con el mismo valor. Si la norma es declarada inexequible, ello resulta de un exhaustivo examen del texto estudiado, a la luz de todas y cada una de las normas de la Constitución, examen que lógicamente se realiza en la parte motiva de la sentencia y que se traduce desde luego en el dispositivo.*

(...)

Considerar lo contrario, esto es, que únicamente la parte resolutiva tiene fuerza de cosa juzgada, sería desconocer que, admitiendo una norma diferentes lecturas, el intérprete se acoja a lo dispositivo de una sentencia de la Corte Constiitucional e ignore el sentido que la Corporación —guardiana de la integridad y supremacía de la Carta—, le ha conferido a dicha norma para encontrarla conforme o inconforme con la Constitución. Ello de paso atendería contra la seguridad jurídica dentro de un ordenamiento normativo jerárquico, como claramente lo es el colombiano por disposición del artículo 4° superior" (Gaceta de la Corte Constitucional, t. 4, 1993, págs. 34 y 35).

Y reiteró ese criterio en sentencia C-037 de 5 de febrero de 1996:

"...sólo será de obligatorio cumplimiento, esto es, únicamente hace tránsito a cosa juzgada constitucional, la parte resolutiva de las sentencias de la Corte Constitucional. En cuanto hace a la parte motiva, como lo establece la norma, ésta sólo constituye criterio auxiliar para la actividad

judicial y para la aplicación de las normas de derecho general; sólo tendrían fuerza vinculante los conceptos consignados en esta parte que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutiva; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutiva de las sentencias y que incida directamente en ella" (Expediente P.E.-008).

Siendo ello así, nada añadía al proyecto de artículo adicional referido, en cuanto señalaba que tendría fuerza de cosa juzgada la parte motiva de las sentencias mediante cuales la Corte Constitucional declarara la exequibilidad de una norma legal condicionada a una determinada interpretación, o cuando guardara unidad indisoluble o relación directa o tuviera nexo causal con la parte resolutiva de la misma. En otros términos, resultaba *inocuo*.

Por lo mismo, ello no podría, en ningún caso, determinar situación de conflicto de intereses.

II.

Tal como fueron expuestos los hechos de la demanda, no se advierte relación alguna entre el proyecto de artículo adicional transcrito y el delito de enriquecimiento ilícito.

Para entender las razones del demandante, sería preciso considerar que mediante el artículo 10 del Decreto 2266 de 1991 se dispuso:

*"**Artículo 10**. Adoptándose como legislación permanente las siguientes disposiciones del Decreto legislativo 1895 de 1989:*

«Artículo 1°. El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga para sí o para otro incremento patrimonial no justificado, derivado, en una u otra forma, de activades delictivas, incurrirá, por ese solo hecho, en prisión de 5 a 10 años y multa equivalente al valor del incremento ilícito logrado»".

Y sería preciso considerar, también, que esta disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-127 de 30 de marzo de 1993, en la que se dijo:

"La expresión 'de una u otra forma', debe entenderse como incremento patrimonal no justificado, derivado de actividades delictivan, en cualquier forma que se presenten éstas. Las actividades delictivas deben estar judicialmente declaradas, para no violar el debido proceso y el artículo 248 de la Constitución Política, según el cual únicamente las

condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales" (Gaceta de la Corte Constitucional, 1993, t.3, pág. 203).

De manera que la aprobación del artículo adicional al Proyecto de ley número 168 del Senado afectaría los procesos que se adelantaran por enriquecimiento ilícito, en tanto que su juzgamiento sólo podría hacerse en los términos en que fue entendido por la Corte Constitucional, esto es, que las actividades delictivas de que se derive el incremento patrimonial injustificado deben estar judicialmente declaradas.

Pero así no fue planteado en la demanda. No se refirió el demandante al artículo 10 del Decreto 2266 de 1991 ni a la sentencia C-127 de 30 de marzo de 1993. Y no podía la Sala, oficiosamente, tomar en consideración esas circunstancias, supliendo así las explicaciones y los hechos omitidos por el demandante.

Ocurre que en el artículo 4° de la Ley 144 de 1994 fue establecido lo que, por lo menos, debe contener toda solicitud de pérdida de investidura y entre otros aspectos, en el literal c), se exigió la invocación de la causal por la cual se solicitaba la pérdida de la investidura y su *debida explicación*, lo cual fija el marco dentro del cual debe estudiarse y resolverse la solicitud y circunscribe el examen de los cargos, de manera que el juzgador no puede en modo alguno resolver sobre cuestiones no planteadas.

Lo anterior es así, además, si se tiene en cuanta que se trata de un proceso punitivo, y en todos los procesos punitivos, sean éstos penales, disciplinarios o correccionales o cualesquiera otros, porque así lo reclaman el debido proceso y el derecho de defensa que garantiza el artículo 29 constitucional, el inculpado sólo puede ser sancionado por los precisos cargos que le fueron formulados y respecto de los cuales tuvo oportunidad de defenderse.

Entonces, las pretensiones del demandante, también por esta razón, debían ser denegadas.

III.

Por lo demás, no podía la Sala, en mi opinión, concluir que tuvo lugar la alegada violación del régimen de conflicto de intereses que se atribuye al senador *Francisco José Jattin Safar*, porque no fue probado que en el momento en que votó el artículo nuevo tuviera conocimiento de que en su contra adelantaba la Corte Suprema de Justicia diligencias por el delito de que se trata en el artículo 10 del Decreto 2266 de 1991, comúnmente denominado de "enriquecimiento ilícito de particulares".

Es verdad que el senador *Francisco José Jattin Safar* el 13 de diciembre de 1995; y desde antes, sabía que en su contra adelantaba diligencias la Corte Suprema de Justicia. Pero para entonces no se había dictado providencia alguna mediante la cual se calificara la conducta objeto de investigación como presuntamente constitutiva del delito de "enriquecimiento ilícito de particulares". De manera que no era posible entonces afirmar que se lo investigaba por ese delito, ni suponer, en consecuencia, que el senador *Francisco José Jattin Safar* tenía conocimiento de ello.

Y el deber de declarar el impedimento sólo surge cuando el congresista observe o advierta que se encuentra en situación de conflicto, como está dispuesto en los artículo 291 y 292 de la Ley 5ª de 1992, lo que prescribe toda forma de responsabilidad objetiva.

Por lo expuesto, no compartí la decisión adoptada en la sentencia y creo que, en su lugar, debieron ser denegadas las pretensiones de la demanda.

Mario Alario Méndez.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONGRESISTA - Conflicto de intereses / **CONFLICTO DE INTERESES DE ORDEN MORAL**- Desarrollo legal

Los artículos 182, 183 y 184 de la Carta Política sientan las bases de la institución de la pérdida de investidura de los parlamentarios, sin que ellos constituyan por sí solos una normatividad completa sobre el particular, ya que el propio constituyente defirió a la ley su reglamentación y desarrollo. "La ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones" (artículo 182 último inciso Constitución Política de Colombia). Las leyes 5ª de 1992 y 144 de 1994 desarrollaron la materia respecto de los conflictos que de orden económico pudieran presentarse para los congresistas con ocasión y en ejercicio de su investidura. Nada dijeron estas leyes, ni texto legal posterior versó sobre el tema relativo a situaciones que deban tenerse como potenciales generadores de conflicto de interés moral o ético. Como el terreno de lo moral y de lo ético es un campo que trasciende el de la conducta externa de los sujetos de derecho y es atinente a su conciencia, resulta imposible para el juzgador suplir al acusado en su fuero interno para reprocharle su conducta y en todo caso imposible aplicar una sanción de tan drástico contenido como es la pérdida de investidura de congresista, sin que haya referencia cierta a una norma que contenga los supuestos fácticos en los cuales se vea comprometida la conducta enjuiciada, en virtud de actos considerados como faltos de moral y carentes de ética. Dada la particular naturaleza de este proceso (político-administrativo-disciplinario, pero en todo caso sancionatorio), y las consecuencias de la sanción que implica la aceptación de la solicitud de pérdida de investidura, no queda ninguna duda en cuanto, debe observarse indefectiblemente el principio clásico de la legalidad de los delitos y de las penas, expresado en el brocardo latino *"nultum crimen, nulla pena, sine lege".*

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Santafé de Bogotá D.C., junio trece (13) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Referencia: Expediente No. AC-3303. Demandante: Emilio Sánchez Alsina.

SALVAMENTO DE VOTO

Doctor: *José María Carrillo Ballesteros.*

Respetuosamente manifiesto que, con fundamento en las razones en seguida consignadas, aclaro el voto en el asunto de la referencia, por estar en desacuerdo con la decisión adoptada por la mayoría de la Sala Plena de lo Contencioso, el día 12 de marzo del año en curso.

El punto central del debate radica en la aparente existencia de un conflicto de intereses de carácter moral y ético que se habría presentado por la conducta del senador *Francisco José Jattin Safar* con motivo de su participación en la sesión del 13 de diciembre de 1995 llevada a cabo en el Senado de la República, durante la cual se votó el proyecto de la ley de seguridad ciudadana, que incluyó a última hora un artículo, por cuyo tenor, alcance y contenido significaría un beneficio directo para el congresista votante, en la medida en que le favorecería por su condición de investigado en las diligencias adelantadas por la Corte Suprema de Justicia, dentro del expediente conocido públicamente como el proceso 8.000.

Para formular un juicio respeto de la situación planteada es preciso tener en cuenta los siguientes elementos:

1°. El ordenamiento positivo que regula el caso sub análisis.

2°. La conducta desplegada por el acusado.

3°. El establecimiento fehaciente del pretendido conflicto de intereses entre la conducta objeto del reproche y el fin perseguido.

1°. En cuanto al primer elemento, advierte el suscrito Consejero que los artículos 182, 183 y 184 de la Carta Política sientan las bases de la institución de la pérdida de investidura de los parlamentos, sin que ellos constituyan por sí solos una normatividad completa sobre el particular, ya que el propio constituyente defirió la ley su reglamentación y desarrollo. *"La ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones"* (artículo 182 último inciso Constitución Política de Colombia).

Las leyes 5ª de 1992 y 144 de 1994 desarrollaron la materia respecto de los conflictos que de orden económico pudieran presentarse para los congresistas con ocasión y en ejercicio de su investidura. Nada dijeron estas leyes, ni texto legal posterior versó sobre el tema relativo a situaciones

que deban tenerse como potenciales generadoras de conflicto de interés moral o ético.

Como el terreno de lo moral y de lo ético es un campo que trasciende el de la conducta externa de los sujetos de derecho y es atinente a su conciencia resulta imposible para el juzgador suplir al acusado en su fuero interno para reprocharle su conducta y en todo caso imposible aplicar una sanción de tan drástico contenido como es la pérdida de investidura de congresista, sin que haya referencia cierta a una norma que contenga los supuestos fácticos en los cuales se vea comprometida la conducta enjuiciada, en virtud de actos considerandos como faltos de moral y carentes de ética.

Dada la particular naturaleza de este proceso (político-administrativo-disciplinario, pero en todo caso sancionatorio), y las consecuencias de la sanción que implica la aceptación de la solicitud de pérdida de investidura, no queda ninguna duda en cuanto, debe observarse indefectiblemente el principio clásico de la legalidad de los delitos y de las penas, expresado en el brocardo latino *"nullum crimen, nulla pena, sine lege"*.

La imposibilidad de tipificar una conducta a voluntad del denunciante o del fallador, para hacerla acreedora de una sanción, radica en que:

> *"Las cuestiones de valores (es decir aquellas que se conciernen a lo que es bueno o malo en sí, independientemente de sus consecuencias) están por fuera del dominio de la ciencia, como los defensores de la religión lo afirman con energía, yo pienso —dice* ***Bertrand Russell****, autor de esta cita, en su libro* ***Ciencia y Religión****, Editorial Gallirmard, página 171— que ellos tienen razón sobre este punto, pero yo saco una conclusión suplementaria, que ellos no sacan: las cuestiones de valores están enteramente fuera del campo del conocimiento. Dicho de otra manera, cuando afirmamos que tal o tal cosa tiene valor, expresamos nuestras propias emociones y no un hecho que permanecerá cierto si nuestros sentimientos personales fueren deferentes".*

Y más adelante agrega:

> *"La moral está pues estrechamente unida a la política, ella es una tentativa para imponer a los individuos los deseos colectivos de un grupo; o, inversamente, ella es una tentativa hecha por un individuo para que sus deseos se conviertan en los de su grupo. Esto no es posible, claro está que si sus deseos no son demasiado visiblemente contrarios al interés general: el maleante difícilmente puede intentar persuadir a las gentes que él les hace bien, aunque los plutócratas hacen tentativas de ese género, y con éxito aun a menudo".*

Para rematar esta cita, pertinente es concluirla con las siguientes líneas del mismo autor:

> *"Para intentar dar una apariencia de importancia universal a nuestros deseos (lo cual constituye el papel de la moral), uno puede ubicarse en dos puntos de vista: el del legislador y el del predicador...".*

Frente a ello, se advierte que otra es la labor del juez y por esa razón considera el suscrito Consejero que no hay espacio para tomar una decisión en ausencia de reglamento positivo y mucho menos autorización jurídica para asumir papel distinto del que corresponde a su función constitucional y legal, con sujeción a los principios universales que gobiernan el derecho y su aplicación en el estadio de la civilización actual.

Por lo hasta aquí expuesto, ni jurídica, ni filosóficamente, es dado compartir la motivación de la decisión, y atendiendo a la necesidad cumplir con el deber de expresar todas las razones de inconformidad con el fallo objeto de esta aclaración, preciso es anotar, además lo siguiente:

En cuanto a la institución de la pérdida de investidura de origen constitucional, por sus especiales características debe aplicarse con sumo rigor tanto en el análisis de la conducta como en el enjuiciamiento o actividad que corresponda al juez. El mandato del artículo 184 de la Carta Política facilita el intituto de control y abre el camino de su operancia, con una simple solicitud, nótese que no se emplea el concepto de demanda ni el de denuncia, que técnicamente tienen un sentido definido. Así se facilita el control y el solicitante tiene una garantía de su derecho, el poder ejercerlo en elemental escrito, en cualquier tiempo durante el ejercicio del mandato del parlamentario, tomándose todo el lapso que estime necesario para recaudar o ubicar con exactitud el elemento probatorio que deberá aducir con la solicitud, pues el constituyente para garantizar aún más su derecho e impedir que haga nugatorio fijó un término de alto rango al fallador, "no mayor de 20 días hábiles contados a partir de la fecha de la solicitud formulada...".

No es posible, so pena de o violar la Constitución o asumir la tarea del legislador, adoptar procedimientos exorbitantes, tales como el de hacer caso omiso del término claramente establecido, lo cual pone en grave riesgo la observancia del debido proceso y el respeto al derecho de defensa especialmente cuando en forma extemporánea se decretan y se practican pruebas que eventualmente pueden quedar sin posibilidad de controversia o de conocimiento del denunciado que independientemente de sus condiciones personales o políticas tiene derecho a controvertir los medios de convicción aducidos en su contra.

En cuanto a la persona sujeto del proceso, es preciso hacer notar que moralizar el ejercicio del mandato ciudadano, y los reparos que por vía

general se enrostran a los legisladores, pero tratándose de la aplicación concreta y en particular de una sanción, es preciso descender de las formulaciones teóricas y generales propias de la sociología o de la política al terreno concreto del derecho, para avanzar prudentemente en el enjuiciamiento de una conducta y la aplicación de una severísima pena, asimilable a la muerte política, en tiempos de proscripción de la muerte civil y de la pena de muerte. Y aún más, dado que procedimiento y término son expeditos y breves.

Con las anteriores consideraciones dejo expuesto mi criterio sobre el asunto debatido, dejando claro está mi manifestación de profundo respeto por la ponencia adoptada por la Corporación.

Jesús María Carrillo Ballesteros.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONGRESISTA - Conflicto de intereses / **INVESTIGACION PENAL** -. Conocimiento / **INVESTIGACIÓN PENAL** - Calificación judicial

Discrepo del criterio así expuesto por cuanto considero que no son bastantes, para acreditar el conocimiento que debió tener el congresista del tipo penal por el que se le investiga, las preguntas y respuestas emitidas en declaración libre y espontánea rendida en su averiguación preliminar. Para ello se habría requerido de calificación judicial, así fuera la provisional de la definición de la situación jurídica del vinculado al proceso. Lo otro implica darle relevancia exagerada a una actuación no procesal en la definición de cuestión de mucha trascendencia, dada la gravedad de sus consecuencias, para inferir el conocimiento que debió tener el congresista de ser investigado por el delito de "enriquecimiento ilícito de particular" y no por enriquecimiento ilícito de empleado oficial o cualquier otro reato con el que ninguna incidencia habría podido tener la aprobación del artículo nuevo que se quiso agregar al proyecto de ley No. 168 de 1995 Senado.

SALVAMENTO DE VOTO

Doctor: *Amado Gutiérrez Vêlásquez.*

Referencia: Expediente N°. AC-3303. Actor: Emilio Sánchez Alsina.

Muy comedidamente me aparto de la decisión que por mayoría adoptó la Sala en su fallo de 14 de mayo del año en curso en el proceso de la referencia, con fundamento en las sucintas razones que expongo a continuación:

Para concluir que debía despojarse de su investidura de senador al señor *Francisco José Jattin Safar,* la providencia de la cual salvó el voto, expresó:

"De manera que si bien es cierto que en el proceso radicado bajo el No. 10680, el 13 de diciembre de 1995 no existía providencia que hubiere calificado la conducta objeto de investigación y que la versión libre que obra en el expediente no habria sido objeto de ampliación según se ha certificado a folio 104 del expediente, no hay duda de que el senador, para esa fecha de diciembre de 1995, tenía conocimiento de que estaba siendo sujeto de investigación por unos hechos que según interpretación de la Fiscalía tipificaban el delito de enriquecimiento ilícito; sabía en consecuencia que el artículo que votó afirmativamente ese día le podía beneficiar directamente..." (folio 143).

Discrepo del criterio así expuesto por cuanto considero que no son bastantes, para acreditar el conocimiento que debió tener el congresista del tipo penal por el que se le investiga, las preguntas y las respuestas emitidas en declaración libre y espontánea rendida en averiguación preliminar.

Para ello se habría requerido de calificación judicial, así fuera la provisional de la definición de la situación jurídica del vinculado al proceso. Lo otro implica darle relevancia exagerada a una actuación no procesal en la definición de cuestión de mucha trascendencia, dada la gravedad de sus consecuencias, para inferir el conocimiento que debió tener el congresista de ser investigado por el delito de "Enriquecimiento ilícito de particular", y no por enriquecimiento ilícito de empleado oficial o cualquier otro reato con el que ninguna incidencia habría podido tener la aprobación del artículo nuevo que se quiso agregar al proyecto de ley No. 168 de 1995, Senado.

Santafé de Bogotá D.C., junio 18 de 1996.

Amado Gutiérrez Velásquez.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONGRESISTA - Conflicto de intereses / **INVESTIGACION PENAL** - Conocimiento / **ENRIQUECIMIENTO ILICITO** - Tipos

El problema, en cada caso concreto de pérdida de investidura de congresista, es cuestión técnico jurídica, más exactamente, de carácter probatorio. Se precisa de pruebas que den la certeza o la convicción racional de que el congresista inculpado tenía absoluto conocimiento y total conciencia de que se encontraba impedido para participar, mediante el voto, en la formación de una ley y, sin embargo, no se abstuvo de hacerlo. No debe perderse de vista al respecto la gravedad de la sanción y que, por lo tanto, su imposición, debe estar rodeada de las máximas garantías y precedida de la prueba fehaciente de la comisión de la conducta típica que la amerite. En el caso particular del senador *Francisco José Jattin Safar,* yo, como juez, no tengo la certeza de que él sabía que estaba siendo investigado por un delito de enriquecimiento ilícito de particulares o de terceros, el cual, en definitiva, es al que se contraía la jurisprudencia constitucional cuyos efectos se querían incorporar a la ley. Texto que, por lo demás, ya había sido consagrado en esencia, en la ley Estatutaria de la Justicia, ya aprobada por el Congreso cuando se pretendió convertir en norma legal el llamado narcomico, y que declarado exequible, aparece bajo el artículo 48 de la Ley 270 de 1996. Lo que demuestra objetivamente el expediente es que el senador *Francisco José Jattin Safar* se le investigaba por un presunto enriquecimiento ilícito. ¿Pero de cuál? ¿De particulares, como se supone en el fallo, o de funcionario, como pudo suponerlo el Senador? ¿Cómo podía saber el senador *Francisco José Jattin Safar,* a ciencia cierta, que a él se le investigaba por un delito de enriquecimiento ilícito de particulares, si todas las preguntas que se le formularon estaban encaminadas a desentrañar si él, por razón de su cargo de senador o de la Comisión donde actuaba, pudo tramitar algún proyecto que beneficiara a los narcotraficantes y, por ende, explicar el pago de las dos facturas? Un principio de racionalidad, que es norma legal además, indica que en caso de duda, ésta debe favorecer el sindicado, cuando no haya modo de eliminarla.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Santafé de Bogotá D.C., diecisiete (17) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Referencia: Expediente No. AC-3303. Demandante: Emilio Sánchez Alsina.

SALVAMENTO DE VOTO

Doctor Juan Alberto Polo Figueroa.

Con sumo respeto disiento de la opinión mayoritaria por cuanto en mi sentir la Corporación no podía válidamente despojar de su investidura de congresista al senador *Francisco José Jattin Safar*, apreciación que sustento en las siguientes razones:

1ª. El conflicto de intereses está constituido por impedimentos de orden moral y económico para participar en la formación de la ley, cuando quiera que ello afecta al congresista.

Admito que el régimen legal definitorio del mismo, con claros propósitos de depuración del ejercicio de la actividad política, está contenido en las leyes 5ª de 1992 (artículo 286 y siguientes), y 144 de 1994 (artículo 16), dictadas en desarrollo del precepto constitucional (artículo 182) que defirió a la ley la determinación de lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones.

2ª. Mas la aplicación de ese régimen no puede basarse en hipótesis, ni en pretesiones moralizadoras ni para responder a las presiones de una opinión pública manipulada por los medios de comunicación.

El problema, en cada caso concreto de pérdida de investidura de congresista, en cuestión técnico jurídica, más exactamente, de carácter probatorio. Se precisa de pruebas que den la certeza o la convicción racional de que el congresista inculpado tenía absoluto conocimiento y total conciencia de que se encontraba impedido para participar, mediante el voto, en la formación de una ley, y sin embargo, no se abstuvo de hacerlo. No debe perderse de vista, al respecto, la gravedad de la sanción y que, por lo tanto, su imposición, debe estar rodeada de las máximas garantías y precedida de la prueba fehaciente de la comisión de la conducta típica que la amerite.

3ª. En el caso particular del senador *Francisco José Jattin Safar*, yo, como juez, no tengo la certeza de que él sabía que estaba siendo investigado por un delito de *enriquecimiento ilícito de particulares o de terceros*, el cual,

en definitiva, es al que se contraía la jurisprudencia constitucional cuyos efectos se querían incorporar a la ley. Texto que, por lo demás, ya había sidoconsagrada, en esencia, en la ley Estatutaria de la Justicia, ya aprobada por el Congreso cuando se pretendió convertir en norma legal el llamado narcomico, y que declarado exequible, aparece bajo el artículo 48 de la Ley 270 de 1996.

En efecto, la lectura de las certificaciones expedidas por la Corte Suprema de Justicia permite establecer que de las varias denuncias contra el senador *Francisco José Jattin Safar,* cuatro de ellas eran por delitos "por establecer", una por prevaricato; y otra, por enriquecimiento ilícito. En el proceso correspondiente a esta última denuncia, radicado bajo el No. 10680, como lo certifica la Corte, *"...no se ha dictado providencia o decisión alguna en la cual se califique la conducta objeto de investigación como enriquecimiento ilícito...".*

Por añadidura, de la versión libre rendida por el senador *Francisco José Jattin Safar,* por la *"....presunta recepción de cheques provenientes de empresas fechadas al parecer del Cartel de Cali...",* como también lo certifica la Corte Suprema de Justicia, se desprende que a él no se le preguntó por el recibo de cheque alguno; se le indagó sí por viajes a la ciudad de Cali, hospedaje en el Hotel Intercontinental de Cali, y el pago por terceras personas de dos facturas por valores de $126.538,oo y $205.196,oo que en modo alguno pueden entenderse como encaminadas a investigar conductas constitutivas del delito de enriquecimiento ilícito de particulares.

También se le preguntó, y esto es lo más significativo, acerca de qué Comisiones hacía parte en 1992, si en ella se debatieron proyectos que tuvieran que ver con el narcotráfico, y si recibió razón alguna de los hermanos *Rodríguez Orejuela* que pudiera explicar el motivo de los pagos de las dos facturas, pagos esos realizados al parecer en nombre de ellos, en las dos ocasiones en que estuvo alojado en el Hotel Intercontinental de Cali. Estas preguntas, por su contenido, permiten suponer que la indagación estaba orientada a investigar un delito de enriquecimiento en razón de un cargo de sus funciones de senador voto previsto en el artículo 148 del Código Penal y que dista mucho de aquél al que supuestamente se le quería quitar entidad por los legisladores.

Siendo así, mal puede sostenerse válidamente, como se hace en el fallo del cual disiento, adoptado contra el senador *Francisco José Jattin Safar,* que él "...sabía en consecuencia que el artículo que votó afirmativamente ese día le podía beneficiar directamente porque de modificarse el entendimiento que del tipo tenía la Fiscalía, las diligencias preliminares en su contra que adelantaba la Corte Suprema de Justicia podrían tomar un rumbo diferente...".

No, el juez no puede hacer este tipo de inferencias que sólo son suposiciones, ni mediante análisis subjetivos pretender penetrar en la mente o en la intencionalidad de las personas. Para llegar a una conclusión como la mencionada, sólo puede valerse de hechos objetivos plenamente comprobados.

Y lo que demuestra objetivamente el expediente es que el senador *Francisco José Jattin Safar* se le investigaba por un presunto enriquecimiento ilícito. ¿Pero de cuál? ¿De particulares, como se supone en el fallo, o de funcionario, como pudo suponerlo el Senador? ¿Cómo podía saber el senador *Francisco José Jattin Safar*, a ciencia cierta, que a él se le investigaba por un delito de enriquecimiento ilícito de particulares, si todas las preguntas que se le formularon estaban encaminadas a desentrañar si él, por razón de su cargo de senador o de la Comisión donde actuaba, pudo tramitar algún proyecto que beneficiara a los narcotraficantes y por ende, explicar el pago de las dos facturas? Un principio de racionalidad, que es norma legal además, indica que en caso de duda, ésta debe favorecer el sindicado, cuando no haya modo de eliminarla.

4ª. Una consideración final, y que tampoco fue objeto de prueba. El enriquecimiento ilícito, en cualquiera de sus modalidades, supone "Incremento Patrimonial", lo cual sugiere aumento considerable de los bienes de una persona. Podrá decirse, con algún fundamento, que una persona inmensamente rica como lo es notoriamente el senador *Francisco José Jattin Safar*, incrementó su patrimonio por el pago de dos facturas, que sumadas no alcanzaban al diez por ciento de su salario mensual como senador?

Finalmente, no cuestiono que el juez deba ser sensible a los valores que la sociedad expresa en un determinado contexto histórico; pero creo también que los jueces, para realizar el fin de protección que les corresponde deben moverse dentro de los límites de la más estricta legalidad, y que no son ellos los llamados a dirigir el cambio socio-político, pues su exacta misión es la de aplicar el derecho vigente.

Atentamente,

Juan Alberto Polo Figueroa
Consejero de Estado.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONGRESISTA - Conflicto de intereses / **CONFLICTO DE INTERESES DE ORDEN MORAL**- Desarrollo legal

Los dos estatutos legales mencionados tratan expresamente el tema de los conflictos de intereses de orden económico, pero no el de los de orden moral. Es cierto que la moral implica principios y valores propios del ser que vive en sociedad; empero, éstos tienen que ver con su fuero interno y su respeto por los demás. Aunque no se me oculta la dificultad que podría tener un texto legal para definir el conflicto de intereses de orden moral, sí estoy convencido de que deben existir reglas claras, expresas y escritas, para que el congresista identifique y manifieste esa clase de limitaciones o impedimentos. Así las cosas, pienso que no están tipificadas las situaciones que constituirían un "conflicto de intereses de orden moral" y, por ende, las circunstancias dentro de las cuales se produciría su violación o quebrantamiento. Ahora bien, he sostenido que todavía no se ha dilucidado completa y satisfactoriamente la naturaleza del proceso de pérdida de investidura, y posiblemente este hecho genera muchas de las dificultades con que tropieza el juzgador al momento de decidir una demanda de esta clase. Entre otras cosas porque si participa de un carácter judicial, ético, político, disciplinario o sancionatorio, como se ha dicho por parte de la Corte Constitucional y del propio Consejo de Estado, es menester aplicar todas las garantías propias de esa clase de juicios, a saber: el principio de la presunción de inocencia y el de la buena fe del demandado. La pérdida de investidura de un congresista por la causal de violación del régimen de conflicto de intereses de orden moral, solamente puede darse cuando la ley haya fijado de manera expresa como se configura, cuáles son sus modalidades y las diferentes situaciones que tienen que ver con su manifestación, trámite etc. También he hecho énfasis, en que en estas materias no puede hablarse del "hecho notorio"porque las condiciones que he mencionado a *grosso modo* indican que es indispensable una "prueba plena" de la culpa o dolo del congresista, para que pueda aplicársele la responsabilidad sobreviniente que sería la de la pérdida de su investidura.

Santafé de Bogotá, D.C., junio veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Referencia: Expediente No. AC-3303. Actor: Emilio Sánchez Alsina. Asuntos constitucionales. Solicitud de pérdida de investidura del doctor *Francisco José Jattin Safar.*

SALVAMENTO DE VOTO

Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora.

Con el respeto acostumbrado por las decisiones mayoritarias de la Sala Plena, me permito señalar que no compartí lo resuelto en este asunto, por las razones que me permito sintetizar así:

1. El artículo 182 de la Carta Política, invocado por la parte demandante para sustentar la solicitd de pérdida de investidura, dice:

> *"Los congresistas deberán poner en conocimiento de la respectiva cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración.* ***La ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses,*** *y las recusaciones"* (Se destaca).

Esto es, que *"las situaciones de carácter moral o económico"* que inhiben los congresistas para intervenir en la discusión de los proyectos de ley sometidos a consideración de su respectiva cámara *deben estar determinadas expresamente por la ley.*

2. La Ley 5ª de 1992, en relación con la problemática de que trata este proceso, consagró en su Sección Cuarta, Conflicto de intereses, lo siguiente en cuanto a esta materia:

2.1. En el artículo 286 (Aplicación) establece que los congresistas deben declararse impedidos para participar en los debates o en las votaciones respectivas, cuando *"exista interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera, o a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o a algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o a sus socios de derecho o de hecho"* (Se destaca).

2.2. En el artículo 291 (Declaración de impedimento) dispuso que el congresista debe solicitar su separación del conocimiento de un asunto *"al observar un conflicto de interés"* (se destaca).

2.3. Los artículos subsiguientes se refieren al trámite del impedimento y al punto de la recusación.

3. La Ley 144 de 1994 señaló en su artículo 16 (Conflicto de intereses-Definición), la conducta que deben asumir los congresistas que dentro del año inmediatamente anterior a su elección "hayan prestado servicios remunerados a gremios o personas de derecho privado sobre cuyos intereses o negocios incidan directamente actos que se encuentren al estudio del Congreso".

4. Es decir, que *los dos estatutos legales mencionados tratan expresamente el tema de los conflictos de intereses de orden económico, pero no el de los de orden moral.*

5. Es cierto que la moral implica principios y valores propios del ser que vive en sociedad; empero, éstos tienen que ver con su fuero interno y su respeto por los demás.

6. Aunque no se me oculta la dificultad que podría tener un texto legal para definir el conflicto de intereses de orden moral, sí estoy convencido de que *deben existir reglas claras, expresas y escritas, para que el congresista identifique y manifieste esa clase de limitaciones o impedimentos.*

7. Así las cosas, pienso que *no están tipificadas las situaciones que constituirían un "conflicto de intereses de orden moral", y por ende, las circunstancias dentro de las cuales se produciría su violación o quebrantamiento.*

8. Ahora bien, he sostenido que todavía no se ha dilucidado completa y sastifactoriamente la naturaleza del proceso de pérdida de investidura, y posiblemente este hecho genera muchas de las dificultades con que tropieza el juzgador al momento de decidir una demanda de esta clase. Entre otras cosas porque si participa de un carácter judicial, ético, político, disciplinario o sancionatorio, como se ha dicho por parte de la Corte Constitucional y del propio Consejo de Estado, *es menester aplicar todas las garantías propias de esa clase de juicios, a saber: el principio de la presunción de inocencia y el de la buena fe del demandado.*

9. Así mismo, no puede olvidarse que *el congresista le debe su investidura al pueblo, o de manera más precisa, a sus electores,* que en ejercicio de los derechos políticos correspondientes (entre otros, los del artículo 40 de la Constitución Política), lo han escogido como su representante en el órgano legislativo. Y que tienen derecho a que los siga representando mientras no se compruebe fehacientemente que es indigno de ello o que ha incurrido en una causal de pérdida de investidura. O sea, que por este aspecto *también los electores del congresista (el pueblo), tienen derecho a que el proceso de pérdida*

de su investidura esté rodeado de todo ese cúmulo de garantías y entre ellas, por encima de cualquier otra, las que dicen relación con el debido proceso y el derecho de defensa.

10. En consecuencia la pérdida de investidura de un congresista por la causal de violación del régimen de conflicto de intereses de orden moral, solamente puede darse cuando la ley haya fijado de manera expresa cómo se configura, cuáles son sus modalidades y las diferentes situaciones que tienen que ver con su manifestación, trámite, etc.

11. También he hecho énfasis en que en estas materias no puede hablarse del "hecho notorio" porque las condiciones que he mencionado a *grosso modo* indican que es indispensable una "prueba plena" de la culpa o dolo del congresista, para que pueda aplicársele la responsabilidad sobreviniente que sería la de la pérdida de su investidura.

12. Del mismo modo considero conveniente recalcar que *no puede confundirse la situación que se ventila ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en casos como éste, con la que está sometida al escrutinio del Consejo de Estado,* pues ante aquélla se debate si el congresista cometió o no un delito, sobre la base de una tipificación clara y expresa de las conductas que lo configuran. En cambio aquí se debate si violó un régimen que en mi sentir no está regulado por el legislador.

13. Desde luego, no se me oculta que el momento que vive el país le brinda unos ingredientes anormales, atípicos a esta clase de juzgamientos, porque la opinión pública maneja unos ingredientes de raigambre eminentemente política, que no son ni pueden ser los que apliquemos o tengamos en cuenta los jueces. En este carácter, entonces, nuestra única guía debe ser el Estado de Derecho; y nuestra brújula, la justicia. Y para ello, como ya lo acoté, es indispensable respetar celosamente el debido proceso y el derecho de defensa, pues de ello dependen la estabilidad de las instituciones y la tranquilidad de la Patria.

14. Es evidente que el manejo que le han dado los medios de comunicación a estos temas ha generado una sensibilidad muy especial en la opinión pública, que encierra el peligro de que por no presentar todas las características y detalles del conflicto tampoco permite la formación de un criterio objetivo e imparcial por parte de la comunidad. Sin embargo, esta evidencia no puede afectar la independencia y la autonomía del juez para pronunciar se decisión. Soy consciente de que por esa causa se nos ha estigmatizado a quienes sustentados en nuestra convicción filosófica, jurídica y moral, hemos llegado a la conclusión de que en este evento no existen los elementos de toda índole indispensables para decretar la pérdida de investidura del demandado, y que en tal virtud, es menester denegar

esa petición, porque así nos lo señalan nuestra conciencia, el Derecho y la razón. Estoy convencido, además, de que cuando se despeje este ambiente extraño y anómalo se verá con claridad que las decisiones judiciales no pueden estár movidas por el calor del momento, ni por circunstancias coyunturales, sino por el peso y la calidad de las normas jurídicas, su debida interpretación y el sentido sublime de lo que es justo; y entonces brillarán con luz propia lo que significa la independencia del juez y la responsabilidad que al "decir del derecho" tiene ante Dios y ante los Hombres.

En ese orden de ideas, todas las dudas e inquietudes que a juicio mío no están despejadas o que no encuentran una respuesta satisfactoria en el fallo, me oligan a separarme del mismo y salvar mi voto.

Con todo comedimento,

Carlos Arturo Orjuela Góngora.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONGRESISTA - Conflicto de intereses / **INVESTIGACION PENAL** - Conocimiento / **NARCOMICO** - Aprobación proyecto de ley

En el evento del senador *Francisco José Jattin Safar* a éste se le acusó de haber violado el régimen de conflicto de intereses, por haber votado positivamente, en la plenaria, un artículo adicional que habría elevado al rango de legislación la parte motiva de los fallos de la Corte Constitucional, con fuerza de cosa juzgada, lo que habría incidido —si no lo negase posteriormente— la Cámara de Representantes, como en realidad ocurrió en la inteligencia que dieran los jueces al delito de enriquecimiento ilícito de particulares, no obstante que contra el mencionado congresista cursa una investigación sobre el tópico, diciéndose que lo perpetró por haberse alojado en un hotel de Cali, sufragando los gastos de empresas vinculadas con el comercio, contrario a la ley, de estupefacientes. Conforme a la defensa y conforme a los autos, aunque esas circunstancias fácticas están demostradas, falta por probar el elemento "a sabiendas", es decir, que el senador cuestionado tenía conocimiento de que quien pagó los gastos de hospedaje tenía esa tacha sobre sí. Por ende, no obstante que cursa en su contra esa investigación preliminar, es aventurado pensar que al votar afirmativamente el hoy vedado artículo, quebrantase el régimen de conflicto de intereses.

SALVAMENTO DE VOTO

Magistrado *Alvaro Lecompte Luna*

Consejo de Estado. - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Santafé de Bogotá, D.C., catorce (14) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Referencia: Expediente No. AC - 3303. Asuntos constitucionales - Solicitud de pérdida de investidura de congresista del Senador Francisco José Jattin Safar. Actor: Emilio Sánchez Alsina.

Con el máximo respeto hacia las consideraciones y hacia la decisión acogida por la ilustrada mayoría de la Corporación, el suscrito consejero se permite expresar los motivos de su cordial discrepancia, en breve resumen, así:

1°. La institución de la acción constitucional que permite a todo ciudadano —o a la mesa directiva de la Cámara correspondiente— solicitar del Consejo de Estado la declaratoria de pérdida de investidura de un congresista (artículo 184 Constitución Política), está, indudablemente, hermanada con los postulados, principios y nortes que la ciencia jurídica, a través de su evolución histórica, ha ido creando para el Derecho Penal. Por lo tanto, el análisis que en la respectiva sentencia ha de hacerse, debe basarse en la acusación que el demandante haya formulado y a partir de la cual el respectivo senador o representante haya fundado su defensa. Hacerlo de otra manera, es desconocer esos postulados, principios y orientaciones, que son comunes a todas las formas del derecho sancionatorio.

2°. Cuando el demandante del caso plantea al Consejo de Estado la causal que esgrime para que se decrete la pérdida de la investidura, formula, se repite, una verdadera acusación. La demanda —derecho sagrado por excelencia— se inspirará en ello, rebatiendo, en lo posible, además, las pruebas que obren en autos. Es aquí cuando, más que nunca, cobra vigor aquel apotegma que enseñaron los antiguos maestros, de lo que no está en el proceso, regular y oportunamente allegado, no está en el mundo.

Y las pruebas, obviamente, han de calibrarse dentro de las pautas de la lógica más depurada.

3°. En el evento del senador *Francisco José Jattin Safar* a éste se le acusó de haber violado el régimen de conflicto de intereses, por haber votado positivamente, en la plenaria, un artículo adicional que habría elevado al rango de legislación la parte motiva de los fallos de la Corte Costitucional, con fuerza de cosa juzgada, lo que habrá incidido —si no lo negase posteriormente la Cámara de Representantes, como en realidad ocurrió— en la inteligencia que dieran los jueces al delito de enriquecimiento ilícito de particulares, no obstante que contra el mencionado congresista cursa una investigación sobre el tópico, diciéndose que lo perpetró por haberse alojado en un hotel de Cali, sufragando los gastos de empresas vinculadas con el comercio, contrario a la ley, de estupefacientes. Conforme a la defensa y conforme a los autos, aunque esas circunstancias fácticas están demostradas, falta por probar el elemento "a sabiendas", es decir, que el senador cuestionado tenía conocimiento de que quien pagó los gastos de hospedaje tenía esa tacha sobre sí. Por ende, no obstante que cursa en su contra esa investigación preliminar, es aventurado pensar que al votar afirmativamente el hoy vedado artículo, quebrantase el régimen de conflicto de intereses.

4°. Como sabiamente dice el honorable colega doctor *Juan Alberto Polo Figueroa* en su salvamento de voto, la aplicación del régimen de conflicto de intereses no puede fundamentarse en hipótesis ni mucho menos en anhelos moralizadores de una opinión pública manipulada en los medios de comunicación social. Y las pruebas obrantes en autos no permiten tener certeza o convicción racional, a ojos del suscrito, para llegar a esa conclusión.

5°. Por otra parte, la lectura cuidadosa de los salvamentos de voto expresados en este mismo asunto, hacen que el suscrito comulgue enteramente con lo que enseñan los aludidos Consejeros de Estado, y de allí, con su venia, a ellos se remita, resaltando la erudicción jurídica que exponen, y que en aras a la rapidez se abstiene de reproducir o de explicar con otras palabras.

Sea suficiente lo anterior para compendiar el pensamiento del suscrito en el proveído del cual discrepa, recalcando que, en su modesta opinión, no hay prueba que permita arribar a la conclusión que llega.

Con respeto,

Alvaro Lecompte Luna.

Fecha *ut supra.*

SALVAMENTO DE VOTO

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

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. AC-3303. Actor: Emilio Sánchez Alsina. Asuntos Constitucionales. Pérdida de Investidura.

1. En forma respetuosa salvo mi voto en relación con la providencia proferida en este proceso, adhiriéndome a lo expresado en los dos primeros apartes de lo expuesto por el honorable Consejero *Mario Alario Méndez* en junio 5 de 1996.

2. Además, considero que en este proceso no se estableció en forma concreta la relación de causalidad que se debe dar entre los cargos formulados por el demandante y el contenido y finalidad buscada con el proyecto del artículo debatido el 13 de diciembre de 1995.

3. Con fundamento en lo anterior, la infracción de las normas quedaría sometida a lo que la Corte Constitucional en el futuro consagrara como jurisprudencia.

Luis Eduardo Jaramillo Mejía.

Santafé de Bogotá, D.C., junio 19 de 1996.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONGRESISTA - Improcedencia / **CONFLICTO DE INTERESES** - Inexistencia / **TIBERIO VILLAREAL RAMOS** - Congresista

El contenido de la anterior certificación constituye para el fallador elemento clave para afirmar que no se generó el pretendido conflicto de intereses, sino que, por el contrario, la actividad desplegada por el parlamentario, que se recoge en su voto negativo, se orientó a hacer naufragar el cuestionado proyecto de ley y, por ende, mal pudo existir el citado conflicto. No existiendo conducta que constituya causal de pérdida de investidura de congresista, ni conflicto de intereses por no evidenciarse sus extremos y, en todo caso porque aunque cursaban diligencias previas en contra de *Tiberio Villarreal* para el 14 de diciembre ante la Corte Suprema de Justicia, éste no tuvo conocimiento, ni pudo tenerlo a pesar suyo respecto de la materia investigada, y porque en todo caso votó negativamente el artículo nuevo, no participó en el debate, ni promovió el texto que finalmente fue negado, del cual no está probado que fuera su autor, ni coautor, no hay lugar a decretar la pérdida de investidura de congresista de *Tiberio Villarreal Ramos.*

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Santafé de Bogotá, D.C., vientisiete (27) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: *Doctor Jesús María Carrillo Ballesteros.*

Referencia: Expediente No. AC-3453. Actor: Emilio Sánchez Alsina. Asuntos constitucionales. Solicitud pérdida de investidura del doctor Tiberio Villarreal Ramos.

Procede la Sala Plena de la Corporación a resolver la petición de pérdida de investidura del representante a la Cámara señor *Tiberio Villarreal Ramos,* promovida por el abogado, *Emilio Sánchez Alsina,* dentro del proceso de la referencia.

EL PROCESO

La solicitud fue presentada ante ésta Corporación por quien la suscribe, el día 28 de Marzo de 1996 y, su causa petendi ofrece como antecedente fáctico, el que enseguida se sintetiza.

1°. Que el citado congresista desconoció el régimen de inhabilidades e incompatibilidades contenido en el artículo 182 de la Constitución Nacional y en la Ley 5ª de 1992, artículo 286.

2°. Que el desconocimiento de la normatividad citada se produjo porque el pasado 14 de diciembre de 1995, el representante asistió y contestó el llamado a lista en sesión plenaria de la Cámara de Representantes, habiendo participado activamente en el proyecto de ley, que en dicha fecha se discutió y que a juicio del actor pretendía presumiblemente convertir "el enriquecimiento ilícito" en una conducta subalterna, lo cual traería consigo que éste delito no existiera como tal. Textualmente afirma:

> *"e. Con dicho artículo del proyecto de ley, el representante de la referencia, presuntamente buscó suspender proceso por enriquecimiento ilícito que entre otros adelanta la Honorable Corte Suprema de Justicia contra el mismo, toda vez que lo que buscó fue obtener beneficios propios de índole penal.*
>
> *f. El precipitado artículo hacía parte del proyecto de leyes se sometió a consideración de la Cámara de Representantes toda vez que éste ya había sido probado (sic) por el Honorable Senado de la República en cesión (sic) plenaria el día 13 de diciembre de 1995.*
>
> *g. No obstante lo anterior y pese a que para la fecha 14 de diciembre de 1995, al parecer, al representante de la referencia, la Honorable Corte Suprema de Justicia le investigaba por delitos que eventualmente pudieran ser favorecidos con el proyecto de ley promovido y votado por el representante* ***Tiberio Villarreal Ramos****, no se declaró impedido cual era su obligación, legal, moral y ética"* (folio 4).

POSICION JURIDICA DEL DEMANDADO

Dentro del término legal hábil para la constestación de la demanda, y previa la notificación legal del auto admisorio de la misma, el interesado, mediante apoderado dio respuesta al libelo, mediante la aceptación de algunos hechos, el rechazo de otros y aclaración de los restantes, luego de lo cual pide desestimar la pretensión de la demanda por ausencia de fundamentos fácticos y como consecuencia, la inaplicabilidad por las disposiciones jurídicas citadas en procura de obtener decisión favorable a su propósito absolutorio.

Acepta que estuvo presente en el debate en cuestión el 14 de diciembre en la sesión de la Cámara de representantes, pero advierte que no participó activamente en la promoción del proyecto de ley, y que no intervino en su debate.

Afirma que si bien es cierto para la época la Sala Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia había recibido un diligenciamiento de la Fiscalía General de la Nación para que ésta determinara si había mérito e investigara a su poderdante, éste no sólo había ofrecido su concurso para aclarar la situación, sino que estuvo dispuesto a concurrir a la Honorable Corte, como se desprende de las peticiones escritas dirigidas a esa alta Corporación, con el ruego de ser oído en versión libre. Afirma categóricamente que desconocía el expediente porque no había sido vinculado procesalmente y, por ello, mal podría tener acceso al mismo, respecto del cual no existía calificación jurídica provisional o definitiva, ni se había ordenado apertura de instrucción de proceso alguno en su contra.

Agrega que no es cierto que para el catorce (14) de diciembre de 1995 *Tiberio Villarreal Ramos*, estuviese siendo investigado por el delito de enriquecimiento ilícito, pues para entonces no existía una calificación jurídica ni provisional, ni definitiva de la Sala Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia sobre el particular.

Señala que aunque existía una investigación previa o preliminar, el congresista no tenía conocimiento, de ser investigado por el tipo concreto de enriquecimiento ilícito, pues a pesar suyo, ya que mediaban dos peticiones en ese sentido, no había sido oído en versión libre, ni citado para ese menester.

Afirma que no tenía conocimiento del contenido del expediente, ni del objetivo de la investigación, porque aún no había tenido acceso al mismo, ya que vino a tenerlo después, cuando la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, concluyó con el diligenciamiento en que fue oído en indagatoria el 22 de marzo de 1996.

Expone que la calificación dada por la Corte Suprema de Justicia al Comportamiento endilgado a *Tiberio Villarreal Ramos* es provisional y no definitiva, que no entraña, repite, una sentencia penal condenatoria, ni siquiera una resolución de acusación, sino el agotamiento de una etapa del proceso penal.

AUDIENCIA PUBLICA

En la fecha establecida para el efecto, se llevó a cabo la diligencia de Audiencia Pública en la cual intervinieron el solicitante, el señor Agente del Ministerio Público, el congresista demandado y su apoderado.

En uso de la palabra el solicitante se refirió a temas ajenos a los hechos y a las pruebas materia del proceso, razón por la cual el Magistrado Conductor de la audiencia lo conminó para que se concretara al tema objeto de la misma. Como el abogado no atendió el llamado, la Corporación decretó un receso luego del cual se comunicó al expositor que le había precluido el tiempo para la exposición oral, poniéndole de presente que en todo caso, era su derecho ejercer a plenitud la acción presentando para el efecto, por escrito, sus puntos de vista.

Por su parte el señor representante del Ministerio Público expuso sus puntos de vista, relacionados con el contenido de la sentencia C-131 de la Corte Constitucional, e insistió en que la inserción del controvertido artículo que se discutió en el Congreso de la República reitera los alcances de la citada providencia y que su contenido fue elevado a norma legal en el artículo 48 de la Ley 270 de 1996 y que por ello la imputación hecha al congresista "es inocua en el mundo de las relaciones jurídicas" y de allí que no configure el conflicto aducido como causal de pérdida de la investidura de congresista. Alega finalmente que en la sesión del 14 de diciembre tantas veces mencionada, "según consta en la *Gaceta del Congreso* No. 485 del 26 de diciembre de 1995, en que se debatió el proyecto" éste fue negado por unanimidad. Para terminar dijo que para la fecha el congresista no tenía información de los hechos punibles que se le imputaban y que "hay quienes todavía piensan en Colombia que continúan vigentes principios como los de la buena fe, la presunción de inocencia y las garantías del debido proceso".

En uso de la palabra el congresista expuso brevemente sus puntos de vista, que dejó consignados en escrito entregado a la Secretaría de la Corporación, del cual se destaca lo siguiente:

Comienza señalando que está "acusado por haber rechazado unánimente el artículo nuevo contentivo del famoso narcomico que se votó separadamente del proyecto de ley No. 129 de 1995 Cámara, 168 de 1995 Senado". Transcribe el artículo 184 de la Ley 5ª de 1992 en cuanto señala que votado negativamente un proyecto por una de las cámaras en sesión plenaria, éste se entenderá rechazado y se archivará y el 265 de la misma ley relativo a la inviolabilidad por las opiniones y votos que emitan en el ejercicio de su cargo los congresistas, con arreglo a las disposiciones de ese reglamento. Señala al quejoso como de mala fe y, citando a *Montesquieu*, reclama la división y la independencia de los poderes públicos. En seguida asume el estudio del que denomina "Problema de conflicto de intereses", recordando que el Congreso se autorreglamentó y cita el artículo 286 de la Ley 5ª de 1992 y el 16 de la Ley 144 de 1994 luego de cuya transcripción y comentarios formula la siguiente consideración:

"Con todo el respeto que me merece la sabiduría del Honorable Consejo de Estado no entiendo el contrasentido de cómo se pretende reprochar

en este proceso la conducta de haber RECHAZADO con mi voto negativo el satánico narcomico cuya negación y rechazo unánime FUE CONSIDERADO COMO UN DEBER ÉTICO, como sería un deber EL RECHAZO DEL JUEZ A LA PROPUESTA COHECHADORA, para que luego de todas maneras se le PRETENDA PROCESAR por el «COHECHO RECHAZADO», sería un abierto CONTRASENTIDO, como está ocurriendo con el suscrito" (mayúsculas en el texto).

Concluye señalando que cuando los congresistas votan las decisiones de carácter general, lo hacen utilizando el derecho de la libertad legisladora colectiva, en la cual, ningún miembro individualmente considerado puede ser coartado para votar o no, pues en su opinión la responsabiliodad es colectiva e indivisible.

Intervino luego el apoderado del demandado, quien reiteró los criterios y hechos expuestos en la contestación de la demanda, todo en orden a su petición de desestimar la pretensión de la misma.

CAPITULO DE PRUEBAS

Obra en el expediente la prueba documental que en seguida se relaciona:

1°. Del demandante:

a) La demanda que por el hecho de su presentación personal se entiende formulada bajo la gravedad del juramento. (folios 1a 8);

b) Constancia de la Registraduría Nacional del Estado Civil sobre la elección de *Tiberio Villarreal Ramos* como representante de la Cámara para el período 1994-1998 (folio 9);

c) Ejemplar de la *Gaceta del Congreso* No. 485 del martes 26 de diciembre de 1995 (folio 10 y folio 167) que contiene la transcripción del debate efectuado en la Cámara de Representantes, respecto del Proyecto de ley 129 de 1995 Cámara, 168 de 1995 Senado, "por la cual se convierten en legislación pemanente los Decretos 1410 y 1724 de 1995", en cuyo informe final, el secretario de la Corporación informa a su Presidente que se votó por separado el texto inicial de 43 artículos, y con posterioridad el del artículo nuevo, que a la postre fue negado por unanimidad y cuyo tenor literal es el siguiente:

"La doctrina constitucional adoptada en las sentencias de la Corte Constitucional es criterio auxiliar de interpretación para las autoridades, excepto en los siguientes casos:

1. Cuando dicte sentencias interpretativas, es decir, aquellas que declaran la exequibilidad de una norma legal, condicionada a una determinada forma de interpretación.

2. Cuando la parte emotiva (sic) de la sentencia proferida por la Corte Constitucional guarde unidad indisoluble o relación directa o tenga nexo causal con la parte resolutiva de la misma.

3. En los casos de sentencias integradoras, es decir, cuando falta de legislación adecuada para resolver un asunto concreto sometido a su competencia, el juez aplique directamente la norma constitucional.

En estos tres casos, la doctrina adoptada en las providencias hace tránsito a cosa juzgada constitucional, obliga en su integridad y corrige la jurisprudencia. Su inobservancia es causal de mala conducta" (folio 21).

d) Oficio 1016 de mayo 7 de 1996, emanado de la Procuraduría General de la Nación, el Oficio PA1504 del Procurador Auxiliar y Oficio 9604129 del Jefe de la División del Centro de Atención al Público en la Procuraduría General de la Nación, documentos según los cuales en dicha entidad no fueron hallados antecedentes de investigación disciplinaria contra el Doctor *Tiberio Villarreal Ramos* en su condición de congresista, ni se ha adelantado de oficio investigación contra el "Senador (sic) *Tiberio Villarreal Ramos*, por los hechos de que da cuenta la demanda presentada por el Doctor *Emilio Sánchez Alsina"* ante el Consejo de Estado;

e) Ejemplar de la *Gaceta* No. 43 de 1996, donde se publicó la Ley 228 de 1995, "por la cual se determina el régimen aplicable a las contravenciones especiales y se dictan otras disposiciones", junto con su oficio remisorio firmado por el Secretario del Senado de la República.

f) Constancia de la Secretaría de la Sala de Casación Penal de la Corte (folio 195), de la cual se desprende que para el 14 de diciembre de 1995, ya se había dispuesto investigación previa contra el señor *Tiberio Villarreal Ramos* dentro del proceso 10684, que le fue comunicado por oficios del 3 y del 25 de agosto del mismo año y que para el 14 de diciembre de 1995 sólo existía en su contra dicha investigación preliminar originada en copias compulsadas por la Dirección Regional de Fiscalías de Bogotá que le fueron remitidas el 14 de junio de 1995.

El mismo documento señala que el doctor *Tiberio Villarreal Ramos* tuvo acceso al expediente "desde el 22 de marzo del presente año", es decir de 1996 pues la constancia está firmada el 15 de mayo de 1996, y que en esa fecha se le vinculó formalmente mediante indagatoria, agrega el certificado de la Corte que el investigado, mediante oficios que le dirigió el 7 de julio

de 1995 y el 23 de noviembre de 1995 solicitó ser oído en versión libre, petición que fue decidida por auto del 24 de julio de 1995, que le fue comunicado por oficio 2210 de agosto 3 de 1995, "sin que con posterioridad se llevara a cabo la misma" refiriéndose a la versión libre. La Corte anexa las comunicaciones de *Tiberio Villarreal Ramos*, así como el memorial de 20 de febrero del corriente año, de los cuales no se deduce que tuviera conocimiento de los hechos por lo que se le investigaba.

Finalmente se informa que el 9 de febrero de 1996 "se dispuso la apertura de investigación contra el doctor *Tiberio Villarreal Ramos*, quien fue escuchado durante los días 4, 7, 14 y 22 de marzo del año en curso". Precisa el documento que para el 14 de diciembre de 1995 "No existía aún calificación jurídica de los hechos por los cuales se le adelanta investigación y que el 17 de abril del año en curso se decidió su situación jurídica imponiéndole medida de aseguramiento de detención preventiva sin excarcelación por el delito de enriquecimiento ilícito de particular, artículo 10 del Decreto 2266 de 1991". Y señala, precisando que "esta es una calificación jurídica provisional".

2°. Por el demandado.

a) Certificado de la Cámara de Representantes (folio 165) expedido por su Secretario General, donde consta que el representante *Tiberio Villarreal Ramos* votó negativamente el artículo nuevo presentado en la discusión y posterior aprobación del proyecto de ley 129 de 1995 Cámara, 168 de 1995 Senado, por la cual se convierten en legislación permanente los Decretos 1410 y 1724 de 1995, según consta en la página 40 de la *Gaceta* No. 485 de 1995.

b) A folio 166 obra la manifestación del congresista en el sentido de no tener conflicto de intereses que lo inhabilite para el ejercicio de las funciones parlamentarias y que no pertenece a junta directiva de sociedad mercantil alguna, documento fechado el 15 de agosto de 1994;

c) El demandado también solicitó el certificado de la Secretaría de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, precisando en concreto los puntos que fueron respondidos y que ya fueron reseñados en el capítulo de pruebas pedidas por el demandante.

Para resolver, **SE CONSIDERA:**

Para el sentenciador la pérdida de investidura solicitada dentro del presente proceso, no tiene vocación de prosperidad, pues del acervo probatorio aducido al informativo, se concluye, sin dubitación alguna, que el representante a la Cámara *Tiberio Villarreal Ramos* ***votó en forma negativa***

el proyecto de ley, frente al cual el demandante pretende deducir la existencia de un eventual conflicto de intereses.

Para llegar a la anterior realidad jurídica, basta con advertir que en la certificación extendida con destino al proceso por el Secretario General de la Cámara de Representantes, calendada el día 3 de mayo de 1996, se lee: "Que en la sesión plenaria del día jueves 14 de diciembre de 1995, el Honorable Representante *Tiberio Villarreal Ramos*, votó negativamente el artículo nuevo presentado en la discusión y posterior aprobación del Proyecto de ley No. 129 de 1995 Cámara, 168 de 1995 Senado, ***por la cual se convierte en legislación permanente los Decretos 1410 y 1720 de 1995***, según consta en la página 40 de la *Gaceta del Congreso* de la República No. 485 de 1995" (folio 165).

El contenido de la anterior certificación constituye para el fallador elemento clave para afirmar que no se generó el pretendido conflicto de intereses, sino que por el contrario, la actividad desplegada por el parlamentario, que se recoge en su voto negativo, se orientó a hacer naufragar el cuestionado proyecto de ley y por ende mal pudo existir el citado conflicto.

Así las cosas, no se puede afirmar, sin faltar a la verdad y sin incurrir en contradicciones, que el parlamentario cuestionado hubiese actuado con su voto negativo, movido por interés personal.

No es admisible, por contrariar la evidencia, el aserto del demandante según el cual "con dicho artículo del proyecto de ley, el representante de la referencia, presuntamente buscó suspender proceso por enriquecimiento ilícito que entre otros adelanta la Honorable Corte Suprema de Justicia contra el mismo, toda vez que lo que buscó fue obtener beneficios propios de índole penal".

En efecto, al congresista *Tiberio Villarreal Ramos*, se le acusa de haber incurrido en violación del artículo 182 de la Carta Política y el 286 de la Ley 5ª de 1992 contentivo del régimen de inhabilidades, incompatibilidades o régimen de conflicto de intereses y que por ello debe perder la investidura que ostente. Como se dijo, visto el acervo probatorio, para la Sala no procede la petición sancionatoria que dio origen a la solicitud que se tramita y aquí se falla.

En estricto sentido, se trata de calificar la conducta de un congresista que vota negativamente un proyecto que pudiera redundar en provecho propio. No es posible, sin entrar en contradicción, valorar su conducta como ética y moralmente aceptable si se retira del debate y no vota, a tiempo que se considera indigna la conducta consistente en negar el mismo proyecto de artículo. De aceptarlo, se repite, caeríamos en la contradicción de estigmatizar una conducta cualquiera que fuere su dirección y de conde-

nar al investigado a la perplejidad que implica esperar cuál ha de ser la dirección de la conciencia moral de su juez.

Pero descendamos al caso concreto de *Tiberio Villarreal Ramos.* Está probado que fue elegido representante a la Cámara y como tal tiene deberes de legislador, entre ellos el de asistir a las sesiones de trabajo. Está probado que no fue ponente, ni promotor, ni deliberante del artículo que originó la controversia que se debate. Antes bien, votó negativamente la tantas veces citada norma.

Está probado que para el 14 de diciembre de 1995 en la Corte Suprema de Justicia cursaban diligencias preliminares y no obstante la reiterada petición de *Tiberio Villarreal Ramos* sólo se le oyó el 22 de marzo de 1996 y en esta fecha tuvo acceso al expediente. No fue negligente en su intención de saber el motivo por el cual se le investigaba preliminarmente, aunque no tuvo éxito en su empeño.

En el caso *sub-análisis,* a pesar de todo esfuerzo, encontrar el conflicto de intereses es poco menos que una misión imposible. Frente a la afirmación categórica de la demanda, se levanta la contundencia de la conducta desplegada por el demandado, a tiempo que se reitera el criterio según el cual la sóla presencia del congresista no constituye un extremo del conflicto sino que éste depende de su conducta, que es el objeto calificable en el proceso de construcción del posible conflicto entre aquella y el fin conocido y provocado.

No existiendo conducta que constituya causal de pérdida de investidura de congresista, ni conflicto de intereses por no evidenciarse sus extremos, y en todo caso porque aunque cursaban diligencias previas en contra de *Tiberio Villarreal Ramos,* para el 14 de diciembre ante la Corte Suprema de Justicia, éste no tuvo conocimiento, ni pudo tenerlo a pesar suyo respecto de la materia investigada, y porque en todo caso votó negativamente el artículo nuevo, ni participó en el debate, ni promovió el texto que finalmente fue negado, del cual no está probado que fuera su autor, ni coautor, no hay lugar a decretar la pérdida de investidura de congresista de *Tiberio Villarreal Ramos.*

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

FALLA:

1. DENIEGASE la pérdida de investidura del representante a la Cámara *Tiberio Villarreal Ramos,* por las razones expuestas a lo largo de este proveído.

2. EJECUTORIADA esta Sentencia, comuníquese a la Mesa Directiva de la Cámara de Representantes, al Consejo Nacional Electoral y al Ministerio del Interior, para lo de su cargo.

Cópiese, publíquese, notifíquese y cúmplase.

Daniel Suárez Hernández, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz,* Vicepresidente; *Mario Alario Méndez,* aclaración de voto; *Germán Ayala Mantilla, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Carlos Betancur Jaramillo,* Aclaración de voto; *Jesús María Carrillo B.,* aclaración de voto; *Julio Enrique Correa Restrepo, Miren de la Lombana de M.,* aclaración de voto; *Clara Forero de Castro, Delio Gómez Leyva,* aclaración de voto; *Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Alvaro Lecompte Luna, Juan de Dios Montes Hernández,* aclaración de voto; *Carlos Arturo Orjuela Góngora,* aclaración de voto; *Dolly Pedraza de Arenas, Juan Alberto Polo Figueroa, Libardo Rodríguez Rodríguez, María Eugenía Samper Rodríguez, Consuelo Sarria Olcos,* aclaración de voto; *Manuel Santiago Urueta Ayola,* aclaración de voto.

Mercedes Tovar de Herrán, Secretaria General.

ACLARACION DE VOTO

Doctor: *Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Consejo de Estado.- Sala Plena de Contencioso Administrativo.- Santafé de Bogotá, D. C., trece (13) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).

Sentencia proferida el 27 de mayo de 1996. Referencia: Expediente No. AC-3453. Asuntos constitucionales. Actor: Emilio Sánchez Alsina. Solicitud de pérdida de investidura como Congresista del doctor *Tiberio Villarreal Ramos.*

Con todo comedimento, me permito señalar que aunque compartí lo resuelto en este asunto, considero necesario precisar mi divergencia con algunos razonamientos de la parte motiva, así:

1. El artículo 182 de la Carta Política, invocado por la parte demandante para sustentar la solicitd de pérdida de investidura, dice:

> *"Los congresistas deberán poner en conocimiento de la respectiva cámara las* ***situaciones de carácter moral o económico*** *que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración.* ***La ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses,*** *y las recusaciones"* (se destaca).

Esto es, que *"las situaciones de carácter moral o económico"* que inhiban a los congresistas para intervenir en la discusión de los proyectos de ley sometidos a consideración de su respectiva cámara *deben estar determinadas expresamente por la ley.*

2. La Ley 5ª de 1992, en relación con la problemática de que trata este proceso, consagró en su *Sección 4ª, Conflicto de intereses,* lo siguiente en cuanto a esta materia.

2.1. En el *artículo 286 (Aplicación)*, establece que los congresistas deben declararse impedidos para participar en los debates o en las votaciones respectivas, cuando *"exista interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera, o a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o a alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o a sus socios de derecho o de hecho"* (se destaca).

2.2. En el *artículo 291 (Declaración de impedimento)*, dispuso que el congresista debe solicitar su separación del conocimiento de un asunto *"al observar un conflicto de interés"* (se destaca).

2.3. Los artículos subsiguientes se refieren al trámite del impedimento y al punto de la recusación.

3. La Ley 144 de 1994 señaló en su *artículo 16 (Conflicto de intereses-Definición)*, la conducta que deben asumir los congresistas que dentro del año inmediatamente anterior a su elección "hayan prestado servicios remunerados a gremios o personas de derecho privado sobre cuyos intereses o negocios incidan directamente actos que se encuentren al estudio del Congreso".

4. Es decir, que *los dos estatutos legales mencionados tratan expresamente el tema de los conflictos de intereses de orden económico, pero no el de los de orden moral.*

5. Es cierto que la moral implica principios y valores propios del ser que vive en sociedad; empero, éstos tienen que ver con su fuero interno y su respeto por los demás.

6. Aunque no se me oculta la dificultad que podría tener un texto legal para definir el conflicto de intereses de orden moral, sí estoy convencido de que *deben existir reglas claras, expresas y escritas, para que el congresista identifique y manifieste esa clase de limitaciones o impedimentos.*

7. Así las cosas, pienso que *no están tipificadas las situaciones que constituirían un "conflicto de intereses de orden moral" y, por ende, las circunstancias dentro de las cuales se produciría su violación o quebrantamiento.*

8. Ahora bien, he sostenido que todavía no se ha dilucidado completa y sastifactoriamente la naturaleza del proceso de pérdida de investidura, y posiblemente este hecho genera muchas de las dificultades con que tropieza el juzgador al momento de decidir una demanda de esta clase. Entre otras cosas porque si participa de un carácter judicial, ético, político, disciplinario o sancionatorio, como se ha dicho por parte de la Corte Constitucional y del propio Consejo de Estado, *es menester aplicar todas las garantías propias de esa clase de juicios, a saber: el principio de la presunción de inocencia y el de la buena fe del demandado.*

9. Así mismo, no puede olvidarse que *el congresista le debe su investidura al pueblo, o de manera más precisa, a sus electores,* que en ejercicio de los derechos políticos correspondientes (entre otros, los del artículo 40 de la Constitución Política), lo han escogido como su representante en el órgano legislativo. Y que tienen derecho a que los siga representando mientras no se compruebe fehacientemente que es indigno de ello o que ha incurrido en una causal de pérdida de investidura. O sea, que por este aspecto *también los electores del congresista (el pueblo), tienen derecho a que el proceso de pérdida de investidura esté rodeado de todo ese cúmulo de garantías y entre ellas, por encima de cualquier otra, las que dicen relación con el debido proceso y el derecho de defensa.*

10. En consecuencia la pérdida de investidura de un congresista por la causal de violación del régimen de conflicto de intereses de orden moral, solamente puede darse cuando la ley haya fijado de manera expresa cómo se configura, cuáles son sus modalidades y las diferentes situaciones que tienen que ver con su manifestación, trámite, etc.

11. También he hecho énfasis, en que en estas materias *no puede hablarse del "hecho notorio"*, porque las condiciones que he mencionado *grosso modo* indican que es indispensable una "prueba plena" de la culpa o dolo del congresista, para que pueda aplicársele la responsabilidad sobreviniente que sería la de la pérdida de su investidura.

12. Del mismo modo considero conveniente recalcar que *no puede confundirse la situación que se ventila anta la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en casos como éste, con la que está sometida al escrutinio del Consejo de Estado,* pues ante aquélla se debate si el congresista cometió o no un delito, sobre la base de una tipificación clara y expresa de las conductas que los configuran. En cambio aquí sí violó un régimen que en mi sentir no está regulado por el legislador.

13. Desde luego, no puede dejarse de lado que el momento que vive el país le brinda unos ingredientes anormales y atípicos a esta clase de juzgamientos, porque la opinión pública maneja unos ingredientes de raigambre eminentemente política, que no son ni pueden ser los que apliquemos o tengamos en cuenta los jueces. En este carácter, entonces, nuestra única guía debe ser el Estado de Derecho; y nuestra brújula, la justicia. Y para ello, como ya lo acoté, es indispensable respetar celosamente los derechos al debido proceso y de defensa, pues de eso dependen en buena medida la estabilidad de las instituciones y la tranquilidad de la Patria.

14. Es evidente que el manejo que le han dado los medios de comunicación a estos temas ha generado una sensibilidad muy especial en la opinión pública, que encierra el peligro de que al no presentar aquéllos todas las

características y detalles del conflicto tampoco permiten la formación de un criterio objetivo e imparcial por parte de la comunidad. Sin embargo, esta evidencia no puede afectar la independencia y la autonomía del juez para pronunciar su decisión. Soy consciente de que por esa causa se nos ha estigmatizado a quienes sustentados en nuestra convicción filosófica, jurídica y moral, hemos llegado a la conclusión de que en otros eventos no existen los elementos de toda índole indispensables para decretar la pérdida de investidura del demandado, y que en tal virtud, era menester denegar esa petición, porque así nos señalan nuestra conciencia, el Derecho y la razón. Estoy convencido, además, de que cuando se despeje este ambiente extraño y anómalo se verá con claridad que las decisiones judiciales no pueden estar movidas por el calor del momento, ni por circunstancias coyunturales, sino por el peso y la calidad de las normas jurídicas, su debida interpretación y el sentido sublime de lo que es justo; y entonces brillarán con luz propia lo que significa la independencia del juez y la responsabilidad que al "*decir del derecho*" tiene ante Dios y ante los hombres.

Pero, además, en este caso se da la circunstancia especial de que el Congresista demandado votó negativamente el proyecto de marras, por manera que ni siquiera el amparo de la más exegética de las tesis que se han planteado sobre la materia podría decretársele la pérdida de su investidura.

Con toda atención,

Carlos Arturo Orjuela Góngora.

CONFLICTO DE INTERESES - Reglamentación (aclaración de voto)

El enunciado del artículo 182 de la Carta está apenas en su enunciado programático y le permitirá al legislador hacerlo en el futuro. Mientras no se precisen cuáles son las conductas de ese orden que puedan generar con su violación, el conflicto de intereses, ningún congresista podrá ser sancionado con la pérdida de su investidura. La Ley 5ª de 1992 se quedó en su enunciado general y confundió el régimen de conflicto de intereses con el de impedimentos.

Referencia: Expediente No. 3453. Demandante: Emilio Sánchez Alsina.

Demandado: Tiberio Villarreal R.

Ponente: Doctor Jesús María Carrillo B.

ACLARACION DE VOTO

Doctor: *Carlos Betancur Jaramillo.*

Aclaro mi voto a la sentencia dictada el 22 de los presentes mes y año, en los siguientes términos:

a) Como lo he dicho en múltiples oportunidades, no existe en el ordenamiento jurídico colombiano el conflicto de intereses de orden moral predicable de los congresistas.

El enunciado del artículo 182 de la Carta está apenas en su enunciado programático y le permitirá al legislador hacerlo en el futuro. Mientras no se precisen cuáles son las conductas de ese orden que puedan generar, con su violación, el conflicto de intereses, ningún congresista podrá ser sancionado con la pérdida de su investidura. La Ley 5ª de 1992 se quedó en su enunciado general y confundió el régimen de conflicto de intereses con el de impedimentos.

b) La moral es autónoma, individual. Y es esa la razón para que el juez, por docto y probo que sea, no pueda hacer de su moral una regla general de conducta para juzgar y sancionar a los demás. Recuérdese que en materia de sanciones rige el principio de la legalidad punitiva preexistente y que es ésta una conquista de la humanidad que lleva varios siglos;

c) Los casos de desinvestidura por el intento de aprobar un artículo calificado como "narcomico" han llegado a extremos curiosos, puesto que se escuchan voces que ven el conflicto porque el congresista, particularmente interesado, lo vota afirmativamente; y lo ven también cuando otro, contra sus eventuales intereses, lo vota negativamente.

Si este no es el clásico "palo porque bogas y palo porque no bogas", tendremos que concluir que el dicho no tiene cabida en la vida colombiana ni en la equidad. O será, mejor, que con lonesco estamos de nuevo en el teatro del absurdo?

d) Que el representante *Tiberio Villarreal Ramos*, se debió declarar impedido para votar negativamente y que los que lo querían aprobar también... Vaya! vaya! Entonces ... nadie podía votar ese artículo, ni siquiera para rechazarlo? Quién podía votar esa propuesta? Un Congreso extranjero, acaso?

¿Podrá darse el caso de que en el Congreso, todo el mundo, sin excepción, esté impedido para votar una propuesta, bien porque un sector tenga interés particular y aun indebido en su aprobación, y otro quiera rechazarla?

Si la respuesta es afirmativa, como lo consideran algunos colegas, el Congreso habrá que cerrarlo porque ni siquiera podrá actuar en defensa de los intereses generales; y como en el cuento clásico tanto los malos como los buenos irán al infierno desnudos o mejor "desinvestidos".

e) Esta aclaración obedece más a lo que se discutió y oyó durante el debate que a lo que sostiene la sentencia, la que comparto en todo lo fundamental.

Atentamente,

Carlos Betancur Jaramillo.

PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONGRESISTA - Causal / **REGIMEN DE CONFLICTO DE INTERESES** - Violación / **IMPEDIMENTO** -Declaración (aclaración de voto)

Considero que la configuración o no de la causal de pérdida de investidura consistente en la violación del régimen de conflicto de intereses no depende necesariamente de un acto aislado del congresista sino del análisis de su conducta global frente al proyecto respecto del cual existe el conflicto de interés. El congresista estaba en la obligación de declararse impedido por existir de por medio un conflicto de intereses, independientemente del cual pensara que sería el sentido de su voto. Si no lo hizo, cometió una irregularidad (la de no declararse impedido cuando debía hacerlo), la cual, no obstante, en las circunstancias concretas no configura la violación del régimen de conflicto de intereses, al no darle a su participación o voto el sentido de favorecer su situación personal, sino precisamente la contraria, consistente en votar negativamente el proyecto.

Santafé de Bogotá D.C., vientisiete (27) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: *Doctor Jesús María Carrillo Ballesteros.*

Referencia: Expediente No. AC-3453. Actor: Emilio Sánchez Alsina.

ACLARACION DE VOTO

La aclaración de voto del suscrito Consejero se fundamenta en que comparto la decisión adoptada pero considero necesario hacer las siguientes precisiones:

1. Como marco general de mi posición sobre el tema me remito a las consideraciones sobre "la pérdida de investidura y conflicto de intereses", que me permite incluir en la ponencia de fallo presentada dentro del

expediente AC-3304, actor *Emilio Sánchez Alsina* (solicitud de pérdida de investidura del senador *Alberto Rafael Santofimio Botero)*, la cual no fue aprobada por la mayoría, en los siguientes términos:

*"A. **La pérdida de investidura y el conflicto de intereses.***

*En este punto la Sala reitera los planteamientos generales expresados en la sentencia aprobada el 12 de marzo de 1996, con ponencia del Consejero doctor **Joaquín Barreto Ruíz** (Expediente No. AC-3300, Actor: Emilio Sánchez Alsina, pérdida de investidura del Senador Gustavo Espinosa Jaramillo) en la cual se dijo:*

«a) Su regulación normativa.

»Recuperar el prestigio del Congreso fue uno de los móviles de la reforma constitucional de 1991 y como consecuencia de ello, se regularon algunos mecanismos de control respecto de sus miembros.

»Dentro del marco de la democracia participativa el artículo 40 de la Constitución estableció como derecho de los ciudadanos el de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y como mecanismo específico para tal efecto se consagró la figura de la pérdida de la investidura de sus miembros, a través de la cual se hace efectivo el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses, toda vez que se constituye en la eventual sanción para quien lo desconozca.

»Dicha figura, que había tenido una existencia efímera en la reforma constitucional de 1979, al hacer realidad la participación de los ciudadanos en el control de sus elegidos, constituye pilar fundamental de la soberanía popular, consagrada en el artículo 3° de la Carta de 1991.

»En este sentido, la Comisión Tercera de la Asamblea Nacional Constituyente, al regular la Rama Legislativa del Poder Público, en su Informe-Ponencia para primer debate en la Plenaria de la Asamblea, consideró que:

*'... El régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses quedaría incompleto y sería inane si no se estableciera la condigna sanción. Creyó también en forma unificada la Comisión que dada la alta posición del congresista, la violación de este régimen no podía acarrear sanción inferior a la pérdida de la investidura y así se consagró ...' **Gaceta Constitucional,** número 79 del miércoles 22 de mayo de 1991, página 17.*

»Y en relación, con el conflicto de interés, en la respectiva ponencia se afirma que:

*'5.3. Conflicto de interés: Como quiera que todo ser humano está sujeto a variaciones en su capacidad de juicio imparcial cuando intervienen intereses o compromisos personales que puedan ser afectados por las decisiones a tomar, resulta necesario prevenir que tales intereses o compromisos distorsionen el ánimo imparcial del congresista, quien debe actuar siempre motivo por los más altos intereses del Estado y de la comunidad. Se consideró indispensable dejar la posibilidad de recusaciones si el mismo afectado no declara ante la Corporación sus posibles motivos de conflicto de interés' (**Gaceta Constitucional**, No. 79 del miércoles 22 de mayo de 1991, pág. 16).*

»Los anteriores criterios quedaron plasmados en el articulado propuesto y específicamente en relación con el tema del conflicto de intereses, además de incluir su violación como causal de pérdida de la investidura, junto con la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, se propuso el siguiente texto:

'Los congresistas estarán obligados a poner en conocimiento de la respectiva cámara sus conflictos de interés de carácter moral o económico que los inhiba para decidir sobre asuntos sometidos a su consideración. Si no lo hicieren, cualquier persona podrá recusarlos'.

»Este es el antecedente del actual artículo 182 de nuestra Carta Fundamental, el cual regula la figura del conflicto de intereses, en los siguientes términos:

'Artículo 182. Los congresistas deberán poner en conocimiento de la respectiva cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración. La ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones'.

»De acuerdo con el artículo transcrito, correspondía al legislador expedir la reglamentación relacionada con los conflictos de intereses y las recusaciones, por expreso mandato constitucional; y aunque no fue incluido en algunos de los proyectos iniciales de reglamento del Congreso, luego de diferentes propuestas y discusiones, el legislador expidió la Ley 5ª de 1992 en cuyo Capítulo Undécimo, titulado del Estatuto del Congresista, luego de regular en su Sección Primera, entre otros aspectos, lo atinente a los derechos y deberes de los congresistas, así como en la Sección Segunda las Inhabilidades y en la Tercera las Incompatibilidades, en la Sección Cuarta, conformada por los artículos 286 a 295, se ocupó del Conflicto de Intereses, para regular finalmente, en la Sección Quinta, la Pérdida de Investidura».

»Respecto de dicha Ley 5ª de 1992,que, como se sabe, contiene el Reglamento del Congreso, su Ponente, el entonces Senador Orlando Vásquez Velásquez, afirma:

'11.5 Pérdida de Investidura.

'En la Sección 5ª, Capítulo Undécimo, sobre el Estatuto del Congresista, los artículos 296 a 304 consagran el procedimiento acerca de la pérdida de investidura congresional cuando se presenta alguna causal señalada en el artículo 183 constitucional.

'Las causales diversas de la nueva figura en la vida institucional del país, han sido establecidas como una forma de sanción al congresista cuando no da cumplimiento a los deberes que el cargo popular le impone, o cuando desborda en conductas y comportamientos que merecen el reproche social.

'Son éstas unas causales taxativas dispuestas por la vía constitucional.

'Pero, ¿es suficiente la consagración constitucional para alcanzar el cabal y efectivo cumplimiento de los deberes y prohibiciones por parte de los congresistas?

'En ausencia de legislación que desarrolle éstos preceptos, con una clara definición y procedimiento de aplicación, la conclusión es terminante son letra muerta que constituyen una normativa sin eficacia.

'Esta reglamentación pretende precisamente alcanzar, así sea sin la dimensión deseable, regular la institución.*Veamos:*

'Son, en realidad, siete (7) causales de pérdida de investidura congresal que exigen pronunciamiento de diversa naturaleza según la causal de que se trate. Son ellas:

'a) Violación del régimen de inhabilidades;

'b) Violación del régimen de incompatibilidades;

'c) Violación del régimen de conflicto de interés;

'd) Indebida destinación de dineros públicos;

'e) Tráfico de influencias debidamente comprobadas;

'f) Inasistencia, en un mismo período de sesiones, a seis (6) reuniones plenarias en las que se voten proyectos de acto legislativo y de ley o mociones de censura;

'g) No tomar posesión del cargo dentro de los ocho (8) días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse.

'El Consejo de Estado, dispone el artículo 184 de la Carta, 'de acuerdo con la ley y en un término no mayor de veinte días hábiles, contados a partir de la fecha de la solicitud formulada por la Mesa Directiva de la Cámara correspondiente o por cualquier ciudadano', debe proceder a decretar la pérdida de la investidura'.

'Estas especiales estimaciones de orden constitucional hacen imperativa la adopción de dos cuerpos legales que brinden la garantía del derecho de defensa suficiente a quienes eventualmente se encuentren incursos en alguna de estas cusales: ***una ley orgánica, de carácter reglamentario*** *como la que se examina; y una ley statutaria, referida a un aspecto de la Administración de Justicia que adscriba la competencia para el procedimiento aplicable (artículos 151 y 152, ordinal 3,C.N).*

'El primer aspecto se desarrolla en la presente ley dentro de un marco de amplias y seguras garantías constitucionales para el congresista. *Y el segundo, debe ser materia de debate en el curso de los próximos meses en el Congreso de la República" (Se destaca) (****Reglamento del Congreso****, Constitución Política y otras normas referentes a la Rama Legislativa, Senado de la República. Santafé de Bogotá, D.C, 1992, págs. LIII, LIV, LV).*

»Los artículos 286 a 295 de dicha ley dispusieron textualmente:

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

*'****Artículo 287. Registro de intereses privados.*** *En cada una de las Cámaras se llevará un libro de registro de intereses privados en el cual los congresistas consignarán la información solicitada con su actividad privada. En ella se incluirá la participación en sociedades anónimas o de responsabilidad limitada y similares, o en cualquier organización o actividad privada económica o sin ánimo de lucro de la cual haga parte, en el país o fuera de él.*

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

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

*'**Artículo 290. Modificación del Registro.** El cambio que se produzca en la situación de intereses privados de los congresistas, deberá inscribirse en el registro dentro de los treinta (30) días siguientes a la protocolización del cambio.*

*'**Artículo 291. Declaración de impedimento.** Todo senador o representante solicitará ser declarado impedido para conocer y participar sobre determinado proyecto o decisión trascedental, al observar un conflicto de interés.*

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

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

'La excusa así autorizada se entenderá válida para los efectos del parágrafo del artículo 183 constitucional, al asistir a la sesión el congresista.

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

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

'La decisión será de obligatorio cumplimiento.

*'**Artículo 295.** Efectos de la recusación. Similar al del impedimento en el artículo 293'.*

*»Posteriormente la Ley 144 de 1994 **'por la cual se establece el procedimiento de pérdida de investidura de los congresistas'**, en su artículo16, estableció que los congresistas que durante el año inmediatamente anterior a su elección hubieren prestado sus servicios remunerados a gremios o personas de derecho privado sobre cuyos intereses o negocios incidan actos que se encuentren al estudio del Congreso, tienen la obligación de comunicarlo por escrito a la Mesa*

Directiva para que decida si ellos deben abstenerse de participar en el trámite y votación de dichos actos. Este artículo 16 consagra el trámite que debe cumplirse cuando el conflicto de intereses se refiere al caso concreto allí previsto y se constituye entonces, en complemento de la legislación contenida sobre el tema en la misma Constitución (artículo 182) y en la ley (Ley 5ª de 1992), artículo aquél que fue declarado ajustado a la Constitución mediante Sentencia C-247 de 1995 de la Corte Constitucional.

»b) Antecedentes jurisprudenciales.

»Desde su consagración constitucional el Consejo de Estado ha decidico ocho solicitudes de pérdida de investidura de miembros del Congreso Nacional, en las cuales se ha invocado como causal la violación al régimen de conflictos de intereses. Son ellas:

»Sentencia del 1° de diciembre de 1993, expediente AC-632, Consejero Ponente doctor ***Miguel Viana Patiño.*** *Se precisó que el no registro de los intereses privados en el libro respectivo a que se refiere la Ley 5ª de 1992, no constituye violación al régimen de conflicto de intereses. La solicitud prosperó por violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Algunos consejeros salvaron el voto y otros lo aclararon.*

"Sentencia del 20 de enero de 1994, expediente AC-796, Consejero Ponente doctor ***Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*** *Se precisaron como normas aplicables al conflicto de interés los artículos 182 y 183 de la Constitución Nacional y 286 y siguientes de la Ley 5ª de 1992. Con salvamento de voto de los doctores Miren de la Lombana de Magyaroff, Daniel Suárez Hernández y Julio César Uribe Acosta. Y aclaración de voto de los doctores Carlos Betancur Jaramillo, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Orjuela Góngora y Consuelo Sarria Olcos.*

"Sentencia del 24 de marzo de 1994, expediente AC-1276, Consejero Ponente doctor ***Jaime Abella Zárate.*** *Allí textualmente se dijo:*

'En primer término se refiere la Sala a algunas de las apreciaciones del señor Procurador Tercero Delegado y de la parte impugnante, para expresar que no acoge la tesis de la inhibición en el juzgamiento de los casos de pérdida de investidura por la causal de 'conflicto de intereses' por falta de ley que la desarrolle según previsión del artículo 182 de la Constitución.

'El solo artículo 182 al cual estaban sujetos los congresistas a partir de la vigencia de la nueva Constitución indica la necesidad de comunicar

a la respectiva Cámara, para que ésta decida las situaciones de carácter económico de índole particular que por oponerse a no acomodarse al 'bien común' al cual deben ajustar su actuación según el artículo 133, los inhibe para participar en el asunto sometido a su consideración. A falta de ley reglamentaria la disposición constitucional podía tener cumplimiento con la simple expresión o manifestación del consegrista para que la Cámara evaluara la situación y decidiera lo pertinente.

'Y el Consejo de Estado para desarrollar su función juzgadora puede apelar en su auxilio a los criterios de la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina, tal como lo autoriza el artículo 230 de la Carta'.

»Esta providencia tuvo salvamento de voto de la doctora Miren de la Lombana de Magyaroff.

»Sentencia del 26 de julio de 1994, expediente AC-1499, Consejero Ponente doctor ***Delio Gómez Leyva****. Se aplicó el artículo 182 de la Constitución Nacional y se consideró la Ley 5ª de 1992 como el desarrollo legislativo del mismo. Con aclaración de voto del doctor Julio César Uribe Acosta y sin salvamentos de voto.*

»Sentencia de 4 de agosto de 1994, expediente AC-1433, Consejero Ponente doctor ***Diego Younes Moreno****. Reitera expresamente la tesis sostenida en la sentencia ya mencionada del 24 de marzo de 1994, expediente AC-1726 y se precisa el concepto de interés directo. Con aclaración de voto de los doctores Julio César Uribe Acosta y Joaquín Barreto Ruiz, estando ausentes los doctores Miguel González Rodríguez, Carlos Betancur Jaramillo, Miren de la Lombana de Magyaroff y Dolly Pedraza de Arenas.*

»Sentencia del 23 de agosto de 1994, expediente AC-1675, Consejero Ponente doctor ***Ernesto Rafael Ariza Muñoz****. Se fundamenta en los artículos 182 y 183 de la Constitución y en la Ley 5ª de 1992 '...que reglamentó lo relativo al conflicto de intereses' y transcribe su artículo 286. Con aclaración de voto del doctor Julio César Uribe Acosta.*

»Sentencia del 9 de septiembre de 1994, expediente AC-1233, Consejero Ponente doctor Yesid Rojas Serrano. Allí se dijo textualmente:

'Tampoco la Sala, haciendo uso de su poder de interpretación de la demanda-solicitud, encuentra cuál fue la conducta observada por los senadores demandados constitutiva de quebrantamiento al régimen de conflicto de intereses, al cual se refieren los artículos 182 de la Carta Política, 276 (sic) de la Ley 5ª de 1992 y 16 de la Ley 144 de 1994'.

»Sentencia del 6 de febrero de 1996, expediente AC-3214, Consejera Ponente doctora ***Miren de la Lombana de Magyaroff****. Se decidió con fundamento del artículo 16 de la Ley 144 de 1994.*

»La anterior relación permite precisar cómo, la tesis mayoritaria, reiteradamente sostenida por la Corporación, explícita o implícitamente, ha sido la de considerar que el régimen de conflicto de intereses se encuentra regulado en los artículos 182 y 183 de la Constitución, 286 y siguientes de la Ley 5ª de 1992 y 16 de la Ley 144 de 1994.

»c) Precisiones de la Sala.

»De manera pues que la Sala reitera su entendimiento acerca del conflicto de intereses, sobre el cual considera oportuno hacer las siguientes precisiones:

*»**Primera**. Se trata, en el caso de los congresistas, de una institución de raigambre constitucional, como que está establecida en el artículo 182 de la Carta, cuyos desarrollos legislativos, en cuanto a las razones que lo determinan, el procedimiento para su declaración, bajo la forma de impedimento o de la recusación aparecen regulados, como se dijo, en los artículos 286 y siguientes de la Ley 5ª de 1992 y en la Ley 144 de 1994, artículo 16.*

*»**Segunda**. El impedimento para que el congresista actúe se presenta por razones ya de índole moral, ya de índole económica, tal como lo define, en primer término, el artículo 182 constitucional y en desarrollo de éste, el artículo 286 de la Ley 5ª de 1992, en cuanto expresa que él se presenta 'cuando exista interés directo en la decisión porque lo afecte de alguna manera'.*

»Tanto la jurisprudencia del Consejo de Estado, como la doctrina, la expresión del derecho positivo y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia muestran que el conflicto de interés, independientemente del tipo de razón en que se origine (económica, moral, intelectual, etc.), en cuanto prive al juez, o al funcionario, en este caso al legislador, de la imparcialidad necesaria para la adopción de la decisión de que se trate, el impedimento debe ser declarado y cuando ello no suceda, debe ser puesto de manifiesto mediante el expediente de la recusación.

»Así las cosas, entiende la Sala que el impedimento y la recusación son los instrumentos idóneos que nuestro ordenamiento jurídico ha establecido para hacer efectiva la condición de imparcialidad del juez o del funcionario en el proceso de toma de decisiones.

»Estima la Sala, y con ello no se está sentando una tesis de última hora, que no es necesario ni conveniente que exista una tabla legal de conductas éticas, que supongan una adecuación típica, para efectos de poder juzgar acerca de la presencia de un conflicto de interés por razones de orden

moral. Basta la consagración genérica tal como se formula en el artículo 182 de la Constitución o como se plantea en el 286 de la Ley 5ª o como se estructura en la causal primera de impedimento consagrada en el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil.

»Sobre lo anterior ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

'La Sala considera, sin necesidad de acudir a elaboradas disquisiciones, que fue acertada la decisión tomada por los Magistrados Sánchez y Velásquez, pues es evidente que existe por parte de los impedidos un interés que bien puede calificarse de intelectual, como que es consustancial a los seres humanos el deseo por que las obras producto de su ingenio trasciendan en el tiempo y en el espacio sin mayores contratiempos o escollos insalvables.

'Procede entonces la causal invocada por unos de los impedidos toda vez que estando demostrado en los autos que los Magistrados sí fungieron en alguna medida como coautores en la redacción del Estatuto Aduanero que hoy está en vigor, no puede desconocerse que a quienes participaron en esa labor sí debe interesarles la suerte que corran las intituciones jurídicas que contribuyen a crear.

'Así, pues, no es sólo el interés estrictamente personal o el beneficio económico los fenómenos que el legislador ha creído prudente elevar a la entidad de causales de impedimento, sino que dentro del amplio concepto del interés en el proceso a que se refiere el numeral 1° del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, debe entenderse también la utilidad o el menoscabo de índole moral o intelectual que puede derivarse de la decisión correspondiente[1]'.

»Por lo anterior, no es admisible para la Sala el argumento de que en el estado actual de la legislación sólo es posible hablar de conflicto de interés respecto a los congresistas, cuando éste tiene connotación económica.

*»**Tercera**. Tampoco es admisible el argumento de que sólo en la medida en que el legislador tipifique unas prohibiciones precisas de carácter ético podría deducirse impedimento moral. Esto último equivaldría a aceptar que en materia de conflicto de interés de los congresistas impera la ética de que todo está permitido.*

»No hay razón para afirmar que por no haber sido establecido por el legislador un catálogo o listado de todas las conductas que ppuedan dar lugar a que se tipifique el conflicto de intereses de índole moral, ello se traduzca en la imposibilidad de aplicarlo. Pues lo cierto es, que:

»a) La Carta exige que los congresistas pongan en conocimiento de la respectiva cámara 'las situaciones de orden moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración'.

»b) El artículo 286 de la Ley 5ª les exige que se declaren impedidos cuando exista 'interés directo en la decisión porque los afecte de alguna manera' a ellos o a sus más próximos familiares o a sus socios.

»c) Se encuentra prevista la autoridad encargada de estudiar y pronunciarse sobre la procedencia del impedimento o de la recusación en caso de que aquél no sea manifestado espontáneamente.

»d) Existe un procedimiento para darle curso de las solicitudes de desinvestidura, contenido básicamente en la Ley 144 de 1994.

»e) Con excepción de los anexos de la solicitud, la Ley 144 de 1994 no regula lo concerniente al régimen probatorio. Tampoco lo hace la Ley 5ª de 1992.

»Así, el asunto queda gobernado por el Título XXI del C.C.A., entre cuyos mandatos está el artículo 168 ***ibidem*** *a cuyas voces, en los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de ese código, las del procedimiento civil, en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración.*

»En consecuencia, al régimen probatorio es el contenido en el Título XXI del C.C.A. y el Título XIII del C. de P.C.

»f) Existe un juez encargado de fallar los procesos de desinvestidura, cual es el Consejo de Estado, por disposición de estirpe constitucional.

»Todo lo anterior constituye, a no dudarlo, el régimen del conflicto de intereses que echan de menos el distinguido colaborador fiscal y el señor apoderado del demandado, que los lleva a sostener la inaplicación del conflicto de interés originado en asuntos de índole moral.

*»**Cuarta**. El conflicto de interés surge o se presenta cuando según la ley 'exista interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera (al congresista),o a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o a algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o a sus socios de derecho o de hecho'. Se trata, evidentemente, de una razón subjetiva que torna parcial al funcionario y que lo inhabilita para aproximarse al proceso de toma de decisiones con la ecuanimidad, la ponderación y el desinterés que la norma moral y la norma legal exigen.*

»Desde esta perspectiva, el conflicto de intereses es automático y su declaración es imperativa, kantianamente hablando.

»La presencia del conflicto de intereses no es en sí misma censurable. Por lo general los hombres están expuestos a soportar y a resolver en

sus relaciones familiares, sociales y políticas, conflictos de intereses de las más variadas características. Lo que es censurable y lo que determina un tratamiento legal, es la forma como el individuo resuelve el conflicto de intereses que se le presenta frente a una situación concreta. El individuo puede, en efecto, hacer un pacto de paz con su conciencia y admitir la resolución del conflicto aceptando, por ejemplo, que lo que es bueno para el todo lo es también para la parte, aún así no tome una posición determinante en la adopción de la decisión que le favorece; pero puede también advertir, y es su obligación moral y legal hacerlo, que participar en la adopción de la decisión correspondiente, cuando de ella derivaría un beneficio personal particularizado, no sólo contraría normas morales (en cualquier sistema ético) sino que vulneraría disposiciones del derecho positivo (como las que aquí se han citado).

»Por ello, para evitar que se dé una participación viciada de parcialidad en el proceso de toma de decisiones (judiciales, legislativas, administrativas, etc.), el ordenamiento positivo establece un mecanismo de una gran racionalidad y de una impresionante sencillez: El juez, el legislador, el administrador que debiendo participar en la adopción de una determinada decisión, ya sea mediante sentencia, ley, decreto, acto administrativo, etc., si encuentra que su adopción es susceptible de generarle un beneficio particular específico, debe ser separado de dicho proceso, bien en forma voluntaria porque advertido el conflicto, lo haga manifiesto mediante la declaratoria del impedimento, ora por iniciativa de terceras personas, utilizando el mecanismo de la recusación.

»De cualquier forma, cuando la separación no se haga en forma voluntaria, por vía de la declaración de impedimento, se prevén sanciones de diversa índole para aquellos que fueron recusados y la recusación resultó válida y para quienes participaron en la adopción de la decisión cuando existía el impedimento a que se viene refiriendo la Sala.

»Respecto de los miembros del Congreso, tanto la norma constitucional como la legal son claras en definir que quién esté incurso en el conflicto de intereses se encuentra inhibido para participar en la decisión y 'deberá declararse impedido de participar en los debates o votaciones respectivas'.

»Como consecuencia por el hecho de no respetar lo normado constitucional y legalmente sobre conflicto de intereses, la Carta de 1991 consagra para ellos la sanción de pérdida de su investidura.

*»**Quinta**. La sanción de pérdida de la investidura prevista en el artículo 183 de la Constitución, cuando se origine en la causal de violación del régimen de conflicto de intereses, tendría lugar cuando quiera que el congresista haya participado 'en los debates o votaciones respectivas'*

sin haber manifestado el impedimento que hacía exigible una conducta de abstención, de separación del debate, según lo que previenen los artículos 182 de la Constitución y 286 de la Ley 5ª de 1992»".

A las precisiones anteriores puede agregarse la de que tratándose de interés por razón de una implicación penal, no es necesario que exista formalmente un proceso en curso, toda vez que si bien es cierto que procesalmente en materia penal puede afirmarse que el inculpado no se halla técnicamente vinculado al proceso mientras no sea oído en inadagatoria, para efectos de establecer si se desconoció el régimen de conflicto de intereses, lo que se debe establecer es si el congresista que participó en la discusión del proyecto de ley o lo votó, sabía que con ello podría resultar beneficiado en relación y con hechos a los cuales se encuentra vinculado y que son objeto o pueden a ser objeto de una investigación penal en su contra.

También agrega la Sala que las mismas precisiones llevan a concluir que, basándose la violación del régimen de conflicto de intereses en el incumplimiento de la obligación de declararse impedido el congresista, cuando se daban circunstancias que lo obligan a ello por tener interés directo en el tema objeto del proyecto de ley, para la tipificación del conflicto de intereses es indiferente que el proyecto se convierta o no finalmente en ley, es decir, que no tiene votaciones, así como tampoco es relevante si el proyecto es considerado o no ajustado a las normas superiores, pues lo que la Constitución busca es que el congresista que tenga interés directo en el tema se abstenga de participar en los debates y votaciones que tengan que ver con el mismo.

Las precisiones anteriores permiten desde ahora desechar en el presente caso los siguientes argumentos generales de la defensa y del Ministerio Público:

a) Que no existe regulación legal del régimen de conflicto de intereses;

b) Que las normas constitucionales y legales existentes regulan únicamente los conflictos de intereses económicos pero no los de orden moral;

c) Que el voto del Senador demandado fue inane porque desde el punto de vista de la mayoría necesaria para la aprobación del proyecto finalmente no se convirtió en ley;

d) Que el proyecto cuestionado está de acuerdo con la Constitución y la jurisprudencia, pues quienes lo aprobaron sólo quisieron darle rango legal a una jurisprudencia de la Corte Constitucional.

2. En el caso de autos, la sentencia adoptada se fundamenta esencialmente en el hecho de que el Congresista demandado votó negativamente el proyecto de artículo nuevo, conocido como el narcomico, y que según la demanda daría lugar a la configuración de la causal de pérdida de investidura por violación del régimen de conflicto de intereses. Comparto, en principio,

esa posición, pero dejando en claro que es argumento no puede ser absoluto. En efecto, a título de ejemplo, podría darse el caso de que el congresista votara negativamente un proyecto que por favorecerle de manera personal y directa implicara para él un conflicto de intereses, pero lo hiciera simplemente para evitar la consecuencia de la pérdida de la investidura, después de haberlo presentado, promovido, apoyado en los debates, o desarrollado cualquier otra conducta que implicrara la violación del citado régimen de conflicto de intereses. Por lo anterior, durante el debate solicité expresamente al señor Consejero Ponente, que confirmara a la Sala que no existía prueba alguna que permitiera deducir que el señor Representante de la Cámara *Tiberio Villarreal Ramos* hubiera adoptado alguna conducta en ese sentido. Ante la ratificación por parte del señor Consejero Ponente, decidí mi voto afirmativo a la ponencia. Es decir, considero que la configuración o no de la pérdida de investidura consistente en la violación del régimen de conflicto de intereses no depende necesariamente de un acto aislado del congresista sino del análisis de su conducta global frente al proyecto respecto del cual existe el conflicto de interés.

3.- También considero necesario aclarar que en casos como el presente no se trata propiamente de que no existe conflicto de intereses, sino que, existiendo ese conflicto, el representante a la Cámara lo resolvió en el sentido de no aprobar, ni promover, ni participar en el debate del proyecto que podría favorecerlo, con lo cual evitó que se configurara la violación del régimen de ese conflicto. En efecto, considero, como en otros casos similares referentes al artículo que dio lugar a ésta y a otras solicitudes de pérdida de investidura que en realidad es que por múltiples antecedentes y circunstancias, que debieron ser objeto de prueba, los congresistas investigados sabían que el artículo controvertido los favorecería en relación con los hechos que eran objeto de investigación, así estos medios no se hubieran aún calificado formalmente desde el punto de vista penal. Si ello era así, el congresista estaba en la obligación de declararse impedido por existir de por medio un conflicto de intereses, independientemente de cuál pensara que sería el sentido de su voto. Si no lo hizo, cometió una irregularidad (la de no declararse impedido cuando debía hacerlo), la cual, no obstante, en las circunstancias concretas no configura la violación del régimen de conflicto de intereses, al no darle a su participación o voto el sentido de favorecer su situación personal, sino precisamente la contraria, consistente en votar negativamente el proyecto.

Con todo respeto,

Libardo Rodríguez Rodríguez.

Santafé de Bogotá, D.C., veintiuno de junio de mil novecientos noventa y seis.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Causal / **IMPEDIMENTO** - Declaración (aclaración de voto)

Se considera que en un senador de la República o un representante a la Cámara incurre en conflicto de intereses, entre otras circunstancias, cuando aparece demostrado que el congresista, aunque está enterado de que se encuentra en una situación que puede ser favorecida mediante una decisión posterior que pueda tomar o contribuir a tomar y a pesar de dicho conocimiento no pone de manifiesto tal circunstancia para abstenerse de participár en la decisión, sino que participa en ella.

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

Referencia: Expediente No. AC-3453. Actor: Emilio Sánchez Alsina.

SALVAMENTO DE VOTO

Doctora: *Miren de la Lombana de Magyaroff.*

Con el mayor respeto me permito aclarar el voto favorable a la providencia que antecede por cuanto auqnue comparto la decisión, considero que el punto de partida de la fundamentación debe ser diferente, por las siguientes razones:

El marco teórico de la figura es el siguiente:

a. La figura, que aparece establecida en la Constitución Nacional vigente, como causal de pérdida de investidura, está desarrollada por la ley;

b. Se considera que un senador de la República o un representante a la Cámara incurre en conflicto de intereses, entre otras circunstancias, cuando aparece demostrado que en el congresista, aunque está enterado de que se encuentra en una situación que puede ser favorecida mediante

una decisión posterior que pueda tomar o contribuir a tomar y a pesar de dicho conocimiento no pone de manifiesto tal circunstancia para abstenerse de participar en la decisión sino que participa en ella.

c. Lo anterior sin importar la naturaleza de la situación previa, ni si la participación del congresista en la determinación que se adopte posteriormente no resulta decisiva o si el resultado de la votación es, finalmente, contrario a sus intereses.

En tales condiciones, el primer aspecto que se debe examinar y el que constituye el fundamento de la decisión es la definición de si está probado que el congresista estaba enterado, para el caso concreto, de que se le seguía una investigación por los hechos sobre los cuales debía pronunciarse. Las demás conductas se analizan para establecer en qué medida influyen en la anterior.

Sobre las anteriores premisas, estoy de acuerdo con la valoración probatoria hecha para arribar a la decisión que aclaro, porque considero que en este caso particular, no aparece demostrado que el demandado sí tuviera conocimiento previo al momento de la votación de que estaba siendo investigado por unos hechos, cuya apreciación podía ser modificada por la decisión sometida a su consideración por lo que podía participar en ella.

Adicionalmente se observa, como lo señala la providencia, como fundamento de la decisión, que el Senador no participó para proponer o defender el artículo cuestionado y, a más de lo anterior lo votó negativamente, con lo cual queda totalmente probado que no hubo conflicto de intereses, por las razones que se indican en la demanda y por lo mismo no era del caso decretar la périda de investidura.

De los señores consejeros con todo respeto,

Miren de la Lombana de Magyaroff.

Fecha *ut supra.*

PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONGRESISTA - Improcedencia / **CONFLICTO DE INTERESES** - Inexistencia

Pero en la medida en que su intervención en la votación fue, como está comprobando en el expediente, en sentido negativo y, por lo tanto, en contra de sus intereses y de su beneficio personal, no se configuró la causal de pérdida de su investidura y por ello hizo bien la Sala en mantenérsela.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Santafé de Bogotá D.C., vientisiete (27) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: *Doctor Jesús María Carrillo Ballesteros.*

Referencia: Expediente No. AC-3453. Actor: Emilio Sánchez Alsina.

ACLARACION DE VOTO

Doctora: *Consuelo Sarria Olcos.*

Aunque comparto la decisión mayoritaria según la cual se mantuvo la investidura del Senador *Tiberio Villarreal Ramos*, no estoy de acuerdo en la parte motiva de dicha providencia y esa es la razón de mi aclaración de voto.

A mi juicio y de conformidad con las pruebas allegadas al expediente, el senador *Tiberio Villarreal Ramos*, sí tuvo un conflicto de intereses, tal como lo establece la misma providencia de la cual me aparto.

En efecto, cuando en la Corte Suprema de Justicia se adelantaban diligencias preliminares en su contra, de las cuales tenía conocimiento y respecto de ellas, el día 7 de julio de 1995 el senador ofreció rendir versión libre, intervino en la votación de una ley y, concretamente, de un artículo

que tenía incidencia en dicha investigación, cuando de conformidad con el artículo 182 de la Constitución Nacional y los artículos 286 y siguientes de la Ley 5ª de 1992 ha debido poner en conocimiento de la respectiva Cámara dicha situación y declararse impedido, y no lo hizo.

Pero en la medida en que su intervención en la votación fue, como está comprobando en el expediente, en sentido negativo y por lo tanto, en contra de sus intereses y de su beneficio personal, no se configuró la causal de pérdida de su investidura y por ello hizo bien la Sala en mantenérsela.

Con todo respeto,

Consuelo Sarria Olcos.

Fecha *ut supra.*

CONGRESO DE LA REPUBLICA -Representación política / **CONGRESO DE LA REPUBLICA** - Funciones / **PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONGRESISTA** - Conflicto de intereses / **PERDIDA DE LA INVESTIDURA** - Causales / **REGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES** - Regulación / **REGIMEN DE CONFLICTO DE INTERESES** - Regulación (aclaración de voto)

El Congreso, elegido por votación directa y compuesto de dos cámaras, ostenta en el ámbito nacional la representación popular, de conformidad con el artículo 133 de la Carta Política. Le corresponden varias funciones derivadas de esa condición, establecidas en los artículos 114 y 1° de la Constitución Política, a saber: 1° Reformar la Constitución. 2° Hacer las leyes. 3° Ejercer control político sobre el Gobierno y la administración. 4° Orientar el proceso económico y crear condiciones para lograr el desarrollo de la comunidad, como meta esencial del Estado Social de Derecho. Los congresistas tienen las siguientes limitaciones: 1. *El orden interno.* Los senadores y representantes están sometidos a la autoridad de las respectivas corporaciones. Según el reglamento pueden ser llamados al orden, soportar restricciones en el uso de la palabra y ser sancionados disciplinariamente. 2. *La incompatibilidad.* Es la imposibilidad legal del congresista para desempeñar tareas diferentes de las que corresponden a su función, la cual debe inspirarse en el bien común (artículos 180 de la C.P., 281, 282 de la Ley 5ª). 3. Las prohibiciones. Les está prohibido, como a todos aquellos que desempeñen funciones públicas, hacer contribuciones a los partidos, movimientos o candidatos o inducir a otros a que lo hagan, según el artículo 110 de la Constitución Política. 4. *Impedimento y conflicto de intereses.* Excepcionalmente deben abstenerse de participar en las funciones del Congreso o de la Cámara a que pertenecen, si se encuentran frente a una causal de impedimento o de conflicto de intereses. Los procedimientos están señalados en los artículos 268 y 286 Ley 5ª de 1992. En el derecho constitucional contemporáneo se han introducido mecanismos de control a la representación, por ejemplo, en la Consti-

tución vigente se prevé la pérdida de investidura para senadores, representantes, diputados y concejales; y, en lo —pertinente a los agentes administrativos de elección popular, por constituir un mandato distinto de la figura de la representación— se consagra la revocatoria, para gobernadores y alcaldes, con la finalidad de moralizar y legitimar la representación popular. La Constitución Política de Colombia, ante la suma gravedad del resultado de la pérdida de investidura, señaló causales de jerarquía constitucional y juez adecuados a la materia en los artículos 183 y 184. En el artículo 183-1 estableció dos: a) La violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades. b) Violación del régimen de conflicto de intereses. La primera fue determinada de manera expresa por la Constitución (artículos 179 y 180 y la ley) y la segunda, se le definió al legislador para que señalara su régimen. Por interés público se entiende la manifestación del valor público que tienen ciertas cosas o la expresión de aquéllo que interesa al público. El primer concepto es objetivo, porque el interés público se predica de ciertos bienes o elementos. El segundo es subjetivo, porque significa aquello que interesa a una pluralidad de personas. En otro sentido, por interés privado puede entenderse el valor particular de ciertas cosas o la expresión de aquello que atrae a unos pocos. Cuando el constituyente habla de "régimen de inhabilidades e incompatibilidades" y de "régimen de conflicto de intereses" está imponiendo limitaciones a los derechos fundamentales y libertades públicas de que gozan los congresistas como miembros de la sociedad política. Estas limitaciones que constituyen excepciones a su esfera de libertad jurídica, vale decir, a su capacidad, necesariamente tiene que ser regulada íntegramente por la ley, para su correcta interpretación que de suyo es restrictiva. El conflicto de intereses de los artículos 182 y 183 tiene relación con la ausencia de competencia subjetiva, que es la capacidad o aptitud para proceder de manera imparcial. Los congresistas deben tenerla para actuar "consultando la justicia y el bien común" (artículo 133 de la C.P.), esto es, prescindiendo o poniendo en segundo orden los intereses personales o privados. Recurrir al conflicto de intereses para decretar la pérdida de investidura de un congresista, sin que el legislador hubiera definido el régimen correspondiente, significa abrir una gama de eventualidades y de abstracciones en las cuales cabría cualquier diferencia de criterio.

Referencia: Expediente No. AC-3453. Actor: Emilio Sánchez Alsina.

ACLARACION DE VOTO

Doctores: *Daniel Suárez Hernández* y *Juan de Dios Montes Hernández.*

Los suscritos manifestamos compartir la decisión adoptada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en el sentido de no despojar de la Investidura de Congresista al representante a la Cámara *Tiberio Villarreal Ramos*, porque la ley no ha previsto el régimen de conflicto de intereses y, en segundo término, en caso de que las disposiciones que analizaremos a continuación lo constituyen, los hechos que el demandante le atribuye no indican violación del mismo.

Nuestro disentimiento con la parte motiva de la sentencia se explica de este modo:

a. La Figura de la Representación y el Congreso.

El Estado constitucional moderno se ha organizado sobre los fundamentos de la democracia representativa; entre nosotros, desde los orígenes de la República, se la consagró, con limitaciones tales como el voto censitario. Su universalidad apenas se alcanza en 1957.

Pero es importante resaltar que desde un principio se hizo énfasis en la exclusividad de la representación y la vocería popular en el órgano de elección popular, excluyendo intervenciones paralelas.

Este mismo instituto se recoge en la actual Constitución en los artículos 133 y 238, en estos términos:

"Los miembros de los cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común".

El voto es un derecho y un deber ciudadano".

En Colombia adoptamos la figura de la representación política, aunque sin contar con las experiencias que le precedieron en otras latitudes (Europa y Estados Unidos), y la participación del ciudadano en la conformación, ejercicio y control del poder.

El Congreso, elegido por votación directa y compuesto de dos cámaras, ostenta en el ámbito nacional la representación popular de conformidad con el artículo 133 de la Carta Política.

Le corresponden varias funciones derivadas de esa condición, establecidos en los artículos 114 y 1° de la Constitución Política, a saber:

1. Reformar la Constitución.

2. Hacer las leyes.

3. Ejercer control político sobre el Gobierno y la administración.

4. Orientar el proceso económico y crear condiciones para lograr el desarrollo de la comunidad, como meta esencial del Estado Social de Derecho.

b. Estatuto del Congresista.

Los congresistas, en relación en estas materias, no solamente pueden actuar, sino que tiene el poder-deber, la función constitucional de hacerlo "consultando la justicia y el bien común".

Gozan de los derechos fundamentales que la Constitución Política prevé para todos los integrantes de la comunidad, de los derechos que emanan de la ciudadanía como elegir, tomar parte en plebiscitos, referendos, consultas populares, tener iniciativa en las Corporaciones públicas.

Y, como congresistas, de algunos privilegios como el señalada el artículo 185 de la Carta, así:

> *"Los congresistas serán inviolables por las opiniones y los votos que emitan en el ejercicio del cargo, sin perjuicio de las normas disciplinarias contenidas en el respectivo reglamento".*

En una democracia representativa la inviolabilidad por las opiniones y votos que emitan los congresistas es consecuencia de los principios que la integran. Le es connatural. No puede ser de otro modo, para que el Congreso actúe con independencia sus integrantes también deben tenerla.

Constituye un derecho que, entre otras razones, se explica por la necesidad de preservar la institución. El Congreso no estaría en condiciones de desarrollar las funciones que le son las propias, si el ejecutivo estuviera autorizado para obstaculizar el examen de las situaciones sometidas a su conocimiento o a los jueces para reprimirlo.

Tampoco tendría sentido la separación de poderse, a pesar de constituir elemento esencial del Estado de Derecho, porque el Congreso se confundiría o permanecería subyugado a los demás.

Todas las constituciones políticas del mundo actual reconocen la inviolabilidad de los miembros de las cámaras legislativas, en virtud de que representan a la nación soberana y, al amparo de esta investidura, cumplen actividades de suma importancia, como las reseñadas en el acápite anterior.

En la Constitución de 1886 eran los fundamentos de los artículos 106 y 107, lo mismo que en las constituciones del siglo pasado, tanto del régi-

men federal como de la organización unitaria. En este punto, pues, ha habido una tradición institucional sin solución de continuidad.

Sin embargo, la inviolabilidad y las otras libertades y derechos no deben exceder lo estrictamente necesario. No son absolutos sino relativos; y, por esto, los congresistas tienen las siguientes limitaciones:

1. *El orden interno.* Los senadores y representantes están sometidos a la autoridad de las respectivas corporaciones. Según el reglamento pueden ser llamados al orden, soportar restricciones en el uso de la palabra y ser sancionados disciplinariamente.

2. *La incompatibilidad.* Es la imposibilidad legal del congresista para desempeñar trareas diferentes de las que correspondan a su función, la cual debe inspirarse en el bien común (artículos 180 de la C.P., 281, 282 de la Ley 5ª).

3. *Las prohibiciones.* Les está prohibido, como a todos aquellos que desempeñen funciones públicas, hacer contribuciones a los partidos, movimientos o candidatos o inducir a otros a que lo hagan, según el artículo 110 de la Constitución Política.

4. *Impedimento y conflicto de intereses.* Excepcionalmente deben abstenerse de participar en las funciones del Congreso o de la Cámara a que pertenecen, si se encuentran frente a una causal de impedimento o de conflicto de intereses. Los procedimientos están señalados en los artículos 268 y 286 y Ley 5ª de 1992.

c. Pérdida de la Investidura de Congresista.

En el derecho constitucional contemporáneo se han introducido mecanismo de control a la representación. Por ejemplo, en la Constitución vigente se prevé la pérdida de investidura para senadores, representantes, diputados y concejales; y, en lo pertinente a los agentes administrativos de elección popular, por constituir un mandato —distinto de la figura de la representación— se consagra la revocatoria, para gobernadores y alcaldes, con la finalidad de moralizar y legitimar la representación popular.

En la discusión que se dio en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, sobre la pérdida de investidura de congresistas, se hicieron las siguientes precisiones:

> *"**Objeto:** garantizar, mediante una rigurosa sanción, el respeto al régimen de incompatibilidades y conflictos de interés.*
> ***Planteamiento general:** El altísimo nivel que supone la categoría de congresista exige que las sanciones por violación de sus deberes sean drásticas. No sería aceptable que a un parlamentario se le aplicaran*

medidas benevolentes como, por ejemplo, descuento de sus salarios o dietas o suspensión temporal en el ejercicio de sus funciones. El congresista debe ser tan rigoroso en su conducta, que el resultado de un mal comportamiento sea la pérdida de la investidura".

***Presupuestos básicos:** Toda violación al régimen de incompatibilidades e inhabilidades y al conflicto de intereses, debe ser causal para la pérdida de la investidura"* (*Gaceta Constitucional*, No. 51, abril 16 de 1991, pág 27).

La Sala Plena, en la sentencia del 19 de octubre de 1994, explicó lo siguiente:

"La pérdida de investidura de un congresista por las causales y mediante los procedimientos establecidos en la Constitución y la ley deviene, según el artículo 179-4, en una inhabilidad para ser elegido, las inhabilidades con restricciones a la capacidad de ejercicio de ciertos derechos, y en el caso concreto, a los derechos fundamentales de naturaleza política de elegir y ser elegido previstos en el artículo 40.1.

"Las inhabilidades no necesariamente constituyen una pena: se prevén para este caso porque el derecho de ser elegido requiere de la concurrencia de condiciones adicionales a la simple ciudadanía pera ser titular del ***jus honorum*** *que imprime la representación parlamentaria" (Expediente No. AC-2102, Actor:* ***Enrique Tejada Romero****. Consejero Ponente:* ***Doctor Juan de Dios Montes Hernández****).*

De modo que la pérdida de investidura produce tres efectos:

1. Priva al congresista del empleo.

2. Lo inhibilita para se elegido, es decir, lo convierte en un ciudadano en *capitis diminutio.*

3. La degrada porque lo despoja de la representación, de los honores, dignidades y privilegios que el pueblo le confirió.

d. Causales de Pérdida de la Investidura.

La Constitución Política de Colombia, ante la suma gravedad del resultado de la pérdida de investidura, señaló causales de jerarquía constitucional y juez adecuados a la materia en los artículos 183 y 184.

En el artículo 183-1 estableció dos:

a) La violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades;

b) Violación del régimen de conflicto de intereses.

La primera fue determinada de manera expresa por la Constitución (artículos 179 y 180 y la ley) y la segunda, se le confirió al legislador para que señalara su régimen.

e. El conflicto de intereses.

Por ser la causal que precisó el actor en su petición inicial, nos detendremos en el estudio de la violación del régimen de conflicto de intereses con este tratamiento.

La palabra interés se deriva del latin: *interesse,* estar entre.

Según el Diccionario de la Real Academia Española significa: "Provecho, utilidad, ganacia"; "Valor que en sí tiene una cosa". "Inclinación más o menos vehemente del ánimo hacia un objeto, persona, narración, etc.". "Conveniencia o necesidad de carácter colectivo en el orden moral o material".

En nuestra sociedad hay una serie, un plexo intereses: materiales, económicos, culturales, sicológicos, intelectuales, artísticos, morales. El interés es un concepto complejo que da lugar a diversas nociones según el ángulo de observación.

Esos intereses entran en el campo jurídico cuando reciben protección legal.

"Los derechos son intereses jurídicamente protegidos", dice *Ihering* en su obra "El espíritu del derecho romano".

Ya en este ámbito, por interés público se entiende la manifestación del valor público que tienen ciertas cosas o la expresión de aquello que interesa al público. El primer concepto es objetivo, porque el interés público se predica de ciertos bienes o elementos. El segundo es subjetivo, porque significa aquello que interesa a una pluralidad de personas.

En otro sentido, por interés privado puede entenderse el valor particular de ciertas cosas o la expresión de aquello que atrae a unos pocos.

La Constitución Política enuncia estos intereses:

Interés General (artículo 1°), interés patrimonial del Estado (artículo 268), interés público o social y colectivo (artículos 58, 86); interés social (artículos 51, 58 y 62); interés de la sociedad (artículo 277); interés privado (artículo 58).

El carácter público del interés, en sí mismo considerado, no implica oposición ni desvinculación con el interés privado. No hay, en principio, intereses públicos distintos de los que tienen los individuos. El interés público se sustenta en los intereses particulares que las personas comparten entre sí.

La existencia de intereses, como se ha indicado, no implica, *per se*, la existencia de un conflicto entre ellos.

En cuanto a la palabra conflicto, dice el Diccionario de la Real Academia Española que viene del latin *Conflictus* "Combate, lucha, pelea". "Problema, cuestión, materia de discusión". "Coexistencia de tendencias contradictorias en el individuo, capaces de generar angustias y trastornos neuróticos".

Y sobre el conflicto de intereses, el profesor español *Fernando Savater* hace a su hijo esta reflexión:

> *"Sin embargo, no vayas a creer que el conflicto entre intereses, cualquier conflicto o enfrentamiento, es malo de por sí. Gracias a los conflictos la sociedad inventa, se transforma, no se estanca. La unanimidad sin sobresaltos es muy tranquila pero resulta tan letalmente soporífera como un encefalograma plano.*
>
> *De modo que en la sociedad tienen que darse conflictos, porque en ella viven honmbres reales, diversos, con sus propias iniciativas y sus propias pasiones. Una sociedad sin conflictos no sería sociedad humana sino un cementerio o un museo de cera. Y los hombres competimos unos con otros y nos enfrentamos unos con otros porque los demás nos importan (a veces hasta demasiado), porque nos tomamos en serio unos con otros y damos trascendencia a la vida que llevamos con ellos. A fin de cuentas, tenemos conflictos unos con otros por la misma razón por la que ayudamos a los otros y colaboramos con ellos: porque los demás seres humanos nos preocupan. Y porque nos preocupa nuestra relación con ellos, los valores que compartimos y aquellos en que discrepamos, la opinión que tienen de nosotros, lo que nos dan y lo que nos quitan... Según los hombres vamos siendo más numerosos, las posibilidades del conflicto aumentan; y también aumentan los jaleos cuando crecen y se diversifican nuestras actividades y nuestras posibilidades"* (*Política para Amador*. Ariel, págs. 46,47 y48).

En toda sociedad hay intereses de diversa índole y también conflictos de intereses. Aquéllos y éstos son tomados por el derecho para protegerlos, regularlos, controlarlos o eliminarlos.

En la Asamblea Nacional Constituyente, sobre el conflicto de intereses, como causal de pérdida de investidura de los congresistas, se hicieron planteamientos de este tenor:

*"**Objeto**: Evitar que el congresista ejerza sus funciones para favorecer intereses distintos al bien común o que la imparcialidad de sus raciocinios se distorsione por motivaciones de orden personal o particular.*

***Planteamiento general**: El congresista que considere que intereses personales suyos pueden ser afectados por un proyecto que se discute debe declararse impedido para paticipar en las deliberaciones y con mayor razón cuando sea sometido a votación. Si no lo hace voluntariamente, cualquier persona con conocimiento de causa debe recusarlo.*

***Presupuestos básicos**: Como en su mayoría son condiciones eminentemente subjetivas, el planteamiento debe ser general, librado a la responsabilidad y rectitud de cada uno, aunque para efectos de la posibilidad de recusar sí sería necesario enumerar algunas causales, como por ejemplo, haber representado en tiempo reciente intereses que puedan verse afectados por las decisión legislativa".*

Nótese que en las discusiones suscitadas en la Asamblea Nacional Constituyente se distinguió entre los impedimentos y el régimen de conflicto de intereses.

Ahora bien la Constitución Política Nacional en los artículos 182 y 183, con las expresiones "conflictos de intereses" y "régimen de conflicto de interés", en primer lugar, ha creado un mecanismo para restringir de manera excepcional el derecho a la inviolabilidad por las opiniones y votos de los congresistas, defiriendo al legislador la expedición de un régimen de conflicto de intereses.

Y, en segundo término, en caso de que el congresista incurra en las causales de violación del conflicto de intereses, autorizó al Consejo de Estado para quitarle la investidura que el pueblo le otorgó en aras de la representación política.

Indudablemente este concepto jurídico indeterminado pone de relieve la contradicción que puede existir, en la actividad legislativa, entre la persona del legislador (representante o senador) y el fin que persigue la ley: en otros términos la contraposición entre su propio interés (o el de terceros) y el interés general definido por el artículo 133, inciso 1° de la Constitución Nacional.

Como concepto jurídico indeterminado, el conflicto de intereses abre paso a una ley que lo tipifique concretamente, esto es "de competencia ligada que no da asidero a ninguna discrecionalidad", en palabras del profesor *Julio A. Prat*, ("La discrecionalidad administrativa". "Derecho Administrativo en Latinoamerica". Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Pág. 170).

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

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

"Corolario del principio de legalidad es —prescindiendo aquí de las circunstancias jurídico políticas en que se originó— el de reserva legal, según el cual toda intervención que afecte a la libertad y la propiedad solo puede tener lugar en virtud de una ley normal, es decir, aprobada por el Parlamento", enseña el profesor *Manuel García Pelayo* en su obra "Las Transformaciones del Estado Contemporáneo". Editorial Alianza Universidad, pág. 62.

Solamente una vez que exista el régimen legalmente previsto, es decir, un estatuto o un conjunto de normas que gobiernen o regulen el conflicto de intereses de los congresistas, será posible conocer cuál o cuáles conductas son atentatorias del mismo.

Al juez no lo es dado calificar esta labor sin la previa determinación legal. Abandonaría su condición de administrador de justicia para asumir la de legislador.

La ley debe señalar cuáles son los intereses de los miembros del Congreso que, desde los puntos de vista ético, político, familiar, económico, etc., colisionan con las distintas clases de intereses que enuncia la Constitución (social, patrimonial, colectivo) y qué procedimiento ha de adoptarse para su registro y conocimiento previo en la Cámara correspondiente, así como lo hizo la Constitución en dos casos que citamos por vía de ejemplo.

a. En el artículo 58 se refirió a los conflictos entre los derechos de los particulares con la necesidad reconocida por una ley dictada por motivos de utilidad pública o interés social, para hacer prevalecer el interés público. El legislador está encargado de precisar los motivos de utilidad pública o interés social, y

b. En el artículo 247 delegó al legislador la creación de jueces de paz para que soluciones, en equidad, los conflictos individuales y colectivos.

El conflicto de intereses de los artículos 182 y 183 tiene relación con la ausencia de competencia subjetiva, que es la capacidad o aptitud para proceder de manera imparcial. Los congresistas deben tenerla para actuar "consultando la justicia y el bien común" (artículo 133 de la C.P.), esto es prescindiendo o poniendo en segundo orden los intereses personales o privados.

De aquí surge la obligación ética de comunicar a la Cámara a la cual pertenece el congresista los conflictos de intereses, de carácter moral o económico, que puedan afectar su competencia subjetiva y, por lo tanto, no le permitan intervenir imparcialmente en debates y votaciones (artículo 183 de la Constitución Política, 286, 287, 289, 290, 291, 292, 293, 296 de la Ley 5ª de 1992).

Las disposiciones relativas al conflicto de intereses de los miembros del Congreso son las siguientes:

1. Artículo 182 de la Constitución dice: "Los congresistas deberán poner en conocimiento de la respectiva Cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración. La ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones".

Artículo 183 *ibidem* señala que, por ley violar el régimen de conflicto de intereses, el congresista perderá su investidura.

2. El Reglamento del Congreso, la Ley 5ª de 1992, en el artículo 286 ordena:

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

Los artículos 287 de la ley 5ª de 1992 y 16 de la Ley 144 de 1994 establecieron estos casos:

a. Partipación de los congresistas en sociedades anónimos o de responsabilidad limitada y similares.

b. Participación en cualquier organización o actividad privada o sin ánimo de lucro.

c. Haber prestado, durante el año inmediatamente anterior a la elección, servicios remunerados a gremios o personas de derecho privado

sobre cuyos intereses o negocios incidan directamente actos que se encuentren al estudio del Congreso.

De los preceptos citados se colige:

En primer lugar, el artículo 286 de la Ley 5ª de 1992 no consagró causales de impedimento, ni concretó el concepto jurídico indeterminado de conflicto de intereses, simplemente describió unas situaciones generales que podrían afectar la imparcialidad del congresista, las cuales son de conocimientos universal.

En segundo término, los literales a, b y c, contienen motivos de impedimento de carácter económico.

En tercer lugar, exclusivamente en estos eventos el congresistas está obligado a manifestar su falta de competencia subjetiva y a inhibirse a participar en los respectivos debates y votaciones.

En cuarto lugar, el no declararse impedido necesariamente no conlleva o causa conflito de intereses. El artículo 183 de la Constitución Política no dice que, cuando el congresista omita declararse impedido debiendo hacerlo, pierde su investidura. Expresa que es causal de pérdida de investidura la violación al régimen de conflicto de intereses.

Sobre otro tipo de factores, éticos o morales por ejemplo, conviene tener en cuenta que las leyes que aprueba el Congreso se aplican a los colombianos sin excepción, según los artículos 4° y 95 de la Constitución Política.

De allí que siempre habrá, al lado del interés público, un interés personal de los congresistas en que se expidan y apliquen. Seguridad social, intervención en la economía de profesiones, impuestos, reglamento del Congreso, procedimiento para tramitar la pérdida de investidura, divorcio, libertad religiosa, son algunas de las materias en las que han intervenido con interés personal.

El Consejo de Estado, exactamente sobre este punto, en sentencia AC-1276 del 24 de marzo de 1994 (Consejero Ponente, d*octor Jaime Abella Zárate)*, expresó:

> *"4.4. Además, cabe observar que proyectos como el de la reforma tributaria mencionada podía afectar y de hecho debió «afectar de alguna manera» a todos los congresistas que en ella intervinieron, ya por la creación de impuestos o de exenciones, pero si esta incidencia natural de las leyes elaboradas y dictadas por ellos mismos pudiera calificarse como causal de impedimento y, lo que es más grave, causal de pérdida de investidura, la*

labor parlamentaria resultaría imposible. En consecuencia, por ser absurda, debe desecharse la interpretación que conduzca a tal resultado".

Si esta hipótesis se extendiera habría que cerrar el Congreso o importar personajes para que legislen en Colombia. Tal vez estos podrían proceder alejados de cualquier interés particular porque las leyes colombianas no se les van a aplicar en su país.

Además no puede admitirse que los congresistas, por su propia cuenta, *motu proprio*, decidan cuándo deben declararse impedidos, esto es según su leal saber y entender, verdad sabida y buena fe guardada o por objeción de conciencia.

Se daría aval, por lo menos, al desorden, cuando no a otras irregularidades de insospechada gravedad. Por conveniencia, por temor, por debilidad, por afinidad, por amor, por odio, por dinero, etc., un congresista podría plantear o ser obligado a expresar el conflicto de intereses y a separarse del conocimiento de un determinado asunto.

Los conflictos de carácter moral que menciona el artículo de la Carta deben concretarse en una ley, en armonía con el artículo 183 *ibidem*. Así como se han establecido legalmente inhabilidades o incompatibilidades, la ley debe establecer el régimen de conflicto de intereses. Con este régimen será fácil saber en qué casos el congresista deberá declararse impedido, cuándo puede ser recusado y cuándo lo desconoce para colocarse en peligro de perder la investidura.

De otro lado, el acto humano consta de tres momentos: la intención, la resolución y la acción. La primera es el propósito de actuar; la segunda es la ratificación del propósito; y la acción en la manifestación externa de los otros dos.

La moral regula la totalidad del acto humano. Lo rechaza o lo acepta desde la interioridad hacia la exterioridad. El derecho, en cambio, únicamente cuando hay una manifestación en el mundo exterior. El solo pensamiento no es susceptible de evaluación jurídica. Por eso el juez le es imposible abordar el universo interno de los congresistas para conocer sus intenciones, o pretensiones o eventuales conflictos de intereses. El Consejo de Estado no es el juez ético de los congresistas, pues estos cuentan con Tribunales creados para juzgar las infracciones a la ética en que pudieran incurrir.

La normatividad vigente (artículos 286 y 287 de la Ley 5ª de 1992 y 16 de la Ley 144 de 1994) citada anteriormente, no conforma un régimen de conflicto de intereses. Son disposiciones aisladas, impropiamente incluias en una ley orgánica del reglamento del Congreso y en otra de procedi-

miento de pérdida de investidura, dictadas al amparo de los artículos 151 y 184 de la Constitución.

El conflicto de intereses que, como ya se explicó, conlleva una limitación a la esfera de libertad jurídica del congresista, debe ser regulado dentro de los varios tipos de leyes que previó el constituyente, por una ley estatutaria conforme al artículo 152, literal a), la cual tiene procedimiento y contenido distinto de las que hasta el momento ha expedido el Congreso.

Recurrir al conflicto de intereses para decretar la pérdida de investidura de un congresista, sin que el legislador hubiera definido el régimen correspondiente, significa abrir ena gama de eventualidades y de abstracciones en las cuales cabría cualquier diferencia de criterio.

El artículo 29 de la Constitución Política garantiza el debido proceso no solamente con presunción de inocencia, sino imponiendo que se juzgue a la persona ante tribunal competente, conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa y con observancia de la plenitud de las formas de cada juicio.

Esto es, tipificando conductas que excepcionan el ejercicio libre de los derechos.

f. El caso concreto.

Al Congreso corresponde expedir un régimen de conflictos de intereses de los congresistas, en armonía con las normas constitucionales y legales que se han descrito en esta sentencia, porque el derecho, entre otras finalidades, tiene la de definir el contenido ético de la política.

Pero, bajo el supuesto de que el régimen de conflicto de intereses estuviese contemplado en las leyes con anterioridad, la violación que el demandante imputa al Representante *Tiberio Villarreal Ramos* no se ha establecido.

El representante votó afirmativamente el proyecto de ley cuyo texto reza:

"La doctrina constitucional adoptada en las sentencias de la Corte Constitucional es criterio auxiliar de interpretación por las autoridades, excepto en los siguientes casos:

1°. Cuando dicte sentencias interpretativas, es decir, aquellas que declaren la exequibilidad de una norma legal condicionada a una determinada forma de interpretación.

2°. Cuando la parte motiva de la sentencia proferida por la Corte Constitucional guarde relaciones directas o tenga nexo con la parte resolutiva de la misma.

3°. En los casos de sentencia, es deci,r cuando a falta de legislación adecuada para resolver un asunto concreto sometido a su competencia, el juez aplique directamente la norma constitucional.

4°. En estos casos la doctrina adoptada en las providencias hace tránsito a cosa juzgada constitucional, obliga en su integridad y corrige la jurisprudencia. Su inobservancia será causal de mala conducta" (Artículo 230 de la Constitución Nacional).

La acusación sostiene que con este proyecto el senador buscada estos objetivos:

a. Convertir el enriquecimiento ilícito en un tipo penal de otras conductas delictivas o hacerlo desaparecer como delito;

b. Suspender el proceso que en su contra tramita la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

No encontramos probadas estas acusaciones.

Acerca del delito de enriquecimiento ilícito como figura autónoma o dependiente de otros tipos delictivos el Consejo de Estado carece de competencia para hacer pronunciamiento alguno. Sin embargo, alcanzamos a vislumbrar que con un proyecto de ley no es posible obtener los mencionados fines, con mayor razón si se tiene en cuenta que el artículo copiado en precedencia, el cual fue votado afirmativamente por el representante a la Cámara *Villarreal Romero* no fue aprobado por la Cámara de Representantes, es decir, no se convirtió en ley.

Las apreciaciones que podemos hacer sobre las intenciones, propósitos o aspiraciones del mencionado representante a la Cámara no pasan de la especulación teórica, porque, se repite, las acusaciones que hizo el demandante no aparecen probadas en este proceso y, en tales circunstancias, no se ve relación de causalidad entre el artículo proyectado y las investigaciones preliminares que tramita la Corte Suprema de Justicia en contra del representante a la Cámara Villarreal Ramos.

Tampoco se observa conflicto de intereses por haber votado afirmativamente un proyecto de ley que pretendía hacer obligatoria la jurisprudencia en tres casos.

Las razones son las siguientes:

1. El artículo 17 del C.C. expresa que "las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Es, por tanto, prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por la vía de disposición general o reglamentaria".

Esta es una regla general con varias excepciones, porque tienen efectos generales, *erga omnes*, es decir, con efectos similares a los de la ley:

Las sentencias que dicta la Corte Constitucional en ejercicio de la función de control constitucional; (artículo 243 Constitución Política), las que dicta la jurisdicción contencioso administrativa en ejercicio del control de los actos administrativos (artículo 175 C.C.A); las de declaración de pertenencia (artículo 407, numeral 11 del C. de P.C), las que declaran la paternidad (Ley 75 de 1968).

2. Las decisiones de los jueces constituyen normas jurídicas distintas de la ley, u acto de creación que refleja un punto de vista sobre la justicia. El profesor *Kelsen* enseña que "por precisa que la norma especial pretenda ser, la norma especial creada por la decisión de un tribunal siempre añadirá algo nuevo" (*Teoría General del Derecho y del Estado*. México 1950, pág 152)

La jurisprudencia es el conjunto de principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los Tribunales.

Los jueces, por imperativo constitucional (artículos 4, 6 y 230), están obligados a aplicar la Constitución y a la Ley. Es obvio que la jurisprudencia carece de esa coercitividad.

Es un criterio auxiliar. pero no significa un criterio secundario en los órdenes cronológico y jerárquico, es decir que primero se aplica la ley y después la jurisprudencia. No. La interpretación y la aplicación de los textos constitucionales y legales se hace a través de la jurisprudencia.

El sentido común que ha de tenerse en cuenta siempre, porque a través de ella se interpretan las conductas humanas y las leyes y se dirimen los conflictos interindividuales por parte de quienes han adquirido preparación y experiencia. La cuestión es dialectiva.

3. La interpretación de la Constitución merece un tratamiento especial. no exactamente equipar la Constitución a lo que quieren los jueces, como sostiene el realismo norteamericano. Pero estos, al intepretar el estatuto que contiene, no solo preceptos de competencia institucional sino también la fórmula política que inspira el sistema, van creando una norma subconstitucional.

A propósito el tratadista *Enrique Alonso García* en su obra "la interpretación de la Constitución", dice:

"Consideramos un hecho indiscutible que en todos los sistemas con jurisdicción constitucional el intérprete judicial crea y formula normas derivadas de la Constitución, bien expresa, bien implícitamente. Denominamos intepretación no tanto a la determinación del sentido jurídico de la norma, lo que realmente es la interpretación en estricto sentido técnico-jurídico, como al estudio del origen de tales normas subconstitucionales, lo cual implica que, siendo fieles a la Teoría General del Derecho, esta obra debiera ser más bien denominada «la aplicación judicial de la Constitución».. «Si rehuimos esta terminología, a la que reconocemos mucha mayor precisión y por lo que solicitamos el perdón, se debe a que en el ámbito anglosajón (y no olvidemos la influencia del constitucionalismo anglosajón tanto en Europa como en otros ámbitos geográficos), el concepto de interpretación abarca el de todo fenómeno aplicativo de la norma fundamental, y se debe a que en nuestro propio país ello ocurre ya con toda normalidad».

Por otra parte, el estudio de las normas subconstitucionales judiciales tiene una dinámica distinta de la teoría clásica de la interpretación, ya que estas normas a veces sólo son enunciables a partir de la actuación de la norma primaria, y, lo que debe ser más importante, se plantea como un acto creativo en sí mismo, no preocupándose el juez tanto de dar sentido a unas varias normas primarias como de justificar en sí misma la norma constitucional que elabora" (*Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1984, pág.* 4).

4. En Colombia el artículo 243 de la Constitución Política prescribe:

"Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.

Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexequible por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución".

Siguiendo al profesor *Adolfo Merkl:*

"El problema de la fuerza de cosa juzgada es el de la vigencia de las manifestaciones jurídicas en el tiempo, más exactamente el problema de la duración de la vigencia o de los límites temporales de las manifestaciones jurídicas. La ciencia jurídica entiende por efecto o fuerza de cosa juzgada, para atenernos provisionalmente a una significación me-

dia, aquella propiedad de ciertos actos estatales mediante la cual no son modificables, en ningún caso, por actos de la misma especie, o lo son bajo determinadas circunstancias nada más. Esta fórmula general abarca las dos formas que, generalmente, suelen distinguirse y prenun-cien también la naturaleza de esta diferencia. Se distingue, pues, un efecto formal y otro material. Y siguiendo la concepción más corriente, se puede decir que el efecto de cosa juzgada en sentido formal supone la inmutabilidad de un acto estatal en virtud de instancia de una parte interesada privada; quiere decir tanto como no impugnabilidad. En sentido material sería la inmutabilidad absoluta de un acto; pero se tiene en cuenta, principalmente, la invariabilidad del acto por parte de la autoridad que lo realizó o por otra autoridad cualquiera, sea superior, del mismo rango o inferior a aquélla. la diferencia entre la fuerza de cosa juzgada formal y material suele también expresamente así: ***res iudicata ius facit inter partes; res iudicata ius facit inter omnes.*** *Al decirse que el efecto material de cosa juzgada no establece derecho únicamente para las partes, como el formal, sino para todos, de manera definitiva, se tiene presente, únicamente, la modificación de un acto por otro acto del mismo rango, pero se olvida que también se plantea la cuestión de la modificación del acto por otro acto de rango superior; la posibilidad de semejante modificación se otorga, de manera tácita, aún para el caso de efecto material de cosa juzgada, que supone la inmutabilidad más absoluta"* (Página 264. *Teoría General del Derecho Administrativo*, Editorial Nacional).

Y, a su turno, la Corte Constitucional en Sentencia C-131 del 1° de abril de 1993, después de preguntarse:

"2. «¿Hace tránsito a cosa juzgada toda sentencia de la Corte Constitucional o solamente a una parte de ella?», dijo:

La Corte responde este nuevo interrogante en el sentido de afirmar que únicamente una parte de sus sentencias posee el carácter de cosa juzgada.

La respuesta es doble: Poseen tal carácter algunos apartes de la sentencia en forma explícita y otros en forma implícita". "1°. Goza de cosa juzgada explícita la parte resolutiva de las sentencias, por expresa disposición del artículo 243 de la Carta.

2°. Gozan de cosa juzgada implícita los conceptos de la parte motiva que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender éste sin la alusión a aquéllos.

Los fundamentos contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarden relación directa con la parte resolutiva, así como los que la

corporación misma indique ... en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutiva, son también obligatorios y, en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades y corrigen la jurisprudencia".

En conclusión, es claro que el juez debe aplicar la Constitución y la ley y, frente a éstas, las sentencias no pueden tener igual obligatoriedad. Su origen, su fundamentación, su contenido y sus efectos son diferentes, pero se dirigen a la correcta interpretación y aplicación de aquéllas.

La cosa juzgada, desde el derecho romano, significó una declaración de la verdad. *"Res judicata pro veritatehabetur"*. Lo que se ha juzgado en Derecho se tiene por verdadero, dijeron los romanos.

En tal sentido, las sentencias no reflejan intereses contrarios al interés general, no puede concebirse que a esto conduzca la verdad, sino que por su intermedio los jueces lo hacen público, con argumentos racionales y transparentes.

Por esto en legislaciones extranjeras, México y los Estados Unidos para no citar sino dos, la jurisprudencia reiterada del Juez Constitucional es obligatoria.

El artículo 93 de la ley de amparo mexicana consagra precisamente los requisitos de los fallos que constituyen dicha jurisprudencia: cinco sentencias sin interrupción y la firma de catorce magistrados, por lo menos.

No es ilícito, reprochable o contrario al interés público, entonces, que el Congreso la convierta en ley. Tal vez pudiera estimarse inocuo, dadas las características diferenciales de una y otra fuente del derecho.

Juan de Dios Montes Hernández, Daniel Suárez Hernández.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Objeto / **CONFLICTO DE INTERESES** - Congresista (aclaración de voto)

La sanción de la pérdida de investidura tiene por objeto la moralización de las costumbres políticas, prohibiéndole al congresista la búsqueda de la satisfacción del interés individual mediante el ejercicio de su función individual no aparece en la actividad del parlamentario, o cuando, por el contrario, como en el caso *sub examine*, la participación en el debate y el voto del congresista van en el sentido opuesto a su presunto interés, mal puede sancionar aquellas conductas de congresistas que, utilizando la investidura, mezclan y confunden el interés individual con el interés general desnaturalizando éste.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sala Plena.- Santafé de Bogotá, D.C., vientiocho (28) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: *Doctor Jesús María Carrillo Ballesteros.*

Referencia: Expediente No. AC-3453. Actor: Emilio Sánchez Alsina.

ACLARACION DE VOTO

Doctor: *Manuel S. Urueta Ayola.*

Comparto la sentencia proferida en el proceso de pérdida de investidura instaurado contra el representante a la Cámara *Tiberio Villarreal Ramos*, en cuanto a su parte resolutiva. Aclaro el voto, sin embargo, porque considero que en la parte motiva del fallo hubiera podido analizarse con amplitud el valor en sus límites y alcances, que tiene la participación del congresista en el debate y en la votación de un proyecto de ley, que presuntamente pueda favorecerlo. Ese análisis es necesario realizarlo porque la participación en un debate, o (y) en la votación de un proyecto, en concepto

del suscrito Magistrado, puede no ser elemento suficiente para configurar la causal de pérdida de investidura, pues el sentido teleológico de esta institución es evitar la confusión del interés individual con el interés colectivo, utilizando éste como instrumento para satisfacer aquél.

La sanción de la pérdida de investidura tiene por objeto la moralización de las costumbres políticas, prohibiéndole al congresista la búsqueda de la satisfacción del interés individual mediante el ejercicio de su función del interés individual no aparece en la actividad del parlamentario, o cuando, por el contrario, como en el caso *sub examine*, la participación en el debate y el voto del congresista va en el sentido opuesto a su presunto interés, mal puede sancionar aquellas conductas de congresistas que, utilizando la investidura, mezclan y confunden el interés individual con el interés general desnaturalizando éste.

Atentamente,

Manuel S. Urueta Ayola.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONGRESISTA - Conflicto de intereses (aclaración de voto)

En cuanto al primer elemento, advierte el suscrito Consejero que los artículos 182, 183 y 184 de la Carta Política sientan las bases de la institución de la pérdida de investidura de los parlamentarios, sin que ellos constituyan por sí solos una normatividad completa sobre el particular, ya que el propio constituyente defirió a la ley su reglamentación y desarrollo. "La ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones" (artículo 182 último inciso Constitución Política de Colombia). Las leyes 5ª de 1992 y 144 de 1994 desarrollaron la materia respecto de los conflictos que de orden económico pudieran presentarse para los congresistas con ocasión y en ejercicio de su investidura. Nada dijeron estas leyes, ni texto legal posterior versó sobre el tema relativo a situaciones que deban tenerse como potenciales generadoras de conflicto de interés moral o ético.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Santafé de Bogotá, D.C., tres (3) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: *Doctor Jesús María Carrillo Ballesteros.*

Referencia: Expediente No. AC-3453. Actor: Emilio Sánchez Alsina.

ACLARACION DE VOTO

Respetuosamente manifesto que, con fundamento en las razones enseguida consignadas, aclaro el voto en el asunto de la referencia, por estar de acuerdo con la decisión adoptada por la mayoría de la Sala Plena de lo Contencioso, el día 27 de mayo del año en curso, pero no obstante ello preciso hacer algunas manifestaciones en torno de la parte considerativa del problema jurídico planteado, especialmente en lo relativo a la legalidad sustantiva y procesal de causas como la presente.

El punto cardinal del debate radica en la aparente existencia de un conflicto de intereses de carácter moral y ético que se habría presentado por la conducta del senador *Tiberio Villarreal Ramos*, con motivo de su participación en la sesión del 13 de diciembre de 1995 llevada a cabo en el Senado de la República, durante la cual se votó el proyecto de la ley de seguridad ciudadana, que incluyó a última hora un artículo, por cuyo tenor, alcance y contenido significaría un beneficio directo para el congresista volante, en la medida en que le favorecería por su condición de investigado en las diligencias adelantadas por la Corte Suprema de Justicia, dentro del expediente conocido públicamente como el proceso 8.000.

Para formular un juicio respecto de la situación planteada es preciso tener en cuenta los siguientes elementos:

1°. El ordenamiento positivo que regula el caso sub análisis.

2°. La conducta desplegada por el acusado.

3°. El establecimiento fehacientemente del pretendido conflicto de intereses entre la conducta objeto del reproche y el fin perseguido.

1°. En cuanto al primer elemento, advierte el suscrito Consejero, que los artículos 182, 183 y 184 de la Carta Política sientan las bases de la institución de la pérdida de investidura de los parlamentarios, sin que ellos constituyan por sí solos una normatividad completa sobre el particular, ya que el propio constituyente defirió la ley su reglamentación y desarrollo.*"La ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones"* (artículo 182 último inciso Constitución Política de Colombia).

Las leyes 5ª de 1992 y 144 de 1994 desarrollaron la materia respecto de los conflictos que de orden económico pudieran presentarse para los congresistas con ocasión y en ejercicio de su investidura. Nada dijeron estas leyes, ni texto legal posterior versó sobre el tema relativo a situaciones que deban tenerse como potenciales generadoras de conflicto de interés moral o ético.

Como el terreno de lo moral y de lo ético es un campo que trasciende el de la conducta externa de los sujetos de derecho y es atinente a su conciencia resulta imposible para el juzgador suplir al acusado en su fuero interno para reprocharle su conducta y en todo caso imposible aplicar una sanción de tan drástico contenido como es la pérdida de investidura de congresista, sin que haya referencia cierta a una norma que contenga los supuestos fácticos en los cuales se vea comprometida la enjuicida, en virtud de actos considerandos como faltos de moral y carentes de ética.

Dada la particular naturaleza de este proceso (político-administrativo-disciplinario, pero en todo caso sancionatorio), y las consecuencias de la sanción que implica la aceptación de la solicitud de pérdida de investidura, no queda ninguna duda en cuanto, debe observarse indefectiblemente el principio clásico de la legalidad de los delitos y de las penas, expresado en el brocardo latino *"nullum crimen, nulla pena, sine lege"*.

La imposibilidad de tipificar una conducta a voluntad del denunciante o del fallador, para hacerla acreedora de una sanción, radica en que:

> *"Las cuestiones de valores (es decir, aquellas que conciernen a lo que es bueno o malo en sí, independientemente de sus consecuencias) están por fuera del dominio de la ciencia, como los defensores de la religión lo afirman con energía, yo pienso —dice* ***Bertrand Russell*** *autor de esta cita, en su libro* ***Ciencia y Religión****, Editorial Gallirmad, página 171— que ellos tienen razón sobre este punto, pero yo saco una conclusión suplementaria, que ellos no sacan: las cuestiones de valores están enteramente fuera del campo del conocimiento. Dicho de otra manera cuando afirmamos que tal o tal cosa tiene valor, expresamos nuestras propias emociones y no un hecho que permanecerá cierto si nuestros sentimientos personales fueren deferentes".*

Y más adelante agrega:

> *"La moral está pues estrechamente unida a la política ella es una tentativa para imponer a los individuos los deseos colectivos de un grupo; o, inversamente, ella es una tentativa hecha por un individuo para que sus deseos se conviertan en los de su grupo. Esto no es posible, claro está que si sus deseos no son demasiado visiblemente contrarios al interés general; el maleante difícilmente puede intentar persuadir a las gentes que él les hace bien, aunque los plutócratas hacen tentativas de ese género, y con éxito aún a menudo".*

Para rematar esta cita, pertinente es concluirla con las siguientes líneas del mismo autor:

> *"Para intentar dar una apariencia de importancia universal a nuestros deseos (lo cual constituye el papel de la moral), uno puede ubicarse en dos puntos de vista: El del legislador y el del predicador...".*

Frente a ello, se advierte que otra es la labor del juez y por esa razón considera, el suscrito Consejero que no hay espacio para tomar una decisión en ausencia de reglamento positivo y mucho menos autorización jurídica para asumir papel distinto del que corresponde a su función constitucional y legal, con sujeción a los principios universales que gobiernan el derecho y su aplicación en el estadio de la civilización actual.

Por lo hasta aquí expuesto, ni jurídica, ni filosóficamente, es dado compartir la motivación de la decisión, y atendiendo a la necesidad de cumplir con el deber de expresar todas las razones de inconformidad con el fallo objeto de esta aclaración, preciso es anotar, además, lo siguiente:

En cuanto a la institución de la pérdida de investidura de origen constitucional, por sus especiales características debe aplicarse con sumo rigor tanto en el análisis de la conducta como en el enjuiciamiento o actividad que corresponde al juez. El mandato del artículo 184 de la Carta Política facilita el instituto de control y abre el camino de su operancia, con una simple solicitud, nótese que no se emplea el concepto de demanda ni el de denuncia que técnicamente tienen un sentido definido. Así se facilita el control y el solicitante tiene una garantía de su derecho, el poder ejercerlo en elemental escrito, en cualquier tiempo durante el ejercicio del mandato del parlamentario, tomándose todo el lapso que estime necesario para recaudar o ubicar con exactitud el elemento probatorio que deberá aducir con la solicitud, pues, el constituyente, para garantizar aún más su derecho e impedir que se haga nugatorio fijó un término de alto rango al fallador, "no mayor de 20 días hábiles contados a partir de la fecha de la solicitud formulada...".

No es posible, *so pena* de, o violar la Constitución o asumir la tarea del legislador, adoptar procedimientos exorbitantes, tales como el de hacer caso omiso del término claramente establecido, lo cual pone en grave riesgo la observancia del debido proceso y el respeto al derecho de defensa, especialmente cuando en forma extemporánea se decretan y se practican pruebas que eventualmente pueden quedar sin posibilidad de controversia o de conocimiento del denunciado que independientemente de sus condiciones personales o políticas tiene derecho a controvertir los medios de convicción aducidos en su contra.

Y en cuanto a la persona sujeto del proceso, es preciso hacer notar que moralizar el ejercicio del mandato ciudadano, y los reparos que por vía general se enrostran a los legisladores, pero tratándose de la aplicación concreta y en particular de una sanción, es preciso descender de las formulaciones teóricas y generales propias de la sociología o de la política al terreno concreto del derecho, para avanzar prudentemente en el enjuiciamiento de una conducta y la aplicación de una severísima pena, asimilable a la muerte política, en tiempos de proscripción de la muerte civil y de la pena de muerte. Y aún más, dado que procedimiento y térmico son expeditos y breves.

Con las anteriores consideraciones dejo expuesto mi criterio sobre el asunto debatido.

Jesús María Carrillo Ballesteros.

SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD - Cosa juzgada / **PERDIDA DE LA INVESTIDURA** - Solicitud / **IMPEDIMENTO** - Declaración / **CONFLICTO DE INTERESES** - Congresista (aclaración de voto)

No se duda de que las decisiones mediante las cuales la Corte Constitucional declara la exequibilidad o inexequibilidad de normas legales hacen tránsito a cosa juzgada, según lo establecido en los artículos 243 de la Constitución y 21 del Decreto 2067 de 1991. Y, como ocurre con toda sentencia de mérito, hace tránsito a cosa juzgada no solamente lo decidido explícitamente, esto es, lo expresado en la parte resolutiva, sino también lo implícito en ella, como lo han explicado la doctrina y la jurisprudencia. Ocurre que en el artículo 4° de la Ley 144 de 1994 fue establecido lo que, por lo menos, debe contener toda solicitud de pérdida de investidura y entre otros aspectos, en el literal c), se exigió la invocación de la causal por la cual se solicitaba la pérdida de la investidura y su *debida explicación*, lo cual fija el marco dentro del cual debe estudiarse y resolverse la solicitud y circunscribe el examen de los cargos, de manera que el juzgador no puede en modo alguno resolver sobre cuestiones no planteadas. El deber de declarar el impedimento sólo surge cuando el congresista observe o advierta que se encuentra en situación de conflicto, como está dispuesto en los artículos 291 y 292 de la Ley 5ª de 1992, lo que prescribe toda forma de responsabilidad objetiva.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Santafé de Bogotá D.C., dos (2) de julio de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: *Doctor Jesús María Carrillo Ballesteros.*

Referencia: Expediente No. AC-3453. Demandante: Emilio Sánchez Alsina.

ACLARACION DE VOTO

Doctor: *Mario Alario Méndez.*

I.

Dijo el demandante que el senador *Tiberio Villarreal Ramos* violó el régimen de conflicto de intereses, porque asistió a la sesión de la Cámara de 14 de diciembre de 1995 y promovió y votó un proyecto de ley, uno de cuyos artículos dice relación a los efectos de las sentencias de la Corte Constitucional, y que con ese artículo se pretendía convertir el enriquecimiento ilícito en una conducta subalterna, "lo cual traería consigo que este delito no existiería como tal cuando no estuviese previamente demostrado que el dinero que lo determina tiene origen en una actividad al margen de la ley, es decir, que en la práctica estaría implicando la desaparición del 'enriquecimiento ilícito', ya que se ha buscado con su tipificación en nuestro ordenamiento que por falta de pruebas no era posible castigar", y con ello el Representante *Tiberio Villarreal Ramos* trató suspender el proceso que por enriquecimiento ilícito adelanta en su contra la Corte Suprema de Justicia.

Se trata del artículo adicional al proyecto de ley número 168 del Senado, cuyo texto es el siguiente:

> *"La doctrina constitucional adoptada en la sentencia de la Corte Constitucional es criterio auxiliar de interpretación para las autoridades, excepto de los siguientes casos:*
>
> *Primero, cuando dicte sentencias interpretativas, es decir, aquellas que declaran la exequibilidad de una norma legal, condicionada a una determinada forma de interpretación.*
>
> *Segundo, cuando la parte emotiva (sic) de la sentencia proferida por la Corte Constitucional guarde unidad indisoluble o relación directa o tenga el hecho (sic) causal con la parte resolutiva de la misma.*
>
> *Tercero, en los casos de sentencias integradoras, es decir, cuando a falta de legislación adecuada para resolver un asunto concreto sometido a su competencia, el juez aplique directamente la norma constitucional, en estos tres casos la doctrina adoptada en la providencia hace tránsito a cosa juzgada constitucional obliga en su integridad y corrige la jurisprudencia, su inobservancia es causal de mala conducta"* (*Gaceta del Congreso*, 30 de diciembre de 1995, núm. 149, página 16).

Pues bien, no se duda de que las decisiones mediante cuales la Corte Constitucional declara la exequibilidad o inexequibilidad de normas legales hacen tránsito de cosa juzgada, según lo establecido en los artículos 243 de la Constitución y 21 del Decreto 2067 de 1991.

Y, como ocurre con toda sentencia de mérito, hace tránsito de cosa juzgada no solamente lo decidido explícitamente, esto es, lo expresado en la parte resolutiva, sino también lo implícito en ella, como lo han explicado la doctrina y la jurisprudencia.

Dice al respecto el profesor *Francesco Carnelutti:*

*"Ello no significa que la cosa juzgada se limita a las cuestiones que encuentren en la decisión una solución expresa; no se olvide que la decisión es una declaración como las demás, en la que muchas cosas se sobreentienden lógicamente sin necesidad de decirlas. Especialmente, cuando la solución de una cuestión supone como prius lógico la solución de otra, esta otra se halla también implícitamente contenida en la decisión (el llamado juzgamiento '**giudicato**' implícito). Se hallan implícitamente resueltas todas las cuestiones cuya solución sea lógicamente necesaria para llegar a la solución expresada en la decisión...*

*Cuales sean las cuestiones resueltas, es extremo que por lo general se infiere de la parte de la decisión que contiene la indicación conclusiva del efecto de la solución (parte dispositiva)... Se suele decir, por ello, que el lugar del juzgamiento está en la parte dispositiva. Esta máxima ha de tomarse, sin embargo, con gran cautela, precisamente porque 'lo que haya formado la materia de la sentencia' no se puede deducir, por vía de interpretación, sino la de la sentencia entera y especialmente, por tanto, de su parte **motiva** o **motivación**, de la que igual puede surgir una restricción que una ampliación del fallo, o sea porque de ella resulte que algunas cuestiones no han sido resueltas ni implícita ni explícitamente, pese a la amplitud de la fórmula conclusiva, sea porque, en cambio, otras cuestiones que no aparezcan comprendidas en ésta resulten en realidad consideradas y resueltas" (Sistema de Derecho Procesal Civil.* Buenos Aires, Uteha, 1994, t. I, páginas 317 a 319).

Sobre el mismo asunto, *Hernando Devis Echandía* es del siguiente parecer:

"Puede decirse que la cosa juzgada, en cuanto al objeto se refiere, se extiende a aquellos puntos que, sin haber sido materia expresa de la decisión de la sentencia, por ser consecuencia necesaria o depender indispensablemente de tal decisión, resultan resueltos tácitamente..." (*Compendio de Derecho Procesal Civil, Teoría General del Proceso,* Bogotá, Bibloteca Jurídica Dike, 1987, 12a. ed., t. I, página 500).

Al respecto *Hernando Morales Molina* dice:

"De ahí que la fuerza de la cosa juzgada abarque lo mismo lo que ha sido decidido expresamente, que lo que se ha resuelto implícitamente.

Sólo que esta decisión implícita debe ser de tal naturaleza, que ella necesariamente esté comprendida por la que fue objeto de la resolución, o sea lo explícito de ésta" (*Curso de Derecho Procesal Civil, Parte General,* Bogotá , Editorial ABC. 1991, 11ª ed, página 548).

La jurisprudencia ha sido concluyente al respecto. Así, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 21 de marzo de 1916, dijo:

"La cosa juzgada ha de hallarse en lo general en la parte dispositiva de la sentencia, pero los motivos de ésta carecen de fuerza de fallo, porque son simples elementos de la convicción del juez, que pudiendo ser erróneos en ocasiones, no afectan la decisión misma. Empero, tiene una excepción este principio, también aceptada generalmente en teoría y en jurisprudencia, y es que cuando los motivos son, no ya simples móviles de la determinación del juez, sino que se ligan íntimamente al dispositivo y son 'como el alma y nervio de la sentencia', constituyen entonces un todo con la parte resolutiva, y participan de la fuerza que ésta tenga. Numerosos son los casos en que sin conexionar los motivos determinantes de un fallo, ella sería incomprensible e inejecutable" (*Gaceta Judicial,* t. XXV, núms. 1286 y 1287, página 250).

En sentencia de 31 de agosto de 1918 dijo también la Corte:

"El fallo implícito de una cuestión dada que se ha formulado en una controversia judicial, sólo ocurre cuando la cuestión no resulta de modo expreso y se relaciona directamente con lo dispositivo expreso del fallo y con motivos y razones consignados en los considerandos del mismo" (*Gaceta Judicial,* t. XXVII, núm. 1391, página 62).

En sentencia de 9 de julio de 1928, dijo también la Corte:

"La Corte tiene sentada la doctrina de que si bien es cierto que la cosa juzgada dice relación por lo general a la parte resolutiva del fallo y no a la motiva, tal regla no puede entenderse de un modo absoluto, pues cuando los motivos no son ya simples móviles de la determinación del juez, sino que se ligan íntimamente a lo dispositivo, y son como el alma y nervio del fallo, constituyen entonces un todo con la parte resolutiva y participan de la fuerza de ésta.

Esto último acontece en el caso del fallo del Tribunal Seccional que se deja mencionado, respecto de las causas o motivos por los cuales se declaró la nulidad de las resoluciones números 164 y 193, dictadas por la Gobernación de Cundinamarca, pues constituyendo tales causas o motivos los fundamentos inmediatos de la declaración de nulidad, no es posible, para la recta inteligencia y aplicación del fallo establecer

separación entre la parte motiva y la dispositiva" (*Gaceta Judicial*, t. XXXV, núm. 1821, pág. 550).

Lo mismo dijo la Corte en sentencia de 24 de octubre de 1928 (*Gaceta Judicial*, t. .XXXVI, núm. 1825, página 48).

Y en su sentencia de 31 de octubre de 1936, dijo:

"La fuerza de la cosa juzgada no dimana sino de la parte resolutiva de la sentencia, pero ello no significa que para analizar el alcance de aquélla haya de tenerse en cuenta solamente la forma de ésta. Se entiende por parte resolutiva de una sentencia a este respecto, no el pasaje del fallo colocado en determinado lugar, sino lo que ha sido objeto de la decisión judicial, cualquiera que sea la forma que revista y el puesto que ocupe en la sentencia. De ahí que la fuerza de la cosa juzgada abarque lo mismo que ha sido fallado expresamente como lo que ha sido decidido implícitamente. Sólo, que esta decisión implícita ha de ser de tal naturaleza que ella necesariamente esté comprendida por lo que fue objeto de la resolución expresa" (*Gaceta Judicial*, t. XLVI, núms. 1918 y 1919, pág. 461).

En sentencia de 6 de abril de 1956, y como resumen y compendio de lo dicho en sus sentencias anteriores, dijo la Corte:

"1. Que cuando los motivos del fallo están íntimamente ligados a la parte resolutiva y son 'como el alma y nervio de la sentencia', constituyen un todo con dicha parte y participan de la fuerza de éste;

2. Que se entiende por motivos, las razones de hecho y de derecho sobre las cuales el juez ha apoyado la solución de la litis;

3. Que, en consecuencia, la parte resolutiva puede no estar sólo, para los efectos de la cosa juzgada, en el pasaje final del fallo, sino también en aquél o aquéllos que contengan el objeto de la decisión judicial, cualquiera que sea la forma que asuman y el lugar que ocupen, y

4. Que la fuerza de una sentencia comprende no sólo que se decide de manera expresa, sino también de modo implícito o virtual, así sea para lograr en la nueva litis el reconocimiento de una consecuencia no contemplada en la acción.

Se inclina, por tanto, la jurisprudencia nacional a aceptar la tesis que pone bajo la autoridad de la cosa juzgada, los motivos o los elementos de la sentencia, si bien la tesis así enunciada no puede tener un sentido absoluto" (*Gaceta Judicial*, t. LXXXII, núm. 2167, pág. 558).

Lo dicho en la providencia anterior fue reiterado por la Corte y reproducido en sus sentencias de 24 de mayo de 1957 (*Gaceta Judicial*, t. LXXXV, núms. 2181-2182, pág. 91) y de 28 de agosto de 1963 (*Gaceta Judicial*, t. CIII-CVI, núms. 2268 y 2269, pág. 112), entre otras muchas.

Por su parte, el Consejo de Estado, en sentencia de 28 de octubre de 1974, dijo:

"La doctrina moderna, salvo escasas excepciones y la jurisprudencia colombiana sin ninguna vacilación están acordes en firmar que el efecto de la cosa juzgada se predica de la parte dispositiva de la sentencia y por tal entiende no solamente la decisión ***strictu sensu****, sino todo cuanto ella implique, lógica y jurídicamente. La doctrina suele denominar estas implicaciones de la decisión 'cosa juzgada implícita'.*

(...)

Nuestra Corte Suprema de Justicia abunda en reiterada jurisprudencia sobre la materia...

(...)

Es obvio que así como la cosa juzgada explícita no se tipifica sin la concurrencia de los elementos antes analizados, otro tanto ocurre con la llamada 'cosa juzgada' implícita. Cuando no hay identidad subjetiva, objetiva y causal tratándose de pretensiones de naturaleza privada, o simplemente identidad objetiva y causal en las de naturaleza pública, no se configura la 'cosa juzgada' explícita o implícita. Cuando no hay unidad subjetiva, objetiva y causal tratándose de pretensiones de naturaleza privada o simplemente identidad objetiva y causal en las de naturaleza pública no se configura la 'cosa juzgada' explícita o implícita. Entonces la motivación de un fallo que se traduzca o proyecte en forma de decisión implícita no tiene significado ni alcance distintos al de una doctrina jurisdiccional. A pesar de esto tan claro no sobra subrayarlo porque a veces, sin que medie la identidad anotada, suelen aducirse simples jurisprudencias como revestidas de la autoridad de cosa juzgada.

Tampoco está de más agregar que la doctrina de la 'cosa juzgada' implícita, concebida en los términos expresados, es la única que se concilia con nuestro sistema constitucional. Si se entendiera que únicamente la decisión explícita produce los indicados efectos, el resultado sería que los preceptos de la Carta Fundamental quedarían condicionados a los vaivenes de la jurisprudencia...

... Estas dos decisiones, tanto la ***explícita*** *como la* ***implícita****, obligan a todo el mundo..."* (*Anales del Consejo de Estado*, t. LXXXVII, núms. 443 y 444, págs. 83, 84 y 86).

En sentencia de 20 de junio de 1979 dijo también el Consejo de Estado:

"En un fallo de inexequibilidad como en cualquier otra sentencia, hace tránsito a cosa juzgada no solamente, lo decidido explícitamente vale decir, lo expresado en la parte resolutiva, sino también lo implícito en ella" (Anales del Consejo de Estado, t. XCVI, núms. 461 y 462, pág. 133).

Y en la sentencia de 9 de septiembre de 1981, el Consejo de Estado reprodujo y reiteró lo dicho en sus providencias anteriores, diciendo que conforme a doctrina reiterada de esa corporación, la cosa juzgada implícita debe acatarse, aun cuando no se comparta los fundamentos del fallo, y concluyó:

"Considera la Sala que frente a la mencionada sentencia de la Corte Suprema de Justicia no puede hacer otra cosa que estarse a los efectos jurídicos de esa decisión y en especial al que se refiere a la cosa juzgada implícita..." (*Anales del Consejo de Estado*, t. CI, núms. 471 y 472, págs. 210 y 212).

Más recientemente la Corte Constitucional, en sentencia C-131 de 1° de abril de 1991, explicó:

"Primero, goza de cosa juzgada explícita la parte resolutiva de las sentencias, por expresa disposición del artículo 243 de la Constitución.

Segundo, gozan de cosa juzgada implícita los conceptos de la parte motiva que guarden unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender éste sin la alusión a aquéllos.

En efecto, la parte motiva de la sentencia de constitucionalidad tiene en principio el valor que la Constitución le asigna a la doctrina en el inciso segundo del artículo 230: criterio auxiliar —no obligatorio—, esto es, ella se considera ***obiter dicta****.*

Distinta suerte corren los fundamentos contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarden relación directa con la parte resolutiva, así como los que la Corporación misma indique, pues tales argumentos, en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutiva, son también obligatorios y, en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades y corrigen la jurisprudencia.

La ***ratio iuris*** *de esta afirmación se encuentra en la fuerza de la cosa juzgada implícita de la parte motiva de las sentencias de la Corte Constitucional, que consiste en que esta Corporación realiza en la parte motiva de sus fallos una confrontación de la norma revisada con la*

totalidad de los preceptos de la Constitución Política, en virtud de la guarda de la integridad y supremacía que señala el artículo 241 de la Carta. Tal confrontación con toda la preceptiva constitucional no es discrecional sino obligatoria. Al realizar tal confrontación la Corte puede arribar a una de estas dos conclusiones: si la norma es declarada inexequible, ella desaparece del mundo jurídico con fuerza de cosa juzgada constitucional, como lo señala el artículo 243 superior, y con efecto ***erga omnes*** *sin importar si los textos que sirvieron de base para tal declaratoria fueron rogados o invocados de oficio por la Corporación, porque en ambos casos el resultado es el mismo y con el mismo valor. Si la norma es declarada inexequible, ello resulta de un exhaustivo examen del texto estudiado, a la luz de todas y cada una de las normas de la Constitución, examen que lógicamente se realiza en la parte motiva de la sentencia y que se traduce desde luego en el dispositivo.*

(...)

Considerar lo contrario, esto es, que únicamente la parte resolutiva tiene fuerza de cosa juzgada, sería desconocer que, admitiendo una norma diferentes lecturas, el intérprete se acoja a lo dispositivo de una sentencia de la Corte Constiitucional e ignore el sentido que la Corporación —guardiana de la integridad y supremacía de la Carta—, le ha conferido a dicha norma para encontrarla conforme o inconforme con la Constitución. Ello de paso atendería contra la seguridad jurídica dentro de un ordenamiento normativo jerárquico, como claramente lo es el colombiano por disposición del artículo 4º superior" (Gaceta de la Corte Constitucional, t. 4, 1993, págs. 34 y 35).

Y reiteró ese criterio en sentencia C-037 de 5 de febrero de 1996:

"...sólo será de obligatorio cumplimiento, esto es, únicamente hace tránsito a cosa juzgada constitucional, la parte resolutiva de las sentencias de la Corte Constitucional. En cuanto hace a la parte motiva, como lo establece la norma, ésta sólo constituye criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho general; sólo tendrían fuerza vinculante los conceptos consignados en esta parte que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutiva; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutiva de las sentencias y que incida directamente en ella" (Expediente P.E.-008).

Siendo ello así, nada añadía el proyecto de artículo adicional referido, en cuanto señalaba que tendría fuerza de cosa juzgada la parte motiva de las sentencias mediante las cuales la Corte Constitucional declarara la

exequibilidad de una norma legal condicionada a una determinada interpretación, o cuando guardara unidad indisoluble o relación directa o tuviera nexo causal con la parte resolutiva de la misma. En otros términos, resultaba *inocuo*.

Por lo mismo, ello no podría, en ningún caso, determinar situación de conflicto de intereses.

II.

Tal como fueron expuestos los hechos de la demanda, no se advierte relación alguna entre el proyecto de artículo adicional transcrito y el delito de enriquecimiento ilícito.

Para entender las razones del demandante sería preciso considerar que mediante el artículo 10 del Decreto 2266 de 1991 se dispuso:

> *"**Artículo 10.** Adoptánse como legislación permanente las siguientes disposiciones del Decreto legislativo 1895 de 1989:*
>
> *«Artículo 1°. El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga para sí o para otro incremento patrimonial no justificado, derivado, en una u otra forma, de actividades delictivas, incurrirá, por ese solo hecho, en prisión de 5 a 10 años y multa equivalente al valor del incremento ilícito logrado»".*

Y sería preciso considerar, también, que esta disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-127 de 30 de marzo de 1993, en la que se dijo:

> *"La expresión 'de una u otra forma', debe entenderse como incremento patrimonial no justificado, derivado de actividades delictivas, en cualquier forma que se presenten éstas. Las actividades delictivas deben estar judicialmente declaradas, para no violar el debido proceso y el artículo 248 de la Constitución Política, según el cual únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales"* (*Gaceta de la Corte Constitucional*, 1993, t. 3, pág. 203).

De manera que la aprobación del artículo adicional al Proyecto de ley número 168 del Senado afectaría los procesos que se adelantaran por enriquecimiento ilícito, en tanto que su juzgamiento sólo podría hacerse en los términos en que fue entendido por la Corte Constitucional, esto es, que las actividades delictivas de que se derive el incremento patrimonial injustificado deben estar judicialmente declaradas.

Pero así no fue planteado en la demanda. No se refirió el demandante al artículo 10 del Decreto 2266 de 1991 ni a la sentencia C-127 de 30 de marzo de 1993. Y no podía la Sala, oficiosamente, tomar en consideración esas circunstancias, supliendo así las explicaciones y los hechos omitidos por el demandante.

Ocurre que en el artículo 4° de la Ley 144 de 1994 fue establecido lo que, por lo menos, debe contener toda solicitud de pérdida de investidura y entre otros aspectos, en el literal c), se exigió la invocación de la causal por la cual se solicitaba la pérdida de la investidura y *su debida explicación*, lo cual fija el marco dentro del cual debe estudiarse y resolverse la solicitud y circunscribe el examen de los cargos, de manera que el juzgador no puede en modo alguno resolver sobre cuestiones no planteadas.

Lo anterior es así, además, si se tiene en cuenta que se trata de un proceso punitivo, y en todos los procesos punitivos, sean éstos penales, disciplinarios o correccionales o cualesquiera otros, porque así lo reclaman el debido proceso y el derecho de defensa que garantiza el artículo 29 constitucional, el inculpado sólo puede ser sancionado por los precisos cargos que le fueron formulados y respecto de los cuales tuvo oportunidad de defenderse.

Entonces, las pretensiones del demandante, también por esta razón, debían ser denegadas.

III.

Por lo demás, no había podido la Sala, en mi opinión, concluir que tuvo lugar la alegada violación del régimen de conflicto de intereses que se atribuye al representante *Alvaro Benedetti Vargas*, porque no fue probado que en el momento en que votó el artículo nuevo tuviera conocimiento de que en su contra adelantaba la Corte Suprema de Justicia diligencias por el delito de que se trata el artículo 10 del Decreto 2266 de 1991, comúnmente denominado de "enriquecimiento ilícito de particulares".

Es verdad que el representante *Benedetti Vargas* el 14 de diciembre de 1995 y desde antes, sabía que en su contra adelantaba diligencias la Corte Suprema de Justicia. Pero para entonces no se había dictado providencia alguna mediante la cual se calificara la conducta objeto de investigación como presuntamente constitutiva del delito de "enriquecimiento ilícito de particulares". De manera que no era posible entonces afirmar que se lo investigaba por ese delito, ni suponer, en consecuencia, que el representante *Benedetti Vargas* tenía conocimiento de ello.

Y el deber de declarar el impedimento sólo surge cuando el congresista observe o advierta que se encuentra en situación de conflicto, como está

dispuesto en los artículos 291 y 292 de la Ley 5ª de 1992, lo que prescribe toda forma de responsabilidad objetiva.

IV.

Compartí la decisión adoptada en la sentencia, pero debía expresar las anteriores razones, que igualmente habrían conducido a la misma decisión.

Mario Alario Méndez.

ACLARACION DE VOTO

Referencia: Expediente No. AC-3453. Actor: Emilio Sánchez Alsina.

Aunque compartí la decisión adoptada, aclaro el voto por las siguientes razones:

Se estructura la motivación de la providencia adoptada en el voto negativo emitido por el parlamentario, no existiendo en la misma, análisis alguno respecto al alcance de la norma propuesta, lo cual era necesario para determinar, en primer lugar, lo atinente al impedimento y entrar, porsteriormente, al examen de la violación del régimen del conflicto de intereses.

Respetuosamente,

Delio Gómez Leyva.

CONSEJO DE ESTADO - Competencia recurso de revisión / **RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION DE PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONCEJAL** - Competencia

A juicio de la Sala este sí es un asunto de carácter administrativo, como lo son los que la ley ha atribuido al conocimiento del Consejo de Estado, incluyendo los electorales. De ahí la denominación de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo que le da el artículo 237 de la Constitución. El conocimiento del recurso extraordinario especial de revisión contemplado en el artículo 17 de la Ley 144 de 1994 no ha sido atribuido a ninguna autoridad en particular y para el caso de los concejales tampoco la Ley 136 de 1994 se ha referido al recurso extraordinario de revisión. Sin embargo, el artículo 130 del C.C.A., prevé que las secciones del Consejo de Estado conocerán del recurso extraordinario de revisión contra las sentencias de única instancia proferidas por los Tribunales. Como los procesos de pérdida de investidura no han sido atribuidos a ninguna sección, el conocimiento del recurso de revisión que se intente contra las sentencias de pérdida de investidura de concejales corresponden, según el reglamento del Consejo de Estado, a la Sección Primera, pues se trata de un asunto para el cual no existe regla especial de competencia.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Santafé de Bogotá, D.C., ventiocho (28) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrada Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. C-311. Actor: Fabio Otero Paternina. Conflicto de Competencias.

Para resolver el conflicto de competencia surgido entre las Secciones Primera y Quinta del Consejo de Estado han llegado a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el asunto de la referencia.

ANTECEDENTES

El señor *Fabio Otero Paternina* mediante apoderado, interpuso recurso extraordinario especial de revisión contra la sentencia de pérdida de investidura de concejal, proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba el 17 de agosto de 1995 en el expediente No. 6932 L.R. No. 27.

El Tribunal envió por competencia al Consejo de Estado la demanda de revisión extraordinaria.

Recibido el expediente en la Sección Quinta ésta lo remitió a la Sección Primera argumentando que según lo previsto por el artículo 1° numeral 4 del Acuerdo No. 39 de 1990, a esta sección corresponde el conocimiento de los asuntos para los cuales no exista regla especial de competencia.

A su vez la Sección Primera considera que los procesos a que dé lugar el recurso extraordinario especial de revisión en estos casos, se relacionan con la materia electoral por cuanto implican el cuestionamiento de una investidura lograda a través de una elección popular y están en juego derechos constitucionales fundamentales tanto de quienes eligieron como de quienes fueron elegidos.

Afirma que este no es un asunto netamente "de carácter administrativo", de aquéllos a los que se refiere el numeral 4 del artículo 1° del Acuerdo No. 39 de 1990, en la medida en que comprende aspectos políticos, disciplinarios y electorales.

COMPETENCIA

Es competente la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo para resolver el conflicto planteado, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 37 numeral 1 de la Ley 270 de 1996 y el artículo 97 numeral 1 del C.C.A., y a ello procede previas las siguientes

CONSIDERACIONES

A juicio de la Sala este sí es un asunto de carácter administrativo, como lo son los que la ley ha atribuido el conocimiento del Consejo de Estado, incluyendo los electorales.

De ahí la denominación del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo que le da el artículo 237 de la Constitución.

El conocimiento del recurso extraordinario especial de revisión contemplado en el artículo 17 de la Ley 144 de 1994 no ha sido atribuido a

ninguna autoridad en particular y para el caso de los concejales, tampoco la Ley 136 de 1994 se ha referido al recurso de revisión.

Sin embargo, el artículo 130 del C.C.A. prevé que las secciones del Consejo de Estado conocerán del recurso extraordinario de revisión contra las sentencias de única instancia proferidas por los Tribunales.

Como los procesos de pérdida de investidura no han sido atribuidos a ninguna sección, el conocimiento del recurso de revisión que se intente contra las sentencias de pérdida de investidura de concejales corresponden según el reglamento del Consejo de Estado a la Sección Primera, pues se trata de un asunto para el cual no existe regla especial de competencia.

Por lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

Corresponde a la Sección Primera de la Corporación conocer del recurso extraordinario especial de revisión interpuesto por el señor *Fabio Otero Paternina* contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba el 17 de agosto de 1995, en el expediente No. 6932 L.R. No. 27.

Notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de veintiocho (28) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Daniel Suárez Hernández, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Mario Alario Méndez, Ernesto Rafael Ariza Muñoz*, Salvamento de voto; *Germán Ayala Mantilla*; salvamento de voto; *Carlos Betancur Jaramillo, Jesús María Carrillo B., Julio Enrique Correa Restrepo, Miren de la Lombana de Magyaroff, Clara Forero de Castro, Delio Gómez Leyva, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Alvaro Lecompte Luna, Juan de Dios Montes Hernández, Juan Alberto Polo Figueroa*, Salvamento de voto; *Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, Libardo Rodríguez Rodríguez*, Salvamento de voto; *María Eugenía Samper Rodríguez*, Ausente; *Consuelo Sarria Olcos, Manuel Santiago Urueta Ayola*, Salvamento de voto.

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

NOTA DE RELATORIA: Los salvamentos de voto de los doctores Ernesto Rafael Ariza Muñoz y Libardo Rodríguez, Manuel Urueta Ayola se reiteran a las mismas razones expresadas por la Sección Primera en el

auto de 17 de abril de 1996. En el mismo sentido pueden consultarse las provincias del 28 de mayo de 1996, Expediente C-313; Actor Hernando Montes León; Consejero Ponente doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora. Expediente C-314. Actor: Omar Antonio Pastrana Simancas. Consejera Ponente doctora Dolly Pedraza de Arenas, y de 25 de junio de 1996, Expediente C-315. Actor Amelia Gómez Corcho. Consejero Ponente doctor Javier Díaz Bueno.

PROCESO DE PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONCEJAL - Naturaleza / **RECURSO EXTRAORDINARIO ESPECIAL DE REVISION DE PERDIDA DE LA INVESTIDURA CONCEJAL** - Competencia / **SALA PLENA DEL CONSEJO DE ESTADO** - Competencia residual (salvamento de voto)

A ojos del suscrito resulta evidente que lo atinente a decretar la pérdida de investidura no es de tipo *contencioso administrativo* ni tampoco de carácter electoral. No es del primero porque en ese tipo de procesos no se juzgan actos administrativos, ni hechos, omisiones, operaciones administrativas ni contratos estatales (artículo 83). Y no es de carácter electoral, por cuanto en ello no se discute la validez de una elección popular o nombramiento, sino que se indaga sobre las causales que determinen el retiro de por vida del sitial que ocupa por la voluntad del electorado. Por lo tanto, no tratándose de un asunto contencioso-administrativo ni tampoco uno contencioso-electoral, no puede corresponder a la Sección Primera ni a la Sección Quinta, concluyéndose que todo lo que implique conocimiento de solicitudes de pérdidas de investiduras de personas que forman parte de corporaciones de elección popular, a nivel nacional o territorial y que llegue al Consejo de Estado, es de competencia de la Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo. En esta descansa el poder del Estado —emanación de la soberanía que reside exclusivamente en el pueblo (artículo 3° C.N)— de administrar justicia, de ejercer en el mencionado campo labores jurisdiccionales y de competencia y no en otra autoridad a la cual les fueron atribuidas para otros menesteres.

SALVAMENTO DE VOTO

Doctor: *Alvaro Lecompte Luna.*

Con todo respeto y acatamiento a lo decidido por la ilustrada mayoría de la Sala, el suscrito debe salvar su voto por cuanto disiente de los criterios

expuestos en las consideraciones de dicha providencia para determinar que es a la Sección Primera de la misma a la que corresponde, por competencia, conocer del recurso interpuesto contra un fallo del Tribunal Administrativo de Córdoba que decretó la pérdida de investidura del señor *Fabio Otero Paternina* como concejal del municipio de Tierralta, de ese departamento. Por el contrario, el suscrito estima que de dicho asunto tiene competencia esta Sala Plena y no ninguna de las secciones en que se subdivide la de lo Contencioso Administrativo, debido a los razonamientos que a continuación expone.

Cuando en virtud del Decreto-ley 528 de 1964 fue subdividida la Sala en cuatro secciones, el propósito primordial fue permitir la tramitación y fallo de los asuntos contencioso-administrativos por especializaciones, es decir, que el objetivo básico de la jurisdicción de juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas, fuese atendido siguiendo pautas tendientes a unificarlas por materias, según lo determinase el reglamento interno de la Corporación. Difuso quedó lo contencioso-electoral, hasta que en virtud de la Ley 14 de 1988 se creó una sección también especializada, denominada 5ª, para conocer de procesos de este tema.

De manera que la Sala de lo Contencioso Administrativo, la única que tiene funciones *jurisdiccionales* en el Consejo de Estado, se subdivide en secciones —cinco actualmente— para conocer, a través de ellas, de negocios de esa índole y no de otra naturaleza. Inclusive la Sección Primera posee competencia residual porque conoce de los procesos que no puedan ubicarse en los específicos atribuidos a las otras, obedeciendo a parámetros contencioso-administrativos y solamente a ellos.

Pero el Consejo de Estado no solamente es el más alto tribunal de lo contencioso-administrativo del país. Como antes y desde su instalación el 17 de diciembre de 1914 en razón del acto legislativo de 10 de septiembre de ese año, le han sido atribuidas otras funciones, unas jurisdiccionales y otras no. Y así, para no hacer un recuento histórico pormenorizado, la nueva Carta Política de 1991 le asignó la de "conocer de los casos sobre pérdida de la investidura de los congresistas, de conformidad con esta Constitución y la ley" (5-artículo 237). Es claro que ésta no es una cuestión contencioso-administrativa, la que como lo precisa la Ley 144 de 1994 conforme sentencia de la Corte Constitucional que declaró inexequible la norma que radicaba en la Sala Plena de todo el Consejo, dado que ésta no tiene carácter jurisdiccional, es de *competencia* de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

A ojos del suscrito, resulta evidente que lo atinente a decretar la pérdida de investidura no es de tipo *contencioso administrativo* ni tampoco de carácter electoral. No es del primero porque en ese tipo de procesos no se

juzgan actos administrativos, ni hechos, omisiones, operaciones administrativas ni contratos estatales (artículo 83). Y no es de carácter electoral, por cuanto en ello no se discute la validez de una elección popular o nombramiento, sino que se indaga sobre las causales que determinen el retiro de por vida del sitial que ocupa por la voluntad del electorado.

De análoga manera y en desarrollo de mandatos del ordenamiento superior, la Ley 136 de 1994 estableció también un procedimiento para despojar de su investidura a los concejales minicipales, por causales semejantes a las señaladas en cuanto atañe a los congresistas. Obsérvese que el quebranto a los regímenes de las inhabilidades, de las incompatibilidades, de los conflictos de intereses; la indebida destinación de dineros públicos, el tráfico de influencias, etc., que gravitan sobre los congresistas, así mismo cobijan a los concejales.

Por lo tanto, no tratándose de un asunto contencioso-administrativo ni tampoco uno contencioso-electoral, no puede corresponder a la Sección Primera ni a la Sección Quinta, concluyéndose que todo lo que implique conocimiento de solicitudes de pérdidas de investiduras de personas que forman parte de corporaciones de elección popular, a nivel nacional o territorial y que llegue al Consejo de Estado, es de competencia de la Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo. En esta descansa el poder del Estado —emanación de la soberanía que reside exclusivamente en el pueblo (artículo 3° C.N)— de administrar justicia, de ejercer en el mencionado campo labores jurisdiccionales y de competencia y no en otra autoridad a la cual les fueron atribuidas para otros menesteres.

Independientemente, pues, de que la viablidad o no viabilidad del recurso extraordinario especial de revisión sea posible, piensa el suscrito que el conflicto de competencia planteado por la Sección Primera respecto a una determinación de la Sección Quinta de que es incompetente para conocer de esta clase de temas y ante la creencia de aquélla de que corresponde a ésta, ha debido decidirse en el sentido de que es la Sala Plena de lo Contencioso Administrativa la competente, procedimiento, de una vez por todas, a ordenar el reparto del recurso entre sus Consejeros miembros.

Cordialmente,

Alvaro Lecompte Luna.

Fecha *ut supra.*

RECURSO EXTRAORDINARIO ESPECIAL DE REVISION DE PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONCEJAL - Competencia / **SALA PLENA DEL CONSEJO DE ESTADO** - Competencia residual (salvamento de voto)

Con sumo respeto debo expresar mi disentimiento con la decisión mayoritaria que, al desatar el conflicto de competencias planteado, atribuyó a la Sección Primera el conocimiento del recurso extraordinario especial de revisión de los fallos de pérdida de investidura de los concejales dictados por los Tribunales Administrativos, en única instancia. Como lo expresé en la Sala, parece claro que la competencia para conocer de tales recursos debería corresponder a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por varias razones: a) Porque la ley municipal (Ley 136 de 1994) se remite al procedimiento establecido para los congresistas, y es a dicha Sala a quien corresponde tramitar la pérdida de investidura de los congresistas. b) Porque siendo el proceso de pérdida de investidura de los concejales de única instancia, el órgano superior a los Tribunales Administrativos debe ser la Sala de lo Contencioso Administrativo, y c) Porque el numeral 16 del artículo 128 del C.C.A. consagra, en su favor, una cláusula general de competencia. Sin embargo, si por razones de conveniencia y racionalización del trabajo, la competencia ha de atribuirse a las Secciones, ésta correspondería, por la naturaleza del asunto, a la Sección Quinta. En efecto, el recurso persigue mantener en firme una investidura obtenida en una elección popular y pone en juego el derecho fundamental, de estirpe política, de elegir y ser elegido, es decir, es cuestión eminentemente electoral.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Santafé de Bogotá D.C., cinco (5) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).

Referencia: Expediente No. C-311. Actor: Fabio Otero Paternina. Conflicto de Competencias. Entre Sección Primera y Sección Quinta.

SALVAMENTO DE VOTO

Doctor: *Juan Alberto Polo Figueroa.*

Con sumo respeto debo expresar mi disentimiento con la decisión mayoritaria que, al desatar el conflicto de competencias planteado, atribuyó a la Sección Primera el conocimiento del recurso extraordinario especial de revisión de los fallos de pérdida de investidura de los concejales dictados por los Tribunales Administrativos, en única instancia.

Como lo expresé en la Sala, parece claro que la competencia para conocer de tales recursos debería corresponder a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por varias razones:

a) Porque la ley municipal (Ley 126 de 1994) se remite al procedimiento establecido para los congresistas, y es a dicha Sala a quien corresponde tramitar la pérdida de investidura de los congresistas;

b) Porque siendo el proceso de pérdida de investidura de los concejales de única instancia, el órgano superior a los Tribunales Administrativos debe ser la Sala de lo Contencioso Administrativo: y

c) Porque el numeral 16 del artículo 128 del C.C.A., consagra, en su favor, una cláusula general de competencia.

Sin embargo, si por razones de conveniencia y racionalización del trabajo, la competencia ha de atribuirse a las Secciones, ésta correspondería, por la naturaleza del asunto, a la Sección Quinta. En efecto, el recurso persigue mantener en firme una investidura obtenida en una elección popular y pone en juego el derecho fundamental, de estirpe política, de elegir y ser elegido, es decir, es cuestión eminentemente electoral.

Tan cierto es lo anterior, que la mitad de las causales de pérdida de investidura de concejal pueden tramitarse en ejercicio de la acción de nulidad electoral. Y, además, son básicamente las mismas establecidas para los congresistas, que también, en alguna de ellas, pueden demandarse dentro del contencioso electoral.

Atentamente,

Juan Alberto Polo Figueroa.
Consejero de Estado

NOTA DE RELATORIA: A este salvamento se adhiere el doctor Germán Ayala Mantilla.

SALVAMENTO DE VOTO

Consejo de Estado.- Santafé de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejera Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. C-311. Actor: Fabio Otero Paternina. Conflicto de Competencias.

Doctor: *Germán Ayala Mantilla.*

Por compartir plenamente el texto del salvamento de voto presentado por el Consejero doctor *Juan Alberto Polo Figueroa* (folios 46 y 47) manifiesto mi adhesión al mismo.

Respetuosamente,

Germán Ayala Mantilla.

SALVAMENTO DE VOTO

Consejera Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. C-311. Actor: Fabio Otero Paternina. Conflicto de Competencias.

Doctor: *Libardo Rodríguez Rodríguez.*

El salvamento de voto del suscrito Consejero se fundamenta en las mismas razones expresadas por esta Sección en el auto de fecha 17 de abril de 1996, obrante a folios 26 a 29 del expediente, por lo cual, en aras de la economía procesal, a ellas me remito.

Con todo respeto,

Libardo Rodríguez Rodríguez.

Santafé de Bogotá, D.C., 6 de junio de 1996.

SALVAMENTO DE VOTO

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Santafé de Bogotá, D.C., trece (13) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrada Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. C-311. Actor: Fabio Otero Paternina. Conflicto de Competencias entre Sección Primera y Sección Quinta.

Doctor: *Manuel S. Urueta Ayola.*

El salvamento de voto del suscrito Consejero tiene los mismos fundamentos expresados en el auto de esta Sección (ver folios 26 a 29) de diecisiete (17) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996), por lo que considera innecesario ahora repetirlos en este escrito.

Muy respetuosamente,

Manuel S. Urueta Ayola.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONCEJAL - Recurso de revisión / **RECURSO EXTRAORDINARIO ESPECIAL DE REVISION DE PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONCEJAL** - Competencia / **ASUNTO ELECTORAL** - Competencia Sección Quinta

Con el respeto debido por la opinión mayoritaria de la Sala, me he separado de la decisión precedente por las mismas razones que adujo la Sección Primera en el proveído de 17 de abril de 1996 en el sentido de que lo relativo al conocimiento del recurso extraordinario de revisión de los fallos de pérdida de investidura de los concejales no es, en principio, un asunto netamente "de carácter administrativo", de aquellos a que se refiere el numeral 4 de la Sección Primera del artículo 1° del Acuerdo N° 39 de 1990, en la medida en que comprende aspectos políticos, disciplinarios y electorales. A juicio de la Sala, los procesos a que dé lugar tal recurso, se relacionan con la materia electoral, en cuanto implican el cuestionamiento de la investidura de concejal lograda a través de una elección popular y pone en juego derechos constitucionales fundamentales tanto de quienes eligieron como de quienes fueron elegidos (artículo 40 C.P.).

Referencia: Expediente No. C-311. Actor: Fabio Otero Paternina. Conflicto de Competencias .

SALVAMENTO DE VOTO

Doctor: *Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Con el respeto debido por la opinión mayoritaria de la Sala, me he separado de la decisión precedente por las mismas razones que adujo la Sección Primera en el proveído de 17 de abril del presente año, obrante a folios 26 a 29 del expediente de la referencia, las cuales en esencia son las siguientes:

"... 1°. El artículo 55 de la Ley 136 de 1994 señala las causales de pérdida de investidura de los concejales.

Así mismo, prevé: a) La ***competencia*** *atribuida a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo de la respectiva jurisdicción; y b) El* ***procedimiento,*** *que es el mismo al establecido para los congresistas en lo que corresponda.*

2°. El procedimiento para la pérdida de investidura de los congresistas está consagrado en la Ley 144 de 1994.

Esta ley instituye, además, el recurso extraordinario especial de revisión, por las causales que señala en su artículo 17. Mas, de manera expresa no consagra, respecto de los congresistas, cuál es el órgano competente para conocer de ese recurso ni el procedimiento que deba adelantarse.

3°. La Ley 136 de 1994 no consagra el recurso extraordinario especial de revisión respecto de los fallos de pérdida de investidura de los concejales proferidos por los Tribunales Administrativos.

Pero si el procedimiento comprende los sujetos procesales, los actos procesales (términos, régimen probatorio, recursos, etc.) y los procesos, ha de aceptarse que todo lo previsto en relación con tal materia en la Ley 144 de 1994 para los congresistas incluido el recurso extraordinario especial de revisión, debe tener aplicación en relación de los concejales.

4°. Los concejales interesados en la revisión de los fallos de pérdida de su investidura han presentado demanda contentiva de sus recursos ante el Tribunal que profirió el fallo respectivo, quien, los remitió a la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, por conducto de la Sección Quinta, y fueron repartidos a esta última sección, con la fundada creencia, de que se trata de una cuestión electoral. Por esta Sección, a su vez, los ha remitido a la Sección Primera, con fundamento en el artículo 1° del Acuerdo N° 39 de 1990, conforme al cual a ésta última lo está atribuido el conocimiento de los asuntos administrativos para los cuales no exista regla general de competencia.

La Sala ha estudiado el asunto y considerado que lo relativo al conocimiento del recurso extraordinario de revisión de los fallos de pérdida de investidura de los concejales no es, en principio, un asunto netamente «de carácter administrativo», de aquellos a que se refiere el numeral 4 de la Sección Primera del artículo 1° del Acuerdo N° 39 de 1990, en la medida en que comprende aspectos políticos, disciplinarios y electorales.

A juicio de la Sala, los procesos a que dé lugar tal recurso, se relacionan con la materia electoral, en cuanto implican el cuestionamiento de la investidura de Concejal lograda a través de una elección popular y pone

en juego derechos constitucionales fundamentales tanto de quienes eligieron como de quienes fueron elegidos (artículo 40 C.P.)...".

Por lo anterior estimo que corresponde a la Sección Quinta de esta Corporación conocer del recurso extraordinario especial de revisión, y no a la Sección Primera, como se dispuso en dicha decisión.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz.
Consejero

ACTUACION CORRECCIONAL - Régimen aplicable

En materia correccional la regulación especial contenida en los artículos 114 y 115 del Código Contencioso Administrativo prima sobre la general consagrada en la ley Estatutaria de la Administración de Justicia, y a ella debe sujetarse la Sala, por consiguiente, en el caso objeto de estudio.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Santafé de Bogotá D.C., cuatro (4) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Actuación correcional contra el señor Emilio Sánchez Alsina.

Mediante proveído de 3 de mayo de 1996 se dispuso que por la Secretaría General se le hiciera saber al señor *Emilio Sánchez Alsina* que la conducta asumida por él en la audiencia pública efectuada el 30 de abril de 1996 dentro del expediente No. AC-3451, podría estar incursa en las faltas correccionales consagradas en el artículo 58 numerales 1 y 3 de la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia) y que le podía acarrear las sanciones previstas en el artículo 60 *ibidem* razón por la cual, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 59 *ibidem,* se le concedió el término de tres días, contados a partir de la notificación de dicha providencia, a fin de que suministrara las explicaciones que a bien tuviera dar en ejercicio de su derecho de defensa y para garantizarle así el debido proceso.

Conforme obra a folio 12, el señor *Emilio Sánchez Alsina* fue notificado personalmente el 14 de mayo de 1996 haciéndosele entrega de la respectiva providencia.

El 17 de mayo de 1996, esto es, dentro del término previsto en el preveido antes citado, el señor *Emilio Sánchez Alsina* presentó un memorial ante la Secretaría General, en el cual expresó:

"Anexo cassette para lo pertinente".

En dicho cassette se emplea un lenguaje, al parecer de un dialecto indígena, el cual es inintegible y no puede ser considerado habida cuenta que el artículo 102 del C. de P.C. ordena que en las actuaciones procesales se emplee el idioma castellano, idioma éste que no es extraño al señor *Emilio Sánchez Alsina* ya que lo ha empleado en los diferentes procesos de pérdida de investidura de congresistas que ha promovido ante esta Corporación y en las intervenciones que han realizado en los mismos, incluyendo el proceso del cual forma parte esta actuación correccional.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

I. La conducta del señor Emilio Sánchez Alsina.

Según consta en la transcripción de la intervención del señor *Emilio Sánchez Alsina* en la audiencia pública antes mencionada, éste dijo, en lo pertinente, que "...me conmueve el alma de ver que haya Magistrados vendidos y pusilámines (sic), falsetos de mierda...".

En comunicación dirigida al Presidente de la Corporación, entregada en la misma audiencia, manifestó:

"Doctor Suárez. Un consejo como hombre: Cuando tenga que decir algo dígalo de frente. Sea digno de su investidura. Las consejas déjeselas (sic) a «Dioselina Timaná» (sic) que muy seguramente ella tiene mejores maneras para transmitírselas (sic) al señor Fiscal General de la Nación. Emilio Sánchez Alsina".

De lo que ha quedado reseñado, dice la Sala, sin mayor esfuerzo, se advierte que el señor *Emilio Sánchez Alsina* utilizó términos descomedidos, soeces e irrespetuosos para referirse en la audiencia pública a los Magistrados integrantes de esta Corporación, así como los que empleó en la comunicación que en dicha audiencia entregó al señor Presidente de la misma, doctor *Daniel Suárez Hernández.*

II. El régimen legal aplicable.

Si bien es cierto que en el proveído de 3 de mayo del presente año, con el cual se dio iniciación a esta actuación correccional, se encuadró la conducta del señor *Emilio Sánchez Alsina* dentro de las previsiones de los artículos 58 a 60 de la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia), también lo es que la Honorable Corte Constitucional, en sentencia C-218 de 1996 de 6 de mayo de 1996 (Magistrado Ponente doctor *Fabio Morón Díaz*, Expediente N° D-1114), al declarar exequible el numeral 2 del

artículo 39 del C. de P.C. (modificado por el numeral 14 del artículo 1° del Decreto-ley 2282 de 1989), precisó que esos preceptos de la referida ley Estatutaria son aplicables en la medida que los Código de Procedimiento no hayan establecido una regulación especial. Al efecto la mencionada Corporación expresó lo siguiente:

> *"... Finalmente, advierte la Corte que no existe contradicción entre lo dispuesto por el artículo 39 del C.P.C. y lo que señala la* ***Ley 270 de 1996, estatutaria de la Administración de Justicia, pues esta última norma es general, aplicable en todo caso cuando los respectivos Código de Procedimiento no hayan establecido una regulación especial.***
>
> *Además, es indudable que, por naturaleza, ésta es una materia propia de las actuaciones procesales de las cuales se ocupan dichos códigos y que concierne a su regulación legal, y, en ningún caso contradice lo dispuesto en la Carta Política..."* (destacado fuera del texto).

La consideración hecha por el órgano del control de constitucionalidad de las leyes conduce a la conclusión de que en materia correccional la regulación especial contenida en los artículos 114 y 115 del Código Contencioso Administrativo prima sobre la general consagrada en la ley Estatutaria de la Administración de Justicia, y a ella debe sujetarse la Sala, por consiguiente, en el caso objeto de estudio.

Por ello, mediante proveído de 23 de mayo de 1996 se dispuso adecuar el trámite que legalmente corresponde a la actuación correccional adelantada contra el señor *Emilio Sánchez Alsina* esto es, el previsto en los artículos 114 y 115 del C.C.A., ordenado, en consecuencia, que por la Secretaría General se pusiera en su conocimiento la transcripción pertinente del acta contentiva de su intervención en la audiencia pública efectuada el 30 de abril del presente año y de la comunicación que en la misma entregó al señor Presidente de la Corporación, doctor *Daniel Suárez Hernández*, para que en el término de dos días, contados a partir de la notificación de la providencia, manifestara lo que considera pertinente y contundente en ejercicio de su derecho de defensa, para lo cual, según consta a folio 21, se remitió a lo expresado en el cassette presentado con anterioridad.

Prevén los precitados artículos:

> *"**Artículo 114. Imposición de sanciones correccionales.** El Consejo de Estado, sus salas o secciones o cualquiera de sus miembros tienen facultad para sancionar correccionalmente, previa averiguación que garantice el derecho de defensa con multa hasta de diez mil pesos ($10.000.oo) o arresto hasta de diez (10) días, a quienes desobedezcan*

sus órdenes o falten al respeto a la corporación o a cualquiera de sus miembros en el desempeño de sus funciones oficiales o como consecuencia de su ejercicio" (Resalta la Sala).

*"**Artículo 115. Recursos contra las sanciones.** Contra las sanciones correccionales sólo procede el recurso de reposición, que se resolverá en el acto y de plano".*

Sobre el alcance de los poderes correccionales del juez la Corte Constitucional en la sentencia antes mencionada precisó lo siguiente:

"...el poder judicial se materializa en cada uno de sus jueces y magistrados, cada uno de ellos asume la grave responsabilidad de impartir justicia en nombre del pueblo soberano, sometido tan sólo al imperio de la ley; por eso, cuando éste cumple con sus funciones o actúa en razón de ellas encarna la majestad de la justicia, produciendo decisiones que han de entenderse originadas en el mandato soberano del pueblo, artículo 3 de la C.P., que alegó en ese funcionario, dada su formación especializada y calidades específicas, el poder de impartir justicia...

...Todos y cada uno de los jueces y magistrados son el poder judicial y todos ejercen a plenitud la jurisdicción, según una distribución funcional reservada a la ley, lo que implica que cada uno de ellos sea el titular de ese poder y no la organización en su conjunto...

...En este contexto, durante el desarrollo de un determinado proceso, las partes actúan, no frente a la persona del juez, la cual amerita respeto, sino ante el pueblo soberano que ha depositado en aquél la facultad que le es propia de impartir justicia, lo que hace que la relación no sea simétrica, entre ciudadanos, sino asimétrica, entre éstos y la majestad misma de la justicia, a la cual se somenten y le deben el máximo respeto y consideración; de ahí la gravedad de aquellos comportamientos que impliquen, pues no sólo se están desconociendo los derechos del juez como individuo, sino los del pueblo soberano representando en él...

... El juez, como máxima autoridad responsable del proceso, está en la obligación de garantizar el normal desarrollo del mismo, la realización de todos y cada uno de los derechos de quienes en él actúan, y, obviamente, de la sociedad en general, pues su labor trasciende el interés particular de las partes en conflicto. Para ello el legislador lo dota de una serie de instrumentos que posibilitan su labor, sin los cuales le sería difícil mantener el orden y la disciplina que son esenciales en espacios de los cuales se controvierten derechos y es dirimen situaciones en las que predominan conflictos de intereses...".

Teniendo en cuenta que el señor *Emilio Sánchez Alsina* no suministró en ejercicio de su derecho de defensa explicación alguna, no obstante habérsele dado oprtunidad legal para ello y que actuó con claro desconocimiento de los deberes que la Constitución Política impone a los nacionales y extranjeros, en sus artículos 4° y 95 numeral 3 de respetar y obedecer a las autoridades democráticas legítimamente constituidas, normas éstas que desarrolla y protege al artículo 114 del C.C.A.; que las faltas cometidas por él revisten el carácter de graves ya que atentan contra la dignidad de la justicia, que encarna esta Corporación en cada uno de sus integrantes, y en aras de mantener incólume el principio de autoridad y de salvaguardar la dignidad y respeto que merecen los integrantes de esta Corporación por razón del cumplimiento de las funciones que les han asignado la Constitución y la ley, debe aplicársele una sanción correccional consistente en diez (10) días de arresto en el lugar de reclusión que para tal efecto señale el Director del Instituto Nacional Penitenciario (INPEC) o el funcionario al que legalmente le corresponda, como en efecto se dispondrá en la parte resolutiva de esta providencia.

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

RESUELVE:

Primero. SANCIONAR CORRECCIONALMENTE al señor *Emilio Sánchez Alsina*, identificado con cédula de ciudadanía N° 79.112. 283 de Bogotá, con arresto de diez (10) días en el lugar de reclusión que para tal efecto señale el Director del Instituto Nacional Penitenciario (INPEC) o el funcionario al que legalmente le corresponda.

Segundo. Contra la sanción correccional sólo procede el recurso de reposición, conforme lo previene el artículo 115 del C.C.A.

Tercero. Para hacer efectiva la sanción correccional impuesta, ofíciese al señor Director General del Departamento Administrativo de Seguridad DAS y al señor Comandante del Departamento de Policía Metropolitana de Santafé de Bogotá.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día cuatro (4) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).

Daniel Suárez Hernández, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Mario Alario Méndez, Germán Ayala Mantilla, Joaquín Barreto Ruiz*, aclaración de

voto; *Carlos Betancur Jaramillo, Jesús María Carrillo B., Ausente; Julio Enrique Correa Restrepo, Miren de la Lombana de Magyaroff, Javier Díaz Bueno, Clara Forero de Castro, Delio Gómez Leyva, Amado Gutiérrez Velasquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Alvaro Lecompte Luna, Juan de Dios Montes Hernández, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas,* Ausente; *Juan Alberto Polo Figueroa, Libardo Rodríguez Rodríguez, Consuelo Sarria Olcos, Manuel Santiago Urueta Ayola.*

SANCION CORRECCIONAL - Vigencia

Como con anterioridad a la providencia objeto de la presente aclaración había sostenido la improcedencia de aplicar las medidas disciplinarias o correccionales previstas, entre otros, en el artículo 39 del C. de P.C y en el 114 del C.C.A., considero oportuno aclarar que mi cambio de opinión obedece al reciente pronunciamiento de la Corte Constitucional contenido en la sentencia del 16 de mayo de 1996 proferida dentro de la acción C-218 de 1996 con ponencia del doctor *Fabio Morón Díaz*, que declaró exequible el numeral 2 del artículo 39 del C. de P.C., pronunciamiento que tiene incidencia igualmente en el artículo 114 del C.C.A., por tener, en mi sentir, el mismo sustento en la Carta Política.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Santafé de Bogotá, D.C., once (11) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).

Referencia: Actuación Correccional. Actor Emilio Sánchez Alsina.

ACLARACION DE VOTO

Doctor: *Joaquín Barreto Ruiz.*

Como con anterioridad a la providencia objeto de la presente aclaración había sostenido la improcedencia de aplicar las medidas disciplinarias o correccionales previstas entre otros, en el artículo 39 del C. de P.C y en el 114 del C.C.A., considero oportuno aclarar que mi cambio de opinión obedece al reciente pronunciamiento de la Corte Constitucional contenido en la sentencia del 16 de mayo de 1996 proferida dentro de la acción C-218 de 1996 con ponencia del doctor *Fabio Morón Díaz*, que declaró exequible el numeral 2 del artículo 39 del C. de P.C., pronunciamiento que tiene incidencia igualmente en el artículo 114 del C.C.A., por tener, en mi sentir, el mismo sustento en la Carta Política.

Atentamente,

Joaquín Barreto Ruiz.

CONFLICTO DE INTERESES - Impedimento moral o económico / **PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONGRESISTA** - Conflicto de intereses / **ALVARO BENEDETTI VARGAS** - Congresista

Para salvaguardar tal finalidad y asegurar la transparencia en la expedición de las leyes, de una parte, y que su proceso de formación y contenido no se perturbe o responda al interés o intereses personales de quienes participan en su adopción, por la otra, es por lo que se ha consagrado en los textos constitucionales el deber de abstención de los congresistas al poner en conocimiento de la respectiva Cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el proceso de estudio y aprobación de un determinado proyecto de ley —artículo 182 C.N.—; pero, como este deber puede ser incumplido, se consagró como sanción, la pérdida de la investidura de congresista, al imponer el deber de abstención el artículo 182 de la C.N. Y ese interés directo debe estar presente tanto en la discusión como al momento de adoptar la decisión para poder determinar a través de su examen, si existe el conflicto de intereses entre los dos extremos, la situación particular del congresista y el contenido de la norma materia de aprobación, y lo habrá cuando la manifestación de su voluntad en la discusión y al emitir su voto esté influida por su propio interés y, por tanto, éste se enfrenta a las obligaciones propias de su investidura que le imponen proceder consultando la justicia y el bien común, lo cual excluye el aprovechamiento personal de su investidura, que se materializa cuando la decisión lo afecta a él, o a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o a algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o a sus socios de derecho o de hecho. Cuando aquél no se expresa, pero la voluntad del parlamentario tanto en la discusión como al emitir su voto es contraria al contenido de la norma, vale decir, se opone a su aprobación y vota en forma negativa, no surge violación al régimen de conflicto de intereses, que es la causal que se consagra constitucional y legalmente para que proceda la pérdida de investidura de congresista. No se presentó violación

al régimen de conflicto de intereses entre la situación particular del congresista y el contenido de la norma materia de aprobación, al expresar su voluntad mediante el voto negativo cumplió con las obligaciones propias de su investidura.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Santafé de Bogotá, D.C., cuatro (4) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: *Doctor Delio Gómez Leyva.*

Referencia: Expediente N° AC-3549. Actor: Emilio Sánchez Alsina. Asuntos Constitucionales.

Procede la Sala a decidir la solicitud de pérdida de la investidura de congresista del Representante a la Cámara *Alvaro E. Benedetti Vargas,* presentada por el ciudadano *Emilio Sánchez Alsina,* en ejercicio de la facultad conferida por el artículo 184 de la Constitución Nacional.

1. La solicitud.

El ciudadano *Emilio Sánchez Alsina,* obrando en nombre propio y en ejercicio de la facultad conferida por el artículo 184 de la Constitución Política, solicita se decrete la pérdida de la investidura de congresista del representante a la Cámara, *Alvaro E. Benedetti Vargas,* por violar el artículo 183 de la Constitución Política y la Ley 5ª de 1992.

La solicitud la fundamenta en los siguientes hechos:

(...)

9° El precipitado congresista ha violado el régimen de **conflicto de intereses** por las siguientes circunstancias:

a. El pasado 14 de diciembre del año 1995 el representante en referencia, asistió y contestó el llamado a lista en la plenaria que para esta fecha se celebró por el (sic) **Honorable Cámara de Representantes.**

b. Luego de hacerse presente en la sesión plenaria del día 14 de diciembre de 1995, el representante participó activamente en un proyecto de ley sometido a su consideración que textualmente dice: La doctrina constitucional adoptada en las sentencias de la Corte Constitucional es criterio auxiliar de interpretación por las autoridades, excepto en los siguientes casos:

1°. Cuando se dicte sentencias interpretativas, es decir aquéllas que declaren la exequibilidad de una norma legal condicionada a una determinada forma de interpretación.

2°. Cuando la parte motiva de la sentencia proferida por la Corte Constitucional guarde relaciones directa (sic) o tenga nexo con la parte resolutiva de la misma.

3°. En los casos de sentencia, es decir cuando a falta de legislación adecuada para resolver un asunto concreto sometido a su competencia, el juez aplique directamente la norma constitucional.

4°. En estos casos la doctrina adoptada en las providencias hace tránsito a cosa juzgada constitucional, obliga en su integridad y corrige la jurisprudencia. Su inobservancia será causal de mala conducta", (Artículo 230 de la Constitución Nacional).

c) Con dicho artículo presentado dentro del proyecto de ley que se sometió a estudio, consideración, discusión y votación en la Cámara de Representantes, el Representante demandado violó "el conflicto de intereses" establecido por la Constitución Nacional, porque participo (sic) en un tema que le estaba vedado constitucionalmente según lo ha entendido la jurisprudencia así:

*"... El conflicto de interés como causal de la **pérdida de investidura** consiste según las disposiciones citadas, en participar en el trámite de asuntos que le están vedados por razones éticas, cuando lo procedente era declararse **impedido**, por tener interés directo en la decisión...*

... Participar en el sentido lógico y gramatical de la expresión tiene una significación dinámica, activa que se traduce en la ejecución de actos, en el desarrollo de actividad. Rechaza por lo tanto el entendimiento de actitudes omisivas o pasivas...

... No es pues, según se deja explicado, la simple omisión de la actividad privada del congresista en el libro respectivo lo que estructura la causal de violación al Régimen de Conflicto de Intereses, sino su intervención en los debates y votaciones de leyes respecto de las cuales existan por parte de él, su cónyuge o compañero o compañera permanente, sus parientes o socios de hecho o derecho, interés directo en su adaptación...".

d) Este artículo del proyecto de ley pretendía presumiblemente convertir el "enriquecimiento ilícito" en una conducta subalterna, lo cual traería consigo que este delito no existiría como tal cuando no estuviese previa-

mente demostrado que el dinero que lo determina tiene origen en una actividad al margen de la ley, es decir, que en la práctica estaría implicando la desaparición del "Enriquecimiento Ilícito", ya que lo que se ha buscado con su tipificación en nuestro ordenamiento penal es sancionar ciertos comportamientos que por falta de pruebas no era posible castigar;

e) Con dicho artículo del proyecto de ley, el representante de la referencia, presuntamente buscó suspender proceso por enriquecimiento ilícito que entre otros adelanta la Honorable Corte Suprema de Justicia, contra el mismo, toda vez que lo que buscó fue obtener beneficios propios de índole penal;

f) El precipitado artículo hacía parte del proyecto de ley que se sometió a consideración de la Cámara de Representantes toda vez que éste ya había sido probado (sic) por el Honorable Senado de la República en cesión (sic) Plenaria del día 13 de diciembre de 1995;

g) No obstante lo anterior y pese a que para la fecha 14 de diciembre de 1995 al parecer, el representante de la referencia, la Honorable Corte Suprema de Justicia, le investigaba por delitos que eventualmente pudieran ser favorecidos con el proyecto de ley promovido y votado por el representante *Alvaro E. Benedetti Vargas*, no se declaró impedido cual era su obligación legal, moral y ética.

h) El artículo del proyecto de ley sometido a la consideración de la plenaria del Senado de la República y que da origen a la presente demanda de ninguna manera le compadece, ni se relaciona con el proyecto de ley en el cual se quiso introducir el artículo enunciado en el numeral 8, ya que las figuras que allí se pretendieron incluir son materias completamente diferentes y que no guardan unidad de tema con las allí tratadas, ya que el proyecto sólo buscaba sancionar delitos menores siendo que inclusive algunos de éstos pasan a ser contravenciones especiales (hoy Ley 228 del 21 de Diciembre de 1995).

Indica esta actitud no otra cosa diferente que obtener beneficios propios el legislar en su propio interés.

i) El objetivo buscado con el artículo que se introdujo en el proyecto, fue algo habilidoso y sobrepticio (sic) toda vez que además no tiene ponente conocido lo cual indica que no fue (sic) algo accidental o desprevenido sino con un interés específico (sic) claro e inequívocamente encaminado a beneficiar intereses propios;

j) En consecuencia el representante *Alvaro E. Benedetti Vargas*, está incurso en la incompatibilidad o prohibición señalada en el artículo 182 de

la Constitución Política, también se señala en el artículo 286 de la Ley 5ª de 1992 sobre el reglamento del Congreso de la República, que se sanciona con la ***pédida de la investidura***, que se solicita en la presente demanda;

k) La conducta desplegada por el representante *Alvaro E. Benedetti Vargas*, viola no solamente el artículo 182 de la Carta (sic) sino el espíritu de paz y los acuerdo (sic) democráticos que significo (sic) la Constitución Nacional de 1991.

2. Contestación de la solicitud.

Dentro del término legal el representante *Alvaro E. Benedetti Vargas*, a través de apoderado contestó la solicitud presentada, afirmando en síntesis:

1°. Que efectivamente asistió y contestó el llamado a lista en la plenaria de la Cámara de Representantes celebrada el 14 de diciembre de 1995, pero no es cierto que haya participado activamente en la discusión del proyecto, pues su actuación se limitó a cumplir con los deberes que el cargo le impone.

2°. Que no es exacto afirmar que al votar favorablemente se buscaba un beneficio de índole penal, ya que como aparece acreditado el artículo fue votado negativamente y en forma unánime.

3°. Que para la fecha del 14 de diciembre de 1995, el Representante *Alvaro E. Benedetti Vargas*, no estaba siendo investigado por la Corte Suprema de Justicia, para tal fecha existía investigación Preliminar; la apertura de investigación se produjo en el mes de marzo de 1996.

4°. Inexistencia del Conflicto de Intereses, pues éste no se concretó, ya que el artículo no fue votado favorablemente, y el supuesto beneficio dependía de que se votara favorablemente, lo cual no se hizo, por voluntad unánime del órgano congresional.

5°. El conflicto de intereses no está suficientemente definido en la ley; ni en la Constitución Política ni en la Ley 5ª de 1992, se define, por ejemplo, el concepto de interés directo, y el Constituyente defirió a la leyel regular este aspecto, lo cual no ha hecho, por lo que la conducta del Representante *Alvaro E. Benedetti Vargas*, no puede dar lugar a conflicto de intereses, ante la ausencia de definición específica, ya que si las inhabilidades y las incompatibilidades son limitaciones a la capacidad para la actuación de los congresistas éstas en consecuencia, deben estar expresamente determinadas por la ley.

6°. Por último, expresa que ante la ausencia de una reglamentación específica sobre el conflicto de intereses, no puede prosperar el criterio

subjetivo en cuando al concepto de interés, porque ello conllevaría a un clima de inseguridad y de incertidumbre jurídica.

3. La audiencia pública.

El martes 28 del mes próximo pasado se realizó la audiencia pública, para escuchar las alegaciones de las partes, concediéndose el uso de la palabra a las mismas en el orden indicado en el artículo once de la Ley 144 de 1994, y absteniéndose de hacer uso de ella la parte actora, quien asumió actitud de silenciosa meditación, y al no atender el requerimiento del Magistrado conductor del proceso de iniciar su intervención, le fue conferida la palabra al señor Agente del Ministerio Público.

El Procurador Cuarto Delegado ante la Corporación, al solicitar le sea mantenida la investidura de congresista de representante a la Cámara que ostenta el doctor *Alvaro E. Benedetti Vargas*, expresó:

Se acusa al congresista de haber participado activamente en el proyecto sometido a consideración de la plenaria de la Cámara de Representantes el 14 de diciembre de 1995, sobre tan cuestionado artículo, con cuya aprobación pretendía obtener beneficios propios de índole penal, lo cual es contrario a la realidad, pues según consta en la *Gaceta* N° 485 del 26 de diciembre de 1995, los miembros de la Cámara, en la sesión citada, lo negaron de manera unánime.

Siendo ello así, resulta ilógico que se hubiera incurrido en el conflicto de intereses, pues la intención de derrotar el artículo se manifestó no sólo en el voto negativo sino en la ausencia de cualquier posición favorable o de intervención en su defensa.

Por su parte, el señor apoderado del representante *Alvaro E. Benedetti Vargas* advirtió que el Consejo de Estado como órgano máximo de la justicia Contencioso Administrativa, no puede ser lugar para el debate de sentimientos extraños a la juridicidad, pues cuando se acude en demanda para que se declare en derecho, el actor debe partir de los hechos que correspondan a la realidad y puedan ser examinados a la luz de las normas que se ocupan de determinar su alcance y contenido, lo cual no sucede en el *sub lite*.

En efecto, afirma, el demandante en nada se ocupó de estudiar la situación del representante *Alvaro E. Benedetti Vargas*, en el supuesto conflicto de intereses, y al sustentar el cargo lo hizo de manera torticera, ya que no presentó ni indicó la prueba o pruebas en que basada su aseveración, limitándose a expresar que el demandado participó activamente en un proyecto de ley sometido a su consideración, lo cual se traduce, en el lenguaje del actor, o que era ponente del artículo, o que intervino para solicitar su aprobación o que de alguna manera lo defendió y buscó que fuera acogido.

Por el contrario, expresa, que de acuerdo al acta de la sesión plenaria de la Cámara de Representantes del 14 de diciembre de 1995, no queda la más mínima duda sobre la actuación del representante *Alvaro E. Benedetti Vargas*, pues ni fue ponente, ni promotor del artículo cuestionado, ni participó, porque no ejecutó acto tendiente a lograr para sí o para sus próximos beneficios alguno, por lo cual no se evidencia el conflicto de intereses, al valor negativamente el artículo su representado.

De otra parte, agrega, tampoco es cierto, como lo afirma el demandante, que el representante *Alvaro E. Benedetti Vargas* pretendiera suspender el proceso que por enriquecimiento ilícito le adelantaba la Corte Suprema de Justicia, ya que no podía obtener beneficio de índole penal con un artículo que no se aprobó y que recibió unánime rechazo por parte de la plenaria de la Cámara de Representantes. De igual manera es inexacta la afirmación de que en la Corte Suprema se tramitara proceso por tal conduc-ta, pues la indagación e investigación penal son momentos procesales bien diferenciados y con implicaciones diversas; mediante la primera se busca indagar la existencia de un hecho y su eventual correspondencia con un tipo penal; por la segunda, se materializa la forma vinculación que termina o con acusación o con la preclusión de la instrucción; ambas situaciones se produjeron para el representante *Alvaro E. Benedetti Vargas* en el mes de marzo de 1996, o sea, con posterioridad a la fecha de la sesión de la Cámara de Representantes en que se votó negativamente la supuesta norma que lo favorecía.

Y en cuanto al impedimento no expresado por su poderdante, manifiesta que para el 14 de diciembre de 1995, el presupuesto requerido para ello no se daba, ya que la indagación preliminar no era propiamente por enriquecimiento ilícito, al menos ello se desprende de la carátula que se ordenó abrir y en la cual en letras grandes aún dice "Testaferrato".

Por tanto, concluye, el voto negativo de su poderdante demuestra que nunca existió conflicto de intereses, porque no aprovechó su investidura de parlamentario para beneficiarse de un proyecto de artículo que presuntamente lo favorecía.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Al decidir el asunto sometido a su consideración, la Sala se referirá a dos aspectos fundamentales: 1) El conflicto de intereses y su regulación legal, y b) El sunto de fondo.

1°. El conflicto de intereses y su regulación legal.

Respecto a la finalidad buscada con la pérdida de la investidura, la Sala ha tenido oportunidad de indicar:

"La Constitución, como proyecto de vida social y política, con relación al Congreso, persigue la moralización de las costumbres políticas con miras de la legitimación institucional; la constatación de la erosión de una y de otra motivó el proceso constituyente de 1990 y 1991, entre sus razones esenciales.

Con ese propósito, introduce como institución novísima en el derecho público colombiano la pérdida de la investidura que tuvo un antecedente fugaz en la reforma constitucional de 1979, a diferencia de lo que tradicionalmente han previsto la Constitución Política y la ley acerca de la pureza del sufragio y de sus remedios, a través del proceso electoral confiado al juez Contencioso Administrativo.

Esta institución apunta a la consecución de las finalidades consignadas al comienzo, es decir, la moralización y legitimación de la institución política de representación popular; y para lograrlo se señalaron unas precisas causales de orden constitucional adecuado a esta materia, así como un juez propio que se podría denominar el juez de la desinvestidura.

Con estas características, el proceso de pérdida de investidura adquiere perfiles propios que permiten distinguirlo de cualquier otro proceso similar a que se sujeten los congresistas como serían, por ejemplo, el penal y el disciplinario" (Expediente N° AC-2102, sentencia de 19 de octubre de 1994, pérdida de investidura del Representante *Alfonso Uribe Badillo*, Consejero Ponente doctor *Juan de Dios Montes Hernández).*

De ahí, que para salvaguardar tal finalidad y asegurar la transparencia en la expedición de las leyes, de una parte, y que su proceso de formación y contenido no se perturbe o responda al interés o intereses personales de quienes participan en su adopción, por la otra, es por lo que se ha consagrado en los textos constitucionales el deber de abstención de los congresistas al poner en conocimiento de la respectiva Cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el proceso de estudio y aprobación de un determinado proyecto de ley —artículo 182 C.N.—; pero, como este deber puede ser incumplido, se consagró como sanción la pérdida de la investidura de congresista, al imponer el deber de abstención el artículo 182 de la C.N., cuando dispone:

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

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

La norma contempla, en primer lugar, la obligación de expresar las situaciones de orden moral y económico que puedan generar la inhibición para participar en la discusión de un asunto sometido a su consideración, y en segundo lugar, defiere a la ley la regulación de lo relacionado con los conflictos de intereses, mandato cuyo desarrollo ha sido cumplido a través de las leyes 5ª de 1992 y 144 de 1994, cuyos artículos 286 y 16, respectivamente, disponen:

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

> *"**Artículo 16. Conflicto de Intereses. Definición.** Los congresistas que dentro del año inmediatamente anterior a su elección hayan prestado servicios remunerados a gremios o personas de derecho privado sobre cuyos intereses o negocios incidan directamente actos que se mantienen al estudio del Congreso, deberán comunicar por escrito a la mesa directiva de la respectiva Corporación para que decida si los congresistas aludidos deben abstenerse de participar en el trámite y votación de dichos actos".*

De igual manera, la Corporación se ha pronunciado respecto los alcances de esta causal de pérdida de la investidura de los congresistas al señalar:

> *"Para que se estructure el conflicto de intereses, se precisa, fundamentalmente, que de parte del congresista «...exista un interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera, como lo previene el artículo 286 Ley 5ª de 1992».*
>
> *El Diccionario de lo Real Academia de la Lengua, define así la palabra «directo»: Derecho en línea recta. Dícese de lo que va a una parte a otra sin detenerse en los puntos intermedios.*
>
> *De manera que para que el interés sea **directo** debe surgir de los extremos de la relación que se plantea a través de la decisión que haya de tomarse con respecto a los proyectos de la ley, sin intermediación alguna. En otro giro, de la ley al Congresista...*
>
> *El sentido que expresa el «conflicto de intereses» se refiere a situaciones de carácter particular, estrictamente personales en las que tenga interés el congresista y significa aprovechamiento personal de su investidura"* (Expediente No. AC-1433. Pérdida de Investidura del Representante *Gabriel Acosta Bendek*, agosto 4 de 1994, Consejero Ponente *doctor Diego Younes Moreno).*

Y en otro de sus pronunciamientos expresó:

"Por tanto, en el proceso de formación de la normatividad jurídica a través de las leyes que expida el Congreso, habrá conflicto de intereses cuando la actuación del congresista está influida por su propio interés, de manera que éste se enfrenta a las obligaciones propias de su investidura, que le imponen proceder consultando la justicia y el bien común, lo que excluye cualquier influencia o prevalencia de su interés particular sobre los intereses generales de la comunidad" (Expediente AC-1499 Pérdida de Investidura del senador *Fuad Ricardo Char Abdala*, agosto 26 de 1994).

Y ese interés directo debe estar presente tanto en la discusión como al momento de adoptar la decisión para poder determinar a través de su examen, si existe el conflicto de intereses entre los dos extremos, la situación particular del congresista y el contenido de la norma materia de aprobación, y lo habrá cuando la manifestación de su voluntad en la discusión y al emitir su voto esté influída por su propio interés y, por tanto, éste se enfrenta a las obligaciones propias de su investidura que le imponen proceder consultando la justicia y el bien común, lo cual excluye el aprovechamiento personal de su investidura, que se materializa cuando la decisión lo afecta a él, o a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o a sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o a sus socios de derecho o de hecho.

Y en la hipótesis que por el contenido de lo sometido a consideración del congresista se presente para él o las personas antes indicadas interés directo, se impone el deber de manifestar su impedimento, precisamente, para que la violación al régimen de conflicto de intereses no se materialice al emitir su voto favorable; más sin embargo, cuando aquél no se expresa, pero la voluntad del parlamentario tanto en la discusión como al emitir su voto es contraria al contenido de la norma, vale decir, se opone a su aprobación y vota en forma negativa, no surge violación al régimen de conflicto de intereses, que es la causal que se consagra constitucional y legalmente para que proceda la pérdida de investidura de congresista.

2°. El asunto de fondo.

2.1. *La calidad de Representante del Doctor Alvaro E. Benedetti Vargas.*

Está plenamenta acredita la calidad de representante a la Cámara del doctor *Alvaro E. Benedetti Vargas* para el período constitucional 1994-1998, por la Circunscripción Electoral de Bolívar, mediante certificación expedida por la Registraduría Nacional del Estado Civil, del 18 de marzo de 1996, visible a folio 9 del expediente C.P.

2.2. *Solicitud de impedimento.*

No se advierte en la *Gaceta* N° 485, del 26 de diciembre de 1995, en la cual aparece el Acta No. 79 de la sesión ordinaria de la Cámara de Representantes, del día 14 de diciembre de 1995, manifestación de impedimento alguno por parte del representante *Alvaro E. Benedetti Vargas*, quien según la misma, contestó el llamamiento a lista.

2.3. *La situación jurídica del Representante a la Cámara Alvaro E. Benedetti Vargas, ante la Corte Suprema de Justicia.*

La situación jurídica del representante *Alvaro E. Benedetti Vargas* ante la Corte Suprema de Justicia, según constancia de la Secretaría de la Sala de Casación Penal, expedida el veintitrés (23) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996), era:

"a. Que para el 14 de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995), cursaban en esta Corporación diligencias preliminares contra el doctor Alvaro E. Benedetti Vargas, radicadas bajo el No. 10474, por el presunto delito de enriquecimiento ilícito, dentro de la cual se le citó para ser oído en diligencia de versión libre el día 15 de mayo de ese mismo año, la que en efecto se llevó a cabo.

Con el radicado 10671 se adelantaba tambien (sic) investigación previa al doctor Alvaro E. Benedetti Vargas, la cual terminó con decisión inhibitoria el 22 de febrero de 1996.

b. Para el día 14 de diciembre de mil novecientos noventa y cinco, no se había dictado auto de apertura de investigación dentro de los asuntos arriba especificados;

c. Por consiguiente, para el día 14 de diciembre de 1995 el doctor Benedetti Vargas no había rendido indagatoria;

d. El doctor Alvaro E. Benedetti Vargas fue escuchado en diligencia de indagatoria el día 18 de marzo de 1996, dentro de las diligencias radicadas bajo el número 10474, cuya investigación se inició el 11 de marzo del mismo año.

e. Para el 14 de diciembre de 1995 el representante Alvaro E. Benedetti Vargas tenía conocimiento de que cursaba en su contra la investigación previa No. 10474, toda vez que para entonces ya había rendido versión libre dentro de las mismas".

2.4. *Calificación de la Actuación del Representante Alvaro E. Benedetti Vargas en la sesión de la Cámara de Representantes del 14 de diciembre de 1995.*

Como ya se ha dicho, el representante *Alvaro E. Benedetti Vargas* contestó a lista en la sesión plenaria del 14 de diciembre de 1995, y en la misma no expresó impedimento alguno, a pesar del conocimiento que él tenía sobre diligencias preliminares por el presunto delito de enriquecimiento ilícito, dentro de las cuales había rendido versión libre el quince (15) de mayo del mismo año.

Sin embargo, según consta en la *Gaceta* No. 485 del 26 de diciembre de 1995, el trámite ante la Cámara de Representantes del Proyecto de ley número 129 de 1995 Cámara, 168 de 1995 Senado, se efectúo con discusión y aprobación en forma separada del artículo adicional aprobado en el Senado en su sesión del 13 de diciembre de 1995; en ella se expresa:

> *"Cerrada la discusión de la proposición con que termina la ponencia para el segundo debate del proyecto de ley número 129 de 1995 Cámara, 168 de 1995 Senado, «por la cual se determina el régimen aplicable a las contravenciones especiales y se dictan otras disposiciones».*
>
> ***El señor Presidente pregunta:***
>
> *¿Aprueban los honorables representantes asistentes el informe con que termina la ponencia para segundo debate del Proyecto de Ley 129 de 1995 Cámara, 168 de 1995 Senado, «por la cual se determina el régimen aplicable a las contravenciones especiales y se dictan otras disposiciones»?*
>
> ***De conformidad el señor Secretario responde:***
>
> *Es aprobada la proposición con la que termina la ponencia para segundo debate del Proyecto de ley número 129 de 1995 Cámara, 168 de 1995 Senado, «por la cual se determina el régimen aplicable a las contravenciones especiales y se dictan otras disposiciones».*
>
> *En consideración de la plenaria el articulado del proyecto de ley número 129 de 1995 Cámara, 168 de 1995 Senado.*
>
> ***Con la venia de la Presidencia hace uso de la palabra el Secretario General, quien manifiesta:***
>
> *Sí, el artículado tiene 43 artículos señor Presidente y uno nuevo, 44 artículos.*
>
> ***Hace uso de la palabra el honorable representante Darío Martínez, quien aduce:***

Señor Presidente, la moción de orden es la siguiente:

¿Por qué su Señoría no ordena la votación del texto del proyecto de ley respectivo y que tiene que ver con las contradiciones (sic) especiales y en forma separada, se somete a votación el artículo nuevo que es sobre el cual hay una gran discusión.

Muchas gracias.

El Presidente somete a consideración el articulado sin el artículo nuevo.

Cerrada la discusión del articulado del Proyecto de ley número 129 de 1995 Cámara, 168 de 1995 Senado.

El señor Presidente manifiesta:

¿Aprueban los honorables representantes el articulado del Proyecto de ley número 129 de 1995 Cámara, 168 de 1995 Senado?

El señor Secretario General anuncia:

Es aprobado el articulado del Proyecto de ley número 129 de 1995 Cámara, 168 de 1995 Senado, señor Presidente.

El señor Presidente abre la discusión del artículo nuevo presentado, y autoriza al señor Secretario General para que lea el artículo nuevo, y proceda así:

Proposición

(aprobada)

Artículo nuevo

La doctrina constitucional adoptada en las sentencias de la Corte Constitucional es criterio auxiliar de interpretación para las autoridades excepto en los siguientes casos:

1. Cuando dicte sentencias interpretativas, es decir, aquellas que declaran la exequibilidad de una norma legal, condicionada a una determinada forma de interpretación.

2. Cuando la parte motiva de la sentencia proferida por la Corte Constitucional guarde unidad indisoluble o relación directa o tenga nexo causal con la parte resolutiva de la misma.

3. En los casos de sentencias integradoras, es decir, cuando a falta de legislación adecuada para resolver un asunto concreto sometido a su competencia, el juez aplique directamente la norma constitucional.

En estos tres casos, la doctrina adoptada en las providencias hace tránsito a cosa juzgada constitucional, obliga en su integridad y corrige la jurisprudencia. Su inobservancia es causal de mala conducta.

Presentada por:

Gloria Quiceno Vélez, Octavio Carmona (sic) Salazar, (Firmas ilegibles)".

Aunque posteriormente se abre la discusión del proyecto de ley aprobado, en la discusión del proyecto de artículo participaron los representantes *Arturo Yepes Alzate, Martha Luna Morales, Santiago Castro, Doris Martínez, Octavio Carmona, Carlos Alonso Lucio, Miguel de la Espriella, Ingrid Betancur, Eduardo Enrique Maya, Adolfo Bula, Ramiro Varela, Franklin Segundo García, Melquiades Carrizosa, Yaneth Suárez, Manuel Ramiro Velásquez, Nubia Brand, Pablo Victoria, Agustín Hernando Valencia, Vivianne Morales, Octavio Zapata y Rodrigo Echeverry,* algunos para impugnar el artículo y otros para defenderlo, no apareciendo el nombre del representante *Benedetti Vargas,* discusión que finaliza con la intervención del Ministro del Interior, momento en el cual el Presidente dice:

"En consecuencia procedemos a la votación del artículo nuevo.

Señor Secretario sírvase hacer el escrutinio, quienes esten (sic) por la afirmativa del artículo nuevo propuesto por favor ponerse de pie, quienes esten (sic) por la negativa del artículo propuesto por favor ponerse de pie.

El Secretario dice:

Estamos contando, señor Presidente se declare la votación, fue negado el artículo nuevo por unanimidad" (*Gaceta,* No. 485, 26 de diciembre de 1995, página 40).

Por tanto, para la Sala no se configuró la violación al régimen de conflicto de intereses con la conducta asumida por el representante *Alvaro Benedetti Vargas,* en la sesión de la Cámara de Representantes del 14 de diciembre de 1995, al no declararse impedido para participar en la discusión y en la votación del artículo adicional al Proyecto 129 de 1995 Cámara, 168 de 1995 Senado, pues a pesar de que con el mismo se traducía a términos legislativos jurisprudencia que en el evento de ser él vinculado a proceso por enriquecimiento ilícito de particular le favorecía, no lo votó favorable-

mente; en consecuencia, no se presentó violación al régimen de conflicto de intereses entre la situación particular del congresista y el contenido de la norma materia de aprobación, al expresar su voluntad mediante el voto negativo cumplió con las obligaciones propias de su investidura.

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

FALLA:

1°. DENIEGASE la solicitud de pérdida de la investidura de congresista del representante a la Cámara *Alvaro Benedetti Vargas*.

2°. COMUNIQUESE a la Mesa Directiva de la Honorable Cámara de Representantes, al señor Ministro del Interior, al Consejo Nacional Electoral y a la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Se deja constancia que esta providencia fue discutida y aprobada en la sesión de la fecha.

Daniel Suárez Hernández, Presidente; aclaración de voto; *Mario Alario Méndez,* aclaración de voto; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz,* ausente; *Germán Ayala Mantilla, Joaquín Barreto Ruiz,* ausente; *Carlos Betancur Jaramillo,* con aclaración de voto; *Jesús María Carrillo B., Julio Enrique Correa Restrepo, Miren de la Lombana de M., Javier Díaz Bueno, Clara Forero de Castro, Delio Gómez Leyva, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Alvaro Lecompte Luna, Juan de Dios Montes Hernández, Carlos Arturo Orjuela Góngora,* ausente; *Dolly Pedraza de Arenas,* ausente; *Juan Alberto Polo Figueroa, Libardo Rodríguez Rodríguez, Consuelo Sarria Olcos, Manuel Santiago Urueta Ayola.*

Mercedes Tovar de Herrán, Secretaria General.

NOTA DE RELATORIA: Reiteración jurisprudencial en sentencia de 4 de agosto de 1994, Expediente AC-1433. Pérdida de investidura del representante Gabriel Acosta Bendek, Consejero Ponente doctor Diego Younes Moreno.

SENTENCIA DE EXEQUIBILIDAD O INEXEQUIBILIDAD - Cosa juzgada / **PERDIDA DE LA INVESTIDURA** - Requisitos / **CONFLICTO DE INTERESES** - Impedimento de Congresista (aclaración de voto)

Pues bien, no se duda de que las decisiones mediante cuales la Corte Constitucional declara la exequibilidad o inexiquibilidad de normas legales hacen tránsito a cosa juzgada, según lo establecido en los artículos 243 de la Constitución y 21 del Decreto 2067 de 1991. Y, ocurre como con toda sentencia de mérito, hace tránsito a cosa juzgada no solamente lo decidido explícitamente, esto es, lo expresado en la parte resolutiva, sino también lo implícito en ella, como lo han explicado la doctrina y la jurisprudencia. Ocurre que en el artículo 4° de la Ley 144 de 1994 fue establecido lo que, por lo menos, debe contener toda solicitud de pérdida de investidura y entre otros aspectos, en el literal c) se exigió la invocación de la causal por la cual se solicitaba la pérdida de la investidura y *su debida explicación*, lo cual fija el marco dentro del cual debe estudiarse y resolverse la solicitud y circunscribe el examen de los cargos, de manera que el juzgador no puede en modo alguno resolver sobre cuestiones no planteadas.

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

Consejero Ponente: *Doctor Delio Gómez Leyva.*

Referencia: Expediente No. AC-3549. Demandante: Emilio Sánchez Alsina.

ACLARACION DE VOTO

Doctor: *Mario Alario Méndez.*

I.

Dijo el demandante que el representante *Alvaro Benedetti Vargas*, violó el régimen de conflicto de intereses, porque asistió a la sesión de la Cámara

de 13 de diciembre de 1995 y participó activamente en la votación de un proyecto de ley, uno de cuyos artículos dice relación a los efectos de las sentencias de la Corte Constitucional, y que con ese artículo se pretendía convertir el enriquecimiento ilícito en una conducta subalterna, "lo cual traería consigo que este delito no existiría como tal cuando no estuviese previamente demostrado que el dinero que lo determina tiene origen en una actividad al margen de la ley, es decir, que en la práctica estaría implicando la desaparición del 'enriquecimiento ilícito', ya que se ha buscado con su tipificación en nuestro ordenamiento que por falta de pruebas no era posible castigar", y con ello el representante *Benedetti Vargas* trató suspender el proceso que por enriquecimiento ilícito adelanta en su contra la Corte Suprema de Justicia.

Se trata del artículo adicional al Proyecto de ley número 168 del Senado, cuyo texto es el siguiente:

> *"La doctrina constitucional adoptada en la sentencia de la Corte Constitucional es criterio auxiliar de interpretación para las autoridades, excepto de los siguientes casos:*
>
> *Primero, cuando dicte sentencias interpretativas, es decir, aquellas que declaran la exequibilidad de una norma legal, condicionada a una determinada forma de interpretación.*
>
> *Segundo, cuando la parte emotiva (sic) de la sentencia proferida por la Corte Constitucional guarde unidad indisoluble o relación directa o tenga el hecho (sic) causal con la parte resolutiva de la misma.*
>
> *Tercero, en los casos de sentencias integradoras, es decir, cuando a falta de legislación adecuada para resolver un asunto concreto sometido a su competencia, el juez aplique directamente la norma constitucional, en estos tres casos la doctrina adoptada en la providencia hace tránsito a cosa juzgada obliga en su integridad y corrige la jurisprudencia, su inobservancia es causal de mala conducta"* (*Gaceta del Congreso*, 30 de dieciembre de 1995, núm. 149, página 16).

Pues bien, no se duda que las decisiones mediante cuales la Corte Constitucional declara la exequibilidad o inexequibilidad de normas legales hacen tránsito de cosa juzgada, según lo establecido en los artículos 243 de la Constitución y 21 del Decreto 2067 de 1991.

Y, como ocurre con toda sentencia de mérito, hace tránsito de cosa juzgada no solamente lo decidido explícitamente, esto es, lo expresado en la parte resolutiva, sino también lo implícito en ella, como lo han explicado la doctrina y la jurisprudencia.

Dice al respecto el profesor *Francesco Carnelutti:*

"Ello no significa que la cosa juzgada se limita a las cuestiones que encuentren en la decisión una solución expresa; no se olvide que la decisión es una declaración como las demás, en la que muchas cosas se sobreentienden lógicamente sin necesidad de decirlas. Especialmente, cuando la solución de una cuestión supone como prius lógico la solución de otra, esta otra se halla también ***implícitamente*** *contenida en la decisión (el llamado juzgamiento —****giudicato****— implícito). Se hallan implícitamente resueltas todas las cuestiones cuya solución sea lógicamente necesaria para llegar a la solución expresada en la decisión...*

Cuáles sean las cuestiones resueltas, es extremo que por lo general se infiere de la parte de la decisión que contiene la indicación conclusiva del efecto de la solución (parte ***dispositiva****)... Se suele decir, por ello, que el lugar del juzgamiento está en la parte dispositiva. Esta máxima ha de tomarse, si embargo, con gran cautela, precisamente porque 'lo que haya formado la materia de la sentencia' no se puede deducir, por vía de interpretación, sino la de la sentencia entera y especialmente, por tanto, de su parte* ***motiva*** *o* ***motivación,*** *de la que igual puede surgir una restricción que una ampliación del fallo, o sea porque de ella resulte que algunas cuestiones no han sido resueltas ni implícita ni explícitamente, pese a la amplitud de la fórmula conclusiva, sea porque, en cambio, otras cuestiones que no aparezcan comprendidas en ésta resulten en realidad consideradas y resueltas"* (*Sistema de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires,* UTEHA, 1994, t. I, páginas 317 a 319).

Sobre el mismo asunto, *Hernando Devis Echandía* es del siguiente parecer:

"Puede decirse que la cosa juzgada, en cuanto al objeto se refiere, se extiende a aquellos puntos que sin haber sido materia expresa de la decisión de la sentencia, por ser consecuencia necesaria o depender indispensablemente de tal decisión, resultan resueltos tácitamente..." (*Compendio de Derecho Procesal Civil, Teoría General del Proceso,* Bogotá, Bibloteca Jurídica Dike, 1987, 12a. ed., t. I, página 500).

Al respecto *Hernando Morales Molina* dice:

"De ahí que la fuerza de la cosa juzgada abarque lo mismo lo que ha sido decidido expresamente, que lo que se ha resuelto implícitamente. Sólo que esta decisión implícita debe ser de tal naturaleza, que ella necesariamente esté comprendida por la que fue objeto de la resolución, o sea lo explícito de ésta" (*Curso de Derecho Procesal Civil,* Parte General, Bogotá , Editorial ABC. 1991, 11ª ed, página 548).

La jurisprudencia ha sido concluyente al respecto. Así, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 21 de marzo de 1916, dijo:

"La cosa juzgada ha de hallarse en lo general en la parte dispositiva de la sentencia, pero los motivos de ésta carecen de fuerza de fallo, porque son simples elementos de la convicción del juez, que pudiendo ser erróneos en ocasiones, no afectan la decisión misma. Empero, tiene una excepción este principio, también aceptada generalmente en teoría y en jurisprudencia, y es que cuando los motivos son, no ya simples móviles de la determinación del juez, sino que se ligan íntimamente al dispositivo y son 'como el alma y nervio de la sentencia', constituyen entonces un todo con la parte resolutiva, y participan de la fuerza que ésta tenga. Numerosos son los casos en que sin conexionar los motivos determinantes de un fallo, ella sería incomprensible e inejecutable" (*Gaceta Judicial*, t. XXV, núms. 1286 y 1287, página 250).

En sentencia de 31 de agosto de 1918, dijo también la Corte:

"El fallo implícito de una cuestión dada que se ha formulado en una controversia judicial, sólo ocurre cuando la cuestión no resulta de modo expreso y se relaciona directamente con lo dispositivo expreso del fallo y con motivos y razones consignados en los considerandos del mismo" (*Gaceta Judicial*, t. XXVII, núm. 1391, página 62).

En sentencia de 9 de julio de 1928, dijo también la Corte:

"La Corte tiene sentada la doctrina de que si bien es cierto que la cosa juzgada dice relación por lo general a la parte resolutiva del fallo y no a la motiva, tal regla no puede entenderse de un modo, absoluto, pues cuando los motivos no son ya simples móviles de la determinación del juez, sino que se ligan íntimamente a lo dispositivo, y son como el alma y nervio del fallo, constituyen entonces un todo con la parte resolutiva y participan de la fuerza de ésta.

Esto último acontece en el caso del fallo del Tribunal Seccional que se deja mencionado, respecto de las causas o motivos por los cuales se declaró la nulidad de las resoluciones números 164 y 193, dictadas por la Gobernación de Cundinamarca, pues constituyendo tales causas o motivos los fundamentos inmediatos de la declaración de nulidad, no es posible, para la recta inteligencia y aplicación del fallo establecer separación entre la parte motiva y la dispositiva" (*Gaceta Judicial*, t. XXXV, núm. 1821, pág 550).

Lo mismo dijo la Corte en sentencia de 24 de octubre de 1928 (*Gaceta Judicial*, t. XXXVI, núm. 1825, página 48).

Y en su sentencia de 31 de octubre de 1936, dijo:

"La fuerza de la cosa juzgada no dimana sino de la parte resolutiva de la sentencia, pero ello no significa que para analizar el alcance de aquélla haya de tenerse en cuenta solamente la forma de ésta. Se entiende por parte resolutiva de una sentencia a este respecto, no el pasaje del fallo colocado en determinado lugar, sino lo que ha sido objeto de la decisión judicial, cualquiera que sea la forma que revisa y el puesto que ocupe en la sentencia. De ahí que la fuerza de la cosa juzgada abarque lo mismo que ha sido fallado expresamente como lo que ha sido decidido implícitamente. Sólo, que esta decisión implícita ha de ser de tal naturaleza que ella necesariamente esté comprendida por lo que fue objeto de la resolución expresa" (*Gaceta Judicial*, t. XLVI, núms. 1918 y 1919, pág. 461).

En sentencia de 6 de abril de 1956, y como resumen y compendio de lo dicho en sus sentencias anteriores, dijo la Corte:

"1. Que cuando los motivos del fallo están íntimamente ligados a la parte resolutiva y son 'como el alma y nervio de la sentencia', constituyen un todo con dicha parte y participan de la fuerza de éste;

2. Que se entiende por motivos, las razones de hecho y de derecho sobre las cuales el juez ha apoyado la solución de la litis;

3. Que, en consecuencia, la parte resolutiva puede no estar sólo, para los efectos de la cosa juzgada, en el pasaje final del fallo, sino también en aquél o aquéllos que contengan el objeto de la decisión judicial, cualquiera que sea la forma que asuman y el lugar que ocupen, y

4. Que la fuerza de una sentencia comprende no sólo que se decide de manera expresa, sino también de modo implícito o virtual, así sea para lograr en la nueva litis el reconocimiento de una consecuencia no contemplada en la acción.

Se inclina, por tanto, la jurisprudencia nacional a aceptar la tesis que pone bajo la autoridad de la cosa juzgada, los motivos o los elementos de la sentencia, si bien la tesis así enunciada no puede tener un sentido absoluto" (*Gaceta Judicial*, t. LXXXII, núm. 2167, pág. 558).

Lo dicho en la providencia anterior fue reiterado por la Corte y reproducido en sus sentencias de 24 de mayo de 1957 (*Gaceta Judicial*, t. LXXXV, números 2181-2182, pág. 91) y de 28 de agosto de 1963 (*Gaceta Judicial*, t. CIII-CVI, núms. 2268 y 2269, pág. 112), entre otras muchas.

Por su parte, el Consejo de Estado, en sentencia de 28 de octubre de 1974, dijo:

"La doctrina moderna, salvo escasas excepciones y la jurisprudencia colombiana sin ninguna vacilación están acordes en firmar que el efecto de la cosa juzgada se predica de la parte dispositiva de la sentencia y por tal entiende no solamente la decisión ***strictu sensu****, sino todo cuanto ella implique, lógica y jurídicamente. La doctrina suele denominar estas implicaciones de la decisión 'cosa juzgada implícita'.*

(...)

Nuestra Corte Suprema de Justicia abunda en reiterada jurisprudencia sobre la materia...

(...)

Es obvio que así como la cosa juzgada explícita no se tipifica sin la concurrencia de los elementos antes analizados, otro tanto ocurre con la llamada 'cosa juzgada' implícita. Cuando no hay identidad subjetiva, objetiva y causal tratándose de pretensiones de naturaleza privada, o somplemente identidad objetiva y causal en las de naturaleza pública, no se configura la 'cosa juzgada' explícita o implícita. Entonces la motivación de un fallo que se traduzca o proyecte en forma de decisión implícita no tiene significado ni alcance distintos al de una doctrina jurisprudencial. A pesar de esto tan claro no sobra subrayarlo porque a veces, sin que medie la identidad anotada, suelen aducirse simples jurisprudencias como revestidas de la autoridad de cosa juzgada.

Tampoco está de más agregar que la doctrina de la 'cosa juzgada' implícita, concebida en los términos expresados, es la única que se concilia con nuestro sistema constitucional. Si se entendiera que únicamente la decisión explícita produce los indicados efectos, el resultado sería que los preceptos de la Carta Fundamental quedarían condicionados a los vaivenes de la jurisprudencia...

... Estas dos decisiones, tanto la ***explícita*** *como la* ***implícita****, obligan a todo el mundo...."* (*Anales del Consejo de Estado*, t. LXXXVII, núms. 443 y 444, págs. 83, 84 y 86).

En sentencia de 20 de junio de 1979 dijo también el Consejo de Estado:

"En un fallo de inexequibilidad como en cualquier otra sentencia, hace tránsito a cosa juzgada no solamente, lo decidido explícitamente, vale decir, lo expresado en la parte resolutiva, sino también lo implícito en ella" (*Anales del Consejo de Estado*, t. XCVI, núms. 461 y 462, pág. 133).

Y en la sentencia de 9 de septiembre de 1981, el Consejo de Estado reprodujo y reiteró lo dicho en sus providencias anteriores, diciendo que conforme a doctrina reiterada de esa corporación, la cosa juzgada implícita debe acatarse, aun cuando no se compartan los fundamentos del fallo, y concluyó:

"Considera la Sala que frente a la mencionada sentencia de la Corte Suprema de Justicia no puede hacer otra cosa que estarse a los efectos jurídicos de esa decisión y en especial al que se refiere a la cosa juzgada implícita..." (*Anales del Consejo de Estado*, t. CI, núms. 471 y 472, págs. 210 a 212).

Más recientemente la Corte Constitucional, en sentencia C-131 de 1° de abril de 1991, explicó:

"Primero, goza de cosa juzgada explícita la parte resolutiva de las sentencias, por expresa disposición del artículo 243 de la Constitución.

Segundo, gozan de cosa juzgada implícita los conceptos de la parte motiva que guarden unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender éste sin la alusión a aquéllos.

En efecto, la parte motiva de la sentencia de constitucionalidad tiene en principio el valor que la Constitución le asigna a la doctrina en el inciso segundo del artículo 230: criterio auxiliar —no obligatorio—, esto es, ella se considera ***obiter dicta.***

Distinta suerte corren los fundamentos contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarden relación directa con la parte resolutiva, así como los que la Corporación misma indique, pues tales argumentos, en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutiva, son también obligatorios y, en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades y corrigen la jurisprudencia.

La ***ratio iuris*** *de esta afirmación se encuentra en la fuerza de la cosa juzgada implícita de la parte motiva de las sentencias de la Corte Constitucional, que consiste en que esta Corporación realiza en la parte motiva de sus fallos una confrontación de la norma revisada con la totalidad de los preceptos de la Constitución Política, en virtud de la guarda de la integridad y supremacía que señala el artículo 241 de la Carta. Tal confrontación con toda la preceptiva constitucional no es discrecional sino obligatoria. Al realizar tal confrontación la Corte puede arribar a una de estas dos conclusiones; si la norma es declarada inexequible, ella desaparece del mundo jurídico con fuerza de cosa juzgada constitucional, como lo señala el artículo 243 superior, y con efecto* ***erga omnes***

sin importar si los textos que sirvieron de base para tal declaratoria fueron rogados o invocados de oficio por la Corporación, porque en ambos casos el resultado es el mismo y con el mismo valor. Si la norma es declarada inexequible, ello resulta de un exhaustivo examen del texto estudiado, a la luz de todas y cada una de las normas de la Constitución, examen que lógicamente se realiza en la parte motiva de la sentencia y que se traduce desde luego en el dispositivo.

(...)

Considerar lo contrario, esto es, que únicamente la parte resolutiva tiene fuerza de cosa juzgada, sería desconocer que, admitiendo una norma diferentes lecturas, el intérprete se acoja a lo dispositivo de una sentencia de la Corte Constitucional e ignore el sentido que la Corporación —guardiana de la integridad y supremacía de la Carta—, le ha conferido a dicha norma para encontrarla conforme o inconforme con la Constitución. Ello de paso atendería contra la seguridad jurídica dentro de un ordenamiento normativo jerárquico, como claramente lo es el colombiano por disposición del artículo 4º superior" (*Gaceta de la Corte Constitucional*, t. 4, 1993, págs. 34 y 35).

Y reiteró ese criterio en sentencia C-037 de 5 de febrero de 1996:

"...sólo será de obligatorio cumplimiento, esto es, únicamente hace tránsito a cosa juzgada constitucional la parte resolutiva de las sentencias de la Corte Constitucional. En cuanto hace a la parte motiva, como lo establece la norma, ésta sólo constituye criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho general; sólo tendrían fuerza vinculante los conceptos consignados en esta parte que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutiva; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutiva de las sentencias y que incidan indirectamente en ella" (Expediente P.E.-008).

Siendo ello así, nada añadía el proyecto de artículo adicional referido, en cuanto señalaba que tendría fuerza de cosa juzgada la parte motiva de las sentencias mediante las cuales la Corte Constitucional declarara la exequibilidad de una norma legal condicionada a una determinada interpretación, o cuando guardara unidad indisoluble o relación directa o tuviera nexo causal con la parte resolutiva de la misma. En otros términos, resultaba *inocuo*.

Por lo mismo, ello no podría, en ningún caso, determinar situación de conflicto de intereses.

II.

Tal como fueron expuestos los hechos de la demanda, no se advierte relación alguna entre el proyecto de artículo adicional transcrito y el delito de enriquecimiento ilícito.

Para entender las razones del demandante, sería preciso considerar que mediante el artículo 10 del Decreto 2266 de 1991 se dispuso:

> *"**Artículo 10.** Adoptánse como legislación permanente las siguientes disposiciones del Decreto legislativo 1895 de 1989:*
>
> *«Artículo 1°. El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga para sí o para otro incremento patrimonial no justificado, derivado, en una u otra forma, de actividades delictivas, incurrirá, por ese solo hecho, en prisión de 5 a 10 años y multa equivalente al valor del incremento ilícito logrado»".*

Y sería preciso considerar, también, que esta disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-127 de 30 de marzo de 1993, en la que se dijo:

> *"La expresión 'de una u otra forma', debe entenderse como incremento patrimonial no justificado, derivado de actividades delictivas, en cualquier forma que se presenten éstas. Las actividades delictivas deben estar judicialmente declaradas, para no violar el debido proceso y el artículo 248 de la Constitución Política, según el cual únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales"* (*Gaceta de la Corte Constitucional*, 1993, t. 3, pág. 203).

De manera que la aprobación del artículo adicional al Proyecto de ley número 168 del Senado afectaría los procesos que se adelantaran por enriquecimiento ilícito, en tanto que su juzgamiento sólo podría hacerse en los términos en que fue entendido por la Corte Constitucional, esto es, que las actividades delictivas de que se derive el incremento patrimonial injustificado deben estar judicialmente declaradas.

Pero así no fue planteado en la demanda. No se refirió el demandante al artículo 10 del Decreto 2266 de 1991 ni a la sentencia C-127 de 30 de marzo de 1993. Y no podía la Sala, oficiosamente, tomar en consideración esas circunstancias, supliendo así las explicaciones y los hechos omitidos por el demandante.

Ocurre que en el artículo 4° de la Ley 144 de 1994 fue establecido lo que, por lo menos, debe contener toda solicitud de pérdida de investidura y entre otros aspectos, en el literal c), se exigió la invocación de la causal

por la cual se solicitabba la pérdida de la investidura y su *debida explicación*, lo cual fija el marco dentro del cual debe estudiarse y resolverse la solicitud y circunscribe el examen de los cargos, de manera que el juzgador no puede en modo alguno resolver sobre cuestiones no planteadas.

Lo anterior es así, además, si se tiene en cuenta que se trata de un proceso punitivo, y en todos los procesos punitivos, sean éstos penales, disciplinarios o correccionales o cualesquiera otros, porque así lo reclaman el debido proceso y el derecho de defensa que garantiza el artículo 29 constitucional, el inculpado sólo puede ser sancionado por los precisos cargos que le fueron formulados y respecto de los cuales tuvo oportunidad de defenderse.

Entonces, las pretensiones del demandante, también por esta razón, debían ser denegadas.

III.

Por lo demás, no podía la Sala, en mi opinión, concluir que tuvo lugar la alegada violación del régimen de conflicto de intereses que se atribuye al representante *Alvaro Benedetti Vargas*, porque no fue probado que en el momento en que votó el artículo nuevo tuviera conocimiento de que en su contra adelantaba la Corte Suprema de Justicia diligencias por el delito de que se trata el artículo 10 del Decreto 2266 de 1991, comúnmente denominado de "enriquecimiento ilícito de particulares".

Es verdad que el representante *Benedetti Vargas* el 14 de diciembre de 1995 y desde antes, sabía que en su contra adelantaba diligencias la Corte Suprema de Justicia. Pero para entonces no se había dictado providencia alguna mediante la cual calificara la conducta objeto de investigación como presuntamente constitutiva el delito de "enriquecimiento ilícito de particulares". De manera que no era posible entonces afirmar que se lo investigaba por ese delito, ni suponer, en consecuencia, que el representante *Benedetti Vargas* tenía conocimiento de ello.

Y el deber de declarar el impedimento sólo surge cuando el congresista observe o advierta que se encuentra en situación de conflicto, como está dispuesto en los artículos 291 y 292 de la Ley 5ª de 1992, lo que prescribe toda forma de responsabilidad objetiva.

IV.

Compartí la decisión adoptada en la sentencia, pero debía expresar las anteriores razones, que igualmente habrían conducido a la misma decisión.

Mario Alario Méndez.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Causales / **CONFLICTO DE INTERESES DE ORDEN MORAL** - Congresista

Reitero en esta oportunidad lo que sostuve en mi aclaración de voto a la sentencia dictada en el proceso AC-3453 (*Tiberio Villarreal R,).* Allí expresé: a) Como lo he dicho en múltiples oportunidades, no existe en el ordenamiento jurídico colombiano el conflicto de intereses de orden moral predicable de los congresistas. El enunciado del artículo 182 de la Carta está apenas en su enunciado programático y le permitirá al legislador hacerlo en el futuro. Mientras no se precisen cuáles son las conductas de ese orden que puedan generar, con su violación, el conflicto de intereses, ningún congresista podrá ser sancionado con la pérdida de su investidura. La Ley 5ª de 1992 se quedó en su enunciado general y confundió el régimen de conflicto de intereses con el de impedimentos; b) La moral es autónoma, individual. Y es esa la razón para que el juez, por docto y probo que sea, no pueda hacer de su moral una regla general de conducta para juzgar y sancionar a los demás. Recuérdese que en materia de sanciones rige el principio de la legalidad punitiva preexistente y que es ésta una conquista de la humanidad que lleva varios siglos; c) Los casos de desinvestidura por el intento de aprobar un artículo calificado como "narcomico" han llegado a extremos curiosos, puesto que se escuchan voces que ven el conflicto porque el congresista, particularmente interesado, lo vota afirmativamente; y lo ven también cuando, otro, contra sus eventuales intereses, lo vota negativamente. Si este no es el clásico "palo porque bogas y palo porque no bogas", tendremos que concluir que el dicho no tiene cabida en la vida colombiana ni en la equidad. ¿O será mejor, que con lonesco estamos de nuevo en el teatro del absurdo?; d) Que el representante *Tiberio Villarreal Ramos* se debió declarar impedido para votar negativamente y que los que lo querían aprobar también...Vaya! vaya! Entonces.... ¿nadie podía votar ese artículo, ni siquiera para rechazarlo? ¿Quién podía votar esa propuesta? Un ¿Congreso extranjero, acaso? Podrá darse el caso de que en el Congreso todo el mundo, sin excepción, esté impedido para votar una propuesta, bien

porque un sector tenga interés particular y aún indebido en su aprobación, y otro quiera rechazarla? Si la respuesta es afirmativa, como lo consideran algunos colegas, el Congreso habrá que cerrarlo porque ni siquiera podrá actuar en defensa de los intereses generales; y como en el cuento clásico tanto los malos como los buenos irán al infierno desnudos o mejor "desinvestidos"; e) Esta aclaración obedece más a lo que se discutió y oyó durante el debate que a lo que sostiene la sentencia, la que comparto en todo lo fundamental.

Referencia: Expediente No. 3549. Demandante: Emilio Sánchez Alsina.

Demandado: Alvaro E. Benedetti Vargas.

Ponente: Doctor Delio Gómez Leyva.

ACLARACION DE VOTO

Doctor Carlos Betancur Jaramillo.

Reitero en esta oportunidad lo que sostuve en mi aclaración de voto a la sentencia dictada en el proceso AC-3453 (*Tiberio Villarreal R.).*

Allí expresé:

a) Como lo he dicho en múltiples oportunidades, no existe en el ordenamiento jurídico colombiano el conflicto de intereses de orden moral predicable de los congresistas.

El enunciado del artículo 182 de la Carta está apenas en su enunciado programático y le permitirá al legislador hacerlo en el futuro. Mientras no se precisen cuáles son las conductas de ese orden que puedan generar, con su violación, el conflicto de intereses, ningún congresista podrá ser sancionado con la pérdida de su investidura. La Ley 5ª de 1992 se quedó en su enunciado general y confundió el régimen de conflicto de intereses con el de impedimentos.

b) La moral es autónoma, individual. Y es esa la razón para que el juez, por docto y probo que sea, no pueda hacer de su moral una regla general de conducta para juzgar y sancionar a los demás. Recuérdese que en materia de sanciones rige el principio de la legalidad punitiva preexistente y que es ésta una conquista de la humanidad que lleva varios siglos.

c) Los casos de desinvestidura por el intento de aprobar un artículo calificado como "narcomico" han llegado a extremos curiosos, puesto que se escuchan voces que ven el conflicto porque el congresista, particular-

mente interesado, lo vota afirmativamente; y lo ven también cuando, otro, contra sus eventuales intereses, lo vota negativamente.

Si este no es el clásico "palo porque bogas y palo porque no bogas", tendremos que concluir que el dicho no tiene cabida en la vida colombiana ni en la equidad. ¿O será, mejor, que con lonesco estamos de nuevo en el teatro del absurdo?.

d) Que el representante *Benedetti Vargas* se debió declarar impedido para votar negativamente y que los que lo querían aprobar también...Vaya! vaya! Entonces ... nadie podía votar ese artículo, ni siquiera para rechazarlo? ¿Quién podía votar esa propuesta? ¿Un Congreso extranjero, acaso?

¿Podrá darse el caso de que en el Congreso, todo el mundo, sin excepción, esté impedido para votar una propuesta, bien porque un sector tenga interés particular y aún indebido en su aprobación, y otro quiera rechazarla?

Si la respuesta es afirmativa, como lo consideran algunos colegas, el Congreso habrá que cerrarlo porque ni siquiera podrá actuar en defensa de los intereses generales; y como en el cuento clásico tanto los malos como los buenos irán al infierno desnudos o mejor "desinvestidos";

e) Esta aclaración obedece más a lo que se discutió, y, oyó durante el debate que a lo que sostiene la sentencia, la que comparto en todo lo fundamental.

Atentamente,

Carlos Betancur Jaramillo.

Santafé de Bogotá, D.C., junio veintisiete (27) de mil novecientos noventa y seis (1996).

CONGRESO DE LA REPUBLICA - Representación política / **CONGRESO DE LA REPUBLICA** - Funciones / **INVIOLABILIDAD POR OPINIONES Y VOTOS** - Congresista / **CONGRESISTA** - Limitaciones / **PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONGRESISTA** - Causales / **REGIMEN DE CONFLICTO DE INTERESES** - Regulación / **CONFLICTO DE INTERESES** - Reglamentación

El Congreso, elegido por votación directa y compuesto de dos cámaras, ostenta en el ámbito nacional la representación popular de conformidad con el artículo 133 de la Carta Política. Le corresponden varias funciones derivadas de esa condición, establecidas en los artículos 114 y 1 de la Constitución Política, a saber: 1. Reformar la Constitución. 2. Hacer las leyes. 3. Ejercer control político sobre el Gobierno y la administración. 4. Orientar el proceso económico y crear condiciones para lograr el desarrollo de la comunidad, como meta esencial del Estado Social de Derecho. En una democracia representativa la inviolabilidad por las opiniones y votos que emitan los congresistas es consecuencia de los principios que la integran. Le es connatural. No puede ser de otro modo, para que el Congreso actúe con independencia sus integrantes también deben tenerla. Los congresistas tienen las siguientes limitaciones: 1. *El orden interno.* Los senadores y representantes están sometidos a la autoridad de las respectivas corporaciones. Según el reglamento pueden ser llamados al orden, soportar restricciones en el uso de la palabra y ser sancionados disciplinariamente. 2. *La incompatibilidad.* Es la imposibilidad legal del congresista para desempeñar tareas diferentes de las que correspondan a su función, la cual debe inspirarse en el bien común (artículos 180 de la C.P., 281, 282 de la Ley 5). 3. *Las prohibiciones.* Les está prohibido, como a todos aquellos que desempeñen funciones públicas, hacer contribuciones a los partidos, movimientos o candidatos o inducir a otros a que lo hagan, según el artículo 110 de la Constitución Política. 4. *Impedimento y conflicto de intereses.* Excepcionalmente deben abstenerse de participar en las funciones del Congreso o de la Cámara a que pertenecen, si se encuentran frente a una causal de impedimento o de conflicto de

intereses. Los procedimientos están señalados en los artículos 268 y 286 y Ley 5ª de 1992. De modo que la pérdida de investidura produce tres efectos: 1. Priva al congresista del empleo. 2. Lo inhabilita para ser elegido, es decir, lo convierte en un ciudadano en *capitis diminutio*. 3. Lo degrada porque lo despoja de la representación, de los honores, dignidades y privilegios que el pueblo le confirió. La Constitución Política de Colombia, ante la suma gravedad del resultado de la pérdida de investidura, señaló causales de jerarquía constitucional y juez adecuados a la materia en los artículos 183 y 184. En el artículo 183-1 estableció dos: a) La violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades; b) Violación del régimen de conflicto de intereses. Por interés público se entiende la manifestación del valor público que tienen ciertas cosas o la expresión de aquello que interesa al público. El primer concepto es objetivo, porque el interés público se predica de ciertos bienes o elementos. El segundo es subjetivo, porque significa aquello que interesa a una pluralidad de personas. Por interés privado puede entenderse el valor particular de ciertas cosas o la expresión de aquello que atrae a unos pocos. La Constitución Política Nacional, en los artículos 182 y 183, con las expresiones "conflictos de intereses" y "régimen de conflicto de intereses", en primer lugar, ha creado un mecanismo para restringir de manera excepcional el derecho a la inviolabilidad por las opiniones y votos de los congresistas, defiriendo al legislador la expedición de un régimen de conflicto de intereses. Al Congreso corresponde expedir un régimen de conflictos de intereses de los congresistas, en armonía con las normas constitucionales y legales que se han descrito en esta sentencia, porque el derecho, entre otras finalidades, tiene la de definir el contenido ético de la política.

Referencia: Expediente No. AC-3549. Actor: Emilio Sánchez Alsina.

ACLARACION DE VOTO

Doctores: Daniel Suárez Hernández, Juan de Dios Montes Hernández.

Los suscritos manifestamos compartir la decisión adoptada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en el sentido de no despojar de la Investidura de congresista al representante a la Cámara *Alvaro Benedetti Vargas*, en primer lugar porque la ley no ha previsto el régimen de conflicto de intereses y, en segundo término, en caso de que las disposiciones que analizaremos a continuación lo constituyan, los hechos que el demandante le atribuye no indican violación del mismo.

Nuestro disentimiento con la parte motiva de la sentencia se explica de este modo:

a. La Figura de la Representación y el Congreso.

El Estado Constitucional moderno se ha organizado sobre los fundamentos de la democracia representativa; entre nosotros, desde los orígenes de la República, se la consagró, con limitaciones tales como el voto censitario. Su universalidad apenas se alcanza en 1957.

Es importante resaltar que desde un principio se hizo énfasis en la exclusividad de la representación y la vocería popular en el órgano de elección popular, excluyendo intervenciones paralelas.

Este mismo instituto se recoge en la actual Constitución en los artículos 133 y 258, en estos términos:

"Los miembros de los cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común".

El voto es un derecho y un deber".

En Colombia adoptamos la figura de la representación política, aunque sin contar con las experiencias que la procedieron en otras latitudes (Europa y Estados Unidos), y la participación del ciudadano en la conformación, ejercicio y control del poder.

El Congreso, elegido por **votación** directa y compuesto de dos cámaras, ostenta en el ámbito nacional **la representación** popular de conformidad con el artículo 133 de la Carta Política.

Le corresponde varias funciones derivadas de esa condición, establecidas en los artículos 114 y 1 de la Constitución Política, a saber:

1. Reformar la Constitución:

2. Hacer las leyes.

3. Ejercer control político sobre el Gobierno y la administración.
4. Orientar el proceso económico y crear condiciones para lograr el desarrollo de la comunidad, como meta esencial del Estado Social de Derecho.

b. Estatuto del congresista.

Los congresistas, en relación en estas materias, no solamente pueden actuar, sino que tiene el poder-deber, la función constitucional de hacerlo "consultando la justicia y el bien común".

Gozan de los derechos fundamentales que la Constitución Política prevé para todos los integrantes de la comunidad, de los derechos que emanan de la ciudadanía, como elegir, tomar parte en plebiscitos, referendos, consultas populares, tener iniciativa en las Corporaciones públicas.

Y, como congresistas, de algunos privilegios como el que señala el artículo 185 de la Carta, así:

> *"Los congresistas serán inviolables por las opiniones y los votos que emitan en el ejercicio del cargo, sin perjuicio de las normas disciplinarias contenidas en el respectivo reglamento".*

En una democracia representativa la inviolabilidad por las opiniones y votos que emitan los congresistas es consecuencia de los principios que la integran. Les es connatural. No puede ser de otro modo, para que el Congreso actúe con independencia sus integrantes también deben tenerla.

Constituye un derecho que, entre otras razones, se explica por la necesidad de preservar la institución. El Congreso no estaría en condiciones de desarrollar las funciones que le son las propias, si el ejecutivo estuviera autorizado para obstaculizar el examen de las situaciones sometidas a su conocimiento o los jueces para reprimirlo.

Tampoco tendría sentido la separación de poderes, a pesar de constituir elemento esencial del Estado de Derecho, porque el Congreso se confundiría o permanecería subyugado a los demás.

Todas las constituciones políticas del mundo actual reconocen la inviolabilidad de los miembros de las cámaras legislativas, en virtud de que representan a la nación soberana y, al amparo de esta investidura, cumplen actividades de suma importancia, como las reseñadas en el acápite anterior.

En la Constitución de 1886 eran los fundamentos de los artículos 106 y 107, lo mismo que en las constituciones del siglo pasado, tanto del régimen federal como de la organización unitaria. En este punto, pues, ha habido una tradición institucional sin solución de continuidad.

Sin embargo, la inviolabilidad y las otras libertades y derechos no deben exceder lo estrictamente necesario. No son absolutos sino relativos; y, por esto, los congresistas tienen las siguientes limitaciones:

1. *El orden interno.* Los senadores y representantes están sometidos a la autoridad de las respectivas corporaciones. Según el reglamento pueden ser llamados al orden, soportar restricciones en el uso de la palabra y ser sancionados disciplinariamente.

2. *La incompatibilidad.* Es la imposibilidad legal del congresista para desempeñar tareas diferentes de las que correspondan a su función, la cual debe inspirarse en el bien común (artículos 180 de la C.P., 281, 282 de la Ley 5ª).

3. *Las prohibiciones.* Les está prohibido, como a todos aquellos que desempeñen funciones públicas, hacer contribuciones a los partidos, movimientos o candidatos o inducir a otros a que lo hagan, según el artículo 110 de la Constitución Política.

4. *Impedimento y conflicto de intereses.* Excepcionalmente deben abstenerse de participar en las funciones del Congreso o de la Cámara a que pertenecen, si se encuentran frente a una causal de impedimento o de conflicto de intereses. Los procedimientos están señalados en los artículos 268 y 286 Ley 5ª de 1992.

c. Pérdida de la Investidura de Congresista.

En el derecho constitucional contemporáneo se han introducido mecanismos de control a la representación. Por ejemplo, en la Constitución vigente se prevé la pérdida de investidura para senadores, representantes, diputados y concejales; y, en lo pertinente a los agentes administrativos de elección popular, por constituir un mandato —distinto de la figura de la representación— se consagra la revocatoria para gobernadores y alcaldes, con la finalidad de moralizar y legitimar la representación popular.

En la discusión que se dio en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, sobre la pérdida de investidura de los congresistas, se hicieron las siguientes precisiones:

> "***Objeto***: *Garantizar, mediante una rigurosa sanción, el respeto al régimen de incompatibilidades y conflictos de interés.*
>
> ***Planteamiento General***: *El altísimo nivel que supone la categoría de congresista exige que las sanciones por violación de sus deberes sean drásticas. No sería aceptable que a un parlamentario se le aplicarán medidas benevolentes como, por ejemplo, descuento de unos salarios o dietas o suspensión temporal en el ejercicio de sus funciones. El congresista debe ser tan riguroso en su conducta, que el resultado de un mal comportamiento sea la pérdida de la investidura".*
>
> ***Presupuestos Básicos***: *Toda violación al régimen de incompatibilidades e inhabilidades y al conflicto de intereses, debe ser causal para la pérdida de la investidura"* (*Gaceta Constitucional,* No. 51, abril 16 de 1991, pág. 27).

La Sala Plena, en la sentencia del 19 de octubre de 1994, explicó lo siguiente:

"La pérdida de investidura de un congresista por las causales y mediante los procedimientos establecidos en la Constitución y la ley deviene, según el artículo 179-4 en una inhabilidad para ser elegido: las inhabilidades son restricciones a la capacidad de ejercicio de ciertos derechos, y en el caso concreto a los derechos fundamentales de naturaleza política de elegir y ser elegido previstos en el artículo 40.1.

Las inhabilidades no necesariamente constituyen una pena: se prevén para este caso porque el derecho de «ser elegido» requiere de la concurrencia de condiciones adicionales a la simple ciudadanía para ser titular del ***jus honorum*** *que imprime la representación parlamentaria"* (Expediente No. AC-2102. Actor: *Enrique Tejada Romero*. Consejero Ponente: Doctor *Juan de Dios Montes Hernández).*

De modo que la pérdida de investidura produce tres efectos:

1. Priva al congresista del empleo.

2. Lo inhabilita para se elegido, es decir, lo convierte en un ciudadano en *capitis diminutio.*

3. Lo degrada porque lo despoja de la representación, de los honores, dignidades y privilegios que el pueblo le confirió.

d. Causales de Pérdida de la Investidura.

La Constitución Política de Colombia, ante la suma gravedad del resultado de la pérdida de investidura, señaló causales de jerarquía constitucional y juez adecuados a la materia en los artículos 183 y 184.

En el artículo 183-1 estableció dos:

a) La violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

b) Violación del régimen de conflicto de intereses.

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

e. El conflicto de intereses.

Por ser la causal que precisó el actor en su petición inicial, nos detendremos en el estudio de la violación del régimen de conflicto de intereses con este tratamiento.

La palabra interés se deriva del latín: *interesse*, estar entre.

Según el Diccionario de la Real Academia Española significa: "Provecho, utilidad, ganancia"; "Valor que en sí tiene una cosa". "Inclinación más o menos vehemente del ánimo hacia un objeto, persona, narración, etc.". "Conveniencia o necesidad de carácter colectivo en el orden moral o material".

En nuestra sociedad hay una serie, un plexo intereses: materiales, económicos, culturales, sicológicos, intelectuales, artísticos, morales. El interés es un concepto complejo que da lugar a diversas nociones según el ángulo de observación.

Esos intereses entran en el campo jurídico cuando reciben protección legal.

"Los derechos son intereses jurídicamente protegidos", dice *Ihering* en su obra "El espíritu del derecho romano".

Ya en este ámbito, por interés público se entiende la manifestación del valor público que tiene ciertas cosas o la expresión de aquéllo que interesa al público. El primer concepto es objetivo, porque el interés público se predica de ciertos bienes o elementos. El segundo es subjetivo, porque significa aquéllo que interesa a una pluralidad de personas.

En otro sentido, por interés privado puede entenderse el valor particular de ciertas cosas o la expresión de aquello que atrae a unos pocos.

La Constitución Política enuncia estos intereses:

Interés General artículo 1°., interés patrimonial del Estado artículo 268; interés público o social y colectivo, artículos 58, 86; interés social artículos 51, 58 y 62; intereses de la sociedad artículo 277; interés privado artículo 58.

El carácter público del interés, en sí mismo considerado, no implica oposición ni desvinculación con el interés privado. No hay, en principio, intereses públicos distintos de los que tienen los individuos. El interés público se sustenta en los intereses particulares que las personas comparten entre sí.

La existencia de intereses, como se ha indicado, no implica, *per se*, la existencia de un conflicto entre ellos.

En cuanto a la palabra conflicto, dice el Diccionario de la Real Academia Española que viene del latín *Conflictus* "Combate, lucha, pelea". "Problema, cuestión, materia de discusión". "Coexistencia de tendencias contradictorias en el individuo, capaces de generar angustias y trastornos neuróticos".

Y sobre el conflicto de intereses, el profesor español *Fernando Savater* hace a su hijo esta reflexión:

> *"Sin embargo, no vayas a creer que el conflicto entre intereses, cualquier conflicto o enfrentamiento, es malo de por sí. Gracias a los conflictos la sociedad inventa, se transforma, no se estanca. La unanimidad sin sobresaltos es muy tranquila pero resulta tan letalmente soporífera como un encefalograma plano.*
>
> *De modo que en la sociedad tienen que darse conflictos, porque en ella viven hombres reales, diversos, con sus propias iniciativas y sus propias pasiones. Una sociedad sin conflictos no sería sociedad humana sino un cementerio o un museo de cera. Y los hombres competimos unos con otros y nos enfrentamos unos con otros porque los demás nos importan (a veces hasta demasiado), porque nos tomamos en serio unos a otros y damos trascendencia a la vida que llevamos con ellos. A fin de cuentas, tenemos conflictos unos con otros por la misma razón por la que ayudamos a los otros y colaboramos con ellos: porque los demás seres humanos nos preocupan y porque nos preocupa nuestra relación con ellos, los valores que compartimos y aquellos que discrepamos, la opinión que tienen de nosotros, lo que nos dan y lo que nos quitan ... Según los hombres vamos siendo más numerosos, las posibilidades del conflicto aumentan; y también aumentan los jaleos cuando crecen y se diverfican nuestras actividades y nuestras posibilidades"* (*Política para Amador*. Ariel, págs. 46, 47 y 48).

En toda sociedad hay intereses de diversa índole y también conflictos de intereses. Aquéllos y éstos son tomados por el derecho para protegerlos, regularlos, controlarlos o eliminarlos.

En la Asamblea Nacional Constituyente, sobre el conflicto de intereses, como causal de pérdida de investidura de los congresistas, se hicieron planteamientos de este tenor:

> *"**Objeto**: Evitar que el congresista ejerza sus funciones para favorecer intereses distintos al bien común o que la imparcialidad de sus raciocinios se distorsione por motivaciones de orden personal o particular.*
>
> ***Planteamiento General**: El congresista que considere que intereses personales suyos pueden ser afectados por un proyecto que se discute debe declararse impedido para participar en las deliberaciones y con*

mayor razón cuando sea sometido a votación. Si no lo hace voluntariamente, cualquier persona con conocimiento de causa debe recusarlo.

***Presupuestos Básicos**: Como en su mayoría son condiciones eminentemente subjetivas, el planteamiento debe ser general, librado a la responsabilidad y rectitud de cada uno, aunque para efectos de la posibilidad de recusar sí sería necesario enumerar algunas causales, como por ejemplo, haber representado en tiempo reciente intereses que puedan verse afectados por la decisión legislativa".*

Nótese que en las discusiones suscitadas en la Asamblea Nacional Constituyente se distinguió entre los impedimentos y el régimen de conflicto de intereses.

Ahora bien la Constitución Política Nacional, en los artículos 182 y 183, con las expresiones "conflictos de intereses" y "régimen de conflicto de interés", en primer lugar, ha creado un mecanismo para restringir de manera excepcional el derecho a la inviolabilidad por las opiniones y votos de los congresistas, defiriendo al legislador la expedición de un régimen de conflicto de intereses.

Y, en segundo término, en caso de que el congresista incurra en las causales de violación del conflicto de intereses, autorizó al Consejo de Estado para quitarle la investidura que el pueblo le otorgó en aras de la representación política.

Indudablemente este concepto jurídico indeterminado pone de relieve la contradicción que puede existir en la actividad legislativa, entre la persona del legislador (representante o senador) y el fin que persigue la ley: en otros términos la contraposición entre su propio interés (o el de terceros) y el interés general definido por el artículo 133, inciso 1 de la Constitución Nacional.

Como concepto jurídico indeterminado el conflicto de intereses abre paso a una ley que lo tipifique concretamente, esto es "de competencia ligada que no da asidero a ninguna discrecionalidad.", en palabras del profesor *Julio A. Prat*, ("La discrecionalidad administrativa". "Derecho Administrativo en Latinoamerica". Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. pág. 170).

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

Cuando el constituyente habla de "régimen de inhabilidades e incompatibilidades" y de "régimen de conflicto de intereses" está imponiendo

limitaciones a los derechos fundamentales y libertades públicas de que gozan los congresistas como miembros de la sociedad política. Estas limitaciones que constituyen excepciones a su esfera de libertad jurídica, vale decir a su capacidad, necesariamente tiene que ser regulada íntegramente por la ley, para su correcta interpretación que de suyo es restrictiva.

"Corolario del principio de legalidad es prescindiendo aquí de las circunstancias jurídico políticas en que se originó el de reserva legal, según el cual toda intervención que afecte a la libertad y la propiedad sólo puede tener lugar en virtud de una ley normal, es decir, aprobada por el Parlamento", enseña el profesor Manuel García Pelayo en su obra "Las Transformaciones del Estado Contemporáneo" Editorial Alianza Universidad, pág. 62.

Solamente una vez que exista el régimen legalmente previsto, es decir, un estatuto o un conjunto de normas que gobiernen o regulen el conflicto de intereses de los congresistas, será posible conocer cuál o cuáles conductas son atentatorias del mismo.

Al juez no le es dado calificar esta labor sin la previa determinación legal. Abandonaría su condición de administrador de justicia para asumir la de legislador.

La ley debe señalar cuáles son los intereses de los miembros del Congreso que, desde los puntos de vista ético, político, familiar, económico, etc., colisionan con las distintas clases de intereses que enuncia la Constitución (social, patrimonial, colectivo) y qué procedimiento ha de adoptarse para su registro y conocimiento previo en la Cámara correspondiente, así como lo hizo la Constitución en dos casos que citamos por vía de ejemplo.

a. En el artículo 58 se refirió a los conflictos entre los derechos de los particulares con la necesidad reconocida por una ley dictada por motivos de utilidad pública o interés social, para hacer prevalecer el interés público. El legislador está encargado de precisar los motivos de utilidad pública o interés social, y

b. En el artículo 247 delegó al legislador la creación de jueces de paz para que solucione, en equidad, los conflictos individuales y colectivos.

El conflicto de intereses de los artículos 182 y 183 tiene relación con la ausencia de competencia subjetiva, que es la capacidad o aptitud para proceder de manera imparcial. Los congresistas deben tenerla para actuar "consultando la justicia y el bien común" (artículo 133 de la C.P.), esto es prescindiendo o poniendo en segundo orden los intereses personales o privados.

De aquí surge la obligación ética de comunicar a la Cámara a la cual pertenece el congresista los conflictos de intereses, de carácter moral o

económico, que puedan afectar su competencia subjetiva y, por lo tanto, no le permitan intervenir imparcialmente en debates y votaciones (artículo 183 de la Constitución Política , 286, 287, 289, 290, 291, 292, 293, 296 de la Ley 5ª de 1992).

Las disposiciones relativas al conflicto de intereses de los miembros del Congreso son las siguientes:

1. Artículo 182 de la Constitución dice: "Los congresistas deberán poner en conocimiento de la respectiva Cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración. La ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones".

Artículo 183 *ibidem*, señala que, por violar el régimen de conflicto de intereses, el congresista perderá su investidura.

2. El Reglamento del Congreso, la Ley 5ª de 1992, en el artículo 286 ordena:

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

Los artículos 287 de la Ley 5ª de 1992 y 16 de la Ley 144 de 1994 establecieron estos casos:

a. Partipación de los congresistas en sociedades anónimas o de responsabilidad limitada y similares;

b. Participación en cualquiera organización o actividad privada o económica sin ánimo de lucro;

c. Haber prestado, durante el año inmediatamente anterior a la elección, servicios remunerados a gremios o personas de derecho privado sobre cuyos intereses o negocios incidan directamente actos que se encuentren al estudio del Congreso.

De los preceptos citados se colige:

En primer lugar, el artículo 286 de la Ley 5ª de 1992 no consagró causales de impedimento, ni concretó el concepto jurídico indeterminado de

conflicto de intereses, simplemente describió unas situaciones generales que podrían afectar la imparcialidad del congresista, las cuales son de conocimiento universal.

En segundo término, los literales a, b y c, confieren motivos de impedimento de carácter económico.

En tercer lugar, exclusivamente en estos eventos el congresista está obligado a manifestar su falta de competencia subjetiva y a inhibirse de participar en los respectivos debates y votaciones.

En cuarto lugar, el no declararse impedido necesariamente no conlleva o causa conflicto de intereses. El artículo 183 de la Constitución Política no dice que cuando el congresista omita declararse impedido debiendo hacerlo, pierde su investidura. Expresa que es causal de pérdida de investidura la violación al régimen de conflicto de intereses.

Sobre otro tipo de factores, éticos o morales, por ejemplo, conviene tener en cuenta que las leyes que aprueba el Congreso se aplican a los colombianos sin excepción, según los artículos 4° y 95 de la Constitución Política.

De allí que siempre habrá, al lado del interés público, un interés personal de los congresistas en que se expidan y apliquen. Seguridad social, intervención en la economía de reglamento de profesiones, impuestos, reglamento del Congreso, procedimiento para tramitar la pérdida de investidura, divorcio, libertad religiosa, son algunas de las materias en las que han intervenido con interés personal.

El Consejo de Estado, exactamente sobre este punto, en sentencia AC-1276 del 24 de marzo de 1994 (Consejero ponente, d*octor Jaime Abella Zárate)*, expresó:

> *"4.4. Además, cabe observar que proyectos como el de la reforma tributaria mencionada podía afectar y de hecho debió afectar de alguna manera a todos los congresistas que en ella intervinieron, ya por la creación de impuestos o de excepciones, pero si esa incidencia natural de las leyes elaboradas y dictadas por ellos mismos pudiera calificarse como causal de impedimento y, lo que es más grave causal de pérdida de investidura, la labor parlamentaria resultaría imposible. En consecuencia, por ser absurda debe desecharse la interpretación que conduzca a tal resultado".*

Si esta hipótesis se extendiera habría que cerrar el Congreso o importar personajes para que legislen en Colombia. Tal vez estos podrían proceder alejados de cualquier interés particular porque las leyes colombianas no se les van a aplicar en su país.

Además no puede admitirse que los congresistas, por su propia cuenta, *motu proprio*, decidan cuándo deben declararse impedidos, esto es según su leal saber y entender, verdad sabida y buena fe guardada o por objeción de conciencia.

Se daría aval, por lo menos, al desorden, cuando no a otras irregularidades de insospechada gravedad. Por conveniencia, por temor, por debilidad, por afinidad, por amor, por odio, por dinero, etc., un congresista podría plantear o ser obligado a expresar el conflicto de intereses y a separarse del conocimiento de un determinado asunto.

Los conflictos de carácter moral que menciona el artículo de la Carta deben concretarse en una ley, en armonía con el artículo 183 *ibidem*. Así como se han establecido legalmente inhabilidades o incompatibilidades, la ley debe establecer el régimen de conflicto de intereses. Con este régimen será fácil saber en qué casos el congresista deberá declararse impedido, cuando puede ser recusado y cuando lo desconoce para colocarse en peligro de perder la investidura.

De otro lado, el acto humano consta de tres momentos: la intención, la resolución y la acción. La primera es el propósito de actuar; la segunda es la ratificación del propósito; y la acción en la manifestación externa de los otros dos.

La moral regula la totalidad del acto humano. Lo rechaza o lo acepta desde la interioridad hacia la exterioridad. El derecho, en cambio, únicamente cuando hay una manifestación en el mundo exterior. El sólo pensamiento no es susceptible de evaluación jurídica. Por eso el juez le es imposible abordar el universo interno de los congresistas para conocer sus intenciones, o pretensiones o eventuales conflictos de intereses.el Consejo de Estado no es el juez ético de los congresistas, pues estos cuentan con Tribunales creados para juzgar las infracciones a la ética en que pudieran incurrir.

La normatividad vigente (artículos 286 y 287 de la Ley 5ª de 1992 y 16 de la Ley 144 de 1994) citada anteriormente, no conforma un régimen de conflicto de intereses. Son disposiciones aisladas, impropiamente incluidas en una ley agónica del reglamento del Congreso y en otra de procedimiento de pérdida de investidura, dictadas al amparo de los artículos 151 y 184 de la Constitución.

El conflicto de intereses que, como ya se explicó, conlleva una limitación a la esfera de libertad jurídica del congresista, debe ser regulado dentro de los varios tipos de leyes que previó el constituyente, por una ley estatutaria conforme al artículo 152, literal a), la cual tiene procedimiento y contenido distinto de las que hasta el momento ha expedido el Congreso.

Recurrir al conflicto de intereses para decretar la pérdida de investidura de un congresista, sin que el legislador hubiera definido el régimen correspondiente, significa abrir una gama de eventualidades y de abstracciones en las cuales cabría cualquier diferencia de criterio.

El artículo 29 de la Constitución Política garantiza el debido proceso no solamente con presunción de inocencia, sino imponiendo que se juzgue a la persona ante tribunal competente, conforme a las leyes preexitentes al acto que se imputa y con observancia de la plenitud de las formas de cada juicio.

Esto es, tipificando conductas que excepcionan el ejercicio libre de los derechos.

f. El caso concreto.

Al Congreso corresponde expedir un régimen de conflictos de intereses de los congresistas en armonía con las normas constitucionales y legales que se han descrito en esta sentencia, porque el derecho, entre otras finalidades, tiene la de definir el contenido ético de la política.

Pero, bajo el supuesto de que el régimen de conflicto de intereses estuviese contemplado en las leyes citadas con anterioridad, la violación que el demandante imputa al representante a la Cámara *Alvaro E. Benedetti Vargas* no se ha establecido.

El representante a la Cámara votó negativamente el proyecto de ley cuyo texto reza:

"La doctrina constitucional adoptada en las sentencias de la Corte Constitucional es criterio auxiliar de interpretación por las autoridades, excepto en los siguientes casos:

1°. Cuando dicte sentencias interpretativas, es decir aquellas que declaren la exequibilidad de una norma legal condicionada a una determinada forma de interpretación.

2°. Cuando la parte motiva de la sentencia proferida por la Corte Constitucional guarde relación directa o tenga nexo con la parte resolutiva de la misma.

3°. En los casos de sentencia, es decir, cuando falta de legislación adecuada para resolver un asunto concreto sometido a su competencia, el juez aplique directamente la norma constitucional.

4°. En estos casos la doctrina adoptada en las providencias hace tránsito a cosa juzgada Constitucional, obliga en su integridad y corrige la juris-

prudencia. Su inobservancia será causal de mala conducta" (artículo 230 de Constitución Nacional).

La acusación sostiene que con este proyecto el representante a la Cámara buscaba estos objetivos:

a. Convertir el enriquecimiento ilícito en un tipo penal subalternos de otras conductas delictivas o hacerlo desaparecer como delito.

b. Suspender el proceso que en su contra tramita la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

No encontramos probadas estas acusaciones.

Si el congresista *Alvaro Benedetti Vargas* con su voto se opuso a la aprobación del proyecto del ley transcrito con antelación, no hay, por sustracción de materia, conflicto de intereses. Su comportamiento armonizó con el interés que, a juicio solicitante, era el interés público, social o colectivo y, en estas condiciones, desapareció todo contraste o incompatibilidad. Despojarlo de su investidura significaría inventar una causal nueva, no prevista en la Constitución, consistente en votar cuando existe compatibilidad o conjunción de interés.

Daniel Suárez Hernández, Juan de Dios Montes Hernández.

NOTA DE RELATORIA: Reiteración jurisprudencial en Expediente AC-2102; Actor Enrique Tejada Romero, Consejero Ponente doctor Juan de Dios Montes Hernández. Y en expediente AC-1276 del 24 de marzo de 1994. Consejero Ponente Jaime Abella Zárate.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Causales / **CONFLICTO DE INTERESES** - Improcedencia / **CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS** - Cónyuge de congresista / **REGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES** - Inexistencia de violación / **JULIO GALLARDO ARCHBOLD** - Congresista

Los congresistas deberán poner en conocimiento de la respectiva Cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración. Así lo prevé el artículo 182 de la C.P. La presentación de un proyecto de ley constituye la iniciación del trámite al cual debe ser sometido para convertirse luego en ley de la República y que si existiere interés directo en la adopción de esas normas, así el parlamentario no participará en los debates y votaciones violaría el régimen de conflicto de intereses por el sólo hecho de presentarlo a consideración de las Cámaras, porque con esa sola actuación estaría haciendo posible que en algún momento se convirtiera en ley. En casos semejantes al presente, la Sala ha concluido que la incidencia natural y general de las leyes, no puede constituirse necesariamente en causal de impedimento pues de ser ello así la labor parlamentaria resultaría imposible; sólo cuando de ella se deriven beneficios particulares tangibles para un determinado parlamentario, los cuales no se observan en el caso que se estudia. Según la prohibición constitucional contenida en el artículo 180, quien no puede celebrar por sí o por interpuesta persona contratos con entidades públicas o con personas que manejen o inviertan fondos públicos es el congresista. La Sala no encuentra que con la celebración de este contrato, hubiera podido incurrir el congresista en violación al régimen de incompatibilidades porque él no era socio de esa sociedad, ni está probado algún tráfico de influencias. Este caso se enmarca en la excepción a las incompatibilidades previstas en el artículo 283 numeral 2 de la Ley 5ª de 1992 y no puede constituir violación al régimen de incompatibilidades contemplado en la Constitución, y menos a un conflicto de intereses, como lo alega la demanda, porque esa negociación no fue buscada libremente por la sociedad dueña del terreno, sino obligada consecuencia de la ocupación del mismo y en defensa de un legítimo interés.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Santafé de Bogotá, D.C.; once (11) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrada Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. AC-3472. Actor: Germán Moreno García. Pérdida de investidura.

El señor Germán Moreno García solicita al Consejo de Estado decretar la pérdida de investidura de congresista del representante a la Cámara señor *Julio Eugenio Gallardo Archbold,* quien fuera elegido como tal para el período legislativo 1991-1994, 1994-1998.

Fundamenta su solicitud en los siguientes

HECHOS

El resumen de los que se narran en la demanda y en las sucesivas adiciones y aclaraciones es el siguiente:

1°. El 2 de noviembre de 1995 el doctor *Julio Gallardo Archbold* presentó ante la Cámara de Representantes el Proyecto de ley # 170 de 1995, mediante la cual se dictan normas especiales para el desarrollo económico y social y protección del Grupo étnico raizal del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

2°. El proyecto referido en el numeral anterior se limita el derecho a la propiedad, anulando los derechos adquiridos con justo título, sin que exista razón alguna para ello en la exposición de motivos.

3°. De conformidad con el parágrafo 1° del artículo 40 del proyecto de ley, se excluye de tal limitación el sector de North-End, en el cual el representante y su familia poseen bienes inmuebles que superan los $200.000.000.000, con lo cual, abusando de su condicion de congresista pretende disponer libremente de sus bienes y beneficiarse económicamente, valorizándolos.

4°. La Isla de San Andrés tiene 26 Kmts^2, las propiedades del parlamentario y su familia asciende a 500.000 mts^2 en la Isla de San Andrés y a 200.000 mts^2 en la Isla de Providencia, de donde se concluye que existe un acaparamiento excesivo de tierras y edificaciones.

5°. Relaciona una serie de matrículas inmobiliarias de propiedades a nombre de la familia *Gallardo,* tanto de personas naturales como de socieda-

des conformadas por sus miembros; inmuebles que en su mayoría están ubicados en el Sector North-End.

6°. El Proyecto de Ley 170 de 1995, en su capítulo V, artículo 84 parágrafo 1° determina que los bancos integrales sólo podrán ubicarse en la Zona North-End de la Isla, excluidas las zonas especiales de reserva. Siendo el demandado y su familia los mayores propietarios de áreas físicas en este lugar, se concluye que buscó que el centro financiero internacional funcionara en este sector para así obtener mejores precios en sus inmuebles, ya que sólo estos predios pueden negociarse libremente.

7°. Lo descrito en el hecho anterior contraviene la Ley 9ª de 1989 —Ley de Reforma Urbana—, norma de alcance nacional, pues es ella la que determina las pautas en cuanto a la destinación y afectación del suelo, a través del Plan de Ordenamiento Territorial.

8°. En el Sector de North-End se agrupan los inversionistas, el grupo nativo está disperso en concentraciones habitacionales como San Luis, La Loma y El Cove; al rededor del centro se han formado barrios tuguriales, lo cual quiere decir que no es cierto que la mayor parte de los habitantes de la Isla vivan en North-End.

9°. La señora *Ligia Rojas de Gallardo*, quien posee el 95% de la Sociedad *"Limpiamos a San Andrés Ltda."*, suscribió con el *Instituto de Seguros Sociales*, sucursal San Andrés —ocultando su condición de cónyuge demandado— el contrato No. 969 de 1° de marzo de 1996 en cuantía de $17'000.000, cuyo objeto es el aseo de la Isla, siendo la única propuesta presentada.

10. La Sociedad Gallardo y Compañía S. en C. vendió al Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina una franja de terreno de 553 metros cuadrados para una vía pública, escritura pública que se otorgó en la Notaría Unica del Círculo de San Andrés, siendo socio gestor al momento de la negociación el señor *Julio Eugenio Gallardo Archbold.*

11. Previamente a la negociación del terreno enunciado en el numeral anterior, este no fue declarado de utilidad pública, sino que se negoció directamente rebajándosele a la sociedad propietaria impuestos por más de $30'000.000, los cuales fueron descontados del valor de la venta, la cual ascendió a la suma de $333'276.150.

12. El terreno objeto de venta formaba parte de uno de mayor extensión, el cual es objeto en la actualidad de dos demandas en procesos ordinarios.

13. La Resolución 2099 de 15 de agosto de 1995, suscrita por el Gobernador del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa

Catalina, por la cual se "aplicó" una compensación y se ordenó el descuento de tributos por la supuesta ocupación de hecho en el predio, está falsamente motivada pues no existe constancia acerca de la necesidad de afectación del terreno.

14. La condonación de intereses por mora y sanciones por extemporaneidad, constituyen una transacción ilegal y un delito contra la fe pública, ya que el lote objeto de negociación y la mora en que incurría la Sociedad Gallardo y Cía. S. en C.S. y el señor *Adalberto Gallardo Flórez* eran dos situaciones independientes; aún más nada tenían que ver con tal negocio los otros predios de propiedad de las mismas personas natural y jurídica que fueron beneficiados con tal condonación.

15. No es cierto, como se afirma en la Resolución 2099 de 15 de agosto de 1991 que el Departamento le adeudara a las personas mencionadas en el hecho anterior suma alguna por concepto de intereses ya que el terreno objeto de la venta nunca fue declarado la utilidad pública.

16. El Departamento Archipiélago de San Andrés ordenó la expedición del recibo de caja en cuantía de $37'945.456, por concepto de compensación.

17. El proyecto de ley 170 de 1995 es prohibitivo y restringe los derechos y obligaciones de la mayoría de los habitantes de la Isla, que son de origen continental; es producto de las ambiciones personales y los intereses politiqueros y segregacionistas del parlamentario demandado, y genera un conflicto de intereses.

LA CAUSAL INVOCADA

Se invoca como tal la contemplada en el numeral 1° del artículo 183 de la Constitución Política, consistente en violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

El representante a la Cámara *Julio Eugenio Gallardo Archbold* constituyó apoderado y por su intermedio se opone a la solicitud de pérdida de investidura argumentando fundamentalmente:

1°. El proyecto de Ley 170 de 1995 no desconoce derechos adquiridos con justo título, tiene origen en el artículo 310 de la Constitución Nacional y propone como condición hacia el futuro que la enajenación de inmuebles se efectúe entre raizales y residentes legales, conforme a los requisitos señalados en el Decreto Ley 2762 de 1991, con el fin de proteger la identidad cultural y preservar el medio ambiente y los recursos naturales del Archipiélago.

2°. El sector de North-End está densamente poblado y por ello se excluyó del proyecto tal como lo previó el Constituyente de 1991, y lo han hecho las diversas propuestas parlamentarias y las propuestas presentadas por organizaciones cívicas.

3°. El proyecto propone la creación de un Instituto de Tierras para brindarles a los raizales alternativas que eviten la enajenación de sus inmuebles, con lo cual no se beneficia el demandado y por el contrario busca la conservación de los inmuebles en cabeza de los actuales propietarios.

4°. No es cierta la afirmación relativa al valor de las propiedades de la familia *Gallardo*.

5°. La razón por la cual el proyecto establece que los bancos integrales se ubiquen en el Sector North-End se inspira en el Proyecto de Ley 164 de 1993 presentando por el entonces Ministro de Hacienda y busca proteger otras áreas del Archipiélago. Tal proyecto fue publicado en la *Gaceta del Congreso* No. 470 el 16 de diciembre de 1993.

6°. Las propiedades del demandado en el Archipiélago sólo ascienden a 30.000 metros cuadrado y sólo 1.400 metros cuadrados están ubicados en el Sector North-End.

7°. El documento allegado como expedido por los hoteleros, no fue suscrito por ellos tal como lo afirma el presidente de la Asociación de Hoteleros de San Andrés.

8°. El demandado sí aparece inscrito como propietario en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de San Andrés, pero no le consta nada respecto a las demás personas mencionadas por el demandante.

9°. En cuanto a las matrículas inmobiliarias enunciadas afirma que no le consta que pertenezcan a personas con apellido *Gallardo*, e incluso no todos los fallos allegados pertenecen a personas con este apellido, ni a esta familia.

10. La mayoría de propiedades de la familia Gallardo no están ubicadas en el Sector North-End tal como consta en la certificación expedida por el jefe de la Oficina Delegada de Catastro de San Andrés y Providencia, Islas, por lo tanto no todos los bienes a que se refieren los folios de matrícula inmobiliaria están ubicados en Nort-End. El actor, al encontrar su propia contradicción trata de confundir anexando un listado de predios y propiedades.

11. El demandado sí explicó en la exposición de motivos del Proyecto de ley las razones por las cuales se excluía el Sector de North-End,

indicando como tal la densidad poblacional. Así lo admite el demandante en su aclaración al hecho octavo de la demanda.

12. La señora *Ligia Rojas Lobo* sí es cónyuge del demandado, y no es cierto que haya tratado de ocultar tal hecho; sencillamente suscribió el contrato de aseo con el Departamento utilizando el nombre y apellidos que constan en su documento de identidad, sin que sea obligación legal llevar la partícula "de" con el apellido del esposo por ser mujer casada. En el contrato no se indica el estado civil, en consecuencia no es cierto que lo haya suscrito haciéndose pasar como soltera.

13. El demandado no es socio de la Sociedad Limpiamos San Andrés Ltda., la cual se constituyó con anterioridad al momento en que fuera elegido como parlamentario.

14. No es cierto que el demandado haya intervenido en la adjudicación del contato, como temerariamente lo afirma el demandante; así lo responde el Gerente Seccional del ISS quien dice no haber tenido trato alguno con él y para el desarrollo del contrato haberse relacionado sólo con la administradora de la Sociedad Limpiamos San Andrés Ltda.

15. El demandante no es socio gestor de la Sociedad Gallardo y Compañía S. en C.S., los socios gestores son *Adalberto Gallardo Flórez* y *Amanda Mantilla de Gallardo* (q.e.p.d).

16. De la Resolución 2099 de 15 de agosto de 1995 y de la Escritura Pública 1747 de 13 de diciembre de 1995 de la Notaría Unica de San Andrés se concluye que la intendencia, hoy departamento, en desarrollo del plan vial ocupó de hecho el terreno que se conoce como la carrera 1B., desde el año 1984; que el departamento interesado en legalizar la situación y adquirir el dominio del bien logró suscribir con el doctor *Gallardo Flórez* un contrato de transacción y para ello se cumplió el proceso administrativo previsto en la ley, estableciéndose el precio del bien según avalúo del Instituto Agustín Codazzi y de allí se compensó el valor del impuesto predial adeudado, tal como lo permite el Estatuto de Cobro del Departamento, es decir, no se trató de ninguna transacción fraudulenta.

17. No hubo rebaja de impuestos, sólo se realizó una compensación de las sumas adeudadas por este concepto y el valor fijado para el predio. Igualmente se transó no aplicando intereses moratorios ni extemporaneidad, dada la ocupación que de hecho existía desde años anteriores y a su vez obligándose la Sociedad a no pedir reavalúo del bien. A la fecha la administración aún adeuda el valor de la venta.

18. Si bien existe igualdad ante la ley, no es menos cierto que es obligación del Estado crear las condiciones necesarias para que la igualdad

sea real y efectiva; por ello el artículo 310 de la Constitución Nacional creó un régimen especial para San Andrés y Providencia y Santa Catalina, siendo ésta la intención del demandado al presentar el proyecto de Ley 170 de 1995.

19. No existe conflicto de intereses por cuanto para ello, según el artículo 286 de la Ley 5ª de 1992 es preciso tener interés directo en la decisión y participar en los debates y votaciones respectivas y el proyecto de Ley 170 no ha sido debatido. Además el representante *Gallardo* se declaró impedido para participar en los debates y votaciones correspondientes, como consta en escrito de 27 de marzo de 1996, dirigido al Presidente de la Comisión Primera de la Cámara de Representantes.

AUDIENCIA PUBLICA

El 4 de junio de 1996 se llevó a cabo la audiencia pública decretada mediante auto del 23 de mayo de 1996, y en ella intervinieron las partes y el Ministerio Público.

El solicitante de la desinvestidura dijo que el Proyecto de ley 170 de 1995 fue presentando por el representante *Julio Eugenio Gallardo Archbold* el 2 de noviembre de 1995 y el mismo, el 27 de marzo de 1996 solicita al Presidente de la Honorable Cámara de Representantes se le acepte impedimento para participar en los debates y votaciones relacionados con el capítulo 3° del Proyecto en virtud de que él y su familia son propietarios de inmuebles en el Sector North-End y pertenecen a etnia raizal.

Posteriormente señaló una serie de disposiciones del proyecto relativas al régimen de pesca (artículos 4° parágrafo 1° y 13 parágrafo 1°) régimen turístico (artículos 24 parágrafo 1°, 26, 30, 34 parágarafo 2°) régimen inmobiliario (artículos 37, 43 inciso 2°) y régimen financiero (artículo 84 parágrafo 1°) e indicó que con tales disposiciones se benefician el parlamentario y su familia ya que ellas implican privilegios para las raizales y exclusión para los continentales que son la mayoría de los habitantes de la Isla; agregó que también algunas de las mencionadas normas benefician a los propietarios de predios en el sector de North- End y por lo tanto al señor *Julio Eugenio Gallardo Archbo*ld y su familia, pues ellos son propietarios de bienes en tal sector como lo reconoce el parlamentario al solicitar que se le acepte impedimento para intervenir en la discusión y votación del proyecto. Concluyó que es clara la existencia de la causal invocada.

Afirmó que el Proyecto de ley 170 de 1995 atenta contra la soberanía nacional, que el demandado forma parte de los nativos radicales que buscan independizar a San Andrés y excluir del territorio a los continentales discriminándolos del poder político, económico y administrativo.

Posteriormente manifestó que el Proyecto ley pretende que al Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina le sean entregadas grandes sumas de dinero sin tener ningún proyecto claro de inversión, dinero que seguramente desaparecerá como sucedió con los recursos destinados para adecuación de las posadas nativas.

Consideró que con una interpretación errada del artículo 310 de la Constitución Nacional, se pretende a través del Proyecto de ley desconocer lo prescrito por el artículo 2° de la Carta Política; que el comportamiento del demandado al aprovechar su condición de legislador para presentar proyectos que lo benefician luego declararse impedido sin retirarlos, no es más que una argucia que pone en tela de juicio su honestidad, puesto que se ha dedicado a recolectar 3.000 firmas de apoyo al mismo y ha concedido entrevistas radiales para impulsar el Proyecto de Ley 170 de 1995.

Dijo que el haberse declarado impedido para participar en la discusión y votación del proyecto, constituye una confesión sobre el conflicto de intereses, y al no retirar el proyecto está incurriendo en una conducta intencional y culpable de la cual se percató sólo hasta cuando la comunidad sanandresana cuestionó el proyecto.

En cuanto a la suscripción del contrato por parte de la doctora *Ligia Rojas Lobo* con el ISS, afirmó que es claro que el demandado incurrió en violación del régimen de inhabilidades puesto que existe con la mencionada persona comunidad de intereses dada la sociedad conyugal que conforman.

En relación con el contrato de compravente suscrito con el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina argumenta que el demandado sí es socio gestor de la sociedad vendedora; que el contrato de transacción suscrito con la Sociedad Gallardo y Cía. S. en C.S., venía siendo gestionado por el señor *Adalberto Gallardo Flórez* desde 1983 y sólo en 1991 fue vendido el terreno —afectado por demandas ordinarias contra la Sociedad Gallardo Cía. S. en C.S.—, es decir que la negociación se inició con una persona natural y se terminó con una persona jurídica, lo cual vicia el documento por falta de capacidad de las partes y que sin embargo por intereses personales las condiciones de este contrato leonino se validaron. Lo anterior indica claramente que el demandado incurrió en violación del numeral 4° artículo 282 de la Ley 5ª de 1992.

El señor Agente del Ministerio Público en su intervención, luego de hacer un resumen de la demanda y la contestación de la misma, consideró que lo relativo a la legalidad del contrato con el Intituto de Seguros Sociales por parte de la señora *Ligia Rojas Lobo* y la venta efectuada por la Sociedad Gallardo Cía. S. en C.S. no es susceptible de ser considerado en este proceso.

En cuanto al contrato con el ISS expresó que la Sociedad Limpiamos San Andrés Ltda. fue constituida en 1989 y conforme al certificado expedido por la Cámara de Comercio el doctor *Gallardo Archbold* no conforma parte de ella; en consecuencia, como el régimen de incompatibilidades prescribe la prohibición para que el congresista efectúe negocios durante el período de ejercicio de su función, mas no para que los realice su cónyuge, este hecho es irrelevante frente a la Ley 5ª de 1992.

De otra parte, afirmó que tampoco se probó en el proceso injerencia alguna del representante en la adjudicación del contrato y por el contrario el Gerente Administrativo del ISS asevera que no ha tenido trato alguno con el demandado.

En cuanto tiene que ver con el contrato de venta de la sociedad Gallardo Cía. S. en C.S., al Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, dijo que la sociedad en mención se constituyó mucho tiempo antes del momento en el cual el demandado fue elegido congresista; que el doctor *Gallardo Archbold* no figura como socio gestor de la misma; y que conforme al artículo 283 de la Ley 5ª de 1992 los congresistas pueden gestionar directamente o a través de apoderado diligencias o actuaciones administrativas o jurisdiccionales en las cuales, en igualdad de condiciones, tengan interés él, su cónyuge, hijos o padres, facultad con mayor razón la tiene una sociedad de la cual es parte el congresista. Que la transacción es válida en una situación como la descrita y que tal como lo hacen constar el Gobernador del Departamento de San Andrés y el Director Jurídico del mismo, este procedimiento se ha utilizado con otros propietarios de la Isla.

En consecuencia, consideró que debía analizarse la causal invocada frente al hecho de que el representante demandado hubiese presentado el Proyecto de ley 170 de 1995.

Comenzó el señor Procurador Tercero Delegado indicando que conforme a los antecedentes que obran en el proceso, en el Archipiélago de San Andrés se requiere un régimen exorbitante cuya finalidad es la preservación de la cultura, el medio ambiente y los recursos naturales de la Isla; que conforme lo muestran los documentos allegados es clara la pauperización de los nativos de la Isla, la superpoblación que allí opera y la necesidad urgente de regular estos aspectos, que el Proyecto de ley 170 de 1995 se enmarca dentro de las circunstancias anteriormente descritas.

En relación con el régimen inmobiliario señaló que en efecto este es restrictivo, pero responde precisamente a la intención de prevenir el problema social que generaría el traspaso continuo de las tierras a manos de personas ajenas a las Islas; que la exclusión del Sector North-End, no es novedosa pues ello venía contemplándose desde los debates en la Asam-

blea Nacional Constituyente ya que la intención es preservar la cultura raizal y ésta no está ubicada en el mencionado territorio.

Agregó que en el proyecto no se percibe una intención de provecho del congresista pues, como los demás propietarios, en nada ve modificado su *status* de tenencia y transferencia de la propiedad; que se trata de una reglamentación general y abstarcta sustentada en antecedentes, y que prevé la protección de la cultura y la supervivencia de los raizales.

Finalmente consideró que la Ley 5ª de 1992 no se propone restringir la iniciativa legislativa y a términos del artículo 154 de la Constitución Nacional las leyes pueden tener origen a propuesta de los miembros de las Cámaras, que adicionalmente el proyecto no ha sufrido discusión ni debate alguno, que es frente a lo cual el Parlamentario está obligado a abstenerse.

En conclusión considera que el doctor *Julio Eugenio Gallardo Archbold* no ha incurrido en conflicto de intereses y por lo tanto resulta improcedente la solicitud de pérdida de investidura.

Por su parte el representante a la Cámara *Julio Eugenio Gallardo Archbold* manifestó que la solicitud de pérdida en investidura sólo obedece al deseo de evitar el desarrollo legal del artículo 310 de la Constitución Nacional y la materialización de nuevas alternativas de desarrollo económico y social tanto para raizales como para residentes en el Archipiélago; que a pesar de su declaratoria de impedimento para participar en los debates y votaciones del proyecto es claro que de él no se desprende interés alguno en su beneficio particular; que es un hecho notorio el grave problema de superpoblación de la Isla, lo cual implica un deterioro irreversible del medio ambiente y de la identidad cultural, el cual ha tendido a ser subsanado mediante Decreto 2762 de 1991 y la Ley 47 de 1993 de la cual es autor.

Que tampoco es cierto que haya pretendido beneficiar con el proyecto a su familia, que sus antecesores han habitado en la Isla desde hace más de 300 años, y con la mayoría de ellos no está dentro de los grados de consanguinidad establecidos por la ley; que la exclusión del Sector North-End se ha incluido en diversas propuestas pues constituye el casco urbano dse San Andrés, está habitado mayoritariamente por población no raizal, lo cual lo aleja de los fines del proyecto.

En cuanto a la suscripción del contrato por parte de la señora *Ligia Rojas Lobo* manifestó que resulta absurdo que un congresista incurra en conflicto de intereses porque su cónyuge sea miembro de una sociedad o suscriba un contrato con una entidad pública; y en relación con el contrato

de venta de un terreno, suscrito por la Sociedad Gallardo Cía. S. en S.C. afirma que no es socio gestor sino comanditario y que no se trata de un proceso indemnizatorio que se fija en igualdad de condiciones para todas las personas; que cuando el Estado requiere un predio para el ejercicio de su función el particular está en la obligación de cederlo, y si se configura ninguna infracción a la ley, pues en gracia de discusión perteneciera a un congresista estaría habilitado para contratar con el Estado.

En consecuencia, solicita que se deniegue la solicitud de pérdida de investidura.

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 representante a la Cámara *Julio Eugenio Gallardo Archbold* es la contemplada en el numeral 1 del artículo 183 la Constitución, por haber incurrido en conflicto de intereses que se deduce, según los varios escritos presentados por el solicitante, de lo siguiente:

a) Haber presentado el Proyecto de Ley 170 de 1995 "por la cual se dictan normas especiales para el desarrollo económico y social y protección del grupo étnico raizal del Departamento Archipiélago San Andrés, Providencia y Santa Catalina", consangrando en ese proyecto limitaciones a la propiedad privada tales como el establecimiento de condiciones para su enajenación, la cual sólo puede realizarse entre raizales o al Instituto de Tierras del Archipiélago, que el mismo proyecto crea, de lo cual queda exceptuado el sector conocido como North-End.

También el proyecto consagra la creación de un Centro Financiero Internacional y de Bancos Integrales que sólo podrán ubicarse en la zona North-End.

b) De un contrato de prestación de servicios celebrado entre el Instituto de Seguros Sociales y la Sociedad "Limpiamos San Andrés Ltda.", cuya representante legal es la señora *Ligia Rojas Lobo*, esposa del señor *Julio Eugenio Gallardo Archbold*.

c) De un contrato de compraventa y una transacción celebrados entre el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y la Sociedad Gallardo y Cía. S.C.S., sobre una franja de terreno de propiedad de la sociedad.

Argumenta el solicitante de la pérdida de la investidura que el representante a la Cámara incurrió en violación al régimen de Conflicto de Intereses por cuanto teniendo grandes propiedades, él y su familia, en el sector North-End, lo que buscaba con la presentación de ese proyecto no era otra cosa sino su beneficio personal, traducido en la ausencia de restricciones para la enajenación de inmuebles y la valorización de los mismos, perjudicando a las personas cuyos bienes no están situados en ese sector. Lo acusa también de ser separatista y de ir contra los intereses de los residentes en la Isla.

Menciona posible tráfico de influencias en la celebración de los contratos indicados antes y violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

Durante la Audiencia Pública amplió todos estos argumentos y se refirió a hechos no expuestos ni la demanda ni en los memoriales posteriores.

Analizará la Sala, en primer término, si la presentación de un proyecto de ley puede constituir violación al régimen de conflicto de intereses; si en el caso concreto de autos se dio esa violación y si la celebración de los contratos mencionados constituye violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

CONFLICTO DE INTERESES

Como lo ha aceptado en numerosas ocasiones la Sala Plena de la Corporación, el conflicto de intereses está regulado por los artículos 182 de la Constitución Política, por los artículos 286 a 295 de la Ley 5ª de 1992 y el artículo 16 de la Ley 144 de 1994.

Según estas normas, los congresistas deberán poner en conocimiento de la respectiva Cámara las situaciones de carácter moral o económico que lo inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración. Así lo prevé el artículo 182 de la C.P.

Y el 286 de la Ley 5ª de 1992 ordena a los congresistas declararse impedidos para participar en debates o votaciones, cuando exista interés directo en la decisión, porque les afecte de alguna manera o afecte al cónyuge, compañero o compañera permanente, o a algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad; segundo de afinidad o primero civil, o a sus socios de hecho o de derecho.

El artículo 182 de la Constitución habla del "trámite" de los asuntos sometidos a la consideración de los congresistas.

La presentación de un proyecto de ley constituye la iniciación del trámite al cual debe ser sometido para convertirse luego en ley de la República y que si existiere interés directo de la adopción de esas normas, así el parlamentario no participará en los debates y votaciones violaría el régimen de conflicto de intereses por el solo hecho de presentarlo a la consideración de las Cámaras, porque con esa sóla actuación estaría haciendo posible que en algún momento se convirtiera en ley.

No cabe admitir que por no participar en los debates y en las votaciones, desaparezca el interés directo del autor del proyecto.

EL CASO CONCRETO

Establecido entonces que puede existir violación al régimen de conflicto de intereses por la simple presentación de un proyecto de ley, debe analizarse ahora si en verdad el representante a la Cámara *Julio E. Gallardo* tenía interés directo, es decir, buscaba un beneficio propio o de las personas mencionadas en el artículo 286 de la Ley 5ª de 1992, con la adopción de las normas consagradas en el proyecto 170 de 1995 Cámara.

Está probado dentro del proceso, que el representante *Julio E. Gallardo* presentó el 2 de noviembre de 1995 el Proyecto de ley 170 "por la cual se dictan normas especiales para el desarrollo económico y social y protección del grupo étnico raizal del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina", el cual se divide en Capítulos así: I Régimen de Pesca; II Régimen Turístico; III Régimen Inmobiliario; IV Régimen de Puerto Libre; V Régimen Financiero; VI Régimen de Fomento Económico.

Está probado también con los folios de matrícula inmobiliaria y con la certificación del jefe de la Oficina Delegada de Catastro de San Andrés Islas, que el señor *Julio E. Gallardo* y su familia son propietarios de varios inmuebles situados en la zona denominada North-End y también en la zona rural de San Anrés.

Los artículos a los cuales hace referencia especial el solicitante de la pérdida de investidura están contenidos en el Capítulo III del Régimen Inmobiliario. El artículo 37 reza:

> "***Bienes Inmuebles.*** *Las siguientes disposiciones establecen las condiciones especiales para las enajenaciones de bienes inmuebles en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.*
>
> ***Parágrafo 1º.*** *Se exceptúa el sector de North-End".*

También se refiere al artículo 84 que dice en lo pertinente:

*"**Parágrafo 1°.** Los Bancos Integrales de que trata la presente ley sólo podrán ubicarse físicamente en la isla de San Andrés en el sector conocido como North- End, excluidas las zonas especiales de reserva...".*

Sin embargo, no cree la Sala que de la aprobación de este proyecto de ley y concretamente de estos artículos pueda deducirse algún beneficio particulares para el señor *Julio E. Gallardo* o para sus familiares o socios, ni que la presentación del mismo obedeciera a interés directo el parlamentario buscando obtener ventajas particulares.

En efecto, siendo el congresista oriundo del Departamento Archipiélago de San Andrés, resulta normal que se preocupe por desarrollar las previsiones contenidas en el artículo 310 de la Constitución, para satisfacer las expectativas de sus electores.

Debido a la preocupación que existe por la suerte del Archipiélago y sus problemas de sobre-población, de los cuales se deriva un desplazamiento notorio de las personas oriundas de las islas, la Asamblea Nacional Constituyente se ocupó del asunto, dejando plasmada en los artículos 310 y 42 transitorio de la Constitución la voluntad de que se expidieran las leyes limitando el ejercicio de derechos como el de circulación, residencia, uso regular del suelo y enajenación de bienes, "con el fin de proteger la identidad cultural de las comunidades nativas y preservar el ambiente y los recursos naturales del Archipiélago".

Ya en las discusiones de los proyectos a la Asamblea Nacional Constituyente se habló de excluir de las restricciones a la enajenación de la propiedad del sector North-End, por constituir el área urbana de la isla de San Andrés, densamente poblada y comercializada (*Gaceta Constitucional* Nos. 29 y 40 de marzo 30 y abril 8 de 1991).

No trae entonces el proyecto presentado por el representante *Gallardo* novedad en ese sentido ni en lo relacionado con la ubicación de los Bancos Integrales, idea que ya se había expuesto por el Gobierno Nacional en un proyecto de ley presentado por el señor Ministro de Hacienda en diciembre de 1993, creando el Centro Financiero Internacional en la zona North-End, justamente para preservar las zonas consideradas de reserva.

Ahora bien; si se analizan las consecuencias del parágrafo del artículo 37 del proyecto, debe concluirse que no significa modificación alguna al régimen actual; en este momento la enajenación de bienes inmuebles en la zona North-End es libre y el proyecto prevé que así continúe. Así las cosas, no resulta lógico pretender que este artículo implique beneficios especiales para quienes son propietarios de inmuebles de dicha zona. Ahora y después, su situación sería la misma.

Las restricciones en el resto de la isla, previstas para proteger a los nativos y raizales, afectan a todos por igual y no puede afirmarse que tengan incidencia especial respecto de determinadas personas.

En casos semejantes al presente, la Sala ha concluido que la incidencia natural y general de las leyes, no puede constituirse necesariamente en causal de impedimentos pues de ser ello así la labor parlamentaria resultaría imposible; sólo cuando de ella se deriven beneficios particulares tangibles para un determinado parlamentario, los cuales no se observan en el caso que se estudia.

Tampoco la ubicación de los Bancos en el sitio más adecuado, puesto que no parece conveniente que estuvieran fuera del casco urbano, puede significar beneficios especiales y tangibles para el congresista o su familia.

Por estas razones la Sala estima que no se violó el régimen de conflicto de intereses por la presentación del proyecto de ley tantas veces mencionado.

VIOLACION AL REGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES

Aun cuando el solicitante se refiere siempre a la violación del régimen de conflicto de intereses, lo relacionado con la celebración de unos contratos tiene que ver con la violación de incompatibilidades.

Narran la demanda y sus adiciones, que la señora *Ligia Rojas Lobo*, esposa del representante *Julio E. Gallardo*, celebró, como representane legal de la sociedad "Limpiamos San Andrés Ltda.", y haciéndose pasar como soltera, un contrato de prestación de servicios con el Instituto de Seguros Sociales, del cual se beneficia el señor *Gallardo* por ser su esposo, y quien probablemente para obtenerlo usó tráfico de influencias.

Observa la Sala que según certificado de la Cámara de Comercio, el señor *Julio E. Gallardo* no es socio de esa empresa.

Según la prohibición constitucional contenida en el artículo 180, quien no puede celebrar por sí o por interpuesta persona contratos con entidades públicas o con personas que manejen o inviertan fondos públicos es el congresista.

Ciertamente en la firma del contrato de prestación de servicios aparece como representante legal de la sociedad *Ligia Rojas Lobo*, pero de ello no se desprende que hubiera actuado con intención fraudulenta de ocultar su vínculo matrimonial con el señor *Gallardo*; simplemente que debía identificarse como aparece en su cédula de ciudadanía. Y de haber obrado así, esa conducta estaría demostrando más bien, que era imposible endilgarle tráfico de influencias al señor *Julio E. Gallardo*.

La Sala no encuentra que con la celebración de este contrato, hubiera podido incurrir el congresista en violación al régimen de incompatibilidades porque él no era socio de esa sociedad, ni está probado algún tráfico de influencias.

También se aduce para sustentar la causal de pérdida de investidura, que la Sociedad Gallardo y Cía. S.C.S., de la cual es socio el señor *Julio E. Gallardo*, celebró un contrato de venta y una transacción con el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, sobre una franja de terreno de propiedad de la sociedad.

Está probada la celebración del contrato y la transacción entre la Sociedad Gallardo y Cía. S.C.S. y el Departamento, sociedad en la cual el señor *Julio E. Gallardo* no es socio gestor sino comanditario, como lo demuestra el respectivo certificado de la Cámara de Comercio.

También está probado con el texto mismo de la Resolución No. 2099 de 15 de agosto de 1995, en la cual se autorizó una compensación de deudas, resolución que goza de presunción de legalidad, y con certificación expedida por el señor Gobernador del Departamento y el Jefe del Depar-tamento Jurídico, que esa franja de terreno había sido ocupada por el Departamento desde el año de 1984, para construir la carrera 1a. B.

Lo anterior significa que la sociedad estaba en la obligación de vender ese lote ya ocupado al Departamento y que la negociación se adelantó para obtener el precio correspondiente, en defensa de los intereses de la sociedad, en igualdad de condiciones y como pudiera hacerlo cualquier persona en las mismas circunstancias.

Se trató de una venta que pudiera calificarse de forzada en vista de la ocupación de que había sido objeto el terreno desde hacía varios años, y como culminación de una negociación adelantada no por el señor *Julio E. Gallardo Archbold* sino por el señor *Adalberto Gallardo Flórez*, en su calidad de representante legal de la sociedad.

Este caso se enmarca en la excepción a las incompatibilidades prevista en el art. 283 numeral 2 de la Ley 5ª de 1992 y no puede constituir violación al régimen de incompatibilidades contemplado en la Constitución, y menos aún conflicto de intereses, como lo alega la demanda, porque esa negociación no fue buscada libremente por la sociedad dueña del terreno, sino obligada consecuencia de la ocupación del mismo y en defensa de un legítimo interés.

Ahora bien, no corresponde a la Sala ocuparse ni de la legalidad de estos actos contractuales ni de la constitucionalidad y conveniencia de las

normas previstas en el proyecto de Ley 170 de 1995; únicamente le compete establecer si el congresista demandado incurrió en causal de desenvestidura consistente en violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades o de conflicto de intereses; y después de analizar cuidadosamente los cargos formulados se llega a la conclusión de que en el presente caso no es procedente la pérdida de investidura de congresista del representante a la Cámara *Julio Eugenio Gallardo Archbold* pues no se configura la causal alegada.

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

FALLA:

No se accede a decretar la pérdida de investidura de congresista del representante a la Cámara *Julio Eugenio Gallardo Archbold.*

Cópiese, notifíquese y comuníquese conforme lo ordena el articulo 13 de la ley 144 de 1994.

Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 11 de junio de 1996.

Daniel Suárez Hernández, Presidente; aclaró voto; *Joaquín Barreto Ruiz, Mario Alario Méndez, Ernesto Rafael Ariza Muñoz,* con aclaración de voto; *Germán Ayala Mantilla,* aclaración de voto; *Carlos Betancur Jaramillo,* aclaración de voto; *Jesús María Carrillo B.,* aclaró voto; *Julio Enrique Correa Restrepo,* aclaración de voto; *Miren de la Lombana de Magyaroff, Javier Díaz Bueno,* ausente; *Clara Forero de Castro, Delio Gómez Leyva, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Alvaro Lecompte Luna, Juan de Dios Montes Hernández,* aclaración de voto; *Carlos Arturo Orjuela Góngora,* ausente; *Dolly Pedraza de Arenas,* ausente; *Libardo Rodríguez Rodríguez,* aclaración de voto; *Juan Alberto Polo Figueroa, Consuelo Sarria Olcos, Manuel Santiago Urueta Ayola.*

Mercedes Tovar de Herrán, Secretaria General.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Causales / **INTERES GENERAL E INTERES PARTICULAR DE LA ACTUACION DEL CONGRESISTA** - Diferencias

Es imperativo distinguir entre el interés general y de carácter político que mueve y debe motivar las actuaciones de los congresistas en el ejercicio de su mandato, y el interés particular y privado que naturalmente está vedado a los mismos en su actuar legislativo. Confundir o distinguir los conceptos enunciados reduciría y haría imposible el cabal ejercicio de la representación popular. En este orden de ideas quien presenta un proyecto de ley para beneficio general, no sólo no debería sustraerse al debate sino que estaría frente al deber de participar, en vez de declararse impedido.

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

Referencia: Expediente No. AC-3472. Actor: Germán Moreno García.

ACLARACION DE VOTO

Doctor Jesús María Carrillo B.

Aclara el suscrito Magistrado su voto porque comparte la decisión en cuanto no decreta la pérdida de investidura del congresista *Julio E. Gallardo Archbold,* pero no adhiere de manera absoluta y estricta a algunos conceptos consignados en la sentencia, particularmente cuando afirma al referirse al conflicto de intereses o más exactamente al "interés directo"; "que así el parlamentario no participara en los debates y votaciones violaría el régimen de conflicto de intereses por el sólo hecho de presentarlo a la consideración de las cámaras, porque con esa sola actuación estaría haciendo posible que en algún momento se convirtiera en ley", y agrega: "No cabe admitir que por no participar en los debates y en las votaciones, desaparezca el interés directo del autor del proyecto".

El interés deviene del vínculo intelectual con proyección económica que establecido y conocido determina el acto del congresista, entre su propósito y su actuar determinante para conseguirlo. Interés se ha dicho, consiste en la posición favorable de un sujeto frente a un bien *(Rudolf von Hiering)*.

Afortunadamente, el texto de la ponencia hecha sentencia advierte que "en casos semejantes al presente, la Sala ha concluido que la incidencia natural y general de las leyes no puede constituirse necesariamente en causal de impedimento, pues de ser ello así la labor parlamentaria resultaría imposible; sólo cuando de ellas se deriva en beneficios particulares tangibles para un determinado parlamentario, los cuales no se observan en el caso que se estudia".

En segundo lugar debe quedar claro que el congresista no tuvo vínculo directo con la negociación; que ésta no entraña inhabilidad y que correspondió a una legítima defensa y administración, situación que se resolvió por la vía contractual cuya legalidad no corresponde analizarr en este proceso.

En síntesis, es imperativo distinguir entre el interés general y de carácter político que mueve y debe motivar las actuaciones de los congresistas en el ejercicio de su mandato, y el interés particular y privado que naturalmente está vedado a los mismos en su actuar legislativo. Confundir o distinguir los conceptos enunciados reduciría y haría imposible el cabal ejercicio de la representación popular. En este orden de ideas quien presenta un proyecto de ley para beneficio general, no sólo no debería sustraerse al debate sino que estaría frente al deber de participar, en vez de declararse impedido.

Por las anteriores razones, repito, comparto la decisión, previas las aclaraciones aquí consignadas.

Atentamente,

Jesús María Carrillo Ballesteros.

DERECHO DE PROPIEDAD - Limitaciones / **COMUNIDADES RAIZALES** - Protección / **CONFLICTO DE INTERESES** - Improcedencia / **PROYECTO DE LEY** - Participación de congresista (aclaración de voto)

En desarrollo de tales postulados constitucionales el artículo 310 superior prevé que la ley podrá establecer limitaciones al derecho de propiedad, de circulación y residencia, regular el uso del suelo y controlar la densidad de la población, con miras a proteger las comunidades raizales, así como la identidad cultural de éstas, del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. A mi juicio la sola presentación de un proyecto de ley no puede configurar un conflicto de intereses por las siguientes consideraciones: En primer lugar, porque en la Carta Política de 1991 el derecho de presentar proyectos de ley de carácter público: lo pueden hacer un número de ciudadanos igual o superior al 5% del censo electoral existente, o al 30% de los concejales o diputados del país (artículo 155); los miembros del Congreso o el Gobierno Nacional (artículo 154); la Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Nacional Electoral, el Procurador General de la Nación y el Contralor General de la República (artículo 156). En tercero y último lugar, porque, a la luz del artículo 286 de la Ley 5ª de 1992, el conflicto de intereses surge cuando teniendo interés directo el congresista o su cónyuge o compañero o compañera permanente, o parientes consanguíneos, afines o civiles o a sus socios de hecho o de derecho, no se declara impedido "de participar en los debates o votaciones respectivas".

Referencia: Expediente No. AC-3472. Actor: Germán Moreno García.

ACLARACION DE VOTO

Doctor Germán Ayala Mantilla.

Aun cuando comparto la decisión adoptada, denegatoria de la solicitud de pérdida de investidura del congresista, representante a la Cámara

Julio E. Gallardo Archbold, disiento sin embargo en cuanto en la parte motiva se afirma lo siguiente:

> *"... La presentación de un proyecto de ley constituye la iniciación del trámite al cual debe ser sometido para convertirse luego en ley de la República y que si existiera interés directo en la adopción de esas normas,* ***así el parlamentario no participara en los debates y votaciones violararía el régimen de conflicto de intereses por el sólo hecho de presentarlo a la consideración de las Cámaras, porque con esa sóla actuación estaría haciendo posible que en algún momento se convirtiera en ley"*** (destacado fuera de texto).

No cabe admitir que por no participar en los debates y en la votaciones, desaparezca el interés directo del autor del proyecto...".

Mi disentimiento obedece a las siguientes razones:

1. Dentro de los principios fundamentales que informan la Constitución Política de 1991 aparecen claramente enunciados que Colombia si bien está organizada en forma de la República unitaria se caracteriza por ser participativa y pluralista (artículo 1°), así como por su diversidad étnica y cultural (artículo 7°).

2. En desarrollo de tales postulados constitucionales el artículo 310 superior prevé que la ley podrá establecer limitaciones al derecho de propiedad, de circulación y residencia, regular el uso del suelo y controlar la densidad de la población, con miras a proteger las comunidades raizales, así como la identidad cultural de éstas, del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

3. Con fundamento en dichos preceptos constitucionales el Congresista *Julio E. Gallardo Archbold,* presentó a consideración de la Cámara de Representantes el proyecto de ley número 170 de 1995 "por la cual se dictan normas especiales para el desarrollo económico y social y protección del grupo étnico raizal del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina".

Tal proyecto de ley se acomoda, por consiguiente, al deber que le asigna el artículo 133 de la Carta Política a los congresistas de representar al pueblo y actuar consultando la justicia y el bien común. Deber que en el caso del congresista *Julio E. Gallardo Archbold* consiste en representar su comunidad raizal y darle plena virtualidad legislativa a la preceptiva del artículo 310 *ibidem.*

Lo precedente pone en evidencia que el mencionado congresista al presentar el proyecto de ley en referencia lo hizo para satisfacer claros objetivos constitucionales, antes que intereses personales y familiares.

4. A mi juicio la sola presentación es de un proyecto de ley no puede configurar un conflicto de intereses por las siguientes consideraciones: En primer lugar, porque en la Carta Política de 1991 el derecho de presentar proyectos de leyes de carácter público: lo pueden hacer un número de ciudadanos igual o superior al 5% del censo electoral existente, o al 30% de los concejales o diputados del país (artículo 155); los miembros del Congreso o el Gobierno Nacional (artículo 154); la Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Nacional Electoral, el Procurador General de la Nación y el Contralor General de la República (artículo 156).

En segundo lugar, porque habida cuenta de dicho carácter el artículo 157 *ibidem* prevé que el trámite de los proyectos de ley comienza con la publicación en la *Gaceta del Congreso* y culmina con la sanción del Gobierno.

En tercero y último lugar, porque, a la luz del artículo 286 de la Ley 5ª de 1992, el conflicto de intereses surge cuando teniendo interés directo el congresista o su cónyuge o compañero o compañera permanente, o parientes consanguíneos, afines o civiles, o socios de hecho o de derecho, no se declara impedido *"de participar en los debates o votaciones respectivas"*.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz.

NOTA RELATORIA: A este salvamento de voto adhieren el doctor Germán Ayala Mantilla y el doctor Julio Enrique Correa Restrepo.

ACLARACION DE VOTO

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Santafé de Bogotá , D.C.; doce (12) de julio de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrada Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. AC-3472. Actor: Germán Moreno García.

No obstante compartir la decisión adoptada, que negó la solicitud de pérdida de investidura del congresista, representante a la Cámara, *Julio E. Gallardo Archbold,* aclaro mi voto adhiriéndome a lo manifestado por el Consejero doctor *Ernesto Rafael Ariza Muñoz,* por estar identificado con sus planteamientos.

Con todo respeto,

Germán Ayala Mantilla.

ACLARACION DE VOTO

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Santafé de Bogotá, D.C.; veintisiete (27) de julio de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrada Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. AC-3472. Actor: Germán Moreno García.

Con el debido respeto manifiesto a la Sala que comparto la decisión de negar la solicitud de pérdida de investidura del congresista, pero aclaro mi voto por estar identificado con los argumentos expuestos en la aclaración de voto del Consejero doctor *Ernesto Rafael Ariza Muñoz,* al cual me adhiero.

Julio Enrique Correa Restrepo.

CONGRESO DE LA REPUBLICA - Representación política / **CONGRESO DE LA REPUBLICA** - Funciones / **INVIOLABILIDAD POR OPINIONES Y VOTOS** - Congresista / **CONGRESISTA** - Limitaciones / **PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONGRESISTA** - Causales / **REGIMEN DE CONFLICTO DE INTERESES** - Regulación / **CONFLICTO DE INTERESES** - Clases / **PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONGRESISTA** - Efectos (aclaración de voto)

El Congreso, elegido por votación directa y compuesto por dos cámaras, ostenta en el ámbito nacional la representación popular de conformidad con el artículo 133 de la Carta Política. Le corresponden varias funciones derivadas de esa condición, establecidas en los artículos 114 y 1 de la Constitución Política, a saber: 1. Reformar la Constitución. 2. Hacer las leyes. 3. Ejercer control político sobre el gobierno y la administración. 4. Orientar el proceso económico y crear condiciones para lograr el desarrollo de la comunidad, como meta esencial del Estado Social de Derecho. Sin embargo, la inviolabilidad y las otras libertades y derechos no deben exceder lo estrictamente necesario. No son absolutos sino relativos; y, por esto, los congresistas tienen las siguientes limitaciones: *El orden interno*: Los senadores y representantes están sometidos a la autoridad de las respectivas corporaciones. Según el reglamento pueden ser llamados al orden, soportar restricciones en el uso de la palabra y ser sancionados disciplinariamente. *La incompatibilidad*: Es la imposibilidad legal del congresista para desempeñar tareas diferentes de las que corresponden a su función, la cual debe inspirarse en el bien común. (Artículos 180 de la C.P., 281, 282 de la Ley 5). *Las prohibiciones*: Les está prohibido, como a todos aquellos que desempeñen funciones públicas, hacer contribuciones a los partidos, movimientos o candidatos o inducir a otros a que lo hagan, según el artículo 110 de la Constitución Política. *Impedimento y conflicto de intereses*: Excepcionalmente deben abstenerse de participar en las funciones del Congreso o de la Cámara a que pertenecen, si se encuentran frente a una causal de impedimento o de conflicto de intereses. Los procedimientos están señalados en los artículos 286

de la Ley 5ª de 1992. De modo que la pérdida de la investidura produce tres efectos: 1. Priva al congresista del empleo. 2. Lo inhabilita para ser elegido, es decir, lo convierte en un ciudadano en *capitis diminutio*. 3. Lo degrada porque lo despoja de la representación, de los honores, dignidades y privilegios que el pueblo le confirió. La Constitución Política de Colombia, ante la suma gravedad de la pérdida de una investidura, señaló causales de jerarquía constitucional y juez adecuados a la materia en los artículos 183 y 184. En el artículo 183-1 estableció dos: La violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Violación del régimen de conflicto de intereses. Por interés público se entiende la manifestación del valor público que tienen ciertas cosas o la expresión de aquello que interesa al público. El primer concepto es objetivo, porque el interés público se predica de ciertos bienes o elementos. El segundo es subjetivo, pero significa aquello que interesa a una pluralidad de personas. Por interés privado puede entenderse el valor particular de ciertas cosas o la expresión de aquello que atrae a unos pocos. En caso de que el congresista incurra en las causales de violación del conflicto de intereses, autorizó al Consejo de Estado para quitarle la investidura que el pueblo le otorgó en aras de la representación política. Indudablemente este concepto jurídico indeterminado pone de relieve la contradicción que puede existir, en la actividad legislativa, entre la persona del legislador (representante o senador) y el fin que persigue la ley; en otros términos la contraposición entre su propio interés (o el de terceros) y el interés general definido por el artículo 133, inciso 1 de la Constitución Nacional. El conflicto de intereses de los artículos 182 y 183 tiene relación con la ausencia de competencia subjetiva, que es la capacidad o aptitud para proceder de manera imparcial. Los congresistas deben tenerla para actuar "consultando la justicia y el bien común" (artículo 133 de la C.P.), esto es prescindiendo o poniendo en segundo orden los intereses personales o privados. El no declararse impedido necesariamente no conlleva o causa conflicto de intereses. El artículo 183 de la Constitución Política no dice que, cuando el congresista omita declararse impedido debiendo hacerlo, pierde la investidura. Expresa que el causal de pérdida de investidura la violación al régimen de conflicto de intereses. Los conflictos de carácter moral que menciona el artículo 182 de la Carta deben concentrarse en una ley, en armonía con el artículo 183, *ibidem*. Así como se han establecido legalmente inhabilidades e incompatibilidades, la ley debe establecer el régimen de conflicto de intereses. Con este régimen será fácil saber en qué casos el congresista deberá declararse impedido, cuando puede ser recusado y cuando lo desconoce para colocarse en peligro de perder la investidura. Recurrir al conflicto de intereses para decretar la pérdida de la investidura de un congresista, sin que el legislador hubiera definido el régimen

correspondiente, significa abrir una gama de eventualidades y de abstracciones en las cuales cabría cualquier diferencia de criterio. Si un congresista presenta un proyecto de ley sobre la materia reseñada, o discute y lo vota, no incurre, por ese solo hecho, en conflicto de intereses de carácter económico. Debe advertirse que la Constitución Política prevé dos tipos de conflictos de intereses, como causales de pérdida de la investidura de los congresistas: los morales y los económicos. Sobre estos últimos, la ley ha precisado en qué consisten. No así sobre los primeros, tal como quedó explicado.

ACLARACION DE VOTO DE LOS SEÑORES CONSEJEROS DOCTORES DANIEL SUAREZ HERNANDEZ, JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ.

Ref. Expediente N°. AC-3472.

Actor: Germán Moreno García.

Los suscritos manifestamos compartir la decisión adoptada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en el sentido de no despojar de la Investidura de Congresista al representante *Julio Eugenio Gallardo Archbold*, en primer lugar, porque la ley no ha previsto el régimen de conflicto de intereses y, en segundo término, en caso de que las disposiciones que analizaremos a continuación lo constituyan, los hechos que el demandante le atribuye no indican violación del mismo.

Nuestro disentimiento con la parte motiva de la sentencia se explica de este modo:

a. La figura de la representación y el Congreso.

El Estado constitucional moderno se ha organizado sobre los fundamentos de la democracia representativa; entre nosotros, desde los orígenes de la República, se la consagró, con limitaciones tales como el voto censitario. Su universalidad apenas se alcanza en 1957.

Pero es importante resaltar que desde un principio se hizo énfasis en la exclusividad de la representación y la vocería popular en el órgano de elección popular, excluyendo intervenciones paralelas.

Este mismo instituto se recoge en la actual Constitución en los artículos 133 y 258, en estos términos:

"Los miembros de los cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común".

El voto es un derecho y un deber ciudadano".

En Colombia adoptamos la figura de la representación política, aunque sin contar con las experiencias que la precedieron en otras latitudes (Europa y Estados Unidos), y la participación del ciudadano en la conformación, ejercicio y control del poder.

El Congreso, elegido por votación directa y compuesto de dos cámaras, ostenta en el ámbito nacional la representación popular de conformidad con el artículo 133 de la Carta Política.

Le corresponden varias funciones derivadas de esa condición, establecidas en los artículos 114 y 1 de la Constitución Política, a saber:

1. Reformar la Constitución.

2. Hacer las leyes.

3. Ejercer control político sobre el gobierno y la administración.

4. Orientar el proceso económico y crear condiciones para lograr el desarrollo de la comunidad, como meta esencial del Estado Social de Derecho.

b. Estatuto del Congresista.

Los congresistas, en relación con estas materias, no solamente pueden actuar sino que tienen el poder-deber, la función constitucional de hacerlo "consultando la justicia y el bien común".

Gozan de los derechos fundamentales que la Constitución Política prevé para todos los integrantes de la comunidad, de los derechos que emanan de la ciudadanía, como elegir, tomar parte en plebiscitos, referendos, consultas populares, tener iniciativa en las Corporaciones públicas.

Y, como congresistas, de algunos privilegios como el que señala el artículo 185 de la Carta, así:

> *"Los congresistas serán inviolables por las opiniones y los votos que emitan en el ejercicio del cargo, sin perjuicio de las normas disciplinarias contenidas en el respectivo reglamento".*

En una democracia representativa la inviolabilidad por las opiniones y votos que emitan los congresistas es consecuencia de los principios que la integran. Le es connatural. No puede ser de otro modo, para que el Congreso actúe con independencia sus integrantes también deben tenerla.

Constituye un derecho que, entre otras razones, se explica por la necesidad de preservar la institución. El Congreso no estaría en condiciones de desarrollar las funciones que le son propias, si el ejecutivo estuviera autorizado para obstaculizar el examen de las situaciones sometidas a su conocimiento o los jueces para reprimitirlo.

Tampoco tendría sentido la separación de poderes, a pesar de constituir elemento esencial del Estado de Derecho, porque el Congreso se confundiría o permanecería subyugado a los demás.

Todas las constituciones políticas del mundo actual reconocen la inviolabilidad de los miembros de las cámaras legislativas, en virtud de que representan a la nación soberana y, al amparo de esta investidura, cumplen actividades de suma importancia, como las reseñadas en el acápite anterior.

En la Constitución de 1886 estos eran los fundamentos de los artículos 106 y 107, lo mismo que en las constituciones del siglo pasado, tanto del régimen federal como de la organización unitaria. En este punto, pues, ha habido una tradición institucional sin solución de continuidad.

Sin embargo, la inviolabilidad y las otras libertades y derechos no deben exceder lo estrictamente necesario. No son absolutos sino relativos; y, por esto, los congresistas tienen las siguientes limitaciones:

1. *El orden interno.* Los senadores y representantes están sometidos a la autoridad de las respectivas corporaciones. Según el reglamento pueden ser llamados al orden, soportar restricciones en el uso de la palabra y ser sancionados disciplinariamente.

2. *La incompatibilidad.* Es la imposibilidad legal del congresista para desempeñar tareas diferentes de las que corresponden a su función, la cual debe inspirarse en el bien común (artículos 180 de la C.P., 281, 282 de la Ley 5).

3. *Las prohibiciones.* Les está prohibido, como a todos aquellos que desempeñen funciones públicas, hacer contribuciones a los partidos, movimientos o candidatos o inducir a otros a que lo hagan, según el artículo 110 de la Constitución Política.

4. *Impedimento y conflicto de intereses.* Excepcionalmente deben abstenerse de participar en las funciones del Congreso o de la Cámara a que pertenecen, si se encuentran frente a una causal de impedimento o de conflicto de intereses. Los procedimientos están señalados en los artículos 268 y 286 Ley 5ª de 1992.

c. Pérdida de la Investidura de Congresista.

En el derecho constitucional contemporáneo se han introducido mecanismos de control a la representación. Por ejemplo, en la Constitución vigente se prevé la pérdida de investidura para senadores, representantes, diputados y concejales; y, en lo pertinente a los agentes administrativos de elección popular, por constituir un mandato —distinto de la figura de la representación— se consagra la revocatoria, para gobernadores y alcaldes, con la finalidad de moralizar y legitimar la representación popular.

En la discusión que se dio en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, sobre la pérdida de Investidura de los congresistas, se hicieron las siguientes precisiones:

> *"**Objeto**: garantizar, mediante una rigurosa sanción, el respeto al régimen de incompatibilidades y conflictos de interés.*
>
> ***Planteamiento General**: el altísimo nivel que supone la categoría de congresista exige que las sanciones por violación de sus deberes sean drásticas. No sería aceptable que a un parlamentario se le aplicaran medidas benevolentes como, por ejemplo, descuento de sus salarios o dietas o suspensión temporal en el ejercicio de sus funciones. El congresista debe ser tan riguroso en su conducta, que el resultado de un mal comportamiento sea la pérdida de la investidura".*
>
> ***Presupuestos Básicos**: toda violación al régimen de incompatibilidades e inhabilidades y al conflicto de intereses, debe ser causal para la pérdida de la investidura"* (*Gaceta Constitucional*, No. 51, abril 16 de 1991. Pág. 27).

La Sala Plena, en la sentencia del 1° de octubre de 1994, explicó lo siguiente:

> *"La pérdida de la investidura de un Congresista por las causales y mediante los procedimientos establecidos en la Constitución y la ley deviene, según el artículo 179-4 en una inhabilidad para ser elegido: las inhabilidades son restricciones a la capacidad de ejercicio de ciertos derechos, y en el caso concreto a los derechos fundamentales de naturaleza política de elegir y ser elegido previstos en el artículo 40.1.*
>
> *Las inhabilidades no necesariamente constituyen una pena: se prevén para este caso porque el derecho de ser elegido requiere de la concurrencia de condiciones adicionales a la simple ciudadanía para ser titular del **jus honorum** que imprime la representación parlamentaria"* (Expediente No. AC-2102. Actor: *Enrique Tejada Romero*. Consejero ponente: Dr. *Juan de Dios Montes Hernández*).

De modo que la pérdida de la investidura produce tres efectos:

1. Priva al congresista del empleo.

2. Lo inhabilita para ser elegido, es decir, lo convierte en un ciudadano en *capitis diminutio.*

3. Lo degrada porque lo despoja de la representación, de los honores, dignidades y privilegios que el pueblo le confirió.

d. Causales de Pérdida de la Investidura.

La Constitución Política de Colombia, ante la suma gravedad del resultado de la pérdida de una investidura, señaló causales de jerarquía constitucional y juez adecuados a la materia en los artículos 183 y 184...

En el artículo 183-1 estableció dos:

a) La violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades;

b) Violación del régimen de conflicto de intereses.

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

e. El conflicto de intereses.

Por ser la causal que precisó el actor en su petición inicial, nos detendremos en el estudio de la violación del régimen de conflicto de intereses con este tratamiento.

La palabra interés se deriva del latín: *interesse,* estar entre.

Según el Diccionario de la Real Academia Española significa: "Provecho, utilidad, ganancia"; "Valor que en sí tiene una cosa". "Inclinación más o menos vehemente del ánimo hacia un objeto, persona, narración, etc.". "Conveniencia o necesidad de carácter colectivo en el orden moral o material".

En nuestra sociedad hay una serie, un plexo de intereses: materiales, económicos, culturales, sicológicos, intelectuales, artísticos, morales. El interés es un concepto complejo que da lugar a diversas nociones según el ángulo de observación.

Estos intereses entran en el campo jurídico cuando reciben protección legal.

"Los derechos son intereses jurídicamente protegidos", dice Ihering en su obra *"El espíritu del derecho romano"*.

Ya en este ámbito, por interés público se entiende la manifestación del valor público que tienen ciertas cosas o la expresión de aquello que interesa al público. El primer concepto es objetivo, porque el interés público se predica de ciertos bienes o elementos. El segundo es subjetivo, porque significa aquello que interesa a una pluralidad de personas.

En otro sentido, por interés privado puede entenderse el valor particular de ciertas cosas o la expresión de aquello que atrae a unos pocos.

La Constitución Política enuncia estos intereses:

Interés general (artículo 1), interés patrimonial del Estado (artículo 268), interés público o social y colectivo (artículos 58, 86); interés social (artículos 51, 58 y 62); intereses de la sociedad (artículo 277); interés privado (artículo 58).

El carácter público del interés, en sí mismo considerado, no implica oposición ni desvinculación con el interés privado. No hay, en principio, intereses públicos distintos de los que tienen los individuos. El interés público se sustenta en los intereses particulares que las personas comparten entre sí.

La existencia de intereses, como se ha indicado, no implica, *per se*, la existencia de un conflicto entre ellos.

En cuanto a la palabra *conflicto*, dice el Diccionario de la Real Academia Española que viene del latín *Conflictus:* "Combate, lucha, pelea". "Pro-blema, cuestión, materia de discusión". "Coexistencia de tendencias contradictorias en el individuo, capaces de generar angustias y trastornos neuróticos".

Y sobre el conflicto de intereses, el profesor español Fernando Savater hace a su hijo esta reflexión:

> *"Sin embargo, no vayas a creer que el conflicto entre intereses, cualquier conflicto o enfrentamiento, es malo de por sí. Gracias a los conflictos la sociedad inventa, se transforma, no se estanca. La unanimidad sin sobresaltos es muy tranquila pero resulta tan letalmente soporífera como un encefalograma plano.*
>
> *De modo que en la sociedad tienen que darse conflictos, porque en ella viven hombres reales, diversos, con sus propias iniciativas y sus propias*

pasiones. Una sociedad sin conflictos no sería sociedad humana sino un cementerio o un museo de cera. Y los hombres competimos unos con otros y nos enfrentamos unos con otros porque los demás nos importan (a veces hasta demasiado), porque nos tomamos en serio unos a otros y damos trascendencia a la vida que llevamos con ellos. A fin de cuentas, tenemos conflictos unos con otros por la misma razón por la que ayudamos a los otros y colaboramos con ellos: porque los demás seres humanos nos preocupan. Y porque nos preocupa nuestra relación con ellos, los valores que compartimos y aquellos en que discrepamos, la opinión que tienen de nosotros, lo que nos dan y lo que nos quitan... Según los hombres vamos siendo más numerosos, las posibilidades del conflicto aumentan; y también aumentan los jaleos cuando crecen y se diversifican nuestras actividades y nuestras posibilidades" ("*Política para Amador*". Ariel, pgs. 46, 47 y 48).

En toda sociedad hay intereses de diversa índole y también conflictos de intereses. Aquéllos y estos son tomados por el derecho para protegerlos, regularlos, controlarlos o eliminarlos.

En la Asamblea Nacional Constituyente, sobre el conflicto de intereses, como causal de pérdida de investidura de los congresistas, se hicieron planteamientos de este tenor:

*"**Objeto**. Evitar que el congresista ejerza sus funciones para favorecer intereses distintos al bien común o que la imparcialidad de sus raciocinios se distorsione por motivaciones de orden personal o particular.*

***Planteamiento General**. El congresista que considere que intereses personales suyos pueden ser afectados por un proyecto que se discute debe declararse impedido para participar en las deliberaciones y con mayor razón cuando sea sometido a votación. Si no lo hace voluntariamente, cualquier persona con conocimiento de causa debe recusarlo.*

***Presupuestos Básicos**. Como en su mayoría son condiciones eminentemente subjetivas, el planteamiento debe ser general, librado a la responsabilidad y rectitud de cada uno, aunque para efectos de la posibilidad de recusar sí sería necesario enumerar algunas causales, como por ejemplo, haber representado en tiempo reciente intereses que puedan verse afectados por la decisión legislativa".*

Nótese que en las discusiones suscitadas en la Asamblea Nacional Constituyente se distinguió entre los impedimentos y el régimen de conflicto de intereses.

Ahora bien la Constitución Política Nacional en los artículos 182 y 183, con las expresiones "conflictos de intereses" y "régimen de conflicto

de interés", en primer lugar, ha creado un mecanismo para restringir de manera excepcional el derecho a la inviolabilidad por las opiniones y votos de los congresistas, defiriendo al legislador la expedición de un régimen de conflicto de intereses.

Y, en segundo término, en caso de que el congresista incurra en las causales de violación del conflicto de intereses, autorizó al Consejo de Estado para quitarse la investidura que el pueblo le otorgó en aras de la representación política.

Indudablemente este concepto jurídico indeterminado pone de relieve la contradicción que puede existir, en la actividad legislativa, entre la persona del legislador (representante o senador) y el fin que persigue la ley: en otros términos la contraposición entre su propio interés (o el de terceros) y el interés general definido por el artículo 133, inciso 1 de la Constitución Nacional.

Como concepto jurídico indeterminado, el conflicto de intereses abre paso a una ley que lo tipifique concretamente, esto es "de competencia ligada que no da asidero a ninguna discrecionalidad", en palabras del profesor Julio A. Prat ("La discrecionalidad administrativa". "Derecho Administrativo en Latinoamérica". Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, pág. 170).

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

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

"*Corolario del principio de legalidad es —prescindiendo aquí de las circunstancias jurídico políticas en que se originó— el de reserva legal, según el cual toda intervención que afecte a la libertad y la propiedad sólo puede tener lugar en virtud de una ley formal, es decir, aprobada por el Parlamento*", enseña el profesor Manuel García Pelayo en su obra "Las Transformaciones del Estado Contemporáneo". Editorial Alianza Universidad, Pág. 62.

Solamente una vez que exista el régimen legalmente previsto, es decir, un estatuto o un conjunto de normas que gobiernen o regulen el conflicto

de intereses de los congresistas, será posible conocer cuál o cuáles conductas son atentatorias del mismo.

Al juez no le es dado calificar esta labor sin la previa determinación legal. Abandonaría su condición de administrador de justicia para asumir la de legislador.

La ley debe señalar cuáles son los intereses de los miembros del Congreso que, desde los puntos de vista ético, político, familiar, económico, etc., colisionan con las distintas clases de intereses que enuncia la Constitución (social, patrimonial, colectivo) y qué procedimiento ha de adoptarse para su registro y conocimiento previo en la Cámara correspondiente, así como lo hizo la Constitución en dos casos que citamos por vía de ejemplo.

a. En el artículo 58 se refirió a los conflictos entre los derechos de los particulares con la necesidad reconocida por una ley dictada por motivos de utilidad pública o interés social, para hacer prevalecer el interés público. El legislador está encargado de precisar los motivos de utilidad pública o interés social, y

b. En el artículo 247 delegó al legislador la creación de jueces de paz para que solucionen, en equidad, los conflictos individuales y colectivos.

El conflicto de intereses de los artículos 182 y 183 tiene relación con la ausencia de competencia subjetiva, que es la capacidad o aptitud para proceder de manera imparcial. Los congresistas deben tenerla para actuar "consultando la justicia y el bien común" (artículo 133 de la C.P.), esto es prescindiendo o poniendo en segundo orden los intereses personales o privados.

De aquí surge la obligación ética de comunicar a la Cámara a la cual pertenece el congresista los conflictos de intereses, de carácter moral o económico, que puedan afectar su competencia subjetiva y, por lo tanto, no le permitan intervenir imparcialmente en debates y votaciones (artículos 183 de la Constitución Política, 286, 287, 289, 290, 291, 292, 293, 296 de la Ley 5ª de 1992).

Las disposiciones relativas al conflicto de intereses de los miembros del Congreso son las siguientes:

1. Artículo 182 de la Constitución dice: "Los congresistas deberán poner en conocimiento de la respectiva Cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración. La ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones".

Artículo 183, *ibidem*, señala que, por violar el régimen de conflicto de intereses, el congresista perderá su investidura.

2. El Reglamento del Congreso, la Ley 5ª de 1992, en el artículo 286 ordena:

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

Los artículos 287 de la Ley 5ª de 1992 y 16 de la Ley 144 de 1994 establecieron estos casos:

a. Participación de los congresistas en sociedades anónimas o de responsabilidad limitada y similares;

b. Participación en cualquier organización o actividad privada económica o sin ánimo de lucro;

c. Haber prestado, durante el año inmediatamente anterior a la elección, servicios remunerados a gremios o personas de derecho privado sobre cuyos intereses o negocios incidan directamente actos que se encuentren al estudio del Congreso.

De los preceptos citados se colige:

En primer lugar, el artículo 286 de la Ley 5ª de 1992 no consagró causales de impedimento, ni concretó el concepto jurídico indeterminado de conflicto de intereses, simplemente describió unas situaciones generales que podrían afectar la imparcialidad del congresista, las cuales son de conocimientos universal.

En segundo término, los literales a, b y c, contienen motivos de impedimento de carácter económico.

En tercer lugar, exclusivamente en estos eventos el congresista está obligado a manifestar su falta de competencia subjetiva y a inhibirse de participar en los respectivos debates y votaciones.

En cuarto lugar, el no declararse impedido necesariamente no conlleva o causa conflicto de intereses. El artículo 183 de la Constitución Política no dice que, cuando el congresista omita declararse impedido debiendo hacerlo, pierde su investidura. Expresa que es causal de pérdida de investidura la violación al régimen de conflicto de intereses.

Sobre otro tipo de factores, éticos o morales por ejemplo, conviene tener en cuenta que las leyes que aprueba el Congreso se aplican a los colombianos sin excepción, según los artículos 4° y 95 de la Constitución Política.

De allí que siempre habrá, al lado del interés público, un interés personal de los congresistas en que se expidan y apliquen. Seguridad social, intervención en la economía, reglamento de profesiones, impuestos, reglamento del Congreso, procedimiento para tramitar la pérdida de investidura, divorcio, libertad religiosa, son algunos de las materias en las que han intervenido con interés personal.

El Consejo de Estado, exactamente sobre este punto, en sentencia AC-1276 del 24 de marzo de 1994 (Consejero Ponente, Dr. Jaime Abella Zárate), expresó:

> *"4.4. Además, cabe observar que proyectos como el de la reforma tributaria mencionada podía afectar y de hecho debió afectar de alguna manera a todos los Congresistas que en ella intervinieron, ya por la creación de impuestos o de exenciones, pero si esa incidencia natural de las leyes elaboradas y dictadas por ellos mismos pudiera calificarse como causal de impedimento y, lo que es más grave, como causal de pérdida de investidura, la labor parlamentaria resultaría imposible. En consecuencia, por ser absurda debe desecharse la interpretación que conduzca a tal resultado".*

Si esta hipótesis se extendiera habría que cerrar el Congreso o importar personajes para que legislen en Colombia. Tal vez éstos podrían proceder alejados de cualquier interés particular porque las leyes colombianas no se les van a aplicar en su país.

Además no puede admitirse que los congresistas, por su propia cuenta, *motu proprio,* decidan cuando deben declararse impedidos, esto es según su leal saber y entender, verdad sabida y buena fe guardada o por objeción de conciencia.

Se daría aval, por lo menos, al desorden, cuando no a otras irregularidades de insospechada gravedad. Por conveniencia, por temor, por debilidad, por afinidad, por amor, por odio, por dinero, etc., un congresista podría plantear o ser obligado a expresar el conflicto de intereses y a separarse del conocimiento de un determinado asunto.

Los conflictos de carácter moral que menciona el artículo 182 de la Carta deben concretarse en una ley, en armonía con el artículo 183, *ibidem.* Así como se han establecido legalmente inhabilidades e incompatibilidades, la ley debe establecer el régimen de conflicto de intereses. Con este régimen

será fácil saber en qué casos el congresista deberá declararse impedido, cuándo puede ser recusado y cuándo lo desconoce para colocarse en peligro de perder la investidura.

De otro lado, el acto humano consta de tres momentos: la intención, la resolución y la acción. La primera es el propósito de actuar; la segunda es la ratificación del propósito; y la acción es la manifestación externa de los otros dos.

La moral regula la totalidad del acto humano. Lo rechaza o lo acepta desde la interioridad hacia la exterioridad. El derecho, en cambio, únicamente cuando hay una manifestación en el mundo exterior. El solo pensamiento no es susceptible de evaluación jurídica. Por eso al juez le es imposible abordar el universo interno de los congresistas para conocer sus intenciones, o pretensiones o eventuales conflictos de intereses. El Consejo de Estado no es el juez ético de los congresistas, pues estos cuentan con Tribunales creados para juzgar las infracciones a la ética en que pudieran incurrir.

La normatividad vigente (artículos 286 y 287 de la Ley 5ª de 1992 y 16 de la ley 144 de 1994), citada anteriormente, no conforma un régimen de conflicto de intereses. Son disposiciones aisladas, impropiamente incluidas en una ley orgánica del reglamento del Congreso y en otra de procedimiento de pérdida de la investidura, dictadas al amparo de los artículos 151 y 184 de la Constitución.

El conflicto de intereses que, como ya se explicó, conlleva una limitación a la esfera de libertad jurídica del congresista, debe ser regulado dentro de los varios tipos de leyes que previó el constituyente, por una ley estatutaria conforme al artículo 152, literal a), la cual tiene procedimiento y contenido distinto de las que hasta el momento ha expedido el Congreso.

Recurrir al conflicto de intereses para decretar la pérdida de la investidura de un congresista, sin que el legislador hubiera definido el régimen correspondiente, significa abrir una gama de eventualidades y de abstracciones en las cuales cabría cualquier diferencia de criterio.

f. El caso *sub judice*

Se trata de la presentación de un proyecto de ley por parte del representante a la Cámara Julio Eugenio Gallardo Archbold, por medio de la cual "se dictan normas especiales para el desarrollo económico y social y protección del grupo étnico raizal del Departamento del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina consagrando en ese proyecto limitaciones a la propiedad privada tales como el establecimiento de condiciones para su enajenación, la cual sólo puede realizarse entre

raizales o al Instituto de Tierras del Archipiélago, que el mismo proyecto crea, de lo cual queda exceptuado el sector conocido como North End".

El mencionado proyecto se endereza a desarrollar la excepción prevista en el artículo 310 de la Constitución Política, relacionada con la enajenación de bienes inmuebles, ubicados en el Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina con el objeto de "proteger la identidad cultural de las comunidades nativas y preservar el ambiente y los recursos naturales del Archipiélago".

El régimen de propiedad privada consagrado en el artículo 58 de la Constitución Política integra la fórmula política sobre la cual se funda y descansa el sistema de convivencia ciudadana de la Nación colombiana. Las excepciones o la modificación de este régimen afecta o interesa a todos los asociados, tanto gobernantes como gobernados, tal como sucede, por ejemplo, con el régimen impositivo.

El principio tiene que ver también con la fórmula político económica del Estado, más no con el interés económico particular de los miembros del Congreso, definido por el artículo 16 de la Ley 144 de 1994.

De aquí que, si un congresista presenta un proyecto de ley sobre la materia reseñada, lo discute y lo vota, no incurre, por ese sólo hecho, en conflicto de intereses de carácter económico.

Debe advertirse que la Constitución Política prevé dos tipos de conflicto de intereses, como causales de pérdida de la investidura de los congresistas: los morales y los económicos. Sobre estos últimos, la ley ha precisado en qué consisten. No así los primeros, tal como quedó explicado.

Ahora bien, si el proyecto regula intereses de política económica general, dentro de los cuales se ubica el régimen de propiedad privada, no existe fundamento para asegurar que el congresista que lo impulsa y defiende esté incurso en un conflicto de intereses.

Otro aspecto que se podría plantear en el mismo universo es el de la cultura. Esta hace parte de los fines del Estado y su regulación es de competencia del legislador. Esta circunstancia no impide que cualquier congresista presente un proyecto de ley con la finalidad de desarrollar aspectos puntuales de la cultura, como sería el tratamiento de la cultura de las etnias que tienen asiento en San Andrés o en la Guajira, sin perjuicio de que también lo haga para reglamentar la cultura de manera general.

Entre el interés cultural general y el particular de una etnia no puede haber conflicto y, por este motivo, el congresista autor del proyecto o el

que lo defiende o vota no incurre en conflicto de intereses. Simplemente no puede haber, pues, conflicto sino conjunción o armonía de intereses.

Finalmente, en punto tocante así la simple presentación de un proyecto de ley, según su contenido, pueda tipificar conflicto de interés, dijimos durante el debate y ahora lo reiteramos, que ello no es posible constitucional ni legalmente, por las siguientes razones:

1. Por cuanto la simple presentación de un proyecto de ley constituye etapa preliminar o preparatoria al verdadero trámite de discusión y votación de las leyes.

2. Por cuanto el mismo congresista que hubiese presentado el proyecto bien puede retirarlo antes de que hubiese sido repartido por la respectiva Cámara.

3. Por cuanto con anterioridad al repartimiento del proyecto la Cámara correspondiente puede rechazarlo para devolverlo.

4. Por cuanto una vez repartido el proyecto el ponente o ponentes bien puede o pueden presentar informe recomendando al archivo de aquél, por diversas razones y,

5. Porque el momento máximo para declararse impedido el congresista que crea que en él concurre causal de impedimento, lo constituye precisamente la iniciación de los debates del proyecto inmediatamente antes de la votación del mismo.

En los anteriores términos queda consignada nuestra aclaración al voto emitido en el fallo de la referencia.

Cordialmente,

Daniel Suárez Hernández, Juan de Dios Montes Hernández.

Fecha *ut supra.*

NOTA DE RELATORIA: Reiteración jurisprudencial en sentencia de 24 de marzo de 1994; Exp. AC-1276, Consejero Ponente Dr. Jaime Abella Zárate.

CONFLICTO DE INTERESES - Improcedencia (aclaración de voto)

Esa simple razón descarta, a mi entender, el conflicto de intereses que se ha aducido, al punto que, en mi criterio, el representante Gallardo Archbold no tenía siquiera la necesidad, después de haber presentado el proyecto de ley, de declararse impedido para participar en los debates y en las votaciones del mismo, así él sea propietario de bienes raíces en el sector de la Isla que, conforme al proyecto de ley, quedaba liberado de limitaciones en su enajenación, antes que un conflicto de intereses, en el caso concreto lo que existe es la absorción del interés particular por el interés general.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).

ACLARACION DE VOTO
DEL DR. JUAN ALBERTO POLO FIGUEROA

Referencia: Expediente N°. A-C 3472.

De acuerdo con la decisión que denegó la pérdida de la investidura de congresista del representante a la Cámara señor *Julio Eugenio Gallardo Archbold,* considero pertinente aclarar mi voto en el siguiente sentido:

1. Nadie más llamado a preocuparse por el desarrollo legal de las previsiones del artículo 310 de la Constitución Política, en cuanto defiere a la ley la posibilidad de limitar el ejercicio de los derechos de circulación y residencia, controlar la densidad de la población, regular los usos del suelo y someter a condiciones especiales la enajenación de bienes inmue-bles, en el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, todo "con el fin de preservar la identidad cultural de las comunidades nativas y preservar el ambiente y los recursos naturales del archipiélago", que quien siendo oriundo de dicho Archipiélago ha sido ungido por el voto de sus coterráneos

para llevar su representación y que, como tal, es responsable ante sus electores del cumplimiento de sus obligaciones (artículo 133 C.P.).

Esa simple razón descarta, a mi entender, el conflicto de intereses que se ha aducido, al punto que, en mi criterio, el representante Gallardo Archibold no tenía siquiera la necesidad, después de haber presentado el proyecto de ley, de declararse impedido para participar en los debates y en las votaciones del mismo, así él sea propietario de bienes raíces en el sector de la Isla que, conforme al proyecto de ley, quedaba liberado de limitaciones en su enajenación.

Porque el proyecto está concebido para desarrollar un precepto constitucional, encaminado a regular el régimen del uso del suelo y la enajenación de la propiedad como un todo, dentro de un marco global de política económica, con el cual puede coincidir el interés privado del congresista. Así opera, a plenitud, el principio de la prevalencia del interés general, público o social, perseguido por el proyecto, sobre el interés privado del congresista, principio consagrado en el artículo 58 de la Constitución.

Antes que un conflicto de intereses, en el caso concreto, lo que existe es la absorción del interés particular por el interés general.

De ahí mi disentimiento con la parte motiva del fallo en cuanto pretende encontrar un conflicto de intereses en la sola presentación del proyecto de ley, "si existiere interés directo en la adopción de esas normas" y, en tal caso, violación al régimen del conflicto de intereses "por el solo hecho de presentarlo a la consideración de las Cámaras", así luego se declare impedido para participar en los debates y en las votaciones.

Porque no se trata de que no exista interés en el congresista que presenta el proyecto, porque siempre lo habrá en quien asume la iniciativa de elaborarlo y presentarlo, sino que ese interés no afecte la imparcialidad del congresista o persiga favorecer intereses distintos al bien común, como fue el objetivo que tuvo en mente el Constituyente.

2. De otra parte, la ley ha previsto (artículo 16 Ley 144 de 1994) las causales que dan lugar al conflicto de intereses de carácter económico, y dentro de ninguna de ellas puede asumirse la conducta que se reprocha al congresista Gallardo Archbold.

Atentamente,

Juan Alberto Polo Figueroa.
Consejero de Estado

CONFLICTO DE INTERESES - Improcedencia (aclaración de voto)

El conflicto de intereses únicamente podrá darse cuando el congresista pretenda con su actuación favores o ventajas personales para sí o sus parientes, que no se le reconocen a los demás. En tal sentido, cuando un congresista resultó elegido por una minoría étnica o indígena, por ejemplo, presenta un proyecto de ley en favor de dicha minoría, no sólo no incurrirá en conflicto ni deberá declararse impedido, sino que estará cumpliendo el papel para el cual fue elegido. Quiere el constituyente evitar, al prever la ocurrencia del conflicto de intereses, que el congresista con su accionar haga prevalecer su interés personal o familiar sobre el general que debe acatar y promover. Busca acabar con las ventajas personales distintas a las que se predican de la generalidad.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Santafé de Bogotá, D.C., julio veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Referencia: Expediente No. AC-3472. Asuntos Constitucionales. Actor: Germán Moreno García. Consejero Ponente: Dra. Clara Forero de Castro.

ACLARACION DE VOTO

Doctor Carlos Betancur Jaramillo.

Con todo respeto aclaro el voto que emití frente a la decisión de 11 de junio de 1996. Y hago simplemente una aclaración, porque estoy de acuerdo con la parte resolutiva de la sentencia.

En el presente asunto estimo que no existió conflicto de intereses por el hecho de haber presentado el señor representante Gallardo A. un proyecto de ley, "por la cual se dictan normas especiales para el desarrollo económico y social y protección del grupo étnico del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina".

Afirmo lo precedente porque soy consciente de que cuando un congresista sale en defensa de intereses políticos generales, así coincidan con sus intereses particulares, no podrá hablarse de conflicto de intereses.

El conflicto de intereses únicamente podrá darse cuando el congresista pretenda con su actuación favores o ventajas personales para sí o sus parientes, que no se les reconocen a los demás. En tal sentido, cuando un congresista que resultó elegido por una minoría étnica e indígena, por ejemplo, presenta un proyecto de ley en favor de dicha minoría, no sólo no incurrirá en conflicto ni deberá declararse impedido, sino que estará cumpliendo el papel para el cual fue elegido.

Sería absurdo pensar que ese congresista, elegido por su minoría étnica o raizal, no pudiera hablar ni defenderlo en el seno del Congreso, porque incurriría en conflicto de intereses.

En dicho campo, deficientemente regulado por el legislador, se viene confundiendo el interés político que representa y defiende el congresista, con el personal o concreto que éste puede tener en determinada eventualidad. Coincidencia que puede darse, ya que cuando el interés general o político concuerda con el interés particular del congresista no podrá hablarse de conflicto, porque éste sólo será posible, ideológica y semánticamente hablando, cuando el interés particular del congresista esté en contravía o contraríe el interés general que éste está obligado a defender.

Quiere el constituyente evitar, al prever la ocurrencia de conflicto de intereses, que el congresista con su accionar haga prevalecer su interés personal o familiar sobre el general que debe acatar y promover. Busca acabar con las ventajas personales distintas a las que se predican de la generalidad.

Afirmar que el interés personal del congresista no puede coincidir con el interés general so pena de conflicto, es pretender imponer un contrasentido y es crear la figura del congresista ángel, puro, sin deseos ni inquietudes propias de la persona humana.

Con todo respeto,

Carlos Betancur Jaramillo.

REGIMEN DE CONFLICTO DE INTERESES - Violación (aclaración de voto)

Considero, como lo expresé en el curso del debate, que una sola actuación del congresista dentro del trámite del proyecto de ley no necesariamente configura la causal de violación del régimen de conflicto de intereses, a no ser que dicha actuación refleje claramente el interés del congresista sin la declaratoria de impedimento correspondiente. En el caso de autos y de acuerdo con lo anterior, la no configuración de la causal citada me parece perfectamente clara en cuanto, si bien el congresista presentó el proyecto de ley, se declaró impedido para participar en su trámite ante la eventualidad de que pudiera estar de por medio un conflicto relacionado con su interés personal.

ACLARACION DE VOTO DEL CONSEJERO LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ EN RELACION CON LA SENTENCIA DE FECHA 11 DE JUNIO DE 1996

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Santafé de Bogotá, D.C., cinco (5) de julio de mil novecientos noventa y siete (1997).

Ref. Expediente N°. AC-3472.- Actor: Germán Moreno García.- Ponente: Doctora Clara Forero de Castro.-

A pesar de haber votado positivamente el proyecto que se convirtió en la sentencia del 11 de junio de 1996, se desató la pérdida de investidura planteada, debo aclarar el sentido de mi voto en relación con el siguiente punto:

La sentencia parte de la idea según la cual "la presentación de un proyecto de ley constituye la iniciación del trámite al cual debe ser sometido para convertirse en ley de la República y que si existiere interés directo en la adopción de esas normas, así el parlamentario no participara en los debates y votaciones violaría el régimen de conflicto de intereses por el

solo hecho de presentarlo a la consideración de las Cámaras, porque con esa sola situación estaría haciendo posible que en algún momento se convirtiera en ley. No cabe admitir que por no participar en los debates y en las votaciones, desaparezca el interés directo del autor del proyecto".

Considero, como lo expresé en el curso del debate, que una sola actuación del Congresista dentro del trámite del proyecto de ley no necesariamente configura la causal de violación del régimen de conflicto de intereses, a no ser que dicha actuación refleje claramente el interés del Congresista sin la declaratoria de impedimento correspondiente. Es decir, como lo expresa también en aclaración de voto a la sentencia del 27 de mayo de 1996 (Expediente No. AC-3453), "considero que la configuración o no de la causal de pérdida de investidura consistente en la violación del régimen de conflicto de intereses no depende necesariamente de un acto aislado del Congresista sino del análisis de su conducta global frente al proyecto respecto del cual existe el conflicto de interés".

En el caso de autos y de acuerdo con la anterior, la no configuración de la causal citada me parece perfectamente clara en cuanto, si bien el Congresista presentó el proyecto de ley se declaró impedido para participar en su trámite entre la eventualidad de que pudiera estar de por medio un conflicto relacionado con su interés personal.

De otra parte, me parece que aplicar simple y llanamente la idea básica de la sentencia podría llevar a decretar la pérdida de investidura en casos en que el proyecto presentado no llegara a surtir efectivamente ningún trámite distinto de la presentación, lo cual me parece francamente una exageración de la figura, pues en tales casos no creo que la violación al régimen de conflicto de intereses llegara a perfeccionarse y tipificarse.

Con todo respeto,

Libardo Rodríguez Rodríguez.

NOTA DE RELATORIA: Reiteración jurisprudencial en sentencia de 27 de mayo de 1996. Exp. AC-3453.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Causal / **APORTES ECONOMICOS A PARTIDOS Y MOVIMIENTOS POLITICOS** - Prueba de la inducción / **INDUCCION DE CONGRESISTA** - Prueba / **PERDIDA DE LA INVESTIDURA** - Improcedencia / **JAIME ORTIZ HURTADO** - Congresista

En relación con la prohibición de que trata el artículo 110 de la C. N. esta Sala para efectos de considerar configurada la causal de pérdida de investidura, concretamente en relación con los aportes económicos a los partidos políticos, considera que debe aparecer plenamente demostrado que hubo alguna clase de inducción por parte del congresista.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Santafé de Bogotá, D.C., diez y ocho (18) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).

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

Ref. Expediente N°. AC-3456. Actor: Alvaro Skinner Correa. Pérdida de Investidura.

El doctor *Alvaro Skinner Correa* con C.C. 14.219.045 de Ibagué y T.P. 55.882 del Ministerio de Justicia, obrando en propio nombre, solicita se decrete la pérdida de investidura del Dr. *Jaime Ortiz Hurtado* como Senador de la República.

HECHOS

La parte actora relata los siguientes:

*"1. El señor **Jaime Ortiz Hurtado** se desempeña como Senador de la República de Colombia, lo que implica para todos los efectos legales que es un servidor público y por tanto sometido al imperio de la ley.*

*2. El señor **Jaime Ortiz Hurtado**, mediante memorando sin firma contenido en dos hojas, estableció la Descripción de los Cargos y atribuyó responsabilidades o funciones para los colaboradores de su oficina.*

Dentro de las anteriores responsabilidades y bajo la denominación del cargo de asistente especial que en la actualidad lo ocupa Marco Fidel Ramírez, le señaló en el ordinal 5° la de administrar Recursos Financieros de la Unidad Legislativa. Es decir lo designó tesorero de la oficina.

3. De acuerdo a la fotocopia del oficio de fecha 25 de abril de 1995, emanado de la Dirección General Administrativa, con el citado Senador laboran las siguientes personas: Gladys Leal Ortiz, Carlos Fernando Pardo Casanova, Marco Fidel Ramírez, Luis Eduardo Barbosa, Samuel Díaz Escandón y Juan Manuel Rodríguez Ochoa.

*4. Tanto el Senador **Ortiz** como quienes le colaboran han incurrido en violación del régimen de funcionarios públicos descrito en la Constitución Nacional y en especial del artículo 110 de la Constitución Nacional"* (Folio 1).

PRUEBAS

Con la demanda se aportaron los siguientes documentos:

Informe de Finanzas Unidad Legislativa correspondiente a los meses enero - abril de 1995 (fls. 4 y 5) y mayo - septiembre de 1995 (fls. 6 a 8).

Descripción de cargos y responsabilidades Unidad Legislativa - Unión Cristiana (fls. 9 y 10).

Fotocopias de las carátulas de las publicaciones denominadas "Diálogo abierto con Jaime Ortiz Hurtado", "Los cristianos Evangélicos frente al País" Marco Fidel Ramírez (fl. 11) y "Los Cristianos Evangélicos frente al País" Marco Fidel Ramírez (fl. 12).

Constancia expedida por el Director Nacional Electoral según la cual el ciudadano Jaime Ortiz Hurtado, identificado con la C.C. 504.853 de Medellín fue elegido Senador de la República por la Circunscripción Nacional Electoral en las elecciones del 13 de marzo de 1994, por el Movimiento Unión Cristiana periodo 1994-1998 (fl. 13).

TRAMITACION

La anterior demanda fue admitida por auto del 10 de abril de 1996.

La notificación al senador Ortiz Hurtado se produjo el 16 de abril de 1996.

El 15 de abril de 1996, el Procurador Delegado en lo Contencioso ante el Consejo de Estado interpuso recurso de reposición contra el auto admisorio al cual se le dio el trámite de ley.

Por auto del 24 de abril de 1996, se resolvió en Sala Unitaria el recurso interpuesto, rechazándolo por improcedente.

La demanda no fue contestada.

Por auto del 2 de mayo de 1996, se abrió el negocio a pruebas, decretando unas, rechazando otras y señalando el 14 de mayo a las 9:00 a.m. como fecha para la audiencia pública ordenada por la Ley 144 de 1994.

Las pruebas decretadas fueron evacuadas así:

El 7 de mayo de 1996, el senador Jaime Ortiz Hurtado remitió los informes de Finanzas de enero a diciembre de 1995 y de enero a marzo de 1996 suscritos por el señor Marco Fidel Ramírez (incluidos recibos que anuncia como soportes, fls. 4 a 42 del cuaderno de pruebas) y la copia del memorando en el que se describen los cargos y responsabilidades de sus empleados (fl. 2 del cuaderno de pruebas).

El 9 de mayo de 1996 el ingeniero Darío Pabón Díaz, Director General Administrativo del H. Senado de la República, manifiesta la imposibilidad de enviar el oficio solicitado porque revisados sus archivos no reposa en ellos fl. 102 del cuaderno de pruebas.

Se allegó, igualmente, la sentencia del 17 de agosto de 1994 por medio de la cual se desató la solicitud de pérdida de investidura de la Senadora Regina Betancourt de Lizka (fls. 43 a 101 del cuaderno de pruebas).

El 7 de mayo de 1996, el demandante recurrió en súplica ordinaria, la decisión anterior en la parte que denegó unas pruebas y se le dio el trámite de ley.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por auto del 21 de mayo de 1996, resolvió el recurso interpuesto revocando la providencia de la Sala Unitaria en la parte impugnada o sea la que denegó las pruebas y decretándolas, en su lugar.

Por auto del 29 de mayo de 1996 la Sala Unitaria, en obedecimiento a lo decidido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, fijó la fecha para recibir el interrogatorio de parte y los testimonios decretados. Por auto del mismo día fijó el 11 de junio como fecha de la audiencia.

Por memorial presentado personalmente en la Secretaría de la Corporación el 30 de mayo de 1996, el Senador Jaime Ortiz Hurtado confirió poder a un profesional del derecho para que lo representara en el juicio, personería que fue reconocida por auto dictado en la audiencia para recibir el interrogatorio de parte.

Las diligencias decretadas se practicaron en su oportunidad (5 de junio de 1996) y obran a folios 64 a 98 del cuaderno principal.

En la misma fecha, 5 de junio de 1996, se arrima por parte del Senador acusado dos documentos, uno en el cual los miembros de la unidad legislativa hacen manifestaciones acerca de la liberalidad de los aportes y otro contentivo de una constancia de la tesorera del movimiento Unión Cristiana acerca de que no se recibieron aportes de los miembros de la unidad legislativa para el movimiento (fls. 99 a 101 del cuaderno principal).

LA AUDIENCIA PUBLICA

En cumplimiento del auto dictado el 29 de mayo del corriente año se realizó la audiencia pública a la cual asistieron la parte actora, el representante del Ministerio Público y la parte demandada.

Intervención del demandante:

Manifiesta que el artículo 110 de la C.N. estableció para quienes desempeñan funciones públicas, la prohibición de inducir, forzar o llevar a quienes realizan tareas públicas a hacer contribuciones a los partidos o movimientos políticos; la Ley 5ª de 1992 en el artículo 296 establece como causales de pérdida de investidura, la violación del régimen de incompatibilidades descrita en el numeral 4° del artículo 282 de la ley.

Señala que la *litis* versa sobre la exigencia de dinero por parte del Senador Ortiz a quienes laboran con él para que de los salarios que devengan, le devuelvan uno para beneficio indirecto de la Unión Cristiana y directo suyo, que se observa con la publicidad que obtiene con la publicación de unas cartillas.

Conforme a las pruebas aportadas, continúa, al señor Marco Fidel Ramírez se le asignó la elaboración de boletines bimensuales de la unidad legislativa, y documentos pedagógicos de la Unión Cristiana publicaciones especiales, elaboración de ediciones varias, la de administrar los recursos financieros.

De los documentos allegados, concretamente de los informes de finanzas de mayo 15 de 1995 y de octubre 31 de 1995, deduce el actor que la función de pagador de la unidad de trabajo legislativo fue asignada por el demandado al citado señor Ramírez, así como la de recolectar el salario

que a cada uno se recoge para la elaboración de las cartillas cuyas carátulas reposan en el expediente.

La prueba de inducción que el senador ejerce está clara en el escrito de cargos y responsabilidades que el mismo congresista elaboró y en donde asigna al señor Ramírez, la función de manejo de los dineros de la Unidad y en cuya parte final dice que el incumplimiento de los compromisos allí descritos "obligará al senador a no autorizar el pago y la correspondiente declaratoria de insubsistencia"; esta manifestación, en concepto del interviniente es la que originó los aportes y la consecuente elaboración de los "documentos pedagógicos Unión Cristiana en donde resaltan los nombres de Marco Fidel Ramírez y Jaime Ortiz Hurtado quienes son los que se benefician con tales publicaciones, señalando, además que dentro de los aportantes no aparecen como contribuyente de los mismos el citado Senador", afirma, "el senador se beneficia de los dineros públicos cuya coacción a sus destinatarios para que devuelvan un salario es precisamente la transcrita del manual de funciones del senador de que si no contribuyen o aportan y no se publican los documentos, se irán del cargo" (fl. 108).

A lo anterior, agrega, se añade el hecho grave de que la demanda no fue contestada lo que configura prueba en contra del demandado porque es un indicio grave conforme a los artículos 268 del C.C.A. y 95 del C. de P.C.

Concluye diciendo que comprobado que existe una recolección de dineros a los subalternos, mediante amenaza de declaratoria de insubsistencia, esta Sala debe dar aplicación a la jurisprudencia sentada en el caso de Regina Betancourt de Lizka, y declarar la pérdida de investidura del senador Ortiz que se beneficia con las publicaciones y se enriquece porque su bolsillo no sufre mengua y, por el contrario, se venden de acuerdo con el contenido de la última página del libro Documentos Pedagógicos Unión Cristiana Dos.

Intervención del Ministerio Público:

El señor Procurador Segundo Delegado ante el Consejo de Estado solicita la denegación de la solicitud con los siguientes fundamentos:

Considera debidamente probados los siguientes hechos:

— Elección del doctor Ortiz Hurtado como Senador de la República.

— Que en la unidad legislativa a su cargo creada por el artículo 338 de la Ley 5ª de 1992, laboran seis personas:

Leal Ortiz Gladys: Asistente IV.

Pardo Casanova Carlos: Asistente V.

Ramírez Marco Fidel: Asistente V.
Díaz Escandón Samuel: Asesor VI.
Barbosa Luis Eduardo: Asistente V.
Rodríguez Ochoa Juan M.: Asesor III.

— Que existe un Fondo Financiero en la Unidad de Trabajo Legislativo cuyos informes de aportes de ingresos y egresos, debidamente soportados, reposan en el cuaderno de pruebas, por los meses de enero a diciembre de 1995 y de enero a marzo de 1996.

— Que dicho Fondo editó las cartillas "Los cristianos evangélicos frente al país" y "Diálogo abierto con Jaime Ortiz Hurtado" cuyo autor es Marco Fidel Ramírez.

— Que el movimiento Unión Cristiana no ha percibido nada como aporte o contribución financiera del senador Ortiz ni de alguno de sus integrantes, según la constancia obrante a folio 102.

En relación con los testimonios manifiesta que todos los declarantes contestan de manera unánime que son cristianos evangélicos, que aportan a un fondo para financiar un proyecto pedagógico, que nunca han autorizado descuentos sino que contribuyen cuando pueden y en la cantidad que pueden voluntariamente. Que tienen absoluta ascendencia y decisión sobre el manejo de fondo sin condicionamiento ni imperativo alguno por parte del senador.

— Transcribe además una declaración de los integrantes de la unidad de Trabajo aportada al expediente a solicitud de los mismos declarantes que tiene presentación personal en la Notaría 27 del Círculo de Bogotá.

De todo lo anterior concluye que no se configura la causal contenida en el artículo 110 de la C.N. en lo que hace relación a contribución con movimientos que es la única, en su concepto, que puede imputarse al demandado, pues no hay duda de que el senador nada ha tenido que ver en la voluntad de quienes integran la unidad de trabajo legislativo en el desarrollo y la marcha de un fondo creado y dirigido por ellos para la eficaz labor de los líderes cristianos evangélicos.

Intervención de la parte demandada.

El Senador Jaime Ortiz Hurtado hace, en primer término, un resumen de su hoja de vida por considerar que se trata de analizar los actos de una persona.

Como segundo aspecto manifiesta sobre la Unidad Legislativa, que la relación con sus integrantes sobrepasa las relaciones laborales, por cuanto los considera como sus colegas. Al integrarse los líderes al equipo de trabajo

de apoyo a la unidad legislativa, es obvio que se proyectasen con otra visión: contribuir a la familia evangélica de país con la comprensión de las responsabilidades sociales desde la noción bíblica que todos manejan. Por esta segunda tarea de interés, la unidad legislativa, como un equipo decidió comprometerse a elaborar las cartillas pedagógicas y a financiarlas con su propio esfuerzo. Para los integrantes se constituyó más en un compromiso ministerial que laboral-legal.

En tercer término se refiere al Fondo de la Unidad Legislativa, hace referencia a un documento allegado el 5 de junio de 1995 y que obra a folios 100 y 101; que alude a las características del fondo que se constituyó, como Senador se limitó a avalar la iniciativa, asignando responsabilidad administrativa a uno de los empleados, y quedó en manos de ellos la administración de sus aportes. Ninguna tercera persona, enfatiza, quedó en poder de disposición de los aportes: ni el Movimiento Unión Cristiana ni el Senador pueden manejar esos fondos. Son los integrantes quienes libre y espontáneamente deciden qué partida apropiar para elaborar los documentos pedagógicos y cuál proyecto o cartilla financiar.

Por último en relación con las cartillas que financia el Fondo, manifiesta que los integrantes de la unidad legislativa han querido contribuir con la redacción, publicación y circulación de los documentos pedagógicos cuyo tema central es la base bíblica de la responsabilidad del cristiano en la sociedad.

Los documentos que se han producido son: Los evangélicos frente al país, Biblia y buen gobierno y están en estudio Biblia y principio político y Biblia y responsabilidad social.

El contenido de las cartillas, explica, es más religioso que político y de todas maneras no se particulariza una perspectiva filosófico política sino una visión bíblica de toda frontera social. Se dirige a elevar el conocimiento y el compromiso social del estamento cristiano evangélico del país para bien de todos. El esfuerzo sólo debe recibir el reconocimiento y apoyo de personas sanas y de buena voluntad, concluye.

El señor apoderado de la parte demandada en su intervención, manifiesta que el asunto se contrae a determinar una supuesta violación del artículo 110 de la C. N.

En relación con el desarrollo de los acontecimientos que originan la solicitud, no sólo con base en la versión de su representado, corroborada con los documentos allegados por el solicitante y los allegados al expediente a solicitud del mismo, sino en las declaraciones rendidas bajo la gravedad del juramento por los integrantes de la Unidad Legislativa Unión Cristiana, deduce:

1. Que la Unidad está conformada por los siguientes empleados:

Gladys Leal Ortiz
Carlos Fernando Pardo Casanova
Marco Fidel Ramírez
Samuel Díaz Escandón
Luis Eduardo Barbosa
Juan Manuel Rodríguez Ochoa

2. Que la mayoría, no todos, de ellos de manera espontánea por iniciativa del mismo grupo y tiempo después de iniciado el período legislativo constitucional y sus labores como servidores públicos integrantes del movimiento que llevó al Senado al doctor Ortiz Hurtado, en el mes de enero de 1995, acordaron aportar mensualmente determinadas sumas de dinero en la medida de la capacidad económica de cada cual, para constituir un Fondo y contar con recursos que les permitieran producir o elaborar y dar a la publicidad unos documentos pedagógicos de la Unión Cristiana para coadyuvar la educación socio política de la comunidad evangélica de Colombia. Resalta que no todos los integrantes de la Unidad Legislativa han sido aportantes ni los que aportan lo han hecho de manera permanente o periódica.

3. Los recursos así obtenidos, manejados por Marco Fidel Ramírez, a quien se le señaló esa función por solicitud de los restantes miembros, se destinaron a la publicación de las cartillas en mención y para los gastos propios de la unidad legislativa y en manera alguna a la Tesorería del Movimiento Unión Cristiana como lo certifica su Tesorera ni han sido recibidos por el senador como se constata en los informes de la Unidad Legislativa.

De lo anterior deduce que no aparece demostrado en el proceso, como debería haberlo comprobado el solicitante, que su representado haya inducido a otros a hacer contribución alguna a partidos, movimientos o candidatos, sea el Movimiento Unión Cristiana o el senador, no candidato, doctor Jaime Ortiz Hurtado.

Sobre el artículo 110 de la C.N., señala que no se ha dictado la norma a que se refiere el artículo en la que se consagren las excepciones a la regla general allí contenida por lo que por el momento debe darse aplicación al artículo 10 del Decreto 2400 de 1968, Estatuto de Servicio Civil y Carrera Administrativa, vigente, en la forma en que quedó subrogada por el Decreto 3074 del mismo año, según el cual, los pagadores y habilitados de las dependencias públicas pueden hacer descuentos y retenciones de sueldos para cualquier finalidad de carácter partidista, cuando medie autorización libre y escrita del empleado, recalca, como lo expresó el Consejero de Estado Diego Younes en la aclaración de voto a la sentencia de 17 de agosto de 1994 en la cual se resolvió sobre la solicitud de pérdida de investidura de Regina Betancourt de Lizka.

Ello es así porque, como ha dicho la jurisprudencia del H. Consejo de Estado y ha sido el criterio de la H. Corte Constitucional, las normas legales expedidas con anterioridad a la Constitución de 1991 sobre determinadas materias, conservan su vigencia mientras no sean contrarias a los preceptos de la nueva Carta que defiera la reglamentación sobre la materia, incluidas excepciones a la ley.

Anota, en acuerdo con lo afirmado por el Constituyente Carlos Lleras de la Fuente, y en relación con la aplicación o no de la norma a los miembros de las corporaciones públicas que la extensión a los miembros de las corporaciones de elección popular no parece muy lógica y ello deberá tenerse en cuenta cuando el legislador reglamente las excepciones previstas en la norma constitucional.

Concluye que no estando debidamente establecida la inducción a los empleados de la unidad legislativa para que de sus sueldos o salarios hicieran algún tipo de aporte con destino al partido o movimiento político del demandado, o a este como candidato, que no lo era para la época de los hechos invocados en la solicitud, y habiéndose probado que los aportes se hicieron con una finalidad determinada, la publicación de folletos, de manera libre y espontánea, como lo manifestaron todos los declarantes, solicita se deniegue la solicitud.

Considera, por último, que en el artículo 110 de la C.N. no se establece otra causal de pérdida de investidura.

Al respecto, afirma que sobre el particular no ha habido pronunciamiento alguno del H. Consejo de Estado. Manifiesta que si se consulta la sentencia recaída en el asunto de pérdida de investidura de Regina Betancourt de Lizka se encuentra, como lo afirmó en el salvamento de voto del cual fue autor, como integrante del H. Consejo de Estado, que en su parte motiva no se hizo consideración alguna sobre los planteamientos de varios Consejeros en cuanto a que las causales de pérdida de investidura son exclusivamente las previstas en el artículo 183 de la Carta, dentro de las cuales no se menciona la prevista en el artículo 110 *ibidem*, por lo que ésta no se adiciona a las allí señaladas pues no es posible hermenéuticamente establecer la referencia entre dos disposiciones si no se hace en el texto.

Estima que la alusión a la pérdida de investidura que hace el artículo en estudio, que se refiere de manera general a todos aquellas personas que desempeñan funciones públicas y en particular a los empleados públicos y en manera alguna limitan la figura a los miembros de las corporaciones públicas de elección popular.

Rememora que hace más de cuarenta y cinco años la corporación tuvo la oportunidad de referirse a la figura en orden a dilucidar la expiración del

periodo constitucional para quienes habían sido elegidos por el Congreso de la República como designado y Procurador General, y que no habían podido ser reemplazados por quien correspondía por haber sido cerrado el Congreso desde el mes de noviembre de 1949, y no estar, por tanto funcionando. Lo mismo que en múltiples procesos administrativos en los que se ha hablado de la figura para referirse a funcionarios de la rama ejecutiva.

Por ello considera que la frase "causal de... pérdida de investidura" del artículo 110 de la Carta, no puede servir para concluir que se consagra una causal de pérdida de investidura de congresista, adicional a la que se establece en el artículo 183, *ibidem.*

Sería distinto si en el artículo 110 se hubiera expresado "causal de pérdida de investidura de *Congresista*", resalta, o de miembro de corporación de elección popular, lo que los cobijaría.

Manifiesta que el artículo 110 no es aplicable mientras no se dicte ley que reglamente el artículo y siguiendo el mandato se establezcan las excepciones a la regla general. Se remite a los salvamentos de voto producidos en esa oportunidad y considera que ese criterio de interpretación se volvió mayoritario conforme a lo señalado por la Sala en el caso de José de la Espriella y Alberto Santofimio Botero en relación con la causal conflicto de intereses de que trata el artículo 183-1 de la Carta, sobre el cual no hay reglamentación.

Por lo expuesto manifiesta que debe denegarse la solicitud de pérdida de investidura.

CONSIDERACIONES

La norma invocada como fundamento de la solicitud.

La acusación se fundamenta en lo previsto por el artículo 110 de la C.N. del siguiente tenor:

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

La Sala se ocupó de analizar a espacio esta disposición en sentencia del 24 de agosto de 1994, exp. AC-1587, Actor: Carlos Arturo Hoyos, Consejera Ponente: Dra. Consuelo Sarria Olcos, para concluir que en la norma se establece una prohibición cuya violación constituye causal de pérdida de la investidura.

Posteriormente, la H. Corte Constitucional, en cumplimiento de las funciones que le asigna la Constitución Nacional en el artículo 241-8, estudió la Ley 270 de 1996 "Estatutaria de la Administración de Justicia".

Al analizar el artículo 37-7 de la ley citada en el cual se establecen las funciones especiales de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y, concretamente, en relación con la mención que hace la norma en estudio del artículo 183 de la C.N. para considerarla como la que señala taxativamente las causales de pérdida de investidura, la H. Corte Constitucional, dijo:

> *"Respecto de la decisión de consagrar como motivos de pérdida de la investidura, únicamente las que dispone el artículo 183 constitucional, debe la Corte advertir —al igual que lo hacen los ciudadanos intervinientes— que esa limitación excluye la causal prevista en el artículo 110 superior, que prevé:*
>
> *«Artículo 110. Se prohíbe a quienes desempeñan funciones públicas hacer contribución alguna a los partidos, movimientos o candidatos, o inducir a otros a que lo hagan salvo las excepciones que establezca la ley. El incumplimiento de cualquiera de estas prohibiciones será causal de remoción del cargo o de pérdida de investidura».*
>
> *Así las cosas, al declararse —como se hará— la inexequibilidad de la expresión «el artículo 183 de» contenida en el artículo que se estudia, resultan aplicables al proceso de pérdida de la investidura todas las causales que se señalan en la Constitución, incluyendo entonces la que se refiere a la contribución a partidos económicos (sic) por parte de quienes desempeñen funciones públicas, en este caso, los miembros del Congreso de la República..."* (H. Corte Constitucional, Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996, Exp. P.E. 008, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa).

Y en la parte resolutiva de la sentencia en estudio, se resuelve en el punto tercero, "Declarar *Exequibles* bajo las condiciones previstas en esta providencia... el artículo 37 salvo las expresiones... "el artículo 183 del numeral 7°"".

Así las cosas conforme a la jurisprudencia de esta Corporación y a la sentencia en cita, es claro que la prohibición que se establece en el artículo en estudio constituye causal de pérdida de investidura.

La prohibición establecida en la causal.

Ahora bien, en relación con la prohibición de que trata el artículo 110 de la C. N. esta Sala para efectos de considerar configurada la causal de

pérdida de investidura, concretamente en relación con los aportes económicos a los partidos o movimientos políticos, considera qué debe aparecer plenamente demostrado que hubo alguna clase de inducción por parte del congresista.

El caso concreto.

Se acusa al senador Ortiz de inducir a los miembros de su Unidad Legislativa a efectuar aportes de sus sueldos, contrariando lo previsto por el artículo 110 de la C.N.

La Sala debe precisar que el estudio se realizará sobre las pruebas aducidas dentro de la oportunidad legal, es decir, las acompañadas con la demanda y las decretadas oportunamente. No tendrá en cuenta, por lo tanto, los documentos visibles a folios 99 a 101, allegados por la parte demandada con posterioridad a la oportunidad legal.

En esas condiciones se procede a analizar los medios probatorios:

Memorando de funciones expedido por el senador Ortiz:

A folios 2 y 3 del cuaderno de pruebas aparece un documento en el cual se hace la Descripción de Cargos y Responsabilidades de la Unidad Legislativa Unión Cristiana senador Jaime Ortiz Hurtado, entre los cuales se encuentra el de Asistente Especial.

En relación con el Asistente Especial, dice el documento:

"***Responsabilidades:***

1. Boletín bimensual de la Unidad Legislativa.
2. Documentos pedagógicos para Unión Cristiana.
3. Publicaciones especiales (pronunciamientos; declaraciones comunicados de prensa; etc.).
4. Ediciones varias.
5. Administrar recursos financieros de la Unidad Legislativa.
6. Contactos varios.
7. Especial, según lo requiera la necesidad a juicio del senador".

Al final de la página dice:

"Principio legal-ético

El trabajo de la unidad legislativa es un compromiso laboral que causa contraprestación económica (salario). Su incumplimiento obligará al

senador a no autorizar el pago y la correspondiente declaratoria de insubsistencia" (fl. 3 del cuaderno principal).

De la transcripción anterior, contrario a lo expuesto por la parte demandante, ni en la descripción de funciones ni en el aparte final transcritos, se puede deducir una inducción u obligatoriedad de hacer alguna clase de aportes a movimiento político alguno.

Testimonios.

Analizará la Sala las declaraciones de los testigos para establecer si aparecen cumplidos los elementos de la norma citada como fundamento de la solicitud.

La iniciativa de constituir el fondo.

Al ser interrogado el señor Pardo Casanova sobre la posibilidad de que no todos los miembros de la Unidad estuvieran de acuerdo con la constitución del Fondo, el testigo contestó:

"No, cuando digo que algunos hicimos aportes quiero decir también que fuimos algunos los que decidimos constituir el fondo como personas naturales y fue voluntariamente que cada uno decidió si estaba o no en condiciones de hacer parte del fondo" (fl. 83).

Al respecto, el señor Samuel Díaz manifiesta:

"En ningún momento el senador Jaime Ortiz me insinuó, ni me indujo a hacer tales aportes, cabe aquí reiterar o mencionar que la formación de ese fondo fue iniciativa propia y espontánea de los que conformamos la Unidad de trabajo legislativo, es decir, grupo de asesores y asistentes y lo hicimos toda vez que más que miembros de una unidad legislativa o además de eso nos consideramos desde una perspectiva religiosa, miembros de un grupo eclesial como laicos que somos de nuestras respectivas comunidades cristianas evangélicas, de ahí surgió nuestra iniciativa, para eso se conformó el fondo, fondo que reitero ha recibido el aporte voluntario y sin duda esporádico de los diversos miembros del equipo, sin que en la decisión de conformar el fondo o en el manejo del mismo el senador Ortiz Hurtado hubiera tenido nada que ver, quiero adicionar finalmente que esta actitud en asuntos como el que nos ocupa lo entendemos como algo coherente con nuestra fe y por considerar que si estamos como cristianos en el escenario político colombiano, es para darle a la política precisamente el contenido ético y espiritual que tanto le ha estado haciendo falta" (fl. 93 y 94).

El origen de los dineros.

En relación con que los aportes tienen su origen en descuentos o retenciones, los declarantes afirman que no tienen tal naturaleza sino la de contribuciones voluntarias.

Así, Mayerly Leal afirma:

"No, yo no aporto un salario mensual" y, más adelante, a la pregunta de la parte demandante "Como dice no aportar un salario mensual, cuánto aporta y cómo explica que en este balance figure con una cifra mensual. Le pone de presente los folios 4-5 y 6 del cuaderno principal. La misma declarante responde: "Es que no es un aporte mensual, yo hice una colaboración con mis compañeros por ejemplo hasta diciembre colaboré, desde enero para acá yo no he colaborado no era un aporte, colaboré hasta diciembre del año pasado o sea el 95, no he dado ninguna colaboración a partir de enero de 1996" (fl. 76).

Por su parte, Carlos Fernando Pardo, al preguntársele por la parte demandante "si ha autorizado por escrito lo que llaman aportes colaboración", el declarante contestó:

"No he hecho ninguna autorización por escrito por la sencilla razón de que esos aportes son netamente personales, es un acuerdo que nosotros hicimos, algunos miembros de la unidad los hicimos y es compromiso personal de cada uno aportar de su propio bolsillo, por esa razón no hay nadie a quien darle la autorización para que lo descuente" (fls. 82 y 83).

El señor Marco Fidel Ramírez responde sobre el particular:

"Mi aporte es absolutamente voluntario como persona mayor de edad como líder cristiano aporto para una causa en la que creo sin la imposición de nadie, y para hacerlo no necesito autorizar a nadie porque yo destino mi propio dinero y lo administro conforme a mi conciencia cristiana" (fls. 87 y 88).

El señor Samuel Díaz manifiesta:

"No es cierto, mis aportes que periódicamente he hecho al fondo común que constituimos junto con mis compañeros han sido manifiestamente periódicos o esporádicos, lo anterior fácilmente se deduce de los mismos informes citados, donde inclusive no figuran aportes de mi parte si no estoy mal, desde agosto a septiembre del año pasado, en algunos meses del año próximo pasado sí tuve la oportunidad de hacer algunos aportes en sumas que siempre fueron diferentes lo que necesariamente nos debe llevar a concluir que nunca podemos hablar de aportes específicos de salarios tal y como lo sugiere la pregunta" (fl. 91).

Y más adelante el mismo declarante al ser interrogado por la parte demandante, así "como usted lo afirma anteriormente los aportes son voluntarios por qué será que el señor Marco Fidel Ramírez en su informe de enero a abril como nota especial dice "pendientes aportes de Mayerly Leal y Samuel Díaz, de los meses de febrero a marzo de 1995", lo cual nos desvirtúa la liberalidad de esos aportes", contestó:

"La nota a que acaba de hacer referencia el señor apoderado tiene una explicación, clara y sencilla cuando en unión con mis compañeros decidimos conformar ese fondo común desde un principio nos auto impusimos lo que podríamos llamar una especie de obligación moral de contribuir a él habida cuenta de su destinación, obligación moral que como todo el equipo lo entendió no pasaba por alto circunstancias objetivas como las de imposibilidad de contribuir al fondo en determinados meses o inclusive la de contribuir en una suma inferior a la que usualmente cada miembro del equipo estuviera contribuyendo. Reitero que el hecho objetivo de que en mi caso particular lleve alrededor de nueve meses de no aportar a ese fondo, tal y como consta en los respectivos informes adicionado al hecho de que otros miembros del equipo como el asesor doctor Juan Manuel Rodríguez nunca aparezca aportando ninguna suma a ese fondo, que el asistente Luis Eduardo Barbosa y la Secretaria Mayerly Leal también aparezcan aportando esporádicamente o aparezcan inclusive no aportando algunos meses corroboran también el hecho por mí afirmado de que nunca ha existido ningún espíritu de obligatoriedad en esos aportes. Toda vez que a pesar de esa indisciplina de varios miembros de la Unidad de Trabajo Legislativa como en mi caso el equipo de la Unidad permanezca inalterado es una evidencia más de lo que he venido afirmando en la presente respuesta" (fl. 91).

Función concreta del señor Marco Fidel Ramírez.

Al respecto manifiestan los integrantes de la Unidad Legislativa lo siguiente:

Mayerly Leal:

"Sí, nosotros dijimos que Marco Fidel fuera él, lo llamamos el Tesorero" (fls. 77 y 76).

Al preguntarle si el señor Ramírez pasaba informes, contestó:

"Sí él pasaba informes" (fl. 78).

Y al ser interrogada sobre si "Esos informes financieros correspondientes a egresos venían respaldados con comprobantes, contestó: *"Sí"* (fl. 78).

El señor Pardo dijo sobre el particular:

"Una vez que nosotros decidimos constituir el fondo le hicimos la presentación de esa iniciativa al senador Jaime Ortiz y se le pidió el aval para esa iniciativa y fue el Senador quien propuso a Marco Fidel, no solamente para que recepcionara los dineros sino para que también estuviera a cargo de la dirección de los documentos que se someterían a estudio y posterior publicación" (fl. 84).

El señor Marco Fidel Ramírez a la pregunta "¿Usted fue elegido por sus compañeros de la Unidad Legislativa como tesorero o jefe de finanzas o fue nombrado directamente por el Senador"?, contestó:

"Fui nombrado por la unidad de trabajo legislativo como depositario de esa unidad legislativa y dicho nombramiento formalmente fue protocolizado en la definición de funciones que le solicitamos al senador Jaime Ortiz Hurtado" (fl. 87).

Samuel Díaz al ser interrogado sobre "si el señor Ramírez entrega informes de los movimientos de los fondos de manera periódica", contestó:

"Cuando desde un principio con mis compañeros de la Unidad de trabajo legislativo escogimos al señor Marco Fidel Ramírez para que nos sirviera de coordinador o de tesorero de tales fondos, acordamos también con él, que como es apenas obvio él nos rindiera a los compañeros informes periódicos sobre el movimiento de tales aportes, incluso informando los gastos detallados en que se habían invertido" (fl. 93).

El destino de los aportes

El señor Ramírez, al ser preguntado si "el valor de los aportes que según su informe rendido a los demás miembros de la unidad legislativa se ha destinado a alguna suma de dinero que correspondan a gastos diferentes a los que usted señala en sus informes escritos que obran a folios 6 a 8 del expediente principal, contestó:

"No señor ninguna suma de dinero se ha destinado para efectos distintos a los que mis informes notifican con un ciento por ciento de sustento documental y soporte contable, nuestros recursos han sido destinados exclusivamente para coadyuvar ciento por ciento en nuestro proceso pedagógico que incluye evidentemente cartillas y documentos inherentes a las mismas" (fl. 88).

Y más adelante cuando se le pregunta "En alguna ocasión el senador Jaime Ortiz le ha indicado a usted o a los integrantes de la Unidad Legislativa en qué deben invertir los aportes que ustedes realizan", contestó:

"Eso no es del resorte de él, pues nuestro acuerdo como equipo ministerial contempla que nosotros tenemos absoluta ascendencia y decisión de manejo sobre nuestros propios recursos por eso se han canalizado estrictamente para financiar el proyecto pedagógico y ni un solo centavo de los mismos ha tenido destinación distinta al propósito mencionado conforme a nuestra decisión personal, sin condicionamiento ni imperativo alguno por parte del señor senador" (fl. 88).

Mayerly Leal, cuando es interrogada sobre si "Sabe Usted o tiene conocimiento del uso que se le da al dinero que ustedes aportan a la unidad legislativa", contesta:

"Parte del dinero del que yo di colaboración fue para gastos como fotocopias, compras de algunos libros y también se hizo para la elaboración de unas cartillas pedagógicas, que acordamos para darla no solamente a la iglesia evangélica sino para otras personas diferentes que quisieran enterarse de lo que estábamos haciendo. Siempre estas cartillas son con bases bíblicas, nosotros hacemos las cosas fundamentados en la Biblia" (fls. 76 y 77).

El señor Samuel Díaz al ser preguntado: "En el momento se acortó o se pensó después de tomada la determinación de constituir ese fondo en la posibilidad de que parte de esas sumas de dineros se destinaran al movimiento político Unión Cristiana o alguna de las iglesias cristianas evangélicas", contestó:

"Desde un principio el equipo tuvo muy en claro que los dineros aportados por nosotros a ese fondo, sería destinado esencialmente a la publicación de las cartillas pedagógicas dirigidas a la comunidad cristiana evangélica de Colombia, nunca se contempló la posibilidad de que tales dineros fueran a hacer (sic) utilizados o canalizados a favor de el movimiento Unión Cristiana en este caso, deseo puntualizar aquí que de la decisión de formar o de constituir ese fondo fue notificado o consultado a las directivas de este movimiento político, por lo que la decisión de su conformación y su manejo siempre estuvo inclusive en manos de los miembros del equipo, en cuanto a la última parte de la pregunta sí puedo afirmar que tales cartillas o mejor que tales dineros a través de la publicación de las citadas cartillas sí estuvieron dirigidos y espero como esperamos todos los miembros del equipo que hayan sido de utilidad en el proceso de formación de nuestros hermanos en la fe, que son los miembros de todas las iglesias evangélicas del país, en las cuales se distribuyó tales cartillas" (fls. 94 y 95).

Conforme a los testimonios recogidos se observa:

Aunque el ingeniero Rafael Darío Pabón, Director General Administrativo del Senado de la República, manifiesta no poder enviar el oficio en

el que se da el nombre de los empleados que conforman la unidad legislativa, todos los declarantes fueron afirmativos en cuanto a su relación con la Unidad Legislativa y la consiguiente vinculación con el senador Ortiz.

La parte actora considera que los integrantes de la Unidad Legislativa debían expresar por escrito que consentían en que les fuera retenida una parte del sueldo mensual recibido con destino al movimiento político Unión Cristiana. Al respecto todos los declarantes afirmaron en la diligencia de testimonios que ninguno de ellos hizo manifestación expresa de consentimiento de que les efectuaran descuentos o retenciones de sus salarios por cuanto no hubo tales descuentos o retenciones.

En cuanto a la realización de aportes, todos los declarantes manifiestan que sí los han hecho, pero que no los efectúan ni todos los integrantes de la unidad legislativa, ni por la misma suma, ni de manera permanente, ni bajo presión o amenaza del senador.

Todos los declarantes afirman que la idea de los aportes no fue del senador sino de los empleados de la Unidad Legislativa y que la intervención del congresista consistió en señalar quién se encargaba de manejar los aportes, cuyo destino fue establecido por ellos mismos, no por el senador.

En las declaraciones de los miembros de la unidad legislativa, se observa que de manera coincidente todos afirman que no se trata de descuentos o retenciones de sus salarios sino de contribuciones que hacen todos de manera voluntaria, no obligatoria, para sacar las cartillas pedagógicas que reparten sin recibir contraprestación alguna.

Y que, finalmente, el producto de los aportes, nunca se ha destinado a sostenimiento del partido o movimiento político al que pertenecen.

Todos los testimonios son contestes en afirmar que sin excepción cuando han hecho aportes éstos han sido voluntarios.

Los informes de finanzas.

Los que se denominan Informes de Finanzas son más bien una relación de ingresos y egresos que suscribe el señor Marco Fidel Ramírez y pone a disposición para información de la Unidad Legislativa.

A folios 4 y 5 del cuaderno de pruebas aparece la correspondiente a los meses de enero a abril de 1995 con un total de $1.720.000 por ingresos que aparecen discriminados por mes y nombre del aportante, un total de $1.591.500 por egresos, igualmente relacionados y un saldo en caja de $128.500.

La discriminación de los ingresos es la siguiente:

Enero:

Fernando Pardo	$ 90.000
Mayerly Leal	$ 110.000
Marco Fidel Ramírez	$ 130.000
Samuel Díaz	$ 320.000

Febrero:

Fernando Pardo	$108.000
Mayerly Leal	$108.000
Marco Fidel Ramírez	$110.000

Marzo:

Fernando Pardo	$108.000
Mayerly Leal	$108.000
Marco Fidel Ramírez	$110.000

Abril:

Fernando Pardo	$108.000
Marco Fidel Ramírez	$110.000
Samuel Díaz	$200.000

Se anota que están pendientes los aportes de Mayerly Leal por el mes de abril y de Samuel Díaz por los meses de febrero y marzo.

En la relación de egresos del mismo informe aparecen pagos hechos a Edición de 2.050 cartillas pedagógicas "Diálogo Abierto", por $1.291.500 y abono para pago segunda cartilla pedagógica "Biblia y buen Gobierno" por $300.000, ambos con la anotación (anexo copia factura).

Con la respuesta al oficio de la Corporación en el cual se solicitaba el envío de los documentos anteriores y que obra en el cuaderno de pruebas aparecen las copias de los recibos de egresos a que se hace mención (fls. 6 y 7).

A folios 8 a 10 del cuaderno de pruebas aparece la correspondiente a los meses de mayo a septiembre de 1995 con un total de $2.562.500 por ingresos que corresponden a aportes por $2.434.000 discriminados por mes y nombre del aportante, mas un saldo en caja de $128.500 y un total de $2.009.825 por egresos, igualmente relacionados para un saldo en caja de $552.675.

Allí aparecen los aportes, según la siguiente relación:

Mayo:

Fernando Pardo	$108.000	
Mayerly Leal	$100.000	(aporte abril)
Marco Fidel Ramírez	$110.000	

Junio:

Fernando Pardo	$108.000	
Mayerly Leal	$100.000	(aporte mayo)
Luis Eduardo Barbosa	$ 80.000	
Marco Fidel Ramírez	$110.000	

Julio:

Fernando Pardo	$108.000	
Mayerly Leal	$216.000	(aportes de junio y julio)
Luis Eduardo Barbosa	$140.000	
Marco Fidel Ramírez	$110.000	

Agosto:

Fernando Pardo	$108.000
Luis Eduardo Barbosa	$108.000
Mayerly Leal	$100.000
Marco Fidel Ramírez	$110.000

Septiembre:

Samuel Díaz	$300.000
Luis Eduardo Barbosa	$100.000
Mayerly Leal	$100.000
Fernando Pardo	$108.000
Marco Fidel Ramírez	$110.000

Los egresos relacionados corresponden a pagos por saldos de cartilla Biblia y Buen Gobierno y por abono a cartilla Responsabilidad Socio-Política así como compra de un libro contentivo de la compilación de las normas distritales y útiles de oficina y de trabajo.

Los recibos de egresos fueron enviados y aparecen en el cuaderno de pruebas a folios 11 a 27.

A folios 28 y 29 del cuaderno de pruebas aparece la relación de ingresos y gastos correspondientes a los meses de octubre a diciembre de 1995 con un total de $1.488.675 por ingresos que corresponden a aportes por $936.000

discriminados por mes y nombre del aportante, más un saldo en caja de $552.675 y un total de $1.028.000 por egresos, igualmente relacionados para un saldo en caja de $460.000.

Allí aparecen los aportes, según la siguiente relación:

Octubre:

Fernando Pardo	$108.000
Marco Fidel Ramírez	$110.000

Noviembre:

Fernando Pardo	$108.000
Marco Fidel Ramírez	$110.000

Aportes diciembre:

Samuel Díaz	$500.000

Se relacionan egresos correspondientes a abono cartilla Los Evangélicos frente al país, $500.000, cancelación cartilla Los Evangélicos frente al país, $496.000, fotocopias balance legislativo, $32.000 para un total de $1.028.000, y un saldo en caja de $460.000.

Tiene la anotación de que se imprimieron 3.000 cartillas Los Evangélicos frente al país por un valor total de $1.496.000 y que el abono hecho para la cartilla Biblia y Responsabilidad Socio Político fue asignado a la impresión de la cartilla Los evangélicos frente al país.

A folios 30 y 31 del cuaderno de pruebas obran los recibos correspondientes a los egresos mencionados.

A folios 32 a 34 del cuaderno de pruebas aparece la relación correspondiente a los meses de diciembre de 1995 a marzo de 1996 con un total de $2.388.575 por ingresos que corresponden a aportes por $1.927.900 discriminados por mes y nombre del aportante, más un saldo en caja de $460.675 y un total de $537.565 por egresos, igualmente relacionados para un saldo en caja de $1.851.010.

Allí aparecen los aportes, según la siguiente relación:

Diciembre:

Fernando Pardo	$108.000
Marco Fidel Ramírez	$110.000

Enero:

Fernando Pardo	$108.000
Marco Fidel Ramírez	$110.000

Febrero:

Luis Eduardo Barbosa	$562.000
Fernando Pardo	$108.000
Mayerly Leal	$300.000
Marco Fidel Ramírez	$132.000

Marzo:

Luis Eduardo Barbosa	$131.000
Fernando Pardo	$126.900
Marco Fidel Ramírez	$132.000

Como egresos relaciona gastos correspondientes a útiles de oficina y de trabajo, y libros.

Se anexan fotocopias de los recibos correspondientes a egresos por $537.565, que obran a folios 35 a 42.

Respecto de los documentos anteriores, la Sala debe precisar que ninguno fue tachado en alguna forma por la contraparte.

En ellos figuran relacionados aportes de los miembros de la unidad legislativa en distintas sumas.

Igualmente, se observa que en los informes no aparece una constante en la colaboración, vale decir, que ni en todos los meses contribuyen los mismos miembros, ni por las mismas cantidades.

Se trajeron los recibos correspondientes a los egresos de los aportes con los cuales se corrobora su destinación a la elaboración de cartillas y a sufragar gastos de útiles de oficina y trabajo a que se refirieron los testigos.

No hay, por otra parte, constancia alguna de que los dineros fueran enviados y recibidos por partido o movimiento político alguno; lo anterior no sólo se deduce de la relación que se estudia sino de las demás pruebas estudiadas.

Tampoco se aduce constancia del Movimiento en la cual se informe o certifique sobre el recibo de los dineros aportados por los miembros de la Unidad Legislativa del senador acusado.

A lo anterior debe agregarse que aunque no todos los miembros han colaborado permanentemente, siguen vinculados a la Unidad por lo que no es posible derivar del hecho de no aportar, una consecuencia de alguna manera coaccionante para los integrantes.

La sentencia invocada por la parte demandante.

La sentencia que se menciona como antecedente jurisprudencial analiza un caso diametralmente opuesto desde el punto de vista probatorio.

En efecto, en el caso citado la solicitud fue elevada por la Procuraduría y adujo como prueba los testimonios de los empleados coaccionados, que fueron ratificados dentro del juicio, y que declararon cómo la congresista, en ese asunto, los amenazó expresamente con la pérdida del empleo. En igual forma fueron presentados los recibos mediante los cuales el Movimiento político certificaba la recepción de los dineros.

En tales condiciones la Sala observa que la situación probatoria en ambos procesos no es igual, pues mientras en el citado aparecía probado plenamente que la idea de los descuentos a los empleados era de la congresista, que la misma había coaccionado a los empleados amenazándolos con la pérdida del empleo si no aceptaban los descuentos ordenados, y que los dineros fueron recibidos por la Tesorería del movimiento por el cual fue elegida la Senadora acusada, en el presente dichas circunstancias no fueron demostradas.

En las condiciones anteriores debe concluirse que la solicitud de pérdida de investidura debe recibir despacho desfavorable.

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

FALLA:

No se accede a decretar la pérdida de investidura de Congresista del senador Jaime Ortiz Hurtado.

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

Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 18 de junio de 1996.

Daniel Suárez Hernández, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Mario Alario Méndez,* con aclaración de voto; *Ernesto R. Ariza Muñoz, Germán Ayala Mantilla,* ausente; *Carlos Betancur Jaramillo, Jesús María Carrillo B., Julio Enrique Correa R., Miren de la L. de Magyaroff, Javier Díaz Bueno, Clara Forero de Castro,* ausente; *Delio Gómez Leyva, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis E. Jaramillo Mejía, Alvaro Lecompte Luna, Juan de D. Montes Hernández, Juan Alberto Polo Figueroa,* ausente; *Carlos A. Orjuela Góngora,* con aclaración de voto; *Dolly Pedraza de Arenas,* ausente; *Libardo Rodríguez Rodríguez, Consuelo Sarria Olcos, Manuel S. Urueta Ayola.*

Mercedes Tovar de Herrán, Secretaria General

PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONGRESISTA - Causales / **PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONGRESISTA** - Principio de taxatividad

Es mi opinión que las causas de pérdida de investidura de congresista están establecidas taxativamente en el artículo 183 de la Constitución, norma especial que regula una materia igualmente especial. Compartí la decisión que contiene la sentencia, pero me separo del criterio según el cual el artículo 110 de la Constitución tiene establecida una causal de pérdida de investidura de congresista.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Santafé de Bogotá, D.C., dos (2) de julio de mil novecientos noventa y seis (1996).

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

Ref.: Expediente No. AC-3.456. Demandante: Alvaro Skinner Correa. Solicitud de pérdida de la investidura de congresista del senador Jaime Ortiz Hurtado.

ACLARACION DE VOTO

Es mi opinión que las causas de pérdida de investidura de congresista están establecidas taxativamente en el artículo 183 de la Constitución, norma especial que regula una materia igualmente especial.

Compartí la decisión que contiene la sentencia, pero me separo del criterio según el cual el artículo 110 de la Constitución tiene establecida una causal de pérdida de investidura de congresista.

Mario Alario Méndez.

PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Causales / **CONTRIBUCION A PARTIDOS POLITICOS** - Congresista

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

ACLARACION DE VOTO DEL CONSEJERO CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA

Sentencia dictada el 18 de julio de 1996, en el Expediente No. AC-3456. Asuntos Constitucionales. Actor: Alvaro Skinner Correa. (Solicitud de pérdida de investidura del Congresista Jaime Ortiz Hurtado.

Santafé de Bogotá, D.C., junio veintisiete (27) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Con el respeto de siempre me permito señalar que aunque compartí la parte resolutiva del fallo, no comparto en cambio la motiva en lo que hace con los siguientes aspectos:

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

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

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

Con todo acatamiento,

Carlos Arturo Orjuela Góngora.

ACTUACION CORRECCIONAL - Derecho de defensa

Lo precedente pone en evidencia que la petición del recurrente carece de sustento fáctico y jurídico, pues su derecho de defensa estuvo siempre garantizado a lo largo de esta actuación correccional, y fue él quien voluntariamente se sustrajo a la oportunidad que se le brindó de rendir sus descargos en ejercicio del mismo.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Santafé de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Referencia: Expediente AC-3451. Actuación correccional contra Emilio Sánchez Alsina.

Se decide el recurso de reposición interpuesto oportunamente por el señor *Emilio Sánchez Alsina* contra el proveído de 4 de junio del presente año, por el cual se dispuso imponerle la sanción correccional de 10 días de arresto.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Aduce el recurrente como motivos de inconformidad contra el proveído antes citado, los siguientes:

"...1. El H. Consejo de Estado hasta el momento no me ha escuchado en los descargos para ejercer el derecho de defensa a que tengo derecho.

2. Por las circunstancias propias de los cargos a mí enrostrados dicho derecho de defensa considero que sólo podré ejercerlo en Sala donde ustedes puedan escucharme.

3. Como quiera que lo importante es proteger el derecho fundamental a la defensa a que tengo derecho y no encuentro que mi petición de escucharme

contradiga norma interna del Consejo de Estado reitero que para desatar mi recurso de reposición se tengan en cuenta mis argumentos y se le dé el trámite correspondiente a la petición que adjunto" (folio 40).

En escrito separado reitera la petición de que se le dé la oportunidad de rendir descargos ante la Sala.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala el proveído recurrido debe confirmarse, por las siguientes razones:

En providencia de 3 de mayo de 1996, obrante a folios 8 y 9, se ordenó que por la Secretaría General se le hiciera saber al señor *Emilio Sánchez Alsina,* solicitante de la pérdida de investidura del congresista *Carlos Augusto Celis Gutiérrez,* que en su intervención en la audiencia pública efectuada el 30 de abril del mismo año, así como en la comunicación que en la misma audiencia entregó al señor Presidente de la Corporación, Consejero doctor Daniel Suárez Hernández, asumió una conducta que podía estar incursa en las faltas correccionales consagradas en el artículo 58 numerales 1 y 3 de la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia), y que le podía acarrear las sanciones previstas en el artículo 60 *ibidem.*

Para dicho efecto, y con base en lo normado en el artículo 59 *ibidem,* se ordenó poner en conocimiento del citado Sánchez Alsina la transcripción pertinente del acta contentiva de su intervención en la audiencia y copia de la referida comunicación a fin de que en el término de tres (3) días, contados a partir de la notificación de la providencia, *suministrara las explicaciones que a bien tuviera dar en ejercicio de su derecho de defensa.*

Mediante proveído de 23 de mayo de 1996, visible a folios 16 a 19, y en virtud del pronunciamiento de la Corte Constitucional (sentencia C-218/96 de 16 del mismo mes y año), acerca de la prevalencia de la regulación especial contenida en los códigos de procedimiento sobre la general consagrada en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, en materia correccional; se dispuso adecuar el trámite que legalmente corresponde a la actuación correccional adelantada contra el señor *Emilio Sánchez Alsina,* para que en el término de dos días, contados a partir de la notificación de dicha providencia, *manifestara lo que considerara pertinente y conducente en ejercicio de su derecho de defensa.*

En la primera oportunidad que se le brindó de ejercer su derecho de defensa, una vez notificado de la providencia que así lo dispuso, el señor Sánchez Alsina presentó un memorial en el cual manifestó "Anexo cassette para lo pertinente" (folio 13).

En la segunda oportunidad que se le dio con el mismo fin, el referido señor expresó: "Tengase (sic) por descargos y como ejercicio del Derecho de defensa el cassette presentado con anterioridad dentro del mismo expediente" (folio 21).

Como se advirtió en el proveído recurrido, en dicho "cassette" se empleó un lenguaje, al parecer de un dialecto indígena, ininteligible, por lo cual no pudo ser considerado, habida cuenta que el artículo 102 del C. de P.C. ordena que en las actuaciones procesales se emplee el idioma castellano, idioma éste que conoce el sancionado, pues lo ha empleado en los diferentes procesos de pérdida de investidura de congresistas que ha promovido ante esta Corporación y en las intervenciones que ha realizado en los mismos, incluyendo el proceso del cual forma parte esta actuación correccional.

Lo procedente pone en evidencia que la petición del recurrente carece de sustento fáctico y jurídico, pues su derecho de defensa estuvo siempre garantizado a lo largo de esta actuación correccional, y fue él quien voluntariamente se sustrajo a la oportunidad que se le brindó de rendir sus descargos en ejercicio del mismo.

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

RESUELVE:

1°. CONFIRMASE en todas sus partes el proveído recurrido.

2°. Para hacer efectiva la sanción correccional impuesta, ofíciese al señor Director General del Departamento Administrativo de Seguridad —DAS— y al señor Comandante del Departamento de Policía Metropolitana de Santafé de Bogotá, con remisión de copias de la presente providencia y de la de 4 de junio de 1996.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 25 de junio de 1996.

Daniel Suárez Hernández, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Mario Alario Méndez, Germán Ayala Mantilla, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Jesús María Carrillo Ballesteros, Julio Enrique Correa Restrepo, Miren de la Lombana de Magyaroff*, ausente; *Javier Díaz Bueno, Clara Forero de Castro, Delio Gómez Leyva, Amado Gutiérrez Velásquez*, ausente; *Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Alvaro Lecompte Luna, Juan de Dios Montes Hernández, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas*, ausente; *Juan Alberto Polo Figueroa, Libardo Rodríguez Rodríguez, Consuelo Sarria Olcos, Manuel S. Urueta Ayola.*

SECCION PRIMERA

SAYCO - Elección junta directiva / **ACTOS DE ELECCION** - Impugnación / **CONSEJOS DIRECTIVOS DE LAS SOCIEDADES DE DERECHOS COLECTIVOS DE DERECHOS DE AUTOR** - Inhabilidad de sus miembros

Frente al concepto del Agente del Ministerio Público observa la Sala que si bien es cierto que para la fecha en que se expidieron los actos administrativos cuestionados el Gobierno Nacional no había expedido el Decreto No. 0162 de 22 de enero de 1996, reglamentario del procedimiento para resolver las impugnaciones de que trata la norma transcrita, la entidad demandada podía iniciar y concluir la investigación con base en lo previsto en el Artículo 36 *ibidem*, lógicamente observando los principios que regulan las actuaciones administrativas. Confrontando el contenido de los cargos que motivaron la declaratoria de invalidez de la elección, entre otros, del actor, que quedaron reseñados *ab initio* de estas consideraciones, con el texto de los Artículos 45 a 50 de la Ley 44 de 1993, que consagran las inhabilidades de los miembros de los Consejos Directivos de las sociedades de gestión colectiva de derechos de autor y derechos conexos y 5, 7, 12, 20 a 27, 30 a 33, 35 a 39 y 65 a 69 de los estatutos de la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia —SAYCO—, a la cual pertenece el actor y de cuyo consejo directivo fue excluido, por haberse declarado inválida su elección y como miembro del mismo, normas todas estas relacionadas con los requisitos para la admisión y el ingreso de socios, con las causales para la pérdida de la calidad del socio, con los requisitos para el desarrollo de la reunión de la asambleas ordinarias y extraordinarias, con la quórum para adoptar decisiones en dichas asambleas, con los sistemas y procedimientos para la elección de miembros del Consejo Directivo y del Comité de Vigilancia, con las calidades e incompatibilidades para desempeñar cargos directivos, deduce la Sala que tales cargos no guardan relación alguna con los aspectos intrínsecos del acto de elección, razón por la cual no pueden tener capacidad para enervarlo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá D.C., once (11) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz .*

Referencia: Expediente No. 3306. Actor: Volney Naranjo Rodríguez. Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho.

El señor *Volney Naranjo Rodríguez,* 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 No. 874 de 8 de septiembre de 1994, *por la cual se resuelven unas impugnaciones,* expedida por el Director General de la Unidad Administrativa Especial —Dirección Nacional del Derecho de Autor—.

2. Es nula la Resolución No. 1111 de 4 de noviembre de 1994, *por la cual se resuelve un recurso de reposición,* expedida por el mismo funcionario.

3. Que se condene a la entidad demandada y a los funcionarios responsables de la expedición de los actos acusados a pagar las costas del proceso y las agencias en derecho.

I. FUNDAMENTOS DE DERECHO

En apoyo de las pretensiones el actor adujo, en síntesis, los siguientes cargos de violación:

1. El Gobierno Nacional está en mora de expedir la reglamentación a la cual se refiere el Artículo 36 de la Ley 44 de 1993.

Los actos acusados invocan los Artículos 2° y 5°. de la Ley 58 de 1982, pero en el trámite administrativo que dio lugar a su expedición no se cumplió lo previsto en dichas normas, violándose no solamente tales disposiciones sino el Artículo 29 de la Constitución Política.

2. Para que un acto esté afectado de nulidad y genere su invalidez se requiere que para su expedición se hayan violado las reglas que lo rigen en cuanto a su fondo y forma. La forma propia del acto de elección no fue atacada. Pareciera que se acusa dicho acto por unas presuntas inhabilidades, pero la Resolución enjuiciada no hace mención a causal alguna.

El Artículo 45 de la Ley 44 de 1993 establece unas inhabilidades para los miembros del Consejo Directivo. Las inhabilidades deben ser expresas, así como la sanción y el demandante no incurrió en ninguna de ellas.

3. Los actos acusados adolecen de falsa motivación y no existe coherencia entre los considerandos y la parte resolutiva.

4. La actitud asumida por el Director General del Derecho de Autor violó el principio elemental del debido proceso al declarar inválida la elección del actor como miembro del Consejo Directivo de la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia —SAYCO—, e igualmente declararlo responsable solidario, sin el lleno de unos presupuestos elementales de verificación y sin el cumplimiento de las ritualidades procesales que el caso amerita, lo cual deja sin piso la exigencia establecida en la Resolución No. 676 del 19 de julio de 1994, que en Artículo 9° prevé la iniciación de las acciones legales tendientes a establecer la responsabilidad solidaria a que haya lugar por violación de lo dispuesto en los Artículos 21 y 39 de la Ley 44 de 1993.

Para cumplir con tal finalidad debió formularse la demanda respectiva ante la Jurisdición Ordinaria, siguiendo los lineamientos de los Artículos 396 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. Si ello es así, y de esa manera debe entenderse, ¿por qué la Dirección Nacional del Derecho de Autor está considerando demostrados unos hechos y circunstancias que sólo a través del proceso ordinario civil deben rituarse y establecerse de manera concreta en cabeza de cada uno de los responsables?

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.

La contestación de la demanda.

La Nación —Unidad Administrativa Especial- Dirección Nacional del Derecho de Autor—, a través de apoderada, contestó la demanda, y para oponerse a la prosperidad de las pretensiones de la misma, adujo, principalmente, lo siguiente:

La no regulación de un procedimiento por parte del Gobierno no puede implicar el desconocimiento del derecho sustancial conforme a las disposiciones constitucionales.

De conformidad con los Artículos 2° y 5° de la Ley 58 de 1982, a falta de procedimiento especial para desarrollar las actuaciones administrativas

éstas deben adelantarse con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia e imparcialidad y con observancia de los principios de audiencia de las partes, enumeración de medios de prueba y motivación de los actos que afecten a los particulares.

Los actos acusados no se emitieron por razones ocultas y extrañas al interés de la comunidad, sino con el fin de salvaguardar los derechos otorgados por la ley en materia de derecho de autor, observando los principios que rigen la Administración Pública.

III. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado de lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado, en su vista de fondo, se muestra partidario de que se acceda a las pretensiones de la demanda porque, a su juicio, sólo hasta el 22 de enero de 1996, es decir, con posterioridad a la expedición de los actos administrativos acusados, el Gobierno Nacional, por medio del Decreto 0162 reglamentó lo concerniente a las impugnaciones contra actos de elección en Asambleas Generales de Consejos Directivos de Sociedades de Gestión Colectiva de Derecho de Autor, por lo cual, al no existir procedimiento alguno que permitiera resolver la impugnación a que se refieren tales actos, se violó el Artículo 29 de la Carta Política y de contera las demás disposiciones invocadas en la demanda.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sea lo primero advertir que aun cuando en la demanda se solicita la declaratoria de nulidad de la totalidad de la Resolución No. 874 de 8 de septiembre de 1994, del texto de los cargos de violación se infiere que éstos se relacionan única y exclusivamente con la declaración de invalidez de la elección del actor al Consejo Directivo de la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia —SAYCO—, realizada del 1° al 3 de junio de 1994, a que se contrae el Artículo 2° de dicha Resolución.

Conforme se deduce del contenido de la citada Resolución (folios 2 y 3) los cargos que sirvieron de sustento a la declaración de invalidez de la elección del actor fueron los relacionados en la Resolución No. 1773 de 17 de diciembre de 1993, numerales 8, 10 y 30, expedida por el Director General de la Unidad Administrativa Especial Dirección Nacional de Derecho de Autor, que dieron lugar a la sanción de suspensión de la personería jurídica por seis meses de la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia —Sayco—, (folios 214 a 217).

Tales cargos son, a saber (folios 3 a 5):

Autorizar por parte del Consejo Directivo, sin fundamento presupuestal, la realización de una atención para directores de emisoras por valor de $150.000.oo en cada una de las seccionales, no obstante la previa advertencia contraria del Contador y del Revisor Fiscal.

El pago de viáticos y transporte, sin fundamento presupuestal ni planeación, al señor Efrén Cárdenas y a cinco miembros del Consejo Directivo para asistir al Festival Bolívarense del Acordeón, celebrado en el Municipio de Arjona del 1° al 5 de julio de 1993.

Y la destinación no autorizada para engrosar los montos de gastos de administración de rendimientos financieros provenientes de remuneraciones recaudadas y no distribuidas.

El acto administrativo acusado se fundamentó, entre otras disposiciones, en lo previsto en el Artículo 35 de la Ley 44 de 1993, que es del siguiente tenor:

> *"Los actos de elección realizados por la Asamblea General y las Asambleas seccionales y los actos de administración del Consejo Directivo, podrán impugnarse dentro de los treinta (30) días siguientes a su realización, ante la Dirección Nacional del Derecho de Autor por cualquiera de los asociados cuando no se ajuste (sic) a la ley o a los estatutos".*

Frente al concepto del Agente del Ministerio Público observa la Sala que si bien es cierto que para la fecha en que se expidieron los actos administrativos cuestionados el Gobierno Nacional no había expedido el Decreto No. 0162 de 22 de enero de 1996, reglamentario del procedimiento para resolver las impugnaciones de que trata la norma transcrita, la entidad demandada podía iniciar y concluir la investigación, con base en lo previsto en el Artículo 36 *ibidem*, lógicamente observando los principios que regulan las actuaciones administrativas.

En efecto, estatuye dicha disposición:

> *"Para resolver las impugnaciones de que trata el Artículo anterior, la Dirección Nacional del Derecho de Autor podrá de oficio, o a petición de parte interesada, practicar visitas a las sociedades de gestión colectiva, decretar y practicar las pruebas que considere necesarias con el objeto de declarar, cuando fuere el caso, la nulidad de las elecciones y los actos que hayan sido producidos con violación de la ley y/o los estatutos, y determinará si hay lugar a la imposición de sanción alguna...".*

Asiste razón al actor en la segunda censura, por las siguientes razones:

Del texto del Artículo 35 de la Ley 44 de 1993 deduce la Sala que la violación de la ley o los estatutos que puede predicarse de los actos de elección realizados por la Asamblea General o las Asambleas Seccionales de las sociedades de gestión colectiva de derechos de autor y derechos conexos, sometidas a la inspección y vigilancia de la Unidad Administrativa Especial-Dirección Nacional del Derecho de Autor, necesariamente tiene que guardar relación con las calidades que se requieren para ser elegido, con las inhabilidades e incompatibilidades para desempeñar los cargos directivos, con el quórum requerido para adoptar la decisión de elección, con los actos de comunicación y convocatoria previos a la realización de la Asamblea donde han de elegirse miembros de la sociedad para cargos directivos de la misma, con el procedimiento y sistema de la elección, aspectos todos estos que atañen a los actos de elección y que están regulados en la ley y/o por los estatutos.

Confrontando el contenido de los cargos que motivaron la declaratoria de invalidez de la elección, entre otros, del actor, que quedaron reseñados *ab initio* de estas consideraciones, con el texto de los Artículos 45 a 50 de la Ley 44 de 1993, que consagran las inhabilidades de los miembros de los Consejos Directivos de las sociedades de gestión colectiva de derechos de autor y derechos conexos y 5°, 7°, 12, 20 a 27 30 a 33, 35 a 39 y 65 a 69 de los estatutos de la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia, Sayco (folios 108 a 133), a la cual pertenece el actor y de cuyo consejo directivo fue excluido por haberse declarado inválida su elección como miembro del mismo, normas todas estas relacionadas con los requisitos para la admisión y el ingreso de socios, con las causales para la pérdida de la calidad de socio, con los requisitos para el desarrollo de la reunión de las Asambleas ordinarias y extraordinarias, con el quórum para adoptar decisiones en dichas asambleas, con los sistemas y procedimientos para la elección de miembros del Consejo Directivo y del Comité de Vigilancia, con las calidades para ser miembros de los mismos y con las inhabilidades e incompatibilidades para desempeñar cargos directivos, deduce la Sala que tales cargos no guardan relación alguna con los aspectos intrínsecos del acto de elección, razón por la cual no pueden tener capacidad para enervarlo.

Asunto diferente es que las decisiones adoptadas, entre otras, por el actor, en su calidad de miembro del Consejo Directivo de Sayco, de ser consideradas como violatorias de la ley y de los estatutos, puedan ser objeto de la declaratoria de nulidad, según las voces del Artículo 36 de la Ley 44 de 1993.

Pero la entidad demandada equivocadamente acogió la opción de declarar inválida la elección del actor, cuando la violación de la ley o los estatutos, conforme a los cargos que le sirvieron de soporte para la expedición de los actos administrativos cuestionados, no afectaba propiamente

el acto de elección, como ya se dijo, sino unas actuaciones del Consejo Directivo, que por dicha razón habían podido dejarse sin valor o anularse.

Debe, en consecuencia, la Sala, declarar la nulidad de los Artículos 2° de la Resolución No. 874 de 8 de septiembre de 1994, y 1° de la Resolución No. 1111 de 4 de septiembre de 1994, únicamente en cuanto al actor se refieren.

Respecto de la petición de la condena en costas y de pago de agencias en derecho, habrá de denegarse, de una parte, porque conforme al Artículo 171 del C.C.A., las entidades públicas no pueden ser condenadas en costas en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, como el presente, y, de la otra, por cuanto el actor no señaló en su demanda al o los funcionarios que debían ser vinculados al proceso como responsables solidarios o conexos con la entidad pública demandada.

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

FALLA:

Primero. DECLARASE la nulidad de los Artículos 2° de la Resolución No. 874 de 8 de septiembre de 1994 y 1° de la Resolución No. 1111 de 4 de noviembre de 1994, únicamente en cuanto se refieren al señor *Volney Naranjo Rodríguez.*

Segundo. DENIEGASE la pretensión segunda de la demanda, conforme a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

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 once (11) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Juan Alberto Polo Figueroa, Libardo Rodríguez Rodríguez, Manuel S. Urueta Ayola.*

ACTIVIDADES MARITIMAS - Competencia de reglamentación / **PROFESION DE BUZO** - Reglamentación / **DIRECTOR GENERAL MARITIMO** - Incompetencia de reglamentación de actividad marítima

De ninguna manera puede implicar el otorgar al Director General Marítimo la facultad reglamentaria de las leyes, en orden a la ejecución de las mismas, que es una atribución privativa del Presidente de la República, conforme al numeral 11 del Artículo 189 de la Constitución, que le asigna "ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos resoluciones y órdenes, necesarios para la cumplida ejecución de las leyes". "...la función de regulación, es decir, de dictar normas de carácter general en una esfera de la actividad nacional, pertenece al legislador, conforme al Artículo 150 numeral 1° de la Carta (76 numeral 1° de la anterior, vigente al momento de la declaratoria de inexequibilidad a que se ha hecho referencia) que consagra la llamada cláusula general de competencia legislativa... El numeral 11 del Artículo 5° del Decreto 2324/84 autoriza efectivamente autorizar, inscribir y controlar el ejercicio profesional de las personas naturales y jurídicas dedicadas a las actividades marítimas en especial las de practicaje, remolque, agenciamiento marítimo, corretaje de naves y de carga, estiba, dragado, clasificación, reconocimiento, usería, salvamento y comunicaciones marítimas y expedir las licencias que correspondan, pero en modo alguno faculta al Director General Marítimo para reglamentar la profesión de buzo ni para imponer requisitos para el funcionamiento de la empresas de buceo comercial. En cuanto al Artículo 132, éste se refiere a la expedición de licencias para el personal de la Marina Mercante, sin relación alguna con las actividades subacuáticas. Conforme al numeral 2 del Artículo 152 del C.C.A., en tratándose de la acción de nulidad, como la presente, para suspender provisionalmente los actos administrativos basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma.

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Aministrativo.-Sección Primera.- Santafé de Bogotá D.C., once (11) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: Doctor *Juan Alberto Polo Figueroa.*

Referencia: Expediente No. 3694. Actor: Jorge Alberto Posada Villaveces. Autoridades Nacionales.

El ciudadano *Jorge Alberto Posada Villaveces*, en ejercicio de la acción pública de nulidad, formula demanda contra el Reglamento No. 002-DIMAR-95, en razón de ser abiertamente inconstitucional e ilegal, así como la suspensión provisional del mismo acto administrativo.

Siendo la oportunidad para decidir acerca de la admisión de la demanda, se resuelve al efecto y conjuntamente acerca de la suspensión provisional impetrada.

I. ADMISION DE LA DEMANDA

Como quiera que la demanda reúne las exigencias de ley, se admitirá y se adoptarán las medidas tendientes al trámite del proceso.

II. SUSPENSION PROVISIONAL

La solicitud de suspensión provisional se sustenta, en esencia, en que el acto acusado está falsamente motivado, por cuanto viola de manera ostensible las normas del Decreto 2324 de 1984, en especial el Artículo 132, invocadas como soporte del mismo, pues "...se le está dando visos de realidad a una explicación (la interpretación de facultades y atribuciones que le corresponden a la Dirección General Marítima), de manera que se establece una disconformidad tal que el acto no está acomodado al marco que le fijan la ley y los reglamentos".

Adicionalmente se indican que son claras las violaciones a los Artículos 26, 121 y 189 numeral 11 de la Constitución, "al ser ejercidas funciones que corresponden a otra autoridades y reglamentar normas que son de competencia del Legislativo", como el no contar para su expedición con la "aprobación del gobierno" para la creación de requisitos para inscribir y otorgar licencias.

Consideraciones.

1. El Reglamento No. 002-DIMAR-95 se funda, en principio, en los Artículos 1°, 4°, 7° y 11 numeral 7, del Decreto 2324 de 18 de septiembre de 1994, que facultan al Director General Marítimo para dictar reglamentos en orden a la aplicación y cumplimiento de los objetivos y funciones de la Dirección General Marítima.

En efecto, mediante estas disposiciones se define:

a) El *nombre y la naturaleza* de la Dirección General Marítima y Portuaria, como dependencia del Ministerio de Defensa, agregada al Comando de la Armada, cuya organización y funciones se regirán por las normas que establece el referido Decreto, *"y por los reglamentos que se expidan para su cumplimiento"* (art. 1°):

b) El *objeto* de la Dirección Marítima y portuaria, cual es el de *ejecutar la política del Gobierno en materia marítima,* en los términos que se señalan en ese decreto *"y los reglamentos que se expidan para su cumplimiento y la promoción y estímulo del desarrollo marítimo del país"* (art. 4°).

c) La *obligación* de los funcionarios de *DIMAR* es obrar conforme a la política gubernamental del respectivo sector y de *"cumplir y hacer efectivos los reglamentos dictados por el Director General Marítimo y Portuario sobre la ejecución de las normas de este* decreto" (art. 7°).

Entendiéndose por la palabra reglamentos,"...no sólo a que usualmente se denomina como tal, sino también todas y cada una de las reglas circulares, disposiciones y demás instrucciones "que el Director General Marítimo expida en *orden a la aplicación y cumplimiento del presente* Decreto" (parágrafo):

d) Las *funciones del Director General Marítimo,* que comprenden la facultad de *"dictar reglamentaciones* y determinar los procedimientos internos necesarios *para el cumplimiento de los objetivos y funciones de la Dirección General Marítima y Portuaria"* (art. 11 num. 7).

Frente al cúmulo de atribuciones reglamentarias, cabe decir que ellas sólo pueden estar dadas en cuanto sea menester para arreglar lo relativo a la organización y funciones de la entidad, la manera como debe ejecutarse la política del gobierno en materia marítima, la efectividad de las normas del decreto reorgánico de la *DIMAR,* y el cumplimiento de sus objetivos y funciones. Vale decir, se relacionan con directrices, circulares, órdenes, etc., de carácter interno, eminentemente administrativo, que puede dictar el Director General Marítimo para la aplicación del Decreto 2324 de 1984,

De ninguna manera puede implicar el otorgar al Director General Marítimo la facultad reglamentaria de las leyes, en orden a la ejecución de las mismas, que es una atribución privativa del Presidente de la República, conforme al numeral 11 del Artículo 189 de la Constitución, que le asigna: *"Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes".*

Este criterio se refuerza con la consideración de que la Corte Suprema de Justicia, mediante el fallo del 22 de agosto de 1985 (proceso 1306), declaró

inexequibles todas aquellas disposiciones del Decreto 2324 de 1984 en las cuales se atribuía a tal entidad competencia para dictar regulaciones o reglamentos, de donde se desprende el carácter puramente operativo de sus actuaciones.

Fue así como se declararon inexequibles del Artículo 4°, el vocablo *"regulación"* y la expresión *"para su cumplimiento"*; del Artículo 5°, la palabra *"regular"*, utilizada en los numerales 2, 7, 8, 13, 20, 21, 22 y 23; del Artículo 7°, la frase *"sobre la ejecución de las normas de este* decreto" y del parágrafo del mismo Artículo la expresión *"no sólo la que usualmente se denomina como tal, sino también"*, y la palabra *"disposiciones"*; y del Artículo 11, numeral 5, la expresión*"las reglamentaciones especiales de la Dirección General Marítima y Portuaria"*, entre otras.

Frente a esta realidad esta Sala ya tiene sentado:*"...la función de regulación, es decir, de dictar normas de carácter general, es una esfera de la actividad nacional, pertenece al legislador, conforme al Artículo 150 numeral 1° de la Carta (76 numeral 1° de la anterior, vigente al momento de la declaratoria de la inexequibilidad a que se ha hecho referencia) que consagra la llamada "cláusula general de competencia legislativa"* (Sentencia de 20 de agosto de 1993, M.P. Doctor *Ernesto Rafael Ariza Muñoz*, expediente 2181, Actor *Luis Carlos Sáchica Aponte*).

2. En este orden de ideas, examinando el articulado del referido Reglamento No. 002-DIMAR-95, *"por el cual se reglamentan las actividades subacuáticas en los espacios marítimos jurisdicionales de la República de Colombia"*, se establece que con él no se pretende regular lo atinente a la organización, funcionamiento, cumplimiento de objetivos señalados en el decreto reorgánico de *DIMAR*, sino que, por el contrario, se va más allá de esas atribuciones netamente administrativas, para incursionar en el campo de la reglamentación de la actividad subacuática, esencialmente del buceo, propia del legislador (art.26 C.P.), o del Gobierno en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

Resulta, entonces, incuestionable que el Director General Marítimo, al expedir el Reglamento No. 002-DIMAR-95, se irrogó una competencia de la cual carece.

4. Desde otro aspecto, el Director General Marítimo invoca las facultades que le confieren los articulos 5°, numeral 11, y 132 del Decreto 2324 de 1984 para autorizar, inscribir y controlar el ejercicio profesional de las personas naturales y jurídicas dedicadas a las actividades marítimas, entre las que figuran el buceo y el salvamento y expedir la licencias que correspondan.

El numeral 11 del Artículo 5° del Decreto 2324/84 autoriza efectivamente autorizar, incribir y controlar el ejercicio profesional de las personas

naturales y jurídicas dedicadas a las actividades marítimas, en especial las de practicaje, remolque, agenciamiento marítimo, corretaje de naves y de carga, portuarias, estiba, dragado, clasificación, reconocimiento, usería, salvamento y comunicaciones marítimas y expedir las licencias que correspondan, pero en modo alguno faculta al Director General Marítimo para reglamentar la profesión de buzo ni para imponer requisitos para el funcionamiento de las empresas de buceo comercial. En cuanto al Artículo 132 éste se refiere a la expedición de licencias para el personal de la Marina Mercante, sin relación alguna con las actividades subacuáticas.

5. Conforme al numeral 2 del Artículo 152 del C.C.A., en tratándose de la acción de nulidad, como la presente, para suspender provisionalmente los actos administrativos basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma.

Conforme se ha analizado, como existe manifiesta violación de las normas constitucionales que atribuyen, de una parte, al legislador la facultad de expedir normas sobre idoneidad para el ejercicio de las profesiones (art. 26) y al Presidente de la República la potestad reglamentaria (art. 189, num. 11) y, de otra, de la que prohíbe a las autoridades ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y las Leyes (121), invocadas por el demandante, se accederá a la suspensión solicitada, sin que sea menester el examen de la violación por la posible incorporación de normas internacionales, como la Resolución A-536 de 1983, expedida por la Organización Marítima, dentro de dicho Reglamento.

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

RESUELVE:

Primero. ADMITIR la demanda de nulidad instaurada por el señor *Jorge Alberto Posada Villaveces* contra el Reglamento 002-DIMAR-95 de 14 de agosto de 1995, expedido por la Dirección General Marítima. Para su trámite, se dispone:

a) Notificar al señor Ministro de Defensa Nacional en la forma prevista por el Artículo 150 del C.C.A. Entréguesele copia de la demanda y sus anexos;

b) Notificar personalmente al señor Procurador Delegado ante esta corporación;

c) El actor deberá depositar, en el término de cinco (5) días, la suma de ***cinco mil pesos*** ($5.000.oo) m/cte., para gastos ordinarios del proceso, si los hubiere;

d) Fijar el proceso en lista por el término de cinco (5) días, para que la parte demandada y demás intervenientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones y pedir pruebas;

e) Por secretaría solicítese a la Dirección General Marítima el envío, en el término de diez (10) días, de los antecedentes administrativos del Reglamento acusado.

Segundo. DECRETAR la suspensión provisional de los efectos del Reglamento 002-DIMAR-95 de 14 de agosto de 1995, expedido por la Dirección General Marítima.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día once (11) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Juan Alberto Polo Figueroa, Libardo Rodríguez Rodríguez, Manuel S. Urueta Ayola.*

INCENDIO FORESTAL - Multa / **TESTIMONIO** - Valor probatorio / **CAR** - Imposición de multa

El primer fundamento de la impugnación se hace consistir en que el Tribunal no analizó el testimonio del señor Pedro Gutiérrez Cifuentes, y que de él se deduce que el demandante no fue el actor intelectual del incendio ocurrido en su propiedad rural. Por lo que atañe al segundo argumento de la impugnación, el cual se hace consistir en que el tribunal a quo denegó las súplicas de la demanda con base en el único testimonio rendido en el proceso por quien fuera el denunciante del actor, la Sala hace notar al apelante que la simple lectura de la sentencia de la primera instancia, cuyo resumen atrás se consignó, desvirtúa de por sí tal apreciación, y que dicho testimonio fue uno de los elementos probatorios que se tuvieron en cuenta para adoptar la decisión recurrida, pues, además de él, se analizarón in extenso la totalidad de los antecedentes administrativos de los actos acusados y definieron en forma adversa los demás cargos formulados en el libelo demandatorio, respecto de los cuales no se formula censura alguna.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Seccion Primera.- Santafé de Bogotá D.C., once (11) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 3586. Actor: Jorge Enrique Beltrán Cruz.

Procede la Sección Primera a dictar sentencia de segunda instacia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, el siete (7) de septiembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

I. ANTECEDENTES

a) El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda.

El ciudadano *Jorge Enrique Beltrán Cruz*, por intermedio de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, demandó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la declaratoria de nulidad de las Resoluciones números 1817 de 28 de abril de 1992 y 4060 de 8 de septiembre del mismo año, expedidas por el Subdirector de Manejo y Control de Recursos Naturales de la Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Bogotá, Ubaté y Suárez, C.A.R., la primera en todos sus Artículos y la segunda en su Artículo primero. Igualmente solicitó condenar a dicha Corporación Autónoma Regional "...a reparar el daño causado al demandante Presbítero *Jorge Enrique Beltrán Cruz*, con motivo de las Resoluciones 1817 de 18 de abril y 4060 de 8 de septiembre de 1992, pues como Sacerdote Católico ha recibido trato discriminatorio e infamante que le ha inferido perjuicio moral en su reputación ministerial, cuya cuantía se estima en dos mil gramos oro".

b) Los actos acusados.

Mediante el primero de ellos, la Resolución No. 1817 de 1992, se impuso al demandante, "...propietario de un terreno ubicado en la vereda Trinidad, del Municipio de Guasca (Cundinamarca)..." una multa por la suma de $100.000.oo; se adoptaron otras determinaciones en relación con la misma; se ordenó que dentro de los dos (2) meses siguientes a su ejecutoria el demandante debería plantar "... por el sistema de triángulo o tresbolillo 5 metros de plántulas, la cantidad de seiscientos cuarenta y siete (647) unidades entre las especies de Encenillo, Arrayán, Romero, Sauco, y otras especies nativas; y por el mismo sistema a 2.5 metros, entre plántulas la cantidad de mil ochocientos cuarenta y siete (1.847) Pinos Pátulas", y se señaló que contra dicho acto procedía el recurso de reposición (fls 19 a 22 Cdno. Ppal.).

Mediante el segundo de los actos acusados, la Resolución No. 4060 de 1992, se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la citada Resolución No. 1817, en el sentido de confirmarla (art.1°) (fls.42 a 45 *ibidem*).

c) Los hechos de la demanda.

Ellos son, en resumen, los siguientes (fls. 3 a 5 Cdno. Ppal.):

El actor, sacerdote en ejercicio, es propietario de un predio rural localizado en la vereda Trinidad, del Municipio de Guasca, y en alguna fecha que no está establecída se produjo un incendio forestal que quemó vegetación nativa en extensión aproximada a una hectárea y media de terreno.

De dicho incendio se señalo al demandante como actor material e intelectual "...por informe carente de veracidad del señor *Juan Guillermo Góez Isaza*".

En el trámite de la investigación llevada a cabo por la entidad demandada rindieron declaración los señores *Onofre López, Jorge Absalón Saavedra* y *Pedro Gutiérrez Cifuentes*, quienes manifestaron, en su orden, que el demandante no fue el autor del incendio, pues éste ocurrió un día domingo y "como es Sacerdote estaba aquí en Bogotá"; que le parecía imposible la culpabilidad del actor, puesto que él y otros vecinos "...estamos promoviendo desde hace días el establecimiento de un vivero en terrenos de nuestras fincas", y que "el Padre recién que llegó, entonces le habían metido fuego allá en lo de él pero que no se sabe quién, y entonces salimos allá y como estaba en un verano entonces estaba haciendo por medio retoñar, entonces dijo que se hicieran una hogueras para que quemara esa maleza y hubiera retoño para el ganado... Entonces yo encontré una pila de carbón que había arrancado el tractor y le prendí candela". Preguntado sobre el área de terreno que se afectó con el incendio de las hogueras por él provocado, no hubo respuesta y se limitó a decir que "por ahí una pajitas y unas mugres matas de Cardón que era lo que había por ahí".

Como quiera que el segundo de los actos acusados se edifica sobre la consideración según la cual el demandante no fue el autor material del incendio, pero fue él quien órdeno al señor *Pedro Cifuentes Gutiérrez* llevar a cabo dicha conducta, tal motivación es falsa "... por no corresponder a la verdad real del testimonio recaudado y habiéndose hecho caso omiso a las declaraciones de los testigos *López* y *Saavedra...*", ya que "el Presbítero *Jorge Enrique Beltrán Cruz* no prendió ni ordenó prender el fuego que originó el incendió y que dió lugar a la investigación de la denuncia de *Juan Guillermo Góez Isaza*".

d) Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación.

El demandante considera que los actos acusados violan las siguientes normas, por las razones que se sintetizan a continuación (fls. 5 a 6 y 182 a 183 Cdno. Ppal.):

Primer cargo. Violación del Artículo 21 de la Carta Política, toda vez que con la falsa motivación de los actos acusados no se está garantizando al demandante el derecho a la honra, pues se le endilga de manera falsa la autoría material, primeramente y luego intelectual de un hecho constitutivo de delito, lo cual lo afecta considerablemente, dada su calidad de sacerdote, al considerarlo como un delincuente pirómano, destructor e incitador.

Segundo cargo. Violación del Artículo 29 de la Carta Política, pues mediante los actos acusados se condenó al demandante con desconocimiento de las formas propias de cada juicio, ya que "no se tuvo en cuenta

la presunción de inocencia por la ausencia de prueba en contrario. No se arrimó declaración de testigo que señalara al Presbítero *Jorge Enrique Beltrán Cruz* como el autor material e intelectual del hecho que originó las resoluciones proferidas por la CAR en su contra. Fueron edificadas sobre la base de unas declaraciones que sólo atinan en decir que oyeron a *Pedro Gutiérrez que había sido el que había prendido el fuego.* Empero el propio *Pedro Gutiérrez* no dice en su declaración haber hecho esa confidencia a los declarantes *José Bejarano Rojas* y *Pedro Parra.* Entonces, estos declarantes si prueban alguna cosa, sólo será que oyeron decir lo que *Pedro Gutiérrez* les narró, pero no prueban que efectiva y verdaderamente el Padre *Beltrán* hubiera dado la orden para provocar el incendio".

Agrega el demandante que las declaraciones de *José Bejarano y Pedro Parra* no pudieron ser controvertidas porque se recepcionaron sin su anuencia.

Tercer cargo. Los actos acusados violan los Artículos 20 de la Ley 20 de 1974 y 404 del Código de Procedimiento Penal, pues en ellos se fija la Cárcel Municipal de Guasca como el lugar donde se ha de recluir al demandante para cumplir la pena de arresto en el evento en que no pague el valor de la multa. Como clérigo que es, el lugar para su detención no puede ser otro distinto que el de su propia casa cural.

e) Las razones de la defensa.

Ellas son, en resumen, las siguientes (fls.77 a 83 y 184 a 186 Cdno. Ppal.):

En relación con el primer cargo. No se viola el Artículo 21 de la Carta Política, pues en los actos acusados en ningún momento se deshonra al demandante, y mucho menos en su motivación se le considera "delincuente pirómano, destructor o incitador...(...)... La CAR, por su obligación legal, produce un acto administrativo en contra de la depredación de los recursos naturales, independientemente del Estatu a que pertenezca el sujeto infractor...".

En relación con el segundo cargo. Tampoco se violó el Artículo 29 de la Carta Política, toda vez que la CAR realizó la investigación de acuerdo con los parámetros legales, y fue así como al demandante se le corrió traslado de los cargos originados en la queja de un ciudadano, se oyeron sus descargos y se recaudaron las pruebas idóneas.

En relación con el tercer cargo. La CAR al imponer la multa, "... y en el evento de no cumplir el infractor con su pago, ordena su conversión en arresto. Estamos en presencia de una contravención y sus sanciones corresponden al área administrativa, sin embargo el actor alega como

fundamento la violación de la ley penal y de la concordatoria. Al respecto, reitero, no se trata de un delito sino de una contravención y no de una sentencia judicial sino de un acto administrativo".

Finalmente se propone la excepción de ineptitud de la demanda debido a que: a) "...no está presentada de acuerdo al Artículo 137 No. 3 del C.C.A.", b) "en cuanto a la acción más parece una acción de simple nulidad o acción popular pues no aparecen demostrados los daños y perjuicios de orden moral y material", c) "...porque los presuntos hechos, las normas violadas y el concepto de violación no fundamentan las preten-siones por no ser congruentes. El actor pretende la nulidad de actos administrativos fundamentándolos como si se tratara del delito de incendio y no de contravención administrativa por conducta depredadora".

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 3 de junio de 1993 se admitió la demanda y se denegó la solicitud de de decretar la suspensión provisional de los actos acusados (fls.70 a 72 Cdno. Ppal.).

Mediante providencia de 11 de marzo de 1994 se abrió el proceso a pruebas y se decretaron y/o denegaron las solicitadas por las partes (fls. 140 a 141 *ibidem*).

Por auto visible a folios 154 y 156 *ibidem* se resolvió el recurso de reposición interpuesto por la parte demandada contra la providencia de que se da cuenta en el párrafo anterior, en el sentido de revocarla parcialmente y decretar la recepción de los testimonios de los señores *Luis Antonio Barros, Guillermo Acevedo* y *Juan Guillermo Góez Isaza.*

Dentro del término de traslado a las partes para alegar de conclusión y al Agente del Ministerio Público para rendir su concepto, todos ellos hicieron uso de sus derechos.

II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al desatar la controversia planteada, el tribunal *a quo* declaró la no prosperidad de las excepciones propuestas por la parte demandada, denegó las súplicas de la demanda, y dispuso hacer efectivo el valor de la multa interpuesta al actor, con fundamento en las consideraciones principales que se resumen a continuación (fls. 193 a 207 Cdno. Ppal.):

En relación con el primer cargo. Luego de hacer referencia a algunos apartes de las declaraciones rendidas en el curso de la actuación administrativa por los señores *Pedro Gutiérrez Cifuentes, José Ananías Bejarano Rojas, Pablo Emilio Parra, Onofre López, José Absalón Saavedra Corredor* y *Carlos Arturo Leguizamón Mendoza,* el tribunal *a quo* considera que las declaraciones "... de *José Ananías Bejarano Rojas* y *Pedro Emilio Parra,* como se dijo, coinciden con las declaraciones del administrador de la finca del señor *Gutiérrez Cifuentes* al señalar como responsable de la autoría intelectual de los hechos al señor *Jorge Enrique Beltrán Cruz,* tal como concluye la CAR en los considerandos de la Resolución No. 4060".

Por consiguiente, "...no existe falsa motivación en los actos administrativos y, por ende, no se violó el Artículo 21 de la Constitución por cuanto es claro que el señor *Jorge Enrique Beltrán Cruz* es el responsable de los hechos que originaron el incendio forestal, según las pruebas testimoniales que se aportaron en la actuación en su contra; pruebas que corroboran la afirmación hecha en la queja por el señor *Góez Isaza,* quien..." reafirmó lo anterior en el testimonio rendido en el proceso, "agregando que 'tan intencionado estaba el padre de aumentar la frontera agrícola, que no sólo no volvió a sembrar los árboles, sino que a los pocos días de la quema aró lo quemado y sembró papa. A la fecha, cinco años después, no hay un sólo árbol sembrado y, en cambio, aparece un peladero erosionado' (fl. 170). Al proceso el actor no aportó ninguna prueba que desvirtuara los hechos anteriores y la presunción de legalidad de los actos administrativos acusados".

En relación con el segundo cargo. A pesar de que el actor no indica concretamente la forma en que se violó la garantía constitucional del debido proceso, el tribunal hace un recuento de todas las actuaciones que se surtieron en el trámite de la investigación, y concluye que no se violarón al actor "... el derecho a la defensa ni el debido proceso, toda vez que rindió descargos, interpuso recurso y pidió pruebas que se prácticaron en debida forma, así como también se practicaron otras pruebas testimoniales. Estas pruebas, como se dijo anteriormente, no favorecieron al infractor sino que por el contrario lo comprometieron una vez más en los hechos que originaron el incendio forestal. En ningún momento se le desconoció su inocencia hasta que se profirió la Resolución No. 1817, toda vez que se le vinculó a la actuación administrativa oportunamente para que se defendiera, tal como lo hizo".

En relación con el tercer cargo. En primer lugar el tribunal advierte que en el campo del derecho administrativo no son aplicables los principios y disposiciones del derecho penal y, en segundo término que "... los actos administrativos no son violatorios de las disposiciones de la Ley 20 de 1974, en cuanto al lugar de reclusión, del Presbítero, por cuanto es un aspecto que surte efectos en el evento de que no cancele en la forma orde-

nada por la CAR, y es la autoridad competente en materia carcelaria la que dispondrá del lugar de reclusión del citado sacerdote, una vez probada en forma legal esta condición jurídica, conforme a la legislación vigente".

III. LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En la sustentación del recurso y en el alegato de conclusión, el apelante fundamenta su desacuerdo con la sentencia de primera instancia en las razones que, en lo posible, se sintetizan a continuación (fls. 208 a 209 Cdno. Ppal. y 11 a 15 Cdno. No-2):

El tribunal no analizo la declaración de *Pedro Gutiérrez Cifuentes*, pues de ella se deduce que no es verdad que el demandante hubiese sido el autor intelectual del incendio que dio origen a los actos acusados.

> *"Este testimonio, digno de credibilidad por tener conocimiento directo de la realidad, ya que es testigo presencial dice:*
>
> *«El padre recién que llegó, entonces le habián metido fuego allá en lo de él pero no se sabe quién, y entonces salimos allá y como estaba en un verano entonces estaba haciendo por medio retoñar entonces que se hicieran una hogueras, para que quemara esa maleza hubiera retoño por ahí para el ganado».*
>
> *Luego se le interroga así:*
>
> *Quién ejecutó dicha actividad?... Entonces yo encontré una pila de Cardón que había arrancado el tractor y le prendí candela, pero poco.*
>
> *Agrega al ser preguntado 'en definitiva qué área se afectó con el incendio y qué especies se quemaron.* ***Contestó:*** *por ahí así unas pajitas y unas mugres matas de Cardón que era lo que había por ahí'.*
>
> *Siendo ello así, como efectivamente lo es, cabe indagar: La autoría intelectual atribuida al Presbítero Jorge Enrique Beltrán Cruz, ¿sobre qué recae?*
>
> *La respuesta necesariamente ha de indicar que sobre la orden de hacer una hogueras para quemar los escombros dejados por el incendio de que informa el testigo Pedro Gutiérrez Cifuentes, siendo «una pila de Cardón que ya había arrancado el tractor»"* .

De otra parte, "si la orden del Sacerdote *Beltrán Cruz* dada al señor *Pedro Gutiérrez Cifuentes recayó para que* 'quemara esa mugrera' y siendo 'Cardones, Jarillos y Paja' que como escombros había dejado la labor del

trator, ese incendio no fue el mismo que tuvo en cuenta *Juan Guillermo Góez Isaza* para denunciarlo, pues tal hecho tuvo ocurrencia tiempo después de ocurrido esté, entonces se evidencia muy claramente que se ha incurrido en falsa motivación, lo que es motivo de nulidad".

El tribunal denegó las súplicas de la demanda con base en el único testimonio rendido en el proceso por quien fuera el denunciante inicial del actor, cuya lectura permite "...llegar a la certeza de que don *Juan Guillermo Góez Isaza* no es ni ha sido testigo de preferencia por cuanto personalmente no le consta, por no haberlo visto, el desarrollo de los hechos que motivaron su querella...(...)...su capacidad de expresión de los hechos proviene de lo que a sus oídos llegó por manifestación que hicieran sus empleados".

IV. LA IMPUGNACION DEL RECURSO

En su alegato de conclusión, el apoderado judicial de la parte demandada se opone a la prosperidad del recurso, y manifiesta, en síntesis, que en el curso del proceso el demandante no desvirtuó los fundamentos de los actos acusados, y que, por el contrario, se comprobó que el actor fue quien ordenó la quema (fls. 21 a 22 Cdno. No. 2).

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El primer fundamento de la impugnación se hace consistir en que el tribunal no análizo el testimonio del señor *Pedro Gutiérrez Cifuentes*, y que de él se deduce que el demandante no fue el actor intelectual del incendio ocurrido en su propiedad rural. Sobre el particular, la Sala observa y considera lo siguiente:

1°. Mediante escrito de fecha 1° de marzo de 1990, el señor *Juan Guillermo Góez Isaza* puso en conocimiento de la CAR la quema de un bosque en predios de propiedad del demandante y señaló que "en el día de ayer estuve en la zona y al preguntarle al mayordomo de la finca por qué había procedido a cometer ese delito, me informó que su patrón, el padre *Carlos Beltrán*, se lo había ordenado "personalmente" (fl.8 Cdno. Ppal.).

2°. En el curso de la investigación que se adelantó por tal hecho, rindió declaración, entre otros, el mayordomo del predio rural del demandante, señor *Pedro Gutiérrez Cifuentes*, quien al ser interrogado sobre si "tuvo conocimiento del incendio a que se refiere el señor *Juan Guillermo Góez* y que puse en conocimiento al iniciar la presente diligencia", contestó: " El padre recién que llegó, entonces le habien (sic) metido fuego allá en lo de él pero no se sabe quién, y entonces salimos allá y como estaba en un verano entonces estaba haciendo por medio retoñar entonces dijo que se hicieran unas hogueras para que quemara esa maleza y hubiera retoño

por ahí para el ganado". Al preguntársele "Quién ejecutó dicha actividad", respondió: "Entonces yo encontré una pila de Cardón que había arrancado el tractor y le prendí candela, pero es que fue agarrando y agarrando". Al preguntársele si durante el tiempo que trabajó al servicio del demandante (un año y once meses) "... se llevaron a cabo más quemas por orden del señor *Jorge Enrique Beltrán* "en el predio de propiedad del citado señor", el declarante respondió "no señora". A la pregunta: "Señor *Gutiérrez*, qué uso le dieron a las tierras donde se produjo la quema de especies nativas", contestó: "Han sembrado un pedazo de papa, porque el había dicho que le iba a sembrar pinos donde hubiera maleza para que no molestaran".

3°. En el curso de la misma investigación también fueron llamados a declarar los señores *José Ananías Bejarano Rojas*, y *Pedro Emilio Parra*, trabajadores de una finca colindante con la del actor, quienes al ser interrogados acerca de "Quién o quiénes llevaron a cabo el incendio", respondieron, en su orden, lo siguiente: "Pues nosotros ese mismo día del incendio subimos a la finca del padre *Jorge* y encontramos al Administrador, que en ese entonces era *Pedro Gutiérrez*, y él nos comentó que padre *Jorge* le había mandado quemar mucho más antes, sino que él no había tenido tiempo y que él le dijo que quemar para que naciera pasto, porque esa era su idea" (fl. 35 Cdno. Ppal.), y que "Después de que ocurrió el incendio el administrador de la finca del padre *Jorge Beltrán*, el señor *Pedro Gutiérrez* nos comentó que el Padre *Jorge Beltrán* le dijo que le prendiera candela a la loma para que con el invierno, con el incendio se quemara la loma y toda la forestación que había y así pudiera nacer pasto para soltarle animales, o sea que la ceniza que queda es abono para que nazca más que todo un poco de pasto que el ganado pueda recoger".

4°. En la parte motiva de la sentencia apelada, y en relación con la queja que dio origen a la investigación y con las mencionadas declaraciones, se consigna lo siguiente:

> *"El señor Juan Guillermo Góez Isaza, mediante escrito de fecha 1° de marzo de 1990, formuló queja ante la CAR, contra el Padre Carlos Beltrán Cruz por la quema de un bosque, ubicado en la vereda Trinidad del Municipio de Guasca, que según el mayordomo de la finca lo había hecho porque el citado Padre «se lo había ordenado personalmente»"* (fl. 8.).

> *"El mayordomo respondía al nombre de Pedro Gutiérrez Cifuentes, quien en declaración rendida el 7 de julio de 1992, expresó: «El padre recién que llegó, entonces le habían metido fuego allá en lo de él pero no se sabe quién y entonces salimos allá y como estaba en verano entonces estaba haciendo por medio retoñar entonces dijo que se hicieran unas hogueras, para que quemara esa maleza y hubiera retoño por ahí para el ganado»"* (fl. 34.).

"El 7 de julio de 1992 el señor José Ananías Bejarano Rojas y el mismo día el señor Pedro Emilio Parra, rindieron declaración testimonial afirmando que el Administrador de la finca, el señor Pedro Gutiérrez, les dijo que el citado sacerdote le había ordenado quemar la loma para que naciera pasto para soltarle animales" (fls. 35 y 36.)

"Estas declaraciones coinciden con la versión testimonial rendida por el administrador Gutiérrez Cifuentes, en el sentido de que el Sacerdote le dio la orden a este señor para hacer la quema del monte.

"...

"...

"...los testimonios de José Ananías Bejarano Rojas y Pedro Emilio Parra, como se dijo, coinciden con el administrador de la finca señor Gutiérrez Cifuentes al señalar como responsable de la autoría intelectual de los hechos al señor Jorge Enrique Beltrán Cruz tal como concluye la CAR en los considerandos de la Resolución No. 4060, al expresar: «Que en la diligencia referida anteriormente (se trata de la declaración) el señor Pedro Gutiérrez Cifuentes reconoció haber sido él quien prendió fuego a la vegetación nativa existente en el predio de propiedad del señor Jorge Enrique Beltrán, pero haciendo énfasis en que esta conducta la realizó por órdenes del mencionado señor Beltrán, pues para aquella época era trabajador suyo...»" (fl. 44.).

Con base en los anteriores elementos de juicio, la Sala concluye lo siguiente:

a) Que no es válida la afirmación del apelante en el sentido de que el tribunal *a quo* no analizó en la sentencia recurrida la declaración del señor *Pedro Gutiérrez Cifuentes,* pues ello riñe con la realidad procesal.

b) Que si bien en la declaración rendida por el señor *Pedro Gutiérrez Cifuentes,* éste manifestó no haber tenido conocimiento del autor del incendio forestal que dio origen a la investigación adelantada por la CAR y que culminó con la expedición de los actos acusados, tal manifestación se contradice abiertamente con las declaraciones rendidas por los señores *José Antonio Bejarano Rojas* y *Pedro Emilio Parra,* quienes coincidieron en señalar que el mismo día en que se produjo el incendio, el mencionado señor *Gutiérrez Cifuentes* les comentó que el demandante le había ordenado desde mucho antes quemar la loma para que así naciera pasto para el ganado, declaraciones estas que concuerdan con lo expresado por el señor *Juan Guillermo Góez Isaza* en la queja que formuló por tal hecho ante la entidad demandada, en el sentido de que al preguntarle al mayordomo de

la finca por qué había procedido a ello, éste le informó "... que su patrón, el Padre *Carlos Beltrán*, se lo había ordenado personalmente".

Por lo que atañe al segundo argumento de la impugnación, el cual se hace consistir en que el tribunal *a quo* denegó las súplicas de la demanda con base en el único testimonio rendido en el proceso por quien fuera el denunciante del actor, la Sala hace notar al apelante que la simple lectura de la sentencia de la primera instancia, cuyo resumen atrás se consignó, desvirtúa de por sí tal apreciación, y que dicho testimonio fue solo uno de los hechos probatorios que se tuvieron en cuenta para adoptar la decisión recurrida, pues además de él se analizaron *in extenso* la totalidad de los antecedentes administrativos de los actos acusados y se definieron en forma adversa los demás cargos formulados en el libelo demandatorio, respecto de los cuales no se formula censura alguna.

Los razonamientos que anteceden llevan a la Sala a confirmar la sentencia apelada, como en efecto se hará en la parte dispositiva 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 y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero. CONFIRMASE la sentencia recurrida en apelación, proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 7 de septiembre de 1995.

Segundo. De conformidad con lo previsto por los Artículos 171 del C.C.A., y 392-3 del C. de P.C., CONDENASE a la parte actora en costas de la segunda instancia,

Tercero. En firme esta providencia, DEVUELVASE el expediente al TRIBUNAL de origen, previas las anotaciones de rigor.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha once (11) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Juan Alberto Polo Figueroa, Libardo Rodríguez Rodríguez, Manuel S. Urueta Ayola.*

INVIMA - Tarifas para la expedición de licencias sanitarias / **LICENCIA SANITARIA DE FUNCIONAMIENTO** - Señalamiento de tarifas

Las tarifas por los servicios a que aquél alude constituyen una *tasa*, que corresponde únicamente a las personas que ponen en acción el aparato público para obtener la expedición y renovación de licencias sanitarias de funcionamiento, registros sanitarios, certificaciones, derechos de análisis y demás servicios referidos a la vigilancia y control del Invima, ya que son dichas personas las que resultan ser las directas beneficiarias del servicio y las demandantes de esa específica actuación pública. Dicha *tasa* difiere *todos* los usuarios a título de remuneración que cubra el costo total del servicio, aspecto este último al cual se refiere la sentencia de la Corte Constitucional No. C-580 de 5 de noviembre de 1992, con ponencia del Magistrado doctor *Fabio Morón Díaz*, a que alude la entidad pública demandada, y en la cual se advirtió que a dicha tarifa no le es aplicable el articulo 338 de la Carta Política. De tal manera, que al no haber definido el Decreto-ley 1290 de 1994 las bases o lineamientos que debía tener en cuenta la autoridad administrativa para el señalamiento de las tarifas de las tasas por los servicios que presta a sus usuarios y la forma de hacer su reparto, la Resolución acusada violó el citado precepto constitucional, razón esta potísima que conduce a la Sala a declarar su nulidad, como en efecto se dispondrá en la parte resolutiva de esta providencia.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá D.C., venticinco (25) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente : *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 3494. Actor: Guillermo Vargas Ayala. Acción: Nulidad.

El ciudadano y abogado *Guillermo Vargas Ayala,* obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública consagrada en el Artículo 84 del

C.C.A., ha presentado demanda tendiente a obtener la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 11531 de 1° de agosto de 1995, *"por la cual se establecen las tarifas para la expedición y renovación de licencias sanitarias de funcionamiento, registros sanitarios, certificaciones, derechos de análisis y demás servicios referidos a la vigilancia y control de los insumos para la salud y productos de competencia del Invima"*, expedida por el Director General del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos "Invima".

I. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Para impetrar la nulidad de la Resolución acusada adujo el actor, en esencia, los siguientes cargos de violación (fls. 6 a 10. Cdno. Ppal.):

1°) La Resolución acusada viola el Artículo 338 de la Constitución Polica porque el numeral 22 del Artículo 4° del Decreto-ley 1290 de 1994, que le sirve de fundamento, contraría la norma constitucional en materia impositiva ya que autoriza ilimitada e incondicionalmente al Invima para fijar las tarifas sin precisar los sujetos activos y pasivos de la obligación impositiva ni el tipo de contribución; y no fija las bases gravables del impuesto ni la tarifa del mismo, lo cual hace que dicha norma sea inaplicable.

No puede alegarse que se trata de una constribución parafiscal porque en la Resolución acusada no hay financiación por fuera del presupuesto, ni hay obligación de financiar un servicio de interés general.

2°) La Resolución impugnada transgrede el Decreto-ley 1290 de 1994, por exceso de poder e incompetencia, ya que en el numeral 22 del Artículo 4° de dicho Decreto se estableció como función propia del Invima —sin discriminar la autoridad que internamente le corresponde hacerlo— la de fijar y cobrar las tarifas para la expedición de licencias sanitarias de funcionamiento, certificaciones, derechos de análisis y demás servicios referidos a la vigilancia y control de los productos de su competencia.

Dicha función inconstitucional no le está asignada expresamente ni a la Junta Directiva ni al Director General del Invima pero le correspondería naturalmente a la Junta y no al Director.

3°) Con la Resolución acusada se violan las siguientes disposiciones constitucionales: Artículos 6° y 338, al regular las tarifas de las tasas sin ley que determine el sistema y el método para ello; 23, pues al fijar las tarifas condiciona las solicitudes de registros sanitarios y licencias de funcionamiento de laboratorios farmacéuticos, que son aquellas sobre las cuales se pronuncia la entidad administrativa, una vez se ha formulado una petición en interés particular, 84, pues al exigir el pago por la expedi-

ción de actos administrativos está condicionando el derecho de petición, lo cual constituye un requisito adicional para el ejercicio de dicho derecho; 113, ya que se está creando un tributo con lo cual se invadió un campo constitucionalmente reservado a otro órgano estatal: el Congreso; 114 y 150 numeral 10, porque se sustituye al Congreso en su función propia de hacer las Leyes; 123, al ejercer el Director General del Invima sus funciones con desatención a la Constitución, la ley y las decisiones judiciales; 150 numeral 12, porque con el pago se ha creado una contribución parafiscal de creación propia del Congreso; 157, porque por el contenido material la Resolución acusada se está volviendo una ley sin los pasos que se exigen para ello; 189 numeral 11, porque se ha obviado y sustituido la potestad reglamentaria del Presidente; y 209, porque se están violando los principios de la función administrativa.

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, probatoría y alegaciones.

En el auto admisorio de la demanda de 23 de octubre de 1995 la Sala decretó la suspensión provisional de los efectos de la Resolución acusada.

III. LA CONTESTACION DE LA DEMANDA

El Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos —Invima—, a través de apoderado, contestó oportunamente la demanda y para oponerse a la prosperidad de sus pretensiones expresó principalmente lo siguiente (fls.34 a 41 *ibidem*):

1°) El Artículo 338 de la Constitución Política no es aplicable para el caso del Invima pues el ente público puede fijar tarifas en virtud de la ley como contraprestación de un servicio público, sin que el Congreso tenga que fijarlas ya que no se trata de una tasa, tributo, impuesto, contribución fiscal ni parafiscal.

La Corte Constitucional, en sentencia C-580 de 5 de noviembre de 1992, con ponencia del Magistrado doctor *Fabio Morón Díaz*, señaló una marcada diferencia entre lo que es una tasa y una tarifa.

2°) Las tarifas fijadas en virtud del Decreto-ley 1290 de 1994 se hicieron con base en análisis de costos y los cálculos actuariales tienen como objeto dar un valor real que acoja los principios de justicia y equidad y que guarden un equilibrio financiero entre el servicio prestado y lo cancelado por él.

III. ALEGATO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado en su vista de fondo se muestra partidiario de que se denieguen las súplicas de la demanda por cuanto, a su juicio, estima que en el presente caso no es aplicable el Artículo 338 de la Carta Política ya que las tarifas fijadas por el Invima no tienen el carácter de tasa, tributo, impuesto, contribución fiscal o parafiscal, sino que deben entenderse como contraprestación de un servicio público.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El Agente del Ministerio Público y el apoderado de la entidad pública demandada coinciden en afirmar que las tarifas fijadas en la Resolución acusada no corresponden al concepto de tasa, impuesto, contribución fiscal o parafiscal, a que alude el Artículo 338 de la Carta Política, razón por la cual dicho precepto no le es aplicable y, por lo mismo, no pudo haber sido transgredido.

Sobre el particular advierte la Sala lo siguiente:

A través de la Resolución acusada se establecen una tarifas que deben pagar los interesadas en la expedición y renovación de licencias, sanitarias de funcionamiento, registros sanitarios, certificaciones, derechos de análisis y demás servicios referidos a la vigilancia y control del Invima.

La Corte Constitucional, al analizar el Artículo 338 de la Carta Política, ha precisado los siguientes conceptos:

*" ...**Tasas.** Son aquellos ingresos tributarios que se establecen unilateralmente por el Estado, pero sólo se hacen exigibles en el caso de que el particular decida utilizar el servicio público correspondiente. Es decir, se trata de una recuperación total o parcial de los costos que genera la prestación de un servicio público; se autofinancia este servicio mediante una remuneración que se paga a la entidad administrativa que lo presta.*

Toda tasa implica una erogación al contribuyente decretada por el Estado por un motivo claro que, para el caso, es el principio de razón suficiente: Por la prestación de un servicio público especifico. 'El fin que persigue la tasa es la financiación del servicio público que se presta'.

La tasa es una retribución equitativa por un gasto público que el Estado trata de compensar en un valor igual o inferior, exigido de quienes, independientemente de su iniciativa, dan origen a él...

...En primer término, en la tasa se está frente a una recuperación total o parcial de los costos que genera la prestación de un servicio público, al paso que en la contribución parafiscal no se recobra ningún costo, ni existe contraprestación directa y equivalente por parte del Estado. En segundo lugar la tasa es un mecanismo de financiamiento de algunos servicios públicos de carácter adminstrativo. En cambio, la contribución parafiscal financia actividades que no son servicios públicos..." (Sentencia C-465 de 21 de octubre de 1993, Magistrado ponente, doctor Vladimiro Naranjo Mesa).

"Ante la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio se surten diversos procedimientos relacionados con la Propiedad Industrial tales como el otorgamiento de privilegios de invención, concesión de modelos y rótulos comerciales, registro de marcas de productos y servicios, depósito de nombres comerciales, renovaciones, traspasos y cambios de nombres de los registros.

La regulación de los indicados procedimientos tiene una indudable importancia en el contexto supranacional «Pacto Andino» y nacional. Las distintas tareas desplegadas en torno a la organización de la Propiedad Industrial y al registro y circulación de sus derechos, configuran una función pública a cargo del Estado... Sin embargo, la actualización y ejercicio concretos de esa función pública interesan de manera principal a quienes elevan solicitudes e inician los respectivos trámites. De ahí que el Estado, en ejercicio de la facultad impositiva, establezca a su cargo el pago obligatorio de ciertas sumas de dinero, que grava únicamente a las personas que ponen en acción el aparato público, pues ellas resultan ser las directas beneficiarias del servicio y las demandantes de una específica actuación pública.

Esta especie de tributo se conoce con el nombre de tasa (C.P. art. 338). La carga impositiva particular —no general— que entraña la tasa, se explica en términos de justicia fiscal por la voluntaria invocacion de una actuación estatal y el consiguiente beneficio directo que obtiene la persona que la formula. La tarifa de la tasa, consiguientemente, tiene la función de recuperar los costos que el Estado presta al individuo...
... La tasa y la contribución no reciben en la norma constitucional un tratamiento unívoco. La tarifa de la tasa está dominada por la idea del costo que para el Estado significa el servicio demandado por el individuo. La contribución, a su turno, tiene como eje la compensación que le cabe a la persona por el beneficio directo que ella reporta como consecuencia de un servicio u obra que la entidad pública presta, realiza o ejecuta. Correlativamente, el sistema y el método para definir la tarifa de cada una de estas dos especies tributarias es diferente y debe, en todo caso, ajustarse y consultar su naturaleza específica...

...Dada la naturaleza de tasa del tributo analizado, lo pertinente en esta materia es que la ley directamente señala el sistema y el método que sirvan para definir los costos del servicio que el Estado presta. Precisamente la definición de los costos permitirá a la autoridad fijar la tarifa cuya función esencial se contrae a absorberlos...

...La determinación legal del sistema y el método para definir el costo de un servicio, sólo puede juzgarse en cada caso concreto y tomando en consideración las modalidades peculiares del mismo..." (Sentencia C-144 de 20 de abril de 1993, Magistrado ponente, doctor Eduardo Cifuentes Muñoz).

Del contenido del acto administrativo acusado, confrontado con el alcance que sobre el tributo tasa ha precisado la Corte Constitucional en las sentencias antes reseñadas, y que la Sala prohija, se advierte que *las tarifas por los servicios* a que aquél alude constituyen una ***tasa***, que corresponde pagar *únicamente* a las personas que ponen en acción el aparato público para obtener la expedición y renovación de licencias sanitarias de funcionamiento, registros sanitarios, certificaciones, derechos de análisis y demás servicios referidos a la vigilancia y control del Invima, ya que son dichas personas las que resultan ser las directas beneficiarias del servicio y las demandantes de esa específica actuación pública.

Así también lo precisó la Corte Constitucional en la sentencia No. C-1116/96 de 21 de marzo de 1996 (Expediente No. D-1065, Magistrado ponente doctor *Carlos Gaviria Díaz*), al pronunciarse sobre la demanda de inexequibilidad contra el numeral 22 del Artículo 4° del Decreto-ley 1290 de 1994, que es la norma que sirvió de fundamento al acto administrativo acusado.

En efecto, dijo dicha Corporación en la referida sentencia:

"... Según lo previsto en el numeral 22 del Artículo 4° del Decreto 1290 de 1994, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, debe fijar y cobrar tarifas por la prestación de los siguientes servicios... Como tales servicios serán pagados exclusivamente por los usuarios de los mismos y la finalidad del cobro es la recuperación de los costos que genera su prestación, además de que su producto ingresará a las arcas de la entidad, como se consagra en el Artículo 13 del mismo ordenamiento..., se llega a la conclusión de que tales tarifas encajan dentro del concepto de tasas...".

Y la dicha ***tasa*** difiere sustancialmente de la ***tarifa*** que por concepto de servicios públicos domiciliarios deben pagar ***todos*** los usuarios a título de remuneración que cubra el costo total del servicio, aspecto este último al cual se refiere la sentencia de la Corte Constitucional No. C-580 de 5 de

noviembre de 1992, con ponencia del Magistrado, doctor *Fabio Morón Díaz*, a que alude la entidad pública demandada, y en la cual se advirtió que a dicha tarifa no le es aplicable el Artículo 338 de la Carta Política.

Como lo expresó la Sala al resolver la solicitud de suspensión provisional, y ahora lo reitera, asiste razón al actor en cuanto considera que la facultad a la cual se contrae el Artículo 4° numeral 22 del Decreto-ley No. 1290 de 22 de junio de 1994, que se invocó como fundamento para la expedición del acto administrativo acusado, no es suficiente para que el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos Invima pueda entrar a fijar el monto de la tarifa que ha de cobrarse a los usuarios que requieran los servicios que presta dicha entidad.

En efecto, prescribe la citada disposición:

*"**Funciones.** En cumplimiento de sus objetivos el Invima realizará las siguientes funciones: .22. Fijar y cobrar las tarifas para la expedición de licencias sanitarias de funcionamiento, registros sanitarios, certificaciones, derechos de análisis y demás servicios referidos a la vigilancia y control de los productos de su competencia".*

Como puede observarse, el texto de la disposición transcrita no contiene el sistema ni el método para definir los costos y beneficios y la forma de hacer su reparto, que es lo reclama el Artículo 338 inciso 2° de la Carta Política.

Así también lo advirtió la Corte Constitucional en la citada sentencia de 21 de marzo de 1996, cuando expresó: "... En el caso que es objeto de estudio, no existe ley alguna que consagre el sistema y el método a los que debe sujetarse el Invima, para efecto de la fijación y cobro de las tarifas por la prestación de los servicios a que alude el numeral demandado...", por lo cual declaró la inexequibilidad del numeral 22 del Artículo 4° del Decreto-ley 1290 de 1994 antes transcrito.

De tal manera, que al no haber definido el Decreto-ley 1290 de 1994 las bases o lineamientos que debía tener en cuenta la autoridad administrativa para el señalamiento de las tarifas de las tasas por los servicios que presta a sus usuarios y la forma de hacer su reparto, la Resolución acusada violó el citado precepto constitucional, razón esta potísima que conduce a la Sala a declarar su nulidad, 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 y por autoridad de la ley,

FALLA:

DECRETASE la nulidad de la Resolución N° 11531 de 1°de agosto de 1995, expedida por el Director General del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos Invima.

DEVUELVASE al actor la suma de dinero depositada para gastos ordinarios del proceso, por no haber sido utilizada.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en los *Anales de Concejo 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 25 de abril de 1996.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Juan Alberto Polo Figueroa, Libardo Rodríguez Rodríguez, Manuel S. Urueta Ayola.*

SERVICIO PUBLICO DE EDUCACION - Inspección y vigilancia / **INSPECCION Y VIGILANCIA DEL SERVICIO PUBLICO DE EDUCACION** - Alcance / **PROYECTO EDUCATIVO INSTITUCIONAL** - Cambio de textos escolares

En ninguna de las disposiciones de la Ley 115 de 1994 se faculta a los alcaldes para que, en ejercicio de la inspección y vigilancia que les corresponde ejercer sobre los establecimientos educativos, puedan adoptar decisiones relacionadas con los textos escolares. El Alcalde de Pereira no podía adoptar válidamente la determinación acusada, con mayor razón si se tiene en cuenta que el Artículo 16 inciso segundo del citado decreto 1860 de 1994 señaló el día 1° de marzo de 1995 como fecha límite para que los establecimientos educativos adoptaran al menos los aspectos del Proyecto Educativo Institucional que allí se señalan, "... y el respectivo plan de estudios", el cual necesariamente guarda relación con los textos que para su desarrollo determinen los respectivos órganos de dirección de tales establecimientos.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.- Santafé de Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 3340. Actor: Absalón Gartner Tobón.

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 Risaralda el 27 de octubre de 1995.

I. ANTECEDENTES

a) El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda.

El ciudadano y abogado *Absalón Gartner Tobón,* en ejercicio de la acción consagrada en el Artículo 84 del C.C.A., demandó ante el Tribunal

Administrativo de Risaralda la declaratoria de nulidad, previa suspensión provisional, de la expresión "suspender hasta el 31 de diciembre de 1997 el cambio de textos escolares...", contenida en el Artículo 1° del Decreto No. 027 de enero 21 de 1995, "por medio del cual se suspende el cambio de textos escolares y uniformes de los Institutos Docentes, Oficiales y privados en el Municipio de Pereira y se dictan otras disposiciones", expedido por el Alcalde de dicha localidad.

b) Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación.

El accionante considera que con la expedición del acto acusado se violaron las siguientes normas, por las razones que se sintetizan a continuación (fls. 4 a 7 Cdno. Ppal, y 35 a 37 Cdno. No. 2):

Primer cargo. Violación del Artículo 6° y 121 de la Carta Política, 73 de la Ley 115 de 1994 y 42 del Decreto Reglamentario 1860 de 1994, éste último en concordancia con los Artículos 14 y 15 *ibidem*, toda vez que si la indicada norma legal faculta a los establecimientos educativos para elaborar y poner en práctica un Proyecto Educativo Institucional en el que se especifiquen, entre otros aspectos, "...los recursos docentes y didácticos disponibles y necesarios, la estrategia pedagógica, el reglamento para docentes y estudiantes y el sistema de gestión...", de ello se concluye que el texto escolar, como factor primordial de la estrategia pedagógica, constituye un aspecto sobre el cual corresponde proveer a cada establecimiento en particular, más aun si se tiene en cuenta que a partir de la vigencia de la nueva Ley General de Educación se impone la selección de textos escolares que se ciñan a sus principios rectores. Para ratificar esta competencia en el campo específico del texto escolar, el Artículo 42 del Decreto 1860 de 1994 prescribe tajantemente que "en desarrollo de lo dispuesto en los Artículos 138 y 141 de la Ley 115 de 1994, los textos escolares deben ser seleccionados y adquiridos por el establecimiento educativo...", norma ésta que concuerda con lo establecido en los Artículos 14 y 15 del mismo estatuto reglamentario sobre el contenido del proyecto educativo institucional, y la autonomía de que goza cada establecimiento para formularlo, adoptarlo y ponerlo en práctica.

La decisión de suspender el cambio de textos escolares hasta el 31 de diciembre de 1997, cuya nulidad se impetra, "...hace parte, sin lugar a dudas, de una estrategia pedagógica que corresponde trazar en el plan educativo a los establecimientos docentes. Estrategia que le está vedado trazar al alcalde sea cual fuere su intención: pues los propósitos así sean en gracia de discusión encomiables no purgan el vicio de incompetencia".

Segundo cargo. Violación de los Artículos 171 de la Ley 115 de 1994, 61 del Decreto 1860 de 1994 y 539 numeral 1 del Decreto 2626 de 1994, pues si bien tales normas asignan a los alcaldes y gobernadores facultades de

inspección y vigilancia a nivel local sobre los establecimientos educativos, por definición, y conforme a reiteradas doctrinas y jurisprudencias, la inspección y vigilancia no tienen otro objetivo y alcance que de velar por el cumplimiento de los ordenamientos legales, pero en modo alguno, habilita para producir normas usurpantes de la competencia de las entidades vigiladas, ya que se trata únicamente del ejercicio de una función de policía administrativa para la vigilancia y control del cumplimiento de la ley.

c) Las razones de la defensa.

Ellas son, en resumen, las siguientes, consignadas en el escrito de contestación de la demanda (fls. 22 a 25 Cdno. Ppal.):

Las facultades de inspección y vigilancia que el Artículo 171 de la Ley 115 de 1994 asignó a los alcaldes sobre los establecimientos educativos a nivel local no sólo tienen como objetivo velar por el cumplimiento de las normas legales, pues las funciones de policía administrativa se concretan también en competencias de carácter preventivo en el campo de la educación, "...como expresión de su función de vigilancia, la cual conlleva la posibilidad de tomar medidas encaminadas a prevenir actuaciones que atentan contra la posibilidad de que los menores de la ciudad tengan acceso a la educación o que éste se pueda ver afectado por cambios inconsultos e innecesarios de los textos escolares...(...)... El proyecto educativo institucional que deberá elaborarse y ponerse en práctica por cada establecimiento implica un estado de transición educativa que dota de facultades al alcalde para impedir que el cambio de textos no obedezca precisamente a un proyecto educativo como tal, y sea fruto de la improvisación y de la visión cortoplacista de aquellos establecimientos".

De otra parte, si los textos escolares, como recursos didácticos que son, y la misma estrategia pedagógica sólo constituyen parte del proyecto educativo como tal y no el proyecto en sí mismo, el cual es regulado por la ley y vigilado por las autoridades que la misma habilita, a *fortiori* se concluye que pueden los alcades, conforme al Artículo 171 de la Ley 115 de 1994, disponer sobre aquellas partes del todo hasta que el proyecto esté consolidado.

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 22 de marzo de 1995 se dispuso la admisión de la demanda y se denegó la solicitud de decretar la suspensión provisional del acto acusado, decisión esta última que, apelada como fue, se confirmó mediante providencia de 2 de junio del mismo año (fls.11 a 13 y 33 a 41 Cdno. Ppal.).

Dentro del término del traslado a las partes para alegar de conclusión y al Agente del Ministerio Público para emitir su concepto, la parte actora y el mencionado funcionario presentaron los escritos que obran a folios 30 a 34 y 35 a 37 del Cdno. No. 2.

II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante la sentencia recurrida en apelación, el Tribunal *a quo* declaró la nulidad de la expresión "... textos escolares..." contenida en el Artículo 1° del Decreto 027 de 1995, expedido por el Alcalde Municipal de Pereira, con fundamento en las consideraciones que se resumen a continuación (fls. 39 a 44 Cdno. No. 2):

Luego de una breve referencia al contenido de los Artículos 168 a 171 de la Ley115 de 1994, a las razones de la defensa que se consignaron en la primera parte del resumen que de ellas se hizo en el que correspondiente *acapite* de esta providencia, al concepto rendido por el Agente del Ministerio Público en el cual se solicita la declaratoria de nulidad del acto acusado, y a lo expuesto por la Corte Constitucional en Sentencia No. C-543 de enero 10 de 1992, en el sentido de que "...en el Estado de Derecho no son admisibles las atribuciones implícitas ni las facultades de alcance indeterminado, lo cual equivale al rechazo del acto proferido por quien carece de autoridad previa y claramente definida por norma positiva para actuar en materia correspondiente (arts. 6, 122 y 123)..." el Tribunal *a quo* concluye lo siguiente:

> *"Es cierto que la ley a asignado a los alcaldes funciones de inspección y vigilancia sobre las Instituciones educativas, competencia que debe ser reglamentada por el Gobierno Nacional. Esta inspección y vigilancia es concurrente respecto con la «...dirección y administración de los servicios educativos estatales, que les asigna el Artículo 147 de la misma ley».*
>
> *Fundamentalmente la inspección y vigilancia es una función policiva administrativa de verificación, que no está reducida al mero poder sancionatorio, sino que tiene el ámbito que le señale la ley, y en el caso de los alcaldes la delegación prevista en el Artículo 169 de la Ley 115-94 es para «... el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia previstas en esta ley...» entre las que no aparece la determinación de los textos escolares".*

III. LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En la sustentación del recurso la parte apelante fundamenta su desacuerdo con la sentencia de primera instancia en las razones que se sintetizan a continuación (fls. 46 a 49 Cdno. No. 2):

El Tribunal no analizo el Artículo 73 de la Ley 115 de 1994 sobre el proyecto educativo institucional, "...del que hacen parte, entre otros, los recursos docentes y didácticos disponibles y necesarios; además, no repara en el contenido del Artículo 138 literal c) de la misma ley que dispone como requisito del establecimiento educativo "Ofrecer un Proyecto Educativo Institucional".

Con la expedición de la Ley 115 de 1994 y sus Decretos reglamentarios se creó un estado de transición educativa, como se consigna en la motivación del Decreto parcialmente demandado, dentro del cual cada establecimiento debe elaborar y poner en práctica un Proyecto Educativo Institucional en el que se defina, entre otros aspectos, lo concerniente a los textos escolares, teniendo en cuenta las condiciones sociales, económicas y culturales de su medio, y mientras que se procede a ello el Alcalde de Pereira adoptó la determinación acusada en uso de sus facultades de inspección y vigilancia, para evitar que el cambio de textos obedezca al capricho del establecimiento y no a un Proyecto Educativo consolidado.

Como quiera que a las autoridades les corresponde verificar lo atinente al Proyecto Educativo Institucional, ellas están facultadas para ejercer su función de vigiliancia policiva administrativa sobre una de sus partes —los textos escolares— en forma transitoria.

La interpretación fragmentaria de la ley por parte del demandante llevó al Tribunal a darle al Artículo 42 del Decreto 1860 de 1994 un alcance que no tiene, como es que a las autoridades les está vedado proveer sobre los textos escolares; "es más, que no tienen ninguna injerencia sobre los mismos, quedando al talante de las Instituciones Educativas imponerlos a sus educandos sin importar la existencia del Proyecto Educativo Institucional".

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Una vez analizados los fundamentos de la apelación y confrontados con la decisión de primera instancia, la Sala considera que esta última debe confirmarse, por las siguientes razones:

1°. El texto del Artículo 1° del Decreto 027 de 1995, del cual hace parte la expresión anulada, la cual se subraya es el siguiente:

> *"**Artículo 1°.** Suspender hasta el 31 de diciembre de 1997 el cambio de textos escolares y uniformes en los Institutos Docentes de enseñanza preescolar básica primaria, básica secundaria y educación media de carácter oficial y privada del Municipio de Pereira".*

2°. El hecho de que en la sentencia no se haya analizado el Artículo 73 de la Ley 115 de 1994, en el cual se impone a cada establecimiento educativo

la obligación de elaborar y poner en práctica un Proyecto Educativo Institucional en nada afecta la decisión apelada, toda vez que ella se fundamenta en la falta de competencia del Alcalde de Pereira para expedir el acto acusado, en razón a que en ninguna de las disposiciones de la Ley 115 de 1994 se faculta a los alcaldes para que, en ejercicio de la inspección y vigilancia que les corresponde ejercer sobre los establecimientos educativos, puedan adoptar decisiones relacionadas con los textos escolares.

Además de lo anterior, la Sala hace notar al recurrente que de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 15 del Decreto 1860 de 1994, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 115 de 1994, en los aspectos pedagógicos y organizativos generales, "cada establecimiento educativo goza de autonomía para formular, adoptar y poner en práctica su propio proyecto educativo institucional, sin más limitaciones que las definidas por la ley y este reglamento".

3°. De acuerdo con lo anterior resulta incuestionable que el Alcalde de Pereira no podía adopar válidamente la determinación acusada, con mayor razón si se tiene en cuenta que el Artículo 16 inciso segundo del citado Decreto 1860 de 1994 señaló el día 1° de marzo de 1995, como fecha límite para que los establecimientos educativos adoptaran al menos los aspectos del Proyecto Educativo Institucional que allí se señalan "...y el respectivo plan de estudios", el cual necesariamente guarda relación con los textos escolares que para su desarrollo determinen los respectivos órganos de dirección de tales establecimientos.

4°. En lo que concierne al argumento según el cual el Tribunal le dio al Artículo 42 del Decreto 1860 de 1994 un alcance que no tiene, la Sala hace notar al apelante que en las consideraciones del fallo recurrido no se hace referencia alguna a dicha norma.

En las anotadas circustancias, se procederá a confirmar la sentencia de la primera instancia, adicionando la nulidad de la conjunción "y" para que el texto de la disposición quede coherente.

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

FALLA:

Primero. CONFIRMASE la sentencia recurrida en apelación, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda el 27 de octubre de 1995, en el sentido de declarar la nulidad de la expresión "...textos escolares y...".

Segundo. En firme esta decisión, DEVUELVASE 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 venticinco de abril de mil novecientos noventa y seis.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Juan Alberto Polo Figueroa, Libardo Rodríguez rodríguez, Manuel S. Urueta Ayola.*

EXCEPCIONES - Finalidad / **SENTENCIA DE MERITO** - Improcedencia cuando prospera una excepción

La finalidad de las excepciones es precisamente el que no haya un pronunciamiento de fondo, pues al contener los mismos aspectos modificativos, impeditivos o extintivos de la acción, en caso de prosperar alguna de ellas, no pueden denegar las súplicas de la demanda, dado que ello implica efectuar un análisis de fondo que no es procedente en dicho evento.

RUTAS Y HORARIOS - Modificación de recorrido

Si bien es cierto que en las resoluciones acusadas no se dijo nada sobre la capacidad transportadora, el tipo de vehículo y el nivel de servicio, esta Corporación considera que por no tratarse de una nueva ruta, sino de la modificación de una ya existente, y habiéndo sido fijados dichos conceptos a las empresas solicitantes mediante las Resoluciones Nos. 1647 de diciembre de 1992 y 1397 de 30 de diciembre de 1991 a Cooburquín, y Nos. 042 a 20 de julio de 1989 y 388 de diciembre de 1990 a Transportes Urbanos Ciudad Milagro Ltda., no era necesario que los actos acusados se refirieran a tales aspectos.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., venticinco (25) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: Doctor *Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 3546. Actor: Sociedad Buses Armenia Limitada.

La sección primera procede a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío. De fecha 14 de septiembre de 1995.

I. ANTECEDENTES

a. El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda.

La Sociedad Buses Armenia Limitada, a través de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el Artículo 85 de C.C.A., demandó ante el Tribunal Administrativo del Quindío la nulidad de las Resoluciones Nos. 0138 de 1° de febrero de 1994 y 0415 de 6 de abril del mismo año, expedidas por la Alcaldía del Municipio de Armenia. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho solicitó que se condene a la demandada a pagar, en favor del demandante como indemnización por los perjuicios materiales sufridos, la suma de ***un millón de pesos*** ($1´000.000.oo) por cada día que transcurra entre el 6 de abril de 1994 y la fecha en que se haga efectivo el pago. De igual manera solicitó la indexación sobre la suma que se le reconozca; el pago de los intereses corrientes y moratorios sobre la misma; y el cumplimiento de la sentencia en los términos del Artículo 177 y siguientes del C.C.A.

b. Los actos acusados.

Son los siguientes:

1°. La Resolución No. 0138 de 1° de febreo de 1994, expedida por la Alcaldía del Municipio de Armenia, ***"por medio de la cual se modifica el recorrido de la Ruta no. 16 y 29 a la empresa cooburquin y urbanos ciudad milagro en el transporte público colectivo municipal de buses y busetas en la ciudad de Armenia"***.

2°. La Resolución No. 0415 de 6 de abril de 1994, expedida por el funcionario arriba citado, a través de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución descrita en el numeral anterior confirmándola.

c. Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación.

La actora considera que con la expedición de los actos acusados se violó el Decreto 1787 de 1990, por las razones que, bajo la forma de cargos, en forma resumida se expresan a continuación (fls. 6 a 19 del Cdno. Ppal,):

Primer cargo. Se violó el inciso 4° del Artículo 32 del Decreto 1787 de 1990, por cuanto para la modificación de la rutas Nos. 16 y 29 la Administración Municipal de Armenia se apoyó en un porcentaje inferior al 70% de usuarios precisados a transbordar para llegar a su destino, de que trata la norma en comento.

Segundo cargo. Fue desconocido el literal b) del Artículo 36 *ibidem*, ya que pese a que en los memoriales de solicitud se anuncia el cumplimiento de los requisitos alli previstos, en ninguno de los anexos, concretamente en el croquis de la ruta aparecen tales datos.

En efecto en la solicitud de la empresa Cooburquín se omitió señalar la longitud de la ruta solicitada, el tiempo de recorrido de dicha ruta, el tiempo del servicio ofrecido, la descripción de las vías que serían utilizadas y las características socio-económicas de los sectores involucrados en las rutas pedidas.

Así mismo, en la solicitud de la empresa Urbanos Ciudad Milagro Ltda. se hace mención de un tiempo de recorrido, pero no se indica de cuál se trata; tampoco se señalan el tiempo de servicio, las características de las vías a utilizar, ni las de los sectores de influencia.

Tercer cargo. El literal d) del Artículo 36 *ibidem* también fue transgredido, dado que no se hizo por parte de la Empresa Urbanos Ciudad Milagro el conteo de usuarios de la empresa Buses Armenia Limitada, tomándose como soporte un estudio falso, pues en la encuesta domiciliaria aportada aparecen consignados unos datos supuestamente suministrados por personas residentes en las manzanas No. 12 y 13 de la urbanización "Bosques de Pinares", cuando para dicha fecha aún no habían sido construidas las casas de tales manzanas, según certificación del arquitecto residente de la obra.

Además, en las encuestas de movilización de pasajeros se observan datos incongruentes, ya que se anotan dos y hasta tres veces resultados diversos de una misma vivienda, se citan fincas inexistentes en el sector aledaño, así como también casas de numeración inexistentes.

En el caso de Cooburquín, si bien aparecen unas cifras de cuantificación de la demanda potencial, dicho cálculo no puede decirse que se efectuó con base en estudios realizados en condiciones normales de demanda, puesto que no se indicaron las fechas de los conteos.

La manera de efectuar un conteo se encuentra consagrada en el literal g) del Artículo 51 del Decreto 1927 de 1991, el cual es aplicable a nivel Municipal, por no existir norma al respecto en el Decreto 1787 de 1990.

Cuarto cargo. El literal e) del Artículo 36 del Decreto 1787 de 1990 fue vulnerado, por cuanto se accedió a la modificación de la rutas Nos. 16 y 29, sin que las empresas solicitantes hubiesen cumplido con el requisito de analizar la incidencia de la ruta pedida dentro del área de operación del nuevo proyecto; tampoco se tuvo en cuenta la incidencia del nuevo recorrido respecto de las rutas ya autorizadas en las mismas áreas de operación.

Quinto cargo. La violación el literal f) del Artículo 36 *ibidem* consiste en que si bien en la solicitudes presentadas por Cooburquín y Transportes Urbanos Ciudad Milagro Ltda, se mencionan las características físicas de las vías que serían utilizadas al modificarse las rutas 16 y 29, se omitió en los estudios el análisis del tráfico de las rutas, es decir, el volumen de vehículos que normalmente se desplaza sobre dichas vías y las horas y los sitios de congestión vehicular, necesario para que la Administración pudiera evaluar la conveniencia de la medida.

Sexto Cargo. Se quebranto el literal g) del Artículo 36 *ibidem*, ya que la Administración dispuso la ampliación de unas rutas en favor de unas empresas que no acreditaron poseer el parque automotor, suficiente para atender el nuevo recorrido.

Séptimo cargo. En las resoluciones acusadas en manera alguna aparecen señalados, la capacidad transportadora, el tipo de vehículo, ni las especificaciones con base en las cuales las empresas favorecidas con la modificación pondrían en marcha los nuevos recorridos, lo que constituye una transgresión al parágrafo del Artículo 36 del Decreto 1787 de 1990, rompiéndose con ello la presunción de legalidad de los actos acusados.

Octavo cargo. En las resoluciones demandadas no fueron resueltos los puntos planteados en los escritos de posición presentados por la empresa demandante, ya que no dijo la Administración si se verificaron o no los datos que la empresa opositora puso en duda, así como tampoco se mencionaron las ilegalidades e irregularidades planteadas por la misma, violándose con ello el Artículo 35 del C.C.A.

Noveno cargo. La Administración Municipal de Armenia partió de bases falsas para expedir los actos acusados.

En efecto, en la Resolución No. 0138 se dice que Buses Armenia Limitada no ha solicitado aumento de frecuencias de la ruta No. 7, lo cual se desvirtúa en el oficio No. SG-063 de 4 de marzo de 1993.

De otra parte, en los considerandos de la Resolución No. 0138 de 1994 la Administración dice apoyar su decisión en el cumplimiento de "todos y cada uno de los requisitos que exige el Decreto 1787 de 1990", lo cual no es cierto, como quedó establecido al analizar el Artículo 36.

Así mismo, es falso que con los estudios aportados en las oposiciones no quedó acreditada la suficiencia en el servicio ofrecido por el demandante.

Se dice además en los considerandos que en virtud del Decreto 1787, Artículo 53, las determinaciones adoptadas por la Administración son de carácter social. Si bien el citado Artículo prevé la posibilidad de reestruc-

turar el servicio de transporte en cualquier tiempo, no lo es menos que esta norma se refiere exclusivamente a la facultad oficiosa.

De igual manera, en los considerandos se expresa que la decisión se adopta con base en el estudio No. 003 de 1993. Dicho estudio se fundamentó en un trabajo de campo efectuado por dos personas, una de las cuales no tenía la preparación necesaria para llevarlo a cabo.

Además, existen imprecisiones en las cifras porcentuales relativas al volumen de personas encuestadas, a la utilización del transbordo y a la necesidad de crear una nueva ruta.

Décimo cargo. Violación del derecho de defensa de la demandante, por cuanto al solicitarle ésta a la Administración copia de la solicitud y del estudio presentados por Transportes Urbanos Ciudad Milagro Ltda., para con base en dichos documentos presentar la oposición, el Municipio de Armenia le expidió copias incompletas, aunque reconoce que posteriormente logró obtener copia de toda la actuación.

d. Las razones de la defensa.

1°. *Del Municipio de Armenia (fl. 125 a 129 del Cdno. Ppal.):*

No se violó el inciso 4° del Artículo 32 del Decreto 1787 de 1990, por cuanto en el estudio No. 003 de 1993, la Administración Municipal tuvo en cuenta no sólo el potencial sin transbordo, sino también el potencial de viaje, la utilización vehicular, y los rigores de sobrecupo (90%) con la tendencia creciente del sector o área poblacional.

Frente a la violación de los requisitos contenidos en el Artículo 36 citado, debe decirse que ello no es cierto, ya que en las solicitudes presentadas por Cooburquín y Transportes Urbanos Ciudad Milagro Ltda., se estableció la longitud de las rutas, el tiempo de recorrido, el tiempo de servicio, las vías objeto de utilización y las características socio-económicas de los sectores de influencia.

Respecto del literal d) del Artículo 36 en mención, debe decirse que el estudio de Transportes Urbanos Ciudad Milagro Ltda, no tuvo en cuenta el número de usuarios de la demandante, en razón de que ello no es una exigencia del citado literal d). En el caso Cooburquín que no era necesario indicar las fechas de los conteos, pues dicha norma tampoco lo exige.

Al literal e) del Artículo 36 se le dio cumplimiento, pues en la modificación de las rutas Nos. 16 y 29 se indicaron la confrontación e incidencia de la ruta solicitada, con el área de la influencia de lo autorizado.

La violación del literal f) del Artículo 36 no se dio, dado que en las solicitudes se analizo el tráfico de las rutas en el área de operación y además del estudio presentado por las empresas solicitantes, se concluye que las mismas sí disponían del parque automotor necesario para cubrir las rutas en cuestión.

Es cierto que en los actos acusados no se estableció la capacidad transportadora, el nivel de servicio y el tipo de vehículo a utilizar por las empresas transportadoras, pero ese solo hecho no demerita su legalidad, pues fueron expedidos una vez reunidas las exigencias del Artículo 36 del Decreto 1787 de 1990.

La parte actora manifiesta que no fueron resueltos los puntos planteados, en los escritos de oposición por ella presentados pero lo cierto es que la opositora presentó una póliza que no cubría el período exigido en el Decreto 1787/80.

Frente a la falsa motivación es del caso precisar que si bien es cierto que la demandante, mediante oficio SG-063, solicitó el incremento de la capacidad transportadora en 15 buses, también lo es que no especificó para cuáles rutas.

De otra parte, pese a que en la Resolución 0138 de 1994 se indicó que ante la necesidad de carácter social de los sectores se hacía necesaria la modificación de las rutas Nos. 16 y 29, ésta no fue la única causa para expedir dicho acto. pues además se cumplieron los requisitos del Artículo 36 del Decreto 1787 de 1990.

Respecto de que una de las personas que participó en el estudio de campo no tenía la suficiente preparación técnica, debe decirse que no hay norma que establezca las condiciones que deben reunir quienes participan en este tipo de encuestas.

Si bien es cierto que en el estudio 003 de 1993 se hacen afirmaciones que no constan en el trabajo de campo, ello se debe a errores involuntarios en las transcripciones correspondientes, debiendo probar la demandante la mala fe.

Finalmente debe precisarse que no fue violado el derecho de defensa, pues a la oposición de la demandante no se le dio trámite porque la póliza de garantía no cubría el período exigido en el Decreto 1787 de 1990, a más que agotó la vía gubernativa.

2°. *De las empresas Transportes Urbanos Ciudad Milagro Ltda, y Cooperativa de Buses Urbanos del Quindío Ltda., Cooburquín* (fls. 105 a 110 del Cdno. Ppal.):

Entre los requisitos del Artículo 36 del Decreto 1787 de 1990, no se señala que la ruta deba estar disponible en los términos de la definición de disponibilidad de ruta que consagra el mismo estatuto.

Respecto de la demanda del servicio que según la parte actora no llega al 70% que exige la norma, debe decirse que a más de los estudiantes y empleados, la demanda potencial está compuesta por profesionales, amas de casa, etc., lo que trae como consecuencia que el 70% fue superado y que por lo tanto otras empresa podían acceder a las rutas.

De otra parte, en el estudio presentado se dice que un 83.97% de la comunidad se pronunció sobre la necesidad de una nueva ruta y además, en el estudio presentado por la parte actora en su oposición, el 88.25% de la comunidad manifestó que estaba dispuesto a utilizar el recorrido Monteprado-Bosques de Pinares.

Se afirma también en la demanda que la supuesta omisión de algunos requisitos de forma en la solicitudes presentadas por las terceras interesadas vicia de nulidad el acto administrativo expedido por la Administración, olvidando la parte actora que el Decreto 1787 de 1990 prescribe que ante las oposiciones de índole técnica, como la presentada por ésta, la entidad competente debe formular su propio estudio, como en efecto lo hizo, y acogerse para decidir a lo que en éste se determine técnicamente (Artículo 39).

Así mismo el hecho de que en los actos acusados no se haya indicado la capacidad transportadora, el nivel del servicio y el tipo del vehículo a utilizar no es causal de nulidad de los mismos, dado que esta omisión es subsanable con la expedición de otro acto complementario o sustitutivo.

De otro lado, la parte actora no cumplió con la póliza exigida por el Artículo 38 del Decreto 1787 de 1990 y además las inquietudes si fueron resueltas con suficiencia por la Administración, al resolver el recurso de reposición, interpuesto por aquélla.

Carece de sustento el planteamiento de la demandante en el sentido de que como la Administración estaba actuando a instancia de parte y no de oficio, no podía escudarse en las necesidades sociales para restructuar el servicio, pues el Artículo 53 del Decreto 1787 de 1990 no hace distición alguna al respecto y por lo tanto el intérprete tampoco puede hacerla.

Por último, frente a la supuesta violación del derecho de defensa, cabe precisar que el no haber obtenido la parte actora en el término oportuno las copias solicitadas no limitó dicho derecho, ya que las oposiciones por ella presentadas debían basarse en sus propios estudios y no en los de las solicitantes.

Excepciones.

Falta de legitimación en la causa por activa, pues la parte actora no tiene exclusividad sobre el servicio público de transporte urbano colectivo

que opera la ruta No. 7 con destino y origen en el barrio Pinares de Armenia. El hecho de que el rendimiento económico de la demandante no sea el mismo, no la legitima para tratar de impedir que otras personas obtengan beneficios en el mismo renglón de trabajo.

En su alegato de conclusión (fl. 241 de Cdno. Ppal.) el apoderado de los terceros intervenientes manifiesta que la excepción en cuestión no tiene como finalidad la de discutir si la demandante tiene o no derecho a poner en movimiento el aparato jurisdiccional para obtener un pronunciamiento de fondo. sino que lo pretendido es que las pretensiones no tengan éxito.

Por su parte, el apoderado de la entidad demandada en su alegato de conclusión (fl. 247 *ibidem*) advierte que la demandante nunca fue autorizada por el Municipio de Armenia para cubrir la ruta 7 hasta el barrio Bosque de Pinares pues debe hacerse la distinción entre dicho barrio y el de Pinares. Con lo anterior pretende demostrar que la parte actora no se encontraba legitimada para actuar, pues no tenía interés en los actos acusados, dado que la ruta que cubría no es la misma que cubren sus representadas.

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 29 de agosto de 1994 se admitió la demanda (fl. 89 de Cdno. Ppal.).

Mediante proveído de 4 de noviembre de 1994 se abrió a pruebas el proceso y se decretaron las pedidas por las partes (fl.224. del Cdno. Ppal.).

Por auto de 9 de marzo de 1995 (fl. 240 del Cdno. Ppal.), se corrió traslado a las partes y al señor Agente del Ministerio Público para alegar de conclusión, derecho del cual hicieron uso la parte demandante (fl. 254 de Cdno. Ppal.), las sociedades terceras interesadas (fl. 241 *ibidem)* y la entidad demandada (fl. 247).

II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante la sentencia recurrida el Tribunal de origen denegó las súplicas de la demanda, con fundamento en las consideraciones que se resumen a continuación (fls 282 a 300 del Cdno. Ppal.):

La excepción de falta de legitimación por activa no prospera, puesto que se encuentra demostrado que la demandante, debidamente autorizada

por el Municipio de Armenia, cubría con la ruta No. 7 los Barrios Pinares y Bosques de Pinares.

Frente al primer cargo, esto es la violación del Artículo 36 del Decreto 1787 de 1990, de conformidad con las pruebas obrantes en el proceso se concluye, respecto tanto de la empresa Cooburquín como de Transportes Urbanos Ciudad Milagro Ltda., lo siguiente:

— En relación con el literal b) del citado Artículo, en los fls. 11 y 1, respectivamente, de las solicitudes presentadas por las empresas arriba citadas, se señala la longitud y tiempo actual ofrecido de la ruta solicitada; en los fls. 12 y 2, las características de la red vial a utilizar; y en los fls. 19 y 5, las características socio-económicas de los sectores involucrados en las rutas solicitadas.

— En relación con el literal b) de la misma norma, entre los fls. 29 y 35 y 6 y 21, aparecen cuadros estadísticos relacionados con la demanda real y potencial de transporte, sin que en la etapa probatoria la demandante haya demostrado la falsedad de dichos datos.

— En relación con el literal e) *ibidem* a fls. 36 y 22 a 28, aparecen analizadas la confrontación e incidencia de la ruta pedida con las áreas de influencia de lo autorizado, sin que igualmente la parte actora haya demostrado su falsedad, pues ni siquiera cuestiona este aspecto sino que simplemente lo ignora.

— En relación con el literal f), a fls. 37 y 28 a 30, obra el análisis vial y de tráfico que también fue ignorado por la demandante.

— En relación con el literal g), a fls. 38 y 39 y 30 y 31, se encuentra la disponibilidad técnica y financiera para llevar a cabo el proyecto, igualmente ignorado por la empresa actora.

— En relación con el parágrafo, debe decirse que si la resolución demandada no fijó la capacidad transportadora para la ampliación de la rutas, es porque con base en la primera parte del parágrafo, las empresas habían señalado la capacidad en su solicitud y el tipo de vehículos que pretendían utilizar.

En consecuencia, no prospera el cargo, puesto que como lo expuso la Resolución No. 0138 de 1994, las empresas en cuestión presentaron solicitudes que cumplían la totalidad de los requisitos legales.

Frente al segundo cargo, esto es, haber otorgado a las empresas transportadoras una ruta urbana que no se encontraba disponible, se tiene que el Artículo 32 del Decreto 1787 de 1990 precisa que hay disponibilidad de

ruta cuando al menos el 70% de la demanda potencial de la ruta carece de servicio sin transbordo entre el origen y destino de su viaje, exigencia que a jucio del Tribunal opera en los casos en los cuales el sector que pretende cubrir una nueva ruta tiene servicio permanente. En el presente caso, ocurre que la demanda potencial del sector en litigio (Barrio Bosques de Pinares) que forma parte de la ruta No. 7 que cubre la demandante no tiene incidencia alguna, ya que el Artículo 3° de la Resolución No. 0138 de 1994, que modificó la ruta No. 7 extendiéndola hasta dicho barrio, no lo hizo en forma definitiva, pues el ente municipal se reservó el derecho de modificarla o suspenderla de acuerdo con las normas vigentes y cuando las necesidades así lo exijan, y no existe duda que la demanda del 62.03% de que habla el estudio No. 003 de 1993, amerita que en forma definitiva se cubra tal ruta.

Por lo anterior, no prospera el cargo.

Respecto de la falsa motivación de los actos acusados, es cierto tal y como lo afirma la Resolución No. 0138 de 1994, que la demandante no solicitó aumento de frecuencias de la ruta No. 7, sino aumento de la capacidad transportadora de todas las rutas que cubre la empresa.

Igualmente es cierto lo dicho en la citada resolución en el sentido de que Cooburquín y Transportes Urbanos Ciudad Milagro Ltda., cumplieron con todos los requisitos exigidos por el Decrteo 1787 de 1990.

Asimismo, también es cierto que las oposiciones de la empresa actora no demuestran que el servicio actual es suficiente, dado que las mismas se limitan a cuestionar el cumplimiento de algunos requisitos de las solicitudes formuladas y a tachar de falsos los datos estadísticos presentados en relación con la demanda potencial, sin que tal circunstancia hubiese sido probada. Pero aun siéndolo, ello no implicaría que el servicio prestado por la ruta No. 7 de Buses Armenia Ltda. a la zona del Barrio Bosques de Pinares, fuese suficiente.

De igual manera, es cierto que las determinaciones de la Administración municipal son de carácter social, independientemente de si se trata de reestructurar un servicio de oficio o a instancia de parte, según claros mandatos constitucionales (Artículos 1° y 2°).

Si la decisión demandada se adoptó con base en el estudio No. 003 de 1993, el cual considera la actora plagado de imprecisiones, errores y falsedades y efectuado por personas no preparadas, debió probarlo y no simplemente limitarse a afirmarlo.

Por último, tampoco prospera el cargo de violación del derecho de defensa de la parte actora, pues la misma, según lo relata en la deman-

da, finalmente tuvo acceso a toda la documentación necesaria para formular sus objeciones. Lo que se observa es desorden en las oficinas municipales y talvez mala fe o desidia de algunos de sus funcionarios, lo que podría constituir faltas disciplinarias, pero no vulneración del de-recho de defensa.

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. 302 a 312 del Cdno. Ppal.):

1ª. En la demanda se expresó que en el literal b) del Artículo 36 del Decreto 1787 de 1990 fue violado por cuanto no se cumplió, por parte de las empresas solicitantes, con los siguientes requisitos:

a) Señalar la longitud de la ruta;
b) Indicar el tiempo de recorrido de la misma;
c) Referir el tiempo del servicio ofrecidos;
d) Describir las vías que han de utilizarse con las rutas;
e) Mencionar las características socio-económicas de los sectores en ella involucrados.

Respecto de las anteriores omisiones, el Tribunal sólo se pronunció frente a las dos últimas, concluyendo que este cargo no prosperaba, sin referirse a los tres primeros aspectos. Sin embargo, si se examina la solicitud presentada por Cooburquín, se tiene que la misma no cumplió con los requisitos del literal b) del Artículo 36 del Decreto 1787 de 1990, incurriendo por lo tanto el Municipio de Armenia en violación de dicha norma, al conceder una solicitud que no reunía los requisitos legales.

2ª. Frente al literal d) *ibidem*, estima el *a quo* que tampoco fue infringido, ya que la parte actora no demostró la falsedad que imputó al estudio anexo a la solictud presentada por Transportes Urbanos Ciudad Milagro Ltda., cuando lo cierto es que con la demanda se presentó una certificación del arquitecto residente de la obra Bosques de Pinares, en el sentido de que cuando fueron realizadas unas encuestas domiciliarias anexas a la solicitud en cuestión, no habían sido todavía contruidas las manzanas 12 y 13 en cuyas casas se anotó que vivían muchos de los encuestados.

Además, basta observar las encuestas que se aportaron al inicio de la presente demanda, para comprobar que en varios de los escrutinios aparece la misma dirección con datos diferentes, prueba más que suficiente de la falsedad.

3ª. Considera el fallador de primera instancia que tampoco se violó el literal f) del citado Artículo 36 que reclama el análisis vial y de tráfico de la

ruta, por cuanto los mismos aparecen a folios 28 y 37 de las respectivas solicitudes de ambas empresas.

Sobre el particular, es de anotar que si bien es cierto que en las solicitudes presentadas se mencionan las características físicas de las vías que serían utilizadas con la modificación de la ruta pedida, ninguno de los dos estudios contiene un análisis sobre el tráfico de la ruta, siendo el análisis de las vías un concepto estático relativo a las características de las carreteras o vías, en tanto que el tráfico entraña un aspecto dinámico, como que en esas vías circulan vehículos.

Sobre este último aspecto, que el Tribunal consideró sinónimo del primero, no aparece análisis alguno en los estudios de las empresas solicitantes, y ni siquiera se mencionó el volumen de vehículos que normalmente se desplaza por esas vías, los sitios de congestión vehicular, etc., aspectos que debieron ser tenidos en cuenta por la Administración municipal al decidir las solicitudes, lo cual no hizo.

4ª. Consideró el *a quo* que no se da la violación del parágrafo del Artículo 36, por cuanto en las solicitudes de las empresas se había señalado la capacidad transportadora, el nivel de servicio y el tipo de vehículo para servir la ruta.

Al respecto, debe decirse que la exigencia allí contenida va referida a las autoridades encargadas de autorizar el servicio de una ruta, pues en la misma no se menciona a la solicitud de ruta sino a la "resolución que la otorgue", luego no puede decirse que este requisito fue cumplido en las solicitudes.

Como quiera que la demanda debía exigir el lleno de todos y cada uno de los requisitos legales previstos en el Artículo 36, al acceder a esa solicitud así sea faltando uno de los mismos, la Administración incurrió en infracción de dicha disposición, viciando de nulidad los actos acusados.

5ª. Estimó el Tribunal de origen que las resoluciones acusadas no están viciadas de falsa motivación porque la parte actora no demostró que el estudio No. 003 de 1993, que sirvió de base a las resoluciones, estu-viera "plagado de imprecisiones, falsedades y errores y que fue efectuado por personas sin la preparación necesaria", cuando lo cierto es que ello sí aparece comprobado, pues de la simple lectura del citado estudio, se desprenden incontables errores aritméticos y conceptuales.

Inclusive, el funcionario que estaba a cargo de la Dirección de Rutas y Transportes, *Juan Carlos Gómez Ibáñez*, quien dispuso la elaboración del estudio 003 y cuyo testimonio ni siquiera fue valorado en la sentencia, reconoció las irregularidades sin justificarlas.

Finalmente, de los testimonios de los señores *Edier Apolinar García* y *Nayra Ramírez Gómez*, quienes participaron por cuenta del Municipio de Armenia en la recolección de los datos que aparecen en el estudio 003, se acredita su falta de idoneidad en este tipo de trabajo técnico y la falta de métodos técnicos utilizados, cuando dijeron, por ejemplo, haber recolectado los datos de volumen de pasajeros calculando desde el andén mientra el bus pasaba por la calle.

La Sala hace notar que en el correspondiente alegato de conclusión, la apelante, además de reiterar las razones de inconformidad para con la sentencia de primera instancia formuladas en el escrito sustentatorio del recurso, plantea nuevos argumentos en apoyo del mismo.

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado ante esta Corporación es partidiario de la confirmación de la sentencia recurrida, por cuanto estima que en los estudios de factibilidad presentados tanto por Cooburquín como por Transportes Urbanos Ciudad Milagro Ltda., reposan los croquis con los trazados de las rutas 16 y 29, el tiempo de recorrido y el tiempo de servicio.

Además, observa que con las Resoluciones Nos. 1050 del 16 de noviembre de 1988 y 337 del 10 de julio de 1991 se reestructuraron las rutas de transporte urbano en Armenia, constando en la última que se adicionó la ruta del Barrio Bosques de Pinares.

Respecto de las irregularidades del estudio No. 003 de 1993, las cuales sustenta la parte actora con testimonios, debe decirse que el Ingeniero *Heriberto Rojas Rodríguez* en sus explicaciones profesionales se remite a los datos consignados por escrito y obrantes en el expediente, concluyendo que toda encuesta se elabora con márgenes de error.

Finalmente, considera que los testimonios citados por el actor no desvirtuan la presunción de legalidad que ampara a los actos administrativos acusados.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer término, la Sala se refiere a lo expresado por el apoderado de las empresas terceras intervinientes, quien en su alegato de conclusión ante el Tribunal de origen, manifiesta que la excepción de falta de legitimación de la causa por activa por él propuesta no va dirigida a que el pronunciamiento sea inhibitorio, sino a que las pretensiones de la demanda sean desestimadas.

Sobre el particular, esta Corporación aclara que la finalidad de las excepciones, contrario a lo que afirma el citado apoderado, es precisamente

el que no haya un pronunciamiento de fondo, pues al contener los mismos aspectos modificativos, impeditivos o extintivos de la acción, en caso de prosperar alguna de ellas, no pueden denegarse las súplicas de la demanda, dado que ello implica efectuar un análisis de fondo que no es procedente en dicho evento. Por lo tanto, tal argumento de defensa no constituye realmente ninguna excepción.

Efectuada la anterior aclaración, procede la Sala al estudio de las razones expuestas por la recurrente en su escrito de apelación, a las cuales se circunscribirá el análisis, ya que la oportunidad para expresar la inconformidad con la sentencia apelada es precisamente la sustentación del recurso, pues de no ser así, ello iría en contra del derecho de defensa de los demás intervinientes. En consecuencia, no serán analizados en esta instancia los nuevos argumentos de la apelante identificados en su alegato de conclusión como razones "2", "3" (parcialmente), "4" y "7", por no haber sido planteados en el memorial sustentatorio.

1ª. Considera el apelante que el literal b) del Artículo 36 del Decreto 1787 de 1990 se consideró violado por no cumplir algunos de los requisitos allí establecidos, pero el Tribunal no se pronuncio frente a la omisión de las entidades solicitantes, quienes no señalaron la longitud de la misma, el tiempo de recorrido de la ruta y el tiempo de servicio ofrecido.

Sobre el particular, observa la Sala que no le asiste razón a la apelante, pues en la setencia de primera instancia el *a quo* se refiere al cumplimiento de dichos requisitos, citando los folios de las solicitudes donde se encuentran contenidos, como puede apreciarse a folios 293 a 296 del Cuaderno Principal.

En efecto, a folio 11 del Cuaderno No. 4, contentivo de la solicitud presentada por Coorburquín, se lee que la longitud total del recorrido solicitado es de 16.6 kilómetros, con un tiempo de viaje de 70 minutos y en promedio 20 kilómetros por hora de velocidad; y al folio 17 *ibidem* se informa que el servicio se prestará entre las 6:00 y las 23 horas.

Así mismo, a folio 1 de Cuaderno No. 5, contentivo de la solicitud de Transportes Urbanos Ciudad Milagro Ltda., se dice que la longitud es de 17.9 kilómetros, el tiempo de recorrido 90 minutos y el tiempo de servicio de 6:00 a.m a 10:30 p.m.

En consecuencia no prospera el cargo.

2ª. Frente al literal d) del citado Artículo 36, considera la recurrente que la falsedad imputada al estudio presentado por Transportes Urbanos Ciudad Milagro Ltda., se encuentra plenamente demostrada, de una parte,

con la certificación expedida por el arquitecto de la obra Bosques de Pinares donde se afirma que cuando fueron realizadas las encuestas aun no habían sido construidas las manzanas 12 y 13; y de otra, con las encuestas en las cuales aparece una misma dirección con datos diferentes.

A folio 7 del Cuaderno No. 3 se encuentra la certificación reseñada por la parte actora, donde se lee:

> *"Por medio de la presente **certifico** que la Manzana 11 de la Urbanización Bosques de Pinares se encuentra en un proceso de acabado y además de tener un 10% de Habitación, es decir hay solamente 12 viviendas ocupadas; así mismo la Manzana 12, se encuentra en proceso de construcción. La Manzana 13 se encuentra (sic.) únicamente realizados los trabajos de nivelación y alcantarillado".*

Del texto anterior no puede afirmarse, respecto de la manzana 12, que por encontrarse en proceso de construcción no puedan existir viviendas ya habitadas, lo cual sí puede afirmarse frente a la manzana 13, pero a juicio de la Sala tal circustancia no puede tenerse como una falsa motivación, dado que el número de encuestas supuestamente realizadas en esta última manzana asciende a 16, lo cual no es un número significativo frente al total de las encuestas realizadas, esto es, aproximadamente 330.

Además, la Administración municipal efectuó un nuevo estudio en cumplimiento de lo preceptuado en el Artículo 39 del Decreto 1787 de 1990 y en razón a las oposiciones presentadas por la parte actora en contra de las solicitudes de las terceras aquí intervinientes, estudio sobre el cual se basó la decisión cuestionada y que aparece a folios 29 y siguientes del Cuaderno No. 9.

De otra parte, esta Corporación no comparte la apreciación de la recurrente en cuanto a que la falsedad de las encuestas se demuestra por encontrarse en éstas varias veces una misma dirección con datos diferentes, pues teniendo en cuenta que por norma general en una vivienda habita más de una persona, es lógico que no todas tengan la misma necesidad del servicio, la misma frecuencia de utilización, etc., lo cual justifica la diferencia en los datos consignados.

De todas maneras, frente al argumento analizado también debe decirse que la decisión adoptada, en últimas, se efectuó con base en el estudio realizado por la entidad demandada.

Por lo anterior, el cargo no prospera.

3ª. Se violó el literal f) del Artículo 36 del Decreto 1787 de 1990, pues las empresas solicitantes no efectuaron análisis alguno sobre el tráfico de las

rutas, considerando el *a quo* que éste es sinónimo de las características físicas de las vías, cuando lo cierto es que uno y otro son dos conceptos diferentes.

A folios 12 a 15 de la solicitud presentada por Cooburquín (Cdno. No. 4), se observa que al analizar las características de la red vial a utilizar, se señala, por ejemplo, que la carrera 23 es la vía local distribuidora del tráfico; que en la carrera 21 circula transporte público colectivo e individual; que la carrera 19 es el principal corredor de tráfico de la ciudad para recoger los volúmenes de tránsito originados por el transporte urbano e interurbano; que la carrera 18 es una de las principales arterias de la ciudad, pues trae todo el tráfico del sur hacia el centro, etc.

Así mismo, a folio 32 *ibidem* se señala el porcentaje de cada uno de los tipos de vehículos utilizados por los encuestados, en la ruta solicitada, así: 96.11%; buseta: 0.63%: taxi: 2.25%; y vehiculo particular 0.99%.

De igual manera, a foilo 37 *ibidem* se dice que en las vías a utilizar por la ruta No. 16, circulan vehículos de servicio público automotor urbano y en algunas de ellas vehículos de servicio municipal e intermunicipal.

Por su parte, en la solicitud presentada por Transportes Urbanos Ciudad Milagro Ltda., a folio 17 (Cdno. No. 5) se señala igualmente el tipo de vehículo utilizado en la ruta solicitada, esto es, bus: 90%; buseta: 8%; taxi: 1%; y vehículo particular 1%.

A folios 28 a 30 *ibidem* se describe el tráfico de las vías a utilizar, cuando se dice por ejemplo que en el tramo comprendido entre la Glorieta de Tres Esquinas y la entrada a Castilla se presenta flujo de vehículos tipo camión y tractomulas; que en la parte comprendida entre la entrada a Castilla y a la Urbanización Bosques de Pinares transitan los buses de la ruta No. 7 y algunos vehículos particulares; y que el tramo carrera 18 hasta la calle 36 es el paso inexorable para todo tipo de vehículos que del sur se dirigen hacia la terminal de transportes y el sur de la ciudad.

Se concluye entonces que carece de respaldo lo afirmado por la sociedad recurrente, pues lo anteriormente reseñado sin lugar a dudas, se refiere al volumen y tipo de tráfico, cumpliéndose por lo tanto el requisito en cuestión.

Por lo anterior el cargo es despachado desfavorablemente.

4ª. Según el recurrente, es errada la apreciación del Tribunal en el sentido de que no se violó el parágrafo del Artículo 36 del Decreto 1787 de 1990, por considerar que al haber sido señaladas en las respectivas solicitudes la capacidad transportadora, el nivel de servicio y el tipo de vehículo para servir las rutas no se hacía necesario que en los actos acusados hubiese pronunciamiento al respecto.

Prescribe el citado parágrafo del Artículo 36:

"Para solicitar áreas de operación, rutas y horarios o frecuencias de despacho, no es necesario tener autorizado el tipo de vehículo o el nivel de servicios solicitados para servirlas.

Si la empresa sale favorecida, se le fijará la capacidad transportadora y el nivel del servicio y tipo de vehículo en la resolución que la otorgue".

Si bien es cierto que en las resoluciones acusadas no se dijo nada sobre la capacidad transportadora, el tipo de vehículo y el nivel de servicio, esta Corporación considera que por no tratarse de una nueva ruta, sino de la modificación de una ya existente, y habiéndoles sido ya fijados dichos conceptos a las empresas solicitantes mediante las Resoluciones Nos. 1647 de 16 de diciembre de 1992 y 1397 de 30 de diciembre de 1991 a Cooburquín (fl. 5 del Cdno. No. 4) y Nos. 042 de 28 de julio de 1989 y 338 de diciembre de 1990 a Transportes Urbanos Ciudad Milagro Ltda. (fls. 1 y 31 del Cdno. No. 5), no era necesario que los actos acusados se refirieran a tales aspectos.

Por lo anterior, no prospera el cargo.

5ª. Expresa el recurrente que con la simple lectura del estudio No. 003 de 1993, elaborado por la Administración Municipal, se comprueba que en efecto el mismo contiene imprecisiones, falsedades y errores, y que fue efectuado por personas sin la preparación necesaria, corroborándose lo anterior con los testimonios rendidos por el ingeniero *Juan Carlos Gómez Ibáñez* y por los señores *Edier Apolinar García* y *Nayra Ramírez Gómez.*

En el Anexo No. 3 obra el testimonio rendido por el señor *Juan Carlos Gómez Ibáñez,* quien participó en la elaboración del estudio No. 003 de 1993 en cuestión. A folio 2 del citado anexo, frente a la preguna de "Se afirma en esta diligencia que en las encuestas puerta a puerta hubo viviendas que se encuestaron dos veces con datos completamente diferentes, como ocurrió en la Mz. 3 del Barrio Bosques de Pinares con las viviendas 17, 20, 38 y 40, en la Mz. 4 con las viviendas 2, 8, 11, 14, 17, 23, 65, 74, 77, 92 95, 98, 113 y 129; así mismo, se citan encuestadas casas de numeración inexistente. ¿Qué opina o puede decir al respecto? ***Contestó:*** "Dentro de un estudio de estos es posible que se presenten fallas como las que ustedes están enumerando, fallas éstas que pueden tener origen en los encuestadores al no repartirse exactamente los sectores a encuestar; de todas formas, para estos estudios se tiene un margen de error aceptable y tocaría determinar si dentro de todo el paquete estos errores acumulan el porcentaje necesario para que las encuestas pierdan credibilidad".

Lo anteriormente descrito evidencia que si bien es cierto el testigo acepta que puede presentarse un margen de error en las encuestas reali-

zadas, también lo es que correspondía a la demandante demostrar que el margen de error fue tan alto que el estudio en cuestión no ofrecía credibilidad alguna.

De otra parte, de los testimonios de los señores *Apolinar García* y *Nayra Ramírez*, los cuales se encuentran a folios 16 a 19 del Cuaderno No. 9, se extrae que en efecto el conteo por ellos realizado, respecto de los usuarios de la ruta No. 7, se hizo desde el andén y no dentro de los respectivos buses que la sirven, pero no por ello puede decirse que los datos así obtenidos son falsos, dado que el primero afirma que se encontraba ubicado en tal forma tal que podía observar el bus mucho antes de que el mismo llegara a dicho sitio, lo que le permitía tenerlo bajo su observación un buen trayecto y le daba tiempo para contar las personas en forma adecuada, y la segunda, si bien manifiesta que en algunas ocasiones el conteo se hacía en forma aproximada teniendo en cuenta el número de pasajeros que cabían sentados y de pie, no lo es menos que la parte actora, tal y como se expresó anteriormente, debió demostrar, cuestión que no efectuó, que el margen de error fue de tal magnitud que el estudio 003 dejó de ser confiable.

Por lo expuesto, el cargo es desestimado.

No habiendo logrado la recurrente desvirtúan la presunción de legalidad de las Resoluciones Nos. 0138 y 0415 de 1994, expedidas por la Alcaldía del Municipio de Armenia, la sentencia apelada deberá ser confirmada, como en efecto se hará en la parte resolutiva de esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero. CONFIRMASE la sentencia recurrida en apelación, proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío el 14 de septiembre de 1995.

Segundo. De conformidad con lo previsto por los Artículos 171 de C.C.A., y 392-3 del C. de P.C., CONDENASE a la parte actora en costas de la segunda instancia.

En firme esta providencia, DEVUELVASE 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 de venticinco (25) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Juan Alberto Polo Figueroa, Libardo Rodríguez Rodríguez, Manuel S. Urueta Ayola.*

SITUADO FISCAL - Municipios / **INGRESOS CORRIENTES DE LA NACION** - Asignación / **AREAS PRIORITARIAS DE INVERSION SOCIAL** - Ampliación / **CONPES** - Funciones / **SUSPENSION PROVISIONAL** - Improcedencia

De la simple lectura de los considerandos y de la parte dispositiva del acto acusado se evidencia con meridiana claridad que el Gobierno Nacional en momento alguno procedió a "fijar" o a "ampliar" los sectores o áreas prioritarias de inversión social que pueden ser financiados por los municipios con la participación de los ingresos correpondientes de la Nación, como lo plantea la demandante, sino que sencillamente se limitó a adoptar para el año de 1996 la inclusión de otros sectores que el Conpes para la política social estimó conveniente a solicitud de la Federación Colombiana de Municipios, en virtud de la facultad que le fue conferida por el Artículo 21 numeral 16 de la Ley 60 de 1993. La Sala considera que el hecho de que el citado Artículo 21 numeral 16 de la Ley 60 de 1993 haya facultado al Conpes para la política social para ampliar las áreas prioritarias de inversión social que pueden ser financiadas por los municipios con los ingresos corrientes de la Nación, en momento alguno permite concluir tajantemente que la etapa procesal de tal regla de competencia impide al Presidente de la República, en ejercicio de la potestad reglamentaria a él atribuida por el Artículo 189-11 de la Carta Política, llevar a rango normativo reglamentario decisiones adoptadas por dicho organismo sobre la materia en cuestión para la cumplida ejecución de los mandatos de la ley.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá D.C., venticinco (25) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: Doctor : *Libardo Rodríguez Rodrígez.*

Referencia: Expediente No. 3661. Actora: Martha Patricia Ramírez Nieto.

La ciudadana *Martha Patricia Ramírez Nieto,* en ejercicio de la acción consagrada en el Artículo 84 de C.C.A., solicita de esta Corporación la declaratoria de nulidad, previa suspensión provisional del Decreto 159 de enero 19 de 1996, "por medio del cual se adoptan otros sectores de inversión financiables con la participación de ingresos corrientes de la Nación", expedido por el Gobierno Nacional, con la firma del Director del Departamento Nacional de Planeación.

I. ADMISION DE LA DEMANDA

Como la demanda, una vez corregida, reúne los requisitos formales exigidos en los Artículos 137 y ss. del C.C.A., se dispondrá su admisión en la parte resolutiva de esta providencia.

II. SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

En escrito separado de la demanda la accionante solicita decretar la suspension provisional del acto acusado pues considera que incurre en violación flagrante de los Artículos 357 de la Carta Política, adicionado por el Acto Legislativo No. 1 de 1995 y 21 numeral 16 de la Ley 60 de 1993, debido a que ninguna de tales normas le asignó competencia al Gobierno Nacional para fijar o ampliar las áreas o sectores de inversión social financiables con la participación de ingresos corrientes de la Nación.

La actora concreta el cargo en los siguiente términos:

*"De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 357 de la Constitución Política, el Gobierno Nacional carece de competencia legal o administrativa para fijar las áreas prioritarias de inversión social. A ello se suma que el legislador no le defirió tal competencia en la ley 60 de 1993. De este modo al expedir un acto administrativo —**decreto reglamentario**— ampliando sectores de inversión social, contraviene de manera flagrante lo dispuesto en el Artículo 357 de la Carta por cuanto asume una competencia que normativamente no le ha sido otorgada. La violación anotada se percibe mediante una sencilla comparación de las normas acusadas.*

Para que el ejecutivo haya hecho uso de la atribución de ampliar sectores de inversión social financiables con la participación municipal en los ingresos corrientes de la Nación, se indaga ¿cuál es la competencia constitucional y legal que faculta al Ejecutivo para ampliar los sectores de inversión social?; el Gobierno, sin esta autorización, ¿puede ampliar los sectores?

El legislador defirió la competencia de determinar los sectores al Conpes no al Ejecutivo, si dicha función se ajusta o no a la Carta es competencia

de la Corte Constitucional determinarlo, pero tal función no se atribuyó, de ningun modo, al Gobierno Nacional.

En este orden de ideas, para aceptar la validez de la medida contenida en el Decreto 159 de 1996, la Ley 60 debió ser explícita en conceder tal atribución al Ejecutivo. Si éste lo hace, prescindiendo del mandato legal, estaría determinando las áreas prioritarias de inversión social, función, por disposición del Artículo 357, a cargo del legislador. Así, el Gobierno Nacional está asumiendo una función radicada en cabeza del legislador. En consecuencia, tal acto es incostitucional.

La Ley 60 defirió la competencia de manera autónoma al Conpes y no la supeditó a una sanción ulterior. Aceptar algo contrario es fijar un paso o procedimiento no previsto en la ley, para el cual se carece de competencia normativa".

Para resolver, ***se considera:***

El Artículo 357 de la Carta Política defirió a la ley, entre otros aspectos, la definición de las áreas prioritarias de inversión social que pueden ser financiadas por los municipios con la participación de los ingresos corrientes de la Nación.

Dicho mandato constitucional fue desarrollado mediante el Artículo 21 de la Ley 60 de 1993, el cual dispone en su numeral 16:

*"**Artículo 21. Participación para sectores sociales.** Las participaciones a los Municipios de que trata el Artículo 357 de la Constitución, se destinará a las siguientes actividades:*

(...)

(...)

16 . En otros sectores que el Conpes social estime conveniente y a solicitud de la Federación Colombiana de Municipios".

Mediante el Decreto acusado el Presidente de la República, con la firma del Director del Departamento Nacional de Planeación, "en ejercicio de la facultad establecida en el Artículo 189, numeral 11 de la Constitución Política", previas consideraciones acerca del contenido de las normas atrás reseñadas, "que la Federación Nacional de Municipios, en desarrollo de lo preceptuado en el numeral 16 del Artículo 21 de la Ley 60 de 1993, solicitó al Conpes para la Política Social la ampliación de las áreas prioritarias de inversión social"; " que de conformidad con el numeral 16 del Artículo

21 de la Ley 60 de 1993 el Conpes para la Política Social estimó conveniente la inversión en otros sectores, según Documento Conpes Social 031 de 1995"; y "que corresponde al Gobierno Nacional adoptar mediante Decreto reglamentario el dictamen técnico proferido por el Consejo de Política Económica y Social para la Política Social", dispone lo siguiente:

*"**Artículo 1°.** Adoptar para el año de 1996 la inclusión de otros sectores que pueden ser financiados o cofinanciados por los municipos con los recursos de la libre inversión del veinte por ciento (20%) de su participación en los ingresos corrientes de la Nación, según estimación hecha por el Conpes para la Política Social, así:*

Desarrollo comunitario.
Equipamiento Municipal.
Electrificación.
Inversión Social.

***Artículo 2°.** Para efectos del presente Decreto, desarrollo comunitario incluye actividades de divulgación, capacitación, asesoría y asistencia técnica a la comunidad para consolidar procesos de participación ciudadana para el desarrollo de la sociedad civil, el desarrollo de las capacidades para la participación en programas sociales y el fortalecimiento de los espacios, estructuras y mecanismos de participación política, conforme a la ley.*

Equipamiento municipal, contempla actividades de construcción, ampliación y remodelación de mataderos públicos, plazas de mercado y cementerios publicos. Incluye también la reconstrucción de construcciones públicas afectadas por grave calamidad (en particular terremotos y ataques de la subversión).

Electrificación se refiere exclusivamente a actividades de extensión de la red de electrificación en zonas urbanas y rurales.

Inversión social incluye el pago de aquellos compromisos crediticios adquiridos en todos los sectores y actividades autorizadas por la Ley 60 de 1993 y en el presente Decreto, y en todos los sectores autorizados por la Ley 12 de 1986, siempre y cuando las deudas correspondientes hayan sido contraídas con anterioridad a la expedición de la Ley 60 de 1993.

***Artículo 3°.** El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación".*

Ahora bien, luego de realizar la confrontación del acto acusado con las normas invocadas en sustento de la medida precautelativa, para la Sala es cuestionable que de tal ejercicio no es posible deducir la transgresión

de estas últimas, menos aún en el grado de "manifiesta" que exige el Artículo 152 del C.C.A., como requisito para su procedencia.

En efecto, de una parte, de la simple lectura de los considerandos y de la parte dispositiva del acto acusado se evidencia con meridiana claridad que el Gobierno Nacional en momento alguno precedió a "fijar" o a "ampliar" los sectores o áreas prioritarias de inversión social que pueden ser financiados por los municipios con la participación de los ingresos corrientes de la Nación, como lo plantea la demandante, sino que sencillamente se limitó a *adoptar* para el año de 1996 la inclusión de otros sectores que el Conpes para la Política Social estimó conveniente a solicitud de la Federación Colombiana de Municipios, en virtud de la facultad que le fue conferida por el Artículo 21 numeral 16 de la Ley 60 de 1993.

De otra parte, la Sala considera que el hecho de que el citado Artículo 21 numeral 16 de la Ley 60 de 1993 haya facultado al Conpes para la Política Social para ampliar las áreas prioritarias de inversión social que pueden ser financiadas por los Municipios con los ingresos corrientes de la Nacion, en momento alguno permite concluir tajantemente en esta etapa procesal que tal regla de competencia impide al Presidente de la República, en ejercicio de la potestad reglamentaria a él atribuida por el Artículo 189-11 de la Carta Política, llevar a rango normativo reglamentario las decisiones adoptadas por dicho organismo sobre la materia en cuestión para la cumplida ejecución de los mandatos de la ley.

En mérito de lo expuesto, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

Primero. ADMITIR la demanda presentada por la ciudadana Martha Patricia Ramírez Nieto.

En consecuencia se dispone:

a) Tener como parte demandante a la mencionada ciudadana;

b) Tener como parte demandada a la Nación Colombiana, representada por el Director del Departameto Nacional de Planeación;

c) Notificar personalmente esta decisión al citado funcionario, con entrega de copia de la demanda y sus anexos;

d) En aplicación del Artículo 56 del Decreto 2651 de 1991, notificar personalmente la admisión de la demanda al señor Procurador Delegado ante esta Corporación, con entrega de copia de la demanda y sus anexos;

e) Fijar en lista el presente negocio por el término de cinco (5) días para que la parte demandada y los intervinientes, si los hubiere, puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas;

f) Solicitar al Departamento Nacional de Planeación, por intermedio de su Secretaría General, el envío de los antecedentes administrativos de los actos causados, dentro de los quince (15) días siguientes al recibo de los correspondientes oficios;

g) En acatamiento de lo dispuesto en el numeral 4 del Artículo 207 del C.C.A., en concordancia con el Decreto 2867 de 1989 y en orden a cubrir los gastos ordinarios del proceso, el accionante deberá depositar la suma de cinco mil pesos ($5.000.oo) mcte en efectivo, dentro de los diez (10) días siguientes al de regreso del expediente a la Secretaría de la Sección;

Segundo. DENIEGASE la solicitud de decretar la suspensión provisional del Decreto 159 de enero de 1996, expedido por el Gobierno Nacional.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veinticinco (25) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Juan Alberto Polo Figueroa, Libardo Rodríguez Rodríguez, Manuel S. Urueta Ayola.*

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO - Pruebas / **ACTUACION ADMINISTRATIVA** - Control de legalidad / **ACTUACION ADMINISTRATIVA** - Asistencia de apoderado / **DERECHO DE DEFENSA** - Ausencia de violación

De aceptarse como cierto que la petición resuelta mediante los actos administrativos acusados fue irrespetuosa, ello de manera alguna traería como consecuencia la nulidad de los mismos, pues tal hecho no puede considerarse como un vicio que invalide su expedición, dado que lo que aquí se controvierte es la legalidad de la actuación administrativa que precedió su expedición. En el procedimiento administrativo, las pruebas, para el caso concreto, las declaraciones rendidas dentro del mismo, no están sujetas a una ritualidad especial. Respecto a la apreciación de la demandante en el sentido de que también fue violado el derecho de defensa de los declarantes por cuanto no estaban asistidos por defensor alguno, debe precisarse, en primer lugar, que por no tratarse de una sindicación de carácter penal en contra de los declarantes, no se hacía necesario el que estuviesen representados por apoderado, y, en segundo lugar, que en todo caso no existe prueba en el expediente de que los interrogados hayan solicitado estar asistidos de un abogado y que tal solicitud les hubiere sido negada. Además, las diligencias estuvieron presididas por la inspectora del Trabajo y del contenido de las declaraciones rendidas en manera alguna se evidencia que el derecho de defensa haya sido contrariado. En virtud de las normas es imposible que una resolución pueda derogar un decreto reglamentario.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: Doctor *Manuel S. Urueta Ayola*

Referencia: Expediente No. 3071. Actor: Colegio Nacional de Periodistas. Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

El Colegio Nacional de Periodistas, a través de apoderado y en ejercicio de la acción prevista en el Artículo 85 del C.C.A., solicita de esta Corporación: a) La nulidad de las Resoluciones Nos. G-004 de 25 de junio de 1992 y E-00163 de 9 de septiembre del mismo año: y b) A título de restablecimiento del derecho, se reconozca a la Junta Directiva de dicho colegio, que cumplió con los requisitos pertinentes para su elección.

I. LOS ACTOS ACUSADOS

1°. Resolución No. G-004 de 25 de junio de 1992, a través de la cual la Inspección de Trabajo de la Sección de Trabajo e Inspección y Vigilancia de la Dirección Regional de Santander, improbó la elección y designación de la Junta Directiva del Colegio Nacional de Periodistas, Seccional Santander.

2°. Resolución No. E-00163 de 9 de septiembre de 1992, por medio de la cual la Jefatura de la Sección de Trabajo e Inspección y Vigilancia de la Dirección anteriormente citada, resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución No. G-004, confirmándola.

II. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

— De orden constitucional: Artículos 23 y 29.

— De orden legal: Artículos 6° incisos 3° y 5° del C.C.A.; 4°., 63, 66 y 71 del C. de P. C.; 59 del C.P del T.

— De orden reglamentario: Resolución No. 1718 de 1991, expedida por el Ministerio de Trabajo.

Primer cargo. El procedimiento que culminó con los actos acusados violó el Artículo 23 de la Constitución Política, por cuanto el impugnante de la elección, señor *Jorge Murillo Ramos*, presentó ante la inspectora de Trabajo escritos groseros, irrespetuosos y ultrajantes que violan los más elementales derechos de las personas, los "debieron ser rechazados de plano por la Funcionaria del Trabajo".

Segundo cargo. El debido proceso fue violado por la funcionaria laboral "al permitir que dentro de la investigación que ella adelantó intervinieran simútaneamente el impugnante *Jorge Murillo Ramos* y su apoderado el abogado *Gerardo Vargas Rincón*, cuando ningún procedimiento permite la doble actuación, en primer lugar, y en segundo lugar cuando no se trataba de Audiencia de Conciliación o de Interrogatorio de Parte, diligencias únicas permitidas por las Normas Laborales dentro del trámite administrativo".

Tercer cargo. Fue desconocido el inciso 6° del Artículo 3° del C.C.A., que habla del principio de imparcialidad, porque "la anterior disposición no fue tenida en cuenta por la funcionaria laboral, pues desde antes de presentarse la Solicitud de Inscripción de la Nueva Junta Directiva, ella ya había sido aleccionada por el ciudadano *Jorge Murillo Ramos* para que obstaculizara por todos los medios el reconocimiento de la Junta".

Cuarto cargo. El Artículo 4° del C. de P. C., que se refiere a la interpretación de las normas procesales también fue violado, por cuanto la Inspectora en su equivocado trámite utilizó normas del C.C.A., del C.L. y del C. de P.C., sin otorgar la garantía constitucional del debido proceso y sin respetar el derecho de defensa, ya que permitió que el impugnante como su apoderado "...interrogaran a su antojo a las personas citadas por su despacho, no para interrogatorio de parte, y sin estar asistidos por defensor, produciéndose en consecuencia la desigualdad de las partes en el proceso".

Quinto cargo. Se transgredió el derecho de postulación contenido en el Artículo 63 del C. de P.C., pues el impugnante otorgó poder a un abogado para que lo representara en la actuación ante la Regional del Trabajo, perdiendo automáticamente por lo tanto la personería para actuar. Sin embargo, con la anuencia de la funcionaria del Ministerio de Trabajo el poderdante intervino independientemente, así como conjuntamente con su apoderado, con lo que de paso se viola el Artículo 66 *ibidem,* dado que se permitió actuar simultáneamente al poderdante y al apoderado, pues ambos interrogaron y presentaron escritos y alegatos sobre la apelación.

Sexto cargo. Los numerales 1, 2 y 3 del Artículo 71 del C. de P.C. fueron violados, al obrar el impugnante de mala fe, pues su único propósito fue el de que no se reconozca la nueva Junta Directiva para que así no haya representación legal para defender los derechos del Colegio Nacional de Periodistas, los cuales fueron usurpados por el señor *Murillo* y el anterior presidente, señor *Francisco Herreño.* También obró temerariamente al invocar pretensiones no probadas, y al presentar escritos carentes del más mínimo respeto que deben tener los derechos de las personas.

Séptimo cargo. Se violó el Artículo 59 del C. de P. L., pues los periodistas que tuvieron que acudir a declarar, citados de oficio por la funcionaria laboral, "...no fueron interrogados 'libremente'; como lo señala la norma, sino bajo la gravedad del juramento, y no solamente eso, sino que permitió que fueran interrogados por el Impugnante y su Apoderado simultáneamente, como si se tratara de un interrogatorio de Parte jamás solicitado".

Octavo cargo. Se dejó de aplicar la Resolución No. 1718 de 1991 del Ministerio de Trabajo, en el sentido de que para el trámite de registro de cambios en la Junta Directiva, de que trata el Artículo 371 del C.S.T., debe

seguirse las pautas señaladas en dicha resolución y no los del Decreto Reglamentario 1469 de 1978, el cual debe entenderse tácitamente subrogado por la citada resolución, pues el Decreto acusa vacíos en cuanto a términos, notificaciones y recursos, mientras que la Resolución 1718 es muy clara al señalar que para el efecto se sigan las disposiciones contempladas en el C.C.A.

Lo anterior, según la parte actora, se fundamenta en el "Comentario Legis. Código interno No. 3437 del Código de Régimen Laboral Colombiano, al referirse al Registro Sindical, que debe tramitarse según la Resolución 1718/91, para los diferentes actos de las organizaciones sindicales, entre los cuales están: "Las publicaciones de los actos administrativos que ordenan la inscripción de los sindicados, las modificaciones estatuarias, *"y los cambios que se producen en la composición de las juntas directivas y su representación legal"*.

III. ACTUACION

Tramitado este proceso inicialmete ante el Tribunal Administrativo de Santander, el 23 de junio de 1994 se produjo sentencia denegatoria de las pretensiones de la demanda contra la cual se interpuso oportunamente el recurso de apelación. Surtido el trámite de la segunda instancia ante el Consejo de Estado, el Magistrado Sustanciador se percató en el momento de redactar el proyecto de sentencia que el proceso de la referencia era de única instancia ante la Corporación por lo que hubo necesidad de decretar la nulidad de todo lo actuado. Así las cosas, mediante proveído de 27 de enero de 1995 se admitió la demanda que fue notificada a la Dirección Nacional del Trabajo de Santander, quien no la contestó.

Llegada la oportunidad de proferir el fallo de única instancia, la Magistrada Sustanciadora observó que el despacho había omitido pronunciarse respecto de las pruebas solicitadas por la parte actora, lo que condujo a una nueva declaratoria de nulidad respecto de lo actuado, a partir de aquel momento.

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurardor Segundo Delegado ante esta Corporación no rindió nuevamente concepto, pues ya lo había hecho antes de que se decretara la segunda nulidad.

V. LA DECISION

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

CONSIDERACIONES

Frente al primer cargo. Preceptúa el Artículo 23 de la Constitución Política:

"Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales".

Considera la demandante que la norma arriba transcrita fue violada con la expedición de los actos acusados, por cuanto el impugnante, señor *Murillo Ramos* "...esgrime argumentos groseros, irrespetuosos y ultrajantes que violan los más elementales derechos de la personas..." debiendo haber sido rechazada de plano dicha petición por la funcionaria del Trabajo.

Para la Sala el anterior cargo no tiene vocación de prosperidad, ya que quien debe determinar si se trata de una petición irrespetuosa o no es el funcionario a quien se le dirige. En el caso *sub judice* la funcionaria de la Oficina del Trabajo, lejos de contrariar el canon constitucional que se que se invoca como violado lo que hizo fue darle aplicación, al tramitar la petición presentada por el señor *Murillo Ramos.*

De otra parte, de aceptarse como cierto que la petición resuelta mediante los actos administrativos acusados fue irrespetuosa, ello de manera alguna traería como consecuencia la nulidad de los mismos, pues tal hecho no puede considerarse como un vicio que invalide su expedición, dado que lo que aquí se controvierte es la legalidad de la actuación administrativa que precedió su expedición.

Frente al segundo, cuarto, quinto y séptimo cargos: En esencia, considera la parte actora que se violó el debido proceso y por lo tanto el derecho de defensa de su representada, por cuanto las personas que fueron llamadas a declarar lo hicieron bajo la gravedad de juramento y sin poderado y además porque se permitió que en la actuación administrativa adelantada intervinieran para interrogar, tanto el impugnante como su apoderado.

Sobre el particular, es necesario precisar que en el presente caso se trata de un procedimiento adelantado por una autoridad administrativa, regido por las normas del C.C.A., tal como reza el Artículo 1° del C.C.A.:

*"**Artículo 1° Campo de Aplicación.** Las normas de esta parte primera del Código se aplicarán a los órganos, corporaciones y dependencias de las ramas del poder público en todos los órdenes... cuando unos y otras cumplan funciones administrativas. Para los efectos de este Código, a todos ellos se les dará el nombre genérico de 'autoridades'.*

Los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta primera parte que sean compatibles...".

La norma transcrita indica con claridad que las autoridades administrativas, entre las que se encuentran las integrantes del Ministerio de Trabajo, deben seguir en el trámite de los asuntos sometidos a su cargo el procedimiento allí previsto, a menos que existan procedimientos especiales, que no es precisamente la situación en el caso analizado.

Procede entonces la Sala al análisis de la actuación administrativa que culminó con la expedición de los actos acusados, para establecer sí en efecto se violaron el debido proceso y el derecho de defensa de la institución demandante.

A folio 37 del Anexo No. 1 obra el escrito presentado por el señor *Jorge Murillo Ramos*, donde impugna la Asamblea General Ordinaria del Círculo Nacional de Periodistas - Seccional Santander, celebrada el 21 de marzo de 1992, y en consecuencia solicita no se inscriba la Junta Directiva allí elegida.

A folio 68 *ibidem*, se encuenta el Auto G-011 de 13 de abril de 1992, donde la Inspectora del Trabajo resuelve:

*"**Artículo Primero.** Avóquese Investigación Administrativa tendiente a esclarecer la impugnación presentada, ordenándose para tal efecto la práctica de las siguientes pruebas:*

1. Solicitar a los señores Mario Jiménez Carvajal y al doctor Pedro Gerardo Tabares C. relación de las Tarjetas Profesionales expedidas por el Ministerio de Educación de todos los miembros del Colegio Nacional de Periodistas; relación de la cancelación de cuotas.

2. Citar a declaración juramentada a las siguientes personas: Rafael Serrano Prada, Pedro José Luquerna, Pedro Gerardo Tabares C., Antonio Ochoa, Juan F. Gualdrón.

3. Oficiar al Banco Popular oficina principal con el objeto de establecer si ha habido consignaciones y su monto en la cuenta del Colegio Nacional de Periodistas, Seccional Santander.

4. Las demás pruebas que el Despacho y las partes consideren necesarias en relación directa con el caso investigado y tendientes al esclarecimiento de los hechos...".

A folio 80 *ibidem* aparece el oficio 27 de abril de 1992 suscrito por la *"Junta Provisional Colegio Nacional de Periodistas y Socios"*, donde solicita a la Oficina de Inspección y Vigilancia del Ministerio de Trabajo - Seccional

Santander, que no se tenga en cuenta la impugnación llevada a cabo por el señor *Murillo Ramos* y en consecuencia se inscriba y legalice la Junta Directiva en cuestión.

En materia de pruebas el C.C.A. establece en su Artículo 34:

> *"**Artículo 34. Pruebas.** Durante la actuación administrativa se podrán pedir y decretar pruebas y allegar informaciones, sin requisitos ni términos especiales, de oficio o a petición del interesado".*

Del texto de la norma transcrita se deduce que en el procedimiento administrativo, las pruebas, para el caso concreto, las declaraciones rendidas dentro del mismo, no están sujetas a una ritualidad especial.

En consecuencia, si bien es cierto que la Sala al examinar las declaraciones rendidas, entre otros, por los señores *Pedro Tabares* (fl. 96 del Anexo No. 1) y *Francisco Gualdrón* (fl. 103 *ibidem*) encuentra que en efecto el señor *Murillo Ramos* interroga a los testigos, pese a haber otorgado poder a un abogado para que lo representara en la actuación administrativa, estima que ello no configura una violación al derecho de defensa, pues los citados declarantes estaban en libertad de responder o no a las preguntas del mencionado señor *Murillo*. Prueba de ello, es la constancia que obra a folio 105 de Anexo No. 1 donde se lee:

> *"**Constancia:** El despacho deja expresa constancia de que en este despacho no se dará lugar a más preguntas hechas por el impugnante en razón a que el declarante manifestó desde el comienzo de la diligencia que no respondería a ninguna pregunta hecha por el impugnante sino que solamente lo haría si el inspector ha (sic) bien tiene hacer y que se la haga el Despacho".*

Respecto a la apreciación de la demandante en el sentido de que también fue violado el derecho de defensa de los declarantes por cuanto no estaban asistidos por defensor alguno, debe precisarse, en primer lugar, que por no tratarse de una sindicación de carácter penal en contra de los declarantes no se hacía necesario el que estuviesen representados por apoderado; y, en segundo lugar, que en todo caso no existe prueba en los expedientes de que los interrogados hayan solicitado estar asistidos de un abogado y que tal solicitud les hubiere sido negada. Además, las diligencias estuvieron presididas por la Inspectora de Trabajo y del contenido de las declaraciones rendidas en manera alguna se evidencia que el derecho de defensa haya sido contrariado.

En cuanto a la inconformidad de la parte actora por haber sido recibidas las declaraciones bajo la gravedad del juramento, se tiene que la

misma no cita cuál es la norma que prohíbe que en una actuación administrativa se rinda una declaración en tales condiciones, encontrando la Sala que antes bien por el contrario, dicha formalidad le imprime un carácter de seriedad y veracidad a la versión rendida, dadas las consecuencia que conlleva el faltar al juramento, lo que sin lugar a dudas redunda en beneficio de la investigación adelantada.

En consecuencia, los cargos no prosperan.

Frente al tercer cargo. La demandante se limita a afirmar que la funcionaria laboral con anterioridad a la Inscripción de la nueva Junta Directiva había sido aleccionada por el señor *Jorge Murillo Ramos* para que obstaculizara el reconocimiento de dicha Junta, por lo cual considera se violó el principio de imparcialidad contenido en el Artículo 3° del C.C.A.

Basta para desestimar el cargo en estudio observar que tal observación carece de respaldo probatorio en el expediente, dado que los testimonios rendidos en la actuación administrativa nada dicen al respecto.

Frente al sexto cargo. Considera la demandante que se desconoció el Artículo 71 del C. de P. C., por cuanto el impugnante señor *Murillo Ramos,* obró de mala fe y en forma temeraria al invocar pretensiones no probadas y al carecer sus escritos del más mínimo respeto que deben tener los derechos de las personas.

Sobre el particular, estima esta Corporación que el cargo anterior no logró ser probado y antes bien por el contrario la parte actora ni siquiera intentó desvirtuar las razones consignadas en los actos administrativos acusados que llevaron a la Dirección Regional-Seccional Santander a "Improbar la elección y designación de la Junta Directiva Total del Colegio Nacional de Periodistas-Seccional Santander...", como lo fueron las violaciones a los Estatutos del Círculo Nacional de Periodistas, entre otras, el no acreditar en debida forma la participación de los 28 afiliados en la Asamblea realizada para que éstos tuvieran voz y voto; el no haberse divulgado en la convocatoria a la Asamblea el temario a tratar con una antelación no menor a 30 días; el no haberse acreditado la calidad de periodistas da todos los asistentes; el no pago de la cuota de admisión, etc.

Frente al octavo cargo. Considera la demandante que para el trámite del registro de cambio de las juntas directivas a que se refiere el Artículo 371 del C.S. del T., deben seguirse las pautas señaladas en la Resolución No. 1718 de 1991 del Ministerio de Trabajo (la cual considera violada) y no en el Decreto Reglamentario 1469 de 1978, dado que según aquélla, éste fue derogado tácitamente por dicha resolución.

Respecto de lo anterior, cabe advertir que sin entrar a un mayor análisis debe desestimarse el cargo, pues en virtud de la jerarquía de las normas es imposible que una resolución pueda derogar un decreto regla-mentario.

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

FALLA:

Primero. DENIEGANSE las pretensiones de la demanda.

Segundo. CONDENASE en costas a la parte actora, de conformidad con los Artículos 171 del C.C.A. y 392 numeral 1 del C. de P. C. tasénse por secretaría.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue leída discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha veinticinco (25) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Juan Alberto Polo Figueroa, Libardo Rodríguez Rodríguez, Manuel S. Urueta Ayola.*

SERVICIO PUBLICO DE ENERGIA - Alteración de contadores y sellos / **SANCION POR FRAUDE EN EL SERVICIO DE ENERGIA** - Imposición

Son dos las conductas reprochables o merecedoras de sanción: Una, cuando se altera la medida de un contador o se evita el paso del fluido eléctrico; y la otra, cuando se causa cualquier tipo de anomalías en los sellos o se produce la rotura de éstos. Dados, por tanto, tales supuestos de hecho, surge como lógica consecuencia la sanción a que se acabó de aludir. No encuentra la Sala soporte al dicho del apelante en el sentido de que la revisión de los sellos se llevó a cabo de forma irregular por haberse practicado sin notificación de ello a la Sociedad Industrias Múltiples B.O.H. Ltda., pues no existe norma que imponga tal deber a la empresa. La Resolución 012 de 1988, que, como se dijo antes, entre otras cosas reglamenta el procedimiento para imponer sanciones en los eventos de infraciones al reglamento y daños en los equipos de medida con ocasión de la prestación del servicio de energía eléctrica, en su Artículo 1° ., señala los pasos que deben seguirse en el supuesto de detección de conducta violatoria de las normas que componen el reglamento general de suministro de energía eléctrica del país (Resolución 2360/79), como son la previa evaluación de la sanción en kilovatios hora; la remisión de este dato para su liquidación en pesos, a la división de suscriptores, y por último, la comunicación que corresponde al suscriptor o usuario. Ni en este Artículo ni en los restantes de dicha resolución, ni en las normas que integran la Resolución 2360 del 20 de diciembre de 1979 se prescribe tal deber de tipo procedimental.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996)

Consejero Ponente: Doctor *Manuel S. Urueta Ayola.*

Referencia: Expediente No. 3462. Actor: Sociedad Industria Múltiples B.O.H Ltda.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo de la referencia, por medio del cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

La Sociedad Industrias Múltiples B.O.H. Ltda., por medio de Procurador Judicial y en ejercicio de la acción que consagra el Artículo 85 del C.C.A., ha solicitado que previa citación de la Empresa de Energía de Bogotá, "...se decrete la nulidad del Acto Administrativo No. 492807 del 23 de noviembre de 1989 de la Subgerencia Comercial; la Resolución No. 4597 del 5 de julio de 1991 de la Subgerencia Comercial y la Resolución No. 7352 de 10 de diciembre de 1991 de de la Gerencia de la Empresa de Energía de Bogotá... y que también se proceda a ordenar el "restablecimiento del derecho... como consecuencia de la nulidad planteada". Que por tanto se ordene a la demandada reintegrar a la demandante la suma de $3.951.595.oo que se le obligó a pagar el 25 de junio de 1992, "...so pena de corte de servicio eléctrico...", con base en los actos administrativos señalados, más los intereses bancarios corrientes "generados a partir de dicha fecha y hasta que dicha suma sea reintegrada por la demandada".

Los hechos que sirven de sustento a las súplicas anteriores se resumen así: Que el día 10 de abril de 1989 un funcionario de la demandada, sin autorización ni presencia de la demandante, retiró los sellos del contador de energía de ésta, distinguido con el No. 28949768, y los reemplazó con los sellos 1(010) y 0003670 para su análisis; que el 28 de junio siguiente el ingeniero Rafael Linero y el auxiliar Carlos Pérez, ambos de la empresa demandada, retiraron el contador ya especificado cuyos sellos eran (010); 0003760; 0003017-63 (027) y 0003751-52. También hicieron "...un aforo de maquinaria y se determinó... que existía una carga de 167 Kw. Que el laboratorio de la Empresa de Energía dictaminó que el sello 1(010) era falso y que había conexiones, puentes y conductividad del contador normal. Que en el acto No. 492807 del 23 de noviembre de 1989 la Subgerencia Comercial de la Empresa manifiesta que el contador retirado tenía cuatro sellos de la caja verificadora que no habían sido instalados por la empresa, por lo que, según el procedimiento previsto en la Resolución 012 de 18 de mayo de 1988, la Junta Directiva de la empresa demandada, por causa de tales irregularidades, la Sociedad Industrias Múltiples B.O.H. Ltda. debía pagar la suma total de $5.084.175.oo por los siguientes conceptos: revisión, valor del equipo de medida, retiro del equipo, instalación, legalización 34 Kw., sanción por sellos y valor de reintegros o del servicio mensual no facturado por la empresa. Que contra tal pronunciamiento se interpusieron recursos de reposición y apelación, el primero de los cuales concluyó con la Resolución No. 4597 del 5 de julio de 1991 que confirmó en su integridad el acto impug-

nado y el último con la No. 7352 del 10 de diciembre de ese mismo año, que rebajó la sanción impuesta a la suma de $3.493.295.oo la que se pagó el 25 de junio de 1992 luego de fracasada la posibilidad de cualquier conciliación ante la Fiscalía 2 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

La demandada se opuso a las pretensiones formuladas en su contra y alegó las excepciones que llamó "ilegitimidad de la actuación de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá" y "legalidad de los actos administrativos contenidos en el Oficio No. 492807 de 23 de noviembre de 1989 y en las Resoluciones Nos. 4592 de 5 de julio y 7352 del 10 de diciembre de 1991".

II. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

Para denegar las súplicas de la demanda y frente a los cargos aducido por la parte actora, el Tribunal *a quo* hizo las siguientes consideraciones:

Primer cargo: Falsa motivación.

a. Los actos administrativos impugnados contienen una falsa motivación, pues no obstante que la orden de revisión No. 24363 del 27 de junio de 1989 sólo dice que el sello 1(010) es falso y guarda silencio respecto de los otros tres, en los actos acusados se afirma que los 4 sellos de la caja verificadora no fueron instalados por la empresa.

b. El laboratorio de la Empresa de Energía de Bogotá fue homologado por la Superintendencia de Industria y Comercio para evidenciar la falsedad de los sellos de los contadores el 1° de octubre de 1990, un año después de la revisión que se le hizo a la demandante.

c. "En ninguna parte existe la contra muestra de los sellos inspeccionados que permita atestiguar la veracidad de los análisis efectuados o que se otorgue certeza de que los sellos retirados por el funcionario son los mismos que se entregó (sic) al laboratorio para su análisis. Esto sin mencionar que el retiro de los sellos para su análisis se hizo sin autorización y en ausencia...:" de la demandante.

En cuanto al primer aspecto del cargo considera el Tribunal *a quo*, luego de confrontar los documentos relativos a la constancia del retiro de los cuatro sellos del contador (fl. 22) y el acta de visita que se llevó a cabo el 29 de junio de 1989 (fl. 21) con el oficio No. 492807 del día 23 del mes de noviembre siguiente y la Resolución 4597 del 5 de julio de 1991, que la comprobación "de la falsedad de los restantes tres sellos se hizo con posterioridad a la orden de revisión No. 24363 y al retiro de los sellos efectuado el 28 de junio de 1989 y en consecuencia... la motivación el segundo acto administrativo (Res. 4597 del 5 de julio/91) fue correcta y basada en

elementos de juicio preexistentes", a lo que añade que el primer acto (oficio 492807) también presenta se debida motivación, pues en él se da cuenta del hecho consistente en que los sellos retirados no habían sido instalados por la empresa, lo cual, de conformidad con lo que emerge del documento del folio 21 del expediente relativo al retiro que se llevó a cabo el día 29 de junio de 1989, fue materia de comprobación previa.

Sobre el segundo aspecto del cargo, referente a la falta de valor jurídico de la certificación del laboratorio de medidores de la Empresa de Energía de Bogotá, estima el Tribunal que es inane, porque ni en la Resolución 2011 de 1990, "ni en parte alguna del Decreto 2746 de 1984 se preceptúa que sea requisito para la validez del funcionamiento o comprobaciones que puedan efectuar los laboratorios... el previo pronunciamiento o autorización por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio", pues la facultad de este organismo de acreditar laboratorios como el mencionado es apenas discrecional así como para estos últimos constituye la previsión del Decreto 274 de 1984 (arts. 30 y 32) una opción voluntaria, mas no una exigencia legal de imperativo cumplimiento.

Finalmente, sobre el tercer aspecto del cargo el Tribunal *a quo* consideró: "No indica el accionante en esta parte del cargo que normas impusieran la obligatoriedad de la actuación que echa de menos en esta parte del cargo. De otro lado la censura formulada parece insinuar una actitud falsa o dolosa por parte de los funcionarios de la empresa demandada, que esta (sic) debiera desvirtuar mediante las probanzas o elementos de juicio a que se refiere el cargo".

"Pasa por alto el accionante que precisamente los actos administrativos están amparados por la presunción de legalidad, la cual, si se pretende desvirtuar eficazmente, impone al demandante la carga procesal del *onus probandi* consagrado en el Artículo 177 de C. de P.C., que en el caso de autos brilla por su ausencia, consideración suficiente para rechazar el cargo".

Segundo cargo. Los actos acusados, al decir del actor, infringen los Artículos 1, 57 y 58 de la Resolución No. 002360 del 20 de diciembre de 1979 del Ministerio de Minas y Energía y los Artículos 23 y 24 de la Resolución 012 de 1988 de la Junta Directiva de la Empresa de Energía de Bogotá, pues no existe prueba en el proceso de que el contador de la demandante hubiere sido adulterado, ni tampoco que se hubiese evitado por el usuario del servicio eléctrico el paso del fluido; conductas previstas en las normas citadas como sancionables y respecto de las cuales no existe evidencia de que las haya cometido la Sociedad Industrias Múltiples B.O.H. Ltda., por lo cual se configuró la ilegalidad por indebida aplicación, ya que el demandante no incurrió en las conductas imputadas.

El tibunal *a quo*, luego del examen de las normas invocadas y de las declaraciones testimoniales rendidas en el curso del proceso, concluye que aparece "como hecho plenamente acreditado, la circustancia de la contaneidad entre la verificación de la adulteración de los sellos y la modificación en un 61% en la medición del consumo de energía, lo que llevó a la Empresa de Energía a establecer con toda lógica una relación de causa y efecto entre los dos aspectos para aplicar en consecuencia la sanción regulada en el Artículo 24 de la Resolución 012 de 1988", por lo cual no admite el razonamiento de la demandante encaminado a mostrar que el mayor consumo de energía de ella se debió al aumento de su producción en un 400%, pues este argumento carece de comprobación técnica, además de que no se aprecia qué nexo o relación de causalidad necesaria podía existir entre el incremento de las ventas y la sustancial modificación en el consumo de energía, pues al respecto se limitó a hacer meras suposiciones huérfanas en absoluto de todo sustento probatorio.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION

Considera la parte impugnante que la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá incurrió en violación del debido proceso, pues, a pesar de que el laboratorio de dicha entidad fue autorizado y homologado por la Superintendencia de Industria y Comercio solamente el 1° de octubre de 1990, le dio pleno valor a su dictamen, que fue anterior a esta fecha. Además, el examen de los sellos del contador lo llevó a cabo "una persona totalmente incompetente", carente de conocimientos sobre circuitos eléctricos, pues se trataba de un "técnico relojero". Y por último el procedimiento de revisión del sello se efectuó sin hacerlo saber a la Sociedad "Industrias Múltiples B.O.H. Ltda." como se desprende del testimonio de *Alvaro Rojas*, visible al folio 551 del expediente.

Por otra parte, sostiene que hubo indebida aplicación de la Resolución 012 de 1988 de la Junta Directiva de la Empresa demandada, pues todo indica que el contador operaba normalmente sin alteración de ninguna clase; tanto que el jefe de la División de Control y Recuperación de Energía "reconoció en forma expresa que el caso se liquidó, sólo por sellos con anomalía...", pese a lo cual se le sancionó también a la demandante por alteración del contador.

Alega, por último, la recurrente, falta de aplicación del Artículo 95 del C.P.C., pues el Tribunal estimó que el aumento del consumo de energía de la demandante era prueba de la adulteración del contador, desconociendo un hecho ocurrido en el transcurso del proceso, cual es la sustracción del documento que acredita la relación existente entre el aumento de la ventas de la sociedad actora y su mayor consumo de energía eléctrica.

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Considera el Procurador Primero ante el Consejo de Estado que:, "...si se demostró la adulteración de los cuatro sellos que custodiaban la caja verificadora y se comprobó a su vez la sustancial modificación en la medición del consumo de energía, es consecuencia concluir que la suplantación de los sellos (que por sí sola no genera beneficio alguno para el usuario), fue el medio idóneo para alterar el contador y lograr obtener una disminución importante en las marcaciones, con la obvias implicaciones que ello trae, ellas sí favorables al patrimonio del usuario, quien por ese medio evade dolosamente el debido y justo pago por el servicio realmente consumido".

SE CONSIDERA

Como se vio, tres son las razones en que se sustenta el recurso de apelación interpuesto. La primera, que denomina el recurrente indebido proceso, consiste en que la Empresa de Energía de Bogotá, para producir los actos administrativos que han sido impugnados, dio valor persuasivo al dictamen de su laboratorio a pesar de que esta dependencia técnica aún no gozaba de la homologación de la Superintendencia de Industria y Comercio, la que sólo se otorgó por medio de la Resolución No. 2011 de 1° de octubre de 1990; y, además, tuvo en cuenta el examen de sellos de la caja verificadora del contador a que se refiere la litis, efectuado por una persona carente de la pericia requerida, amén de que la diligencia de revisión de tales sellos se adelantó sin haberle dado aviso de ello a la sociedad que demanda. La segunda, que clama indebida aplicación de la Resolución 012 de 1998 de la junta directiva de la demandad, se basa en que no obstante que se acredito que el contador de la actora operaba normalmente, se le sancionó también a ésta como si se hubiera descubierto alteración de dicho instrumento medidor del consumo eléctrico. Y la última razón o motivo de inconformidad del impugnante, se hace consistir en que el Tribunal desconoció, para su fallo, la sustracción de un documento que obraba en el expediente demostrativo del aumento de las ventas de la actora lo que determinó su mayor consumo de energía eléctrica.

Se pasa de inmediato al examen de los argumentos expuestos en la apelación:

1°. Indebido proceso.

1. De conformidad con los Artículos 57 y 58 de la Resolución 2360 de 1979, proveniente del Ministerio de Minas y Energía, y 24 de la nombrada Resolución 012 de 1988, toda vez que una empresa de energía descubra

que se ha violado la medida de un contador o el paso del fluido eléctrico, le suspenderá el servicio al usuario, le cobrará el equivalente a "10 veces el valor del servicio fraudulento mensual estimado por la empresa" y le impondra una multa cuyo monto será del "10% del valor del cargo total de conexión que sea imputable al usuario por cada sello, con un mínimo de $2.000.oo" si se trata de instalaciones industriales. Esta última multa también habrá de imponerse cuando se establezca la rotura de sellos, como lo prescriben no sólo las disposiciones que se citaron atrás, sino también el Artículo 23 de la referida Resolución 012 de 1988, la cual, entre otras cosas, reglamenta el procedimiento para imponer sanciones "en los eventos de infracciones al reglamento y daños en los equipos de medida con la ocasión de prestación del servicio de energía eléctrica"

Así las cosas, son dos, a la luz de las disposiciones en comento, las conductas reprochables o merecedoras de sanción: Una, cuando se altera la medida de un contador o se evita el paso del fluido eléctrico; y la otra, cuando se causa cualquier tipo de anomalía en los sellos o se produce la rotura de éstos. Dados, por tanto, tales supuestos de hecho, surge como lógica consecuencia la sanción a que se acabó de aludir.

2. Enseña la jurisprudencia, con fundamento en mandatos constitucionales y legales, que para expedir un acto administrativo es menester que se den los pasos pertinentes para su producción por el órgano a que ésta compete, de modo que se facilite "a los administrados la defensa de sus intereses o el convencimiento de que lo dispuesto se ajusta al ordenamiento legal general" (sentencia 30 de mayo/74). Y ello armoniza con la regla de respecto a la legalidad que debe imperar en nuestro estado de derecho, a la cual deben someterse no sólo los particulares o integrantes del conglomerado social sino también, con tanta mayor razón, los gobernantes y servidores públicos. De ahí que el Artículo 84 del C.C.A., estableza que pueda solicitarse la nulidad de un acto administrativo cuando éste haya sido expedido "en forma irregular".

3. Se aprecia en el caso que ocupa a la Sala, como fluye de las piezas que componen el expediente, que luego de la detección de la anomalía en el contador a que se refiere la presente actuación, se retiró el 10 de abril de 1989 un sello (010) de su caja verificadora y con posterioridad, una vez establecida su falsedad, el 28 de junio siguiente se retiró el contador con los sellos restantes, los cuales resultaron con la misma irregularidad, tal como lo acreditan los documentos obrantes a los folios 21 a 23 del expediente y las declaraciones testimoniales de *Jairo Zabaleta, David Justino Ariza Garzón y Alvaro Rojas Zurco* (fls. 541 - 542, 544 a 554 *ib.*), personas que por razón de su oficio conocieron de los anteriores hechos y del trámite que se surtió más adelante para imponer la sanción pecunaria, de cuyo pago se duele la demandante en su libelo.

Es de advertir, asimismo, como lo evidencian los escritos de demanda y respuesta al igual que el documento que sobre el particular se anexó al expediente, que la Empresa de Energía de Bogotá llevó a cabo el aforo de la maquinaria que funcionaba en el inmueble en que operaba el contador a que se contrae el debate, en el que se determina el promedio de Kw/h que se consumía en el inmueble de la demandante con base en la cantidad y clase de máquinas y aparatos eléctricos que ésta empleaba.

El 23 de noviembre de 1989 se remitió a la demandante el oficio No. 492807, en el que se le señalan los cargos por pagar y los recursos que procedían contra la liquidación que en él se hizo; recursos que se interpusieron, tramitaron y decidieron del modo que muestran los documentos que obran del folio 7 al 20 de expediente, según los cuales, al desatarse por el Gerente de la Empresa de Energía de Bogotá el recurso de apelación, se rebajó el monto de la liquidación efectuada de $5'084.175.oo a $3'493.295.oo.

Revisada la actuación a que se acaba de hacer referencia, no advierte la Sala que se haya violado la ritualidad del procedimiento encaminada a la producción de los actos administrativos sancionadores de las conductas que se endilgaron a la Sociedad Industrias Múltiples B.O.H. Ltda., relativas al contador con que medía su consumo de energía y a los sellos de su caja verificadora, ni que se hubiese cometido irregularidad que que lesionara los intereses de la demandante.

Ahora bien, el hecho de que uno de los soportes de la E.E.B., para sancionar a la demandante, haya sido el dictamen de su laboratorio sobre la falsedad de los sellos de la caja verificadora del contador con que se controlaba el consumo eléctrico de ésta, ¿puede hacer irregular la expedición de los actos administrativos acusados mediante la demanda que instauró el presente proceso?. Considera la Sala que la respuesta es negativa, porque si bien es cierto que por Resolución No. 2011 del 1° de octubre de 1990 se acreditó tal laboratorio de medidores de la empresa demandada, como lo afirma la parte recurrente, no lo es menos que esta regulación posee un alcance o significado distinto del que pretende dársele tanto en la demanda como en el escrito de sustentación de la alzada.

En efecto, dicha resolución dictada por el Superintendente de Industria y Comercio se produjo en uso de las facultades que le confiere a éste el Decreto 2746 de 1984, ordenamiento "por el cual se dictan disposiciones sobre Normalización Técnica, Control de las Calidades, Certificación, Pesos y Medidas", y su propósito exclusivo fue simplemente "acreditar al laboratorio de medidores de la Empresa de Energía de Bogotá...", a fin de que llevara a cabo análisis y ensayos de *control de calidad* y comprobara las especificaciones o características de los productos de las empresas generadoras y distribuidoras de energía eléctrica, todo a la luz de las normas

técnicas colombianas oficiales obligatorias en el área de medidores, cuyo propósito no es otro, al igual que todas las de su naturaleza, según el Artículo 2° del Decreto 2746 de 1984, que el de comprender "todas las áreas en las cuales sea posible y necesaria la adopción de normas técnicas para mejorar la calidad de los bienes y servicios, racionalizar la producción, proteger el interés, la seguridad y la salud de consumidores y de productores, con miras a promover el desarrollo del país y a fortalecer el comercio nacional e internacional". Y teniendo en cuenta este alcance legislativo el Artículo 30 del Decreto citado facultó a la Superintendencia de Industria y Comercio a fin de que acreditara "como idóneos para efectuar los ensayos o verificación de las características correspondientes de los productos sometidos al cumplimiento de normas técnicas colombianas oficiales obligatorias..." a los laboratorios interesados que cumplieran las condiciones previstas en esta disposición.

Fue por ello, pues, por lo que se expidió la Resolución 2011 a que se aludió antes, a la cual no puede dársele una distinta proyección de la que muestran su contenido y su basamento legal.

Surge como colorario de lo dicho, que la regulación contenida en la resolución prenombrada se refiere a una actividad de laboratorio de medidores de la demandada diferente de la que éste llevó para establecer si eran falsos o no los sellos que fueron retirados del contador de energía distinguido con el No. 28949768, pues ello en nada se asemeja a realizar análisis y ensayos de control de calidad u homologar productos de empresas generadoras de energía eléctrica; por lo que se impone afirmar que el dictamen aludido no carecia de eficacia demostrativa respecto de los hechos que se sancionaron por medio de la actuación que acusa el demandante ni su valoración puede estimarse como constitutiva de irregularidad en la expedición de los actos administrativos a que se contrae el presente proceso.

4. Sostiene también el apelante que el examen como empleado de la Empresa de Energía efectuó *Alvaro Rojas Zurco* de los sellos de la caja verificadora del contador adolece de la anomalía consistente en que esta persona no tiene conocimientos sobre circuitos eléctricos, ni tiene la "tarjeta profesional que ordena la ley..." pues tal como lo atestiguó ante el Tribunal *a quo* su profesión es de "técnico relojero".

Al anterior argumento se le anota que obedece a una revisión incompleta de la declaración rendida, pues si bien es cierto que Rojas Zurco sí hizo tal aseveración, también es evidente que manifestó ser técnico de laboratorio y encontrarse trabajando para la empresa demandada por más de trece años, a lo que debe añadirse que su versión revela un conocimiento severo sobre el procedimiento que se utiliza para determinar si unos sellos como los determinados corresponden o no a los colocados por la empresa.

Que Rojas Zurco no ostente tarjeta profesional para desempeñar el cargo en el que le corresponde dictaminar en el laboratorio de la Empresa de Energía de Bogotá, es cuestión que no se debatió en el proceso y respecto de la cual no se evacuaron probanzas; razón por la que carecería de trascendencia y respaldo cualquier afirmación que se haga, como en efecto lo hace el apelante, con respecto al nivel de preparación de quienes pudieron dictaminar sobre si los sellos del contador mencionado a lo largo de esta providencia fueron, o no, imitación de los que había instalado la empresa demandada.

Finalmente, no encuentra la Sala soporte al dicho del apelante en el sentido de que la revisión de los sellos se llevó a cabo de forma irregular por haberse practicado sin notificación de ello a la Sociedad Industrias Múltiples B.O.H. Ltda., pues no existe norma que imponga tal deber a la empresa. La Resolución 012 de 1988, que, como se dijo antes, entre otras cosas reglamenta el procedimiento para imponer sanciones en los eventos de infracciones al reglamento y daños en los equipos de medida con ocasión de la prestación del servicio de energía eléctrica, en su Artículo 1°; señala los pasos que deben seguirse en el supuesto de detección de conducta violatoria de las normas que componen el reglamento general de suministro de energía eléctrica del país (Res. 2360/79), como son la previa evaluación de la sanción en kilovatios hora; la remisión de este dato para su liquidación en pesos, a la división de suscriptores, y, por último, la comunicación que corresponde al suscriptor o usuario. Ni en este Artículo ni en los restantes de dicha resolución, ni en las normas que integran la Resolución 2360 de 20 de diciembre de 1979 se describe tal deber de tipo procedimental. La empresa, por medio de sus revisores, controló y revisó las instalaciones del consumidor en ejercicio de la facultad que le otorga el Artículo 12 *ib.*, y la actuación adelantada, es decir, la precedente a la sanción impuesta, no se llevó a cabo a espaldas del suscriptor o usuario del servicio eléctrico, como lo evidencian los documentos allegados al expediente por las partes, entre otros los de los folios 5 a 22, 63-64, 66, 110, 111 y la orden de citación No. 24363 del 24 de mayo de 1989 que aparece a continuación del folio 529, dirigida a la dirección de la sociedad demandante (Cra. 21 No. 7-83) para tratar asuntos relacionados con la cuenta de consumo eléctrico.

5. Las anteriores consideraciones conducen a desechar el cargo propuesto por la parte apelante, bien lo denomine, como lo hizo en segunda instancia, indebido proceso; bien lo llame, como en la demanda, falsa motivación, y no sobra anotar que los actos administrativos se presumen ajustados a la ley; por lo cual es necesario que el demandante pruebe lo contrario por medios idóneos, sin que le baste, como en el *sub lite*, hacer afirmaciones que pongan en duda la veracidad de los análisis que se hicieron de los sellos de la caja verificadora del contador, como la relativa

a la no coincidencia de éstos con los que se entregaron al laboratorio para su examen, como lo sostuvo el Tribunal *a quo* en su decisión.

2°. Indebida aplicación de unas resoluciones.

De conformidad con el 2° cargo se violaron las Resoluciones 2360 de 1979 del Ministerio de Minas y Energía (arts. 1-57 -58) y 012 de 1988 de la Junta Directiva de la Empresa de Energía de Bogotá (arts. 23 - 24), pues no se probó alteración del contador de la demandante, pues según el declarante *David Ariza*, Jefe de la División de Control y Recuperación de Energía de la Empresa, "el caso se liquidó sólo por sellos con anomalía según dictamen de laboratorio".

Sin esfuerzo alguno aprecia la Sala la inconsistencia de la censura, pues los hechos ocurridos evidencian que no sólo se acreditó la falsedad de los sellos de la caja verificadora del contador, sino que además, se efectuó por la empresa (fl. 110) el aforo de maquinaria de Industrias Múltiples B.O.H. Ltda., dando como resultado un consumo mucho mayor Kw/h, aspecto al cual se refiere el declarante mencionado cuando agrega:

> *"Al tener los sellos de seguridad del contador problemas de anomalía no se garantiza la confiabilidad en el registro del contador toda vez que al ser violados o cambiados o imitados es factible que el contador de energía se pueda alterar específicamente su numerador sin dejar huella alguna. Esta puede ser una de las tantas anomalías que se podrían realizar en el interior del contador. Adicionalmente analizado el caso en todos sus aspectos la empresa pudo verificar que instalado un nuevo contador en perfectas condiciones de funcionamiento el consumo de energía se incrementó aproximadamente en sesenta por ciento, lo cual obviamente se reflejó en la facturación".*

No puede entonces afirmarse, como hace el recurrente, que no existe relación alguna entre la alteración de los sellos del contador y la diferencia entre el consumo de enrgía registrado, con el antiguo contador y lo revelado por el nuevo.

Esta consideración es suficiente para que el cargo no prospere.

3°. El mayor consumo de energía.

Alega la parte apelante, a fin de desvirtuar las conclusiones de la empresa cuando le impuso la sanción, que había allegado al expediente un documento que demostraba la razonabilidad del aumento de su consumo de energía eléctrica; documento que fue sustraído de mala fe del expediente por la Empresa demandada, hecho que el Tribunal debió

tener en cuenta como indicio en contra de ésta, lo que no hizo, por lo cual incurrió en violación del Artículo 95 del C. de P. C.

Como se aprecia de inmediato, el criterio del impugnante ostenta como soporte una acusación de carácter delictuoso, cuya demostración no aparece en el expediente; y, por otra parte, el citado Artículo 95 carece de relación con el aspecto del asunto que ahora se examina, pues esta disposición se refiere a la falta de contestación de la demanda, los efectos que esto genera en el proceso, así como los que resultan de hacerse "afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad" en el escrito de respuesta, temas que no se relacionan con el posible extravío o sustracción de documento a que alude la apelante.

No prospera pues el cargo.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de fecha 25 de julio de 1995.

Ejecutoriada esta providencia, DEVUELVASE el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veinticinco (25) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Juan Alberto Polo Figueroa, Libardo Rodríguez Rodríguez, Manuel S. Urueta Ayola.*

ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO - Representación legal / **LICENCIA DE FUNCIONAMIENTO DE ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO** - Insuficiencia de prueba para acreditar autonomía

Martha Sepúlveda de Rodríguez, si bien es cierto que acreditó su calidad de rectora o directora del Colegio Cooperativo Comfenalco, también lo es que no presentó prueba alguna que acredite que ejerce la representación del plantel mencionado. El actor debe acreditar ante el juez, bien su carácter de representante de otro, o bien de concesionario de un derecho, según el caso, y si es una persona jurídica, allegar la prueba de su existencia y representación, de conformidad con la norma transcrita del C.C.A.. Y ninguno de los supuestos a que se refiere el precepto que se acaba de citar ha sido demostrado con los anexos que se adjuntaron al libelo con el que ha pretendido incoarse la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. No comparte la Sala la apreciación del recurrente en el sentido de que "la existencia y representación de los colegios opera de acuerdo con las inscripciones que, tras conceder licencia de funcionamiento y aprobar estudios, hacen en sus registros las Secretarías de Educación", ya que tal inscripción, con las correspondientes licencias de funcionamiento y aprobación de estudios, si bien constituyen mecanismos de control al servicio educativo que debe presentarse, no dan autonomía al establecimiento, ni le otorgan aptitud para proyectarse como persona jurídica o sujeto de derechos o como un patrimonio autónomo. Una cosa es demostrar que el establecimiento existe como tal, como bien patrimonial y que se concede como autorización para desarrollar su misión, y otra distinta es acreditar quién es su dueño, o quién es su representante, en el supuesto de gozar de personería jurídica.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de mil noveciento noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: Doctor *Manuel S. Urueta Ayola.*

Referencia: Expediente No. 3576. Actor: Colegio Cooperativo Comfenalco.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto de fecha 14 de octubre de 1995, por medio del cual el Tribunal Administrativo de Santander inadmitió la demanda presentada por el Colegio Cooperativo Comfenalco, por medio de la cual se instauró la acción consagrada en el Artículo 85 del C.C.A. impugnando las Resoluciones 001 de 11 de enero de 1995, 0116 del 20 de abril y 0129 del 8 de mayo del mismo año, ambas expedidas por la Secretaría de Educación Departamental de Santander, y 2578 y 3019, expedidas, respectivamente, los días 22 de mayo y 8 de junio de 1995 por el Gobernador de dicho Departamento.

FUNDAMENTOS DEL AUTO

Considera el Tribunal *a quo* que "no siendo el Colegio Cooperativo Comfenalco una entidad de derecho público, constituye carga procesal del actor demostrar su existencia como persona moral y su respectiva representación, lo que ciertamente no se logra con la constancia de inscripción y registro expedida por la Unidad de Planeamiento Educativo de la Secretaría de Educación (fl. 46), pues bien puede haberse constituido un colegio de asociación, corporación, fundación, etc., entidades que difieren en su existencia jurídica y sin embargo a todas ellas y por igual, se les inscribe y registra en las oficinas de la Secretaría de Educación" .

EL RECURSO

El recurrente aduce las siguientes razones para apoyar su inconformidad:

Que los Colegios sancionados por el Departamento de Santander, entre los que se cuenta el Colegio Cooperativo Comfenalco, fueron notificados de la sanción que se les impuso, mediante los actos acusados y de ese modo adquirieron personería jurídica *"per se"* o *"ad hoc"*, pues con ellos se adelantó y agotó la vía gubernativa habiendo sido representados por las personas con quien se surtió la notificación.

Que en Colombia a ningún colegio particular se le reconoce personería jurídica por lo cual la prueba que se exige en el auto recurrido es imposible de aportar.

Que así como con base en las inscripciones que reposan en la Secretaría de Educación se ha reconocido personería sustantiva a varios colegios para ser demandados (por el Deparatamento de Santander ante el H. Tribunal), de la misma manera con esa misma prueba debió reconocerse personería sustantiva a otros colegios para ser demandantes.

Concluye el recurrente:

"...Lo que se quiere probar es que la realidad jurídica que cubre la demostración sobre la existencia y representación de los colegios opera de acuerdo con las inscripciones que tras conceder licencia de funcionamiento y aprobar estudios, hacen en sus registros las Secretarías de Educación".

SE CONSIDERA

1. A la demanda se adjuntó la constancia que obra al folio 1 del expediente, expedida por la Directora Técnico Pedagógica de la Secretaría de Educación Departamental de Santander, en cuyo texto se dice que se hace constar: "Que el Colegio Cooperativo Comfenalco, se encuentra registrado en la Dirección Pedagógica de la Secretaría de Educación Departamental y su rectora es la señora Martha Sepúlveda de Rodríguez, C.C. No. 41´422.846 de Bogotá".

2. Obra, además al folio 46 *ibidem*, otra constancia, de la Unidad de Planeamiento Educativo de la Secretaría de Educación de Santander, en la que aparece que la mencionada señora Martha Sepúlveda de Rodríguez, es la Directora del Colegio Cooperativo de Comfenalco.

3. En ninguno de los documentos referidos se dice que la Rectora o Directora, quien fue quien otorgó mandato judicial para instaurar acción contra el Depatamento de Santander, sea en verdad la representante legal de dicha institución educativa.

4. De conformidad con el Artículo 139, párrafo quinto del C.C.A., a la demanda "deberá acompañarse también del documento idóneo que acredite el carácter con que el actor se presenta al proceso, cuando tenga la representación de otra persona, o cuando el derecho que reclama proviene de haberlo transmitido a cualquier título, y la prueba de la existencia y representación de las personas jurídicas distintas de las de derecho público que intervengan en el proceso".

5. De lo anterior, emerge lo siguiente:

a. Que Martha Sepúlveda de Rodríguez, si bien es cierto que acreditó su calidad de rectora o directora del Colegio Cooperativo Comfenalco, también lo es que no presentó prueba alguna que acredite que ejerce la representación del plantel mencionado.

b. Que el actor debe acreditar ante el juez, bien su carácter de representante de otro, o bien de cesionario de un derecho, según el caso, y si es una persona jurídica, allegar la prueba de su existencia y representación, de conformidad con la norma transcrita del C.C.A.

Y ninguno de los supuestos a los que se refiere el precepto que se acaba de citar ha sido demostrado con los anexos que se adjuntaron al libelo con el que ha pretendido incoarse la accion de nulidad y restablecimiento del derecho.

6. No es cierto, como lo pretende el actor, que un Instituto Educativo no puede obtener su reconocimiento como persona jurídica capaz de adquirir derechos, contraer obligaciones e integrar una relación jurídico procesal como sujeto de ésta. El Decreto 0525 de 16 de marzo de 1990, expedido por el Presidente de la República y con la firma del Ministro de Educación Nacional y el Jefe del Departamento de Intendencia y Comisaría de la época, constituye soporte suficiente para llegar a una conclusión positiva.

Por otra parte, es factible que el establecimiento pertenezca a una persona natural o a una jurídica. En este evento es aquella o al Representante Legal de ésta a quien corresponde conferir el mandato judicial para que se entable el correspondiente proceso.

Pero, en todo caso, a la demanda deben anexarse los documentos que demuestran la calidad con que se obra, tal como exige el Artículo 139 del C.C.A.

7. Finalmente, no comparte la Sala la apreciación del recurrente en el sentido de que "la existencia y representación de los colegios opera de acuerdo con las inscripciones que tras conceder licencia de funcionamiento y aprobar estudios, hacen en sus registros las Secretarías de Educación", ya que tal inscripción, con las correspondientes licencias de funcionamiento y aprobación de estudios, si bien constituyen mecanismos de control al servicio educativo que debe prestarse, no dan autonomía al establecimiento, ni le otorgan aptitud para proyectarse como persona jurídica o sujeto de derechos o como un patrimonio autónomo. Una cosa es demostrar que el establecimiento existe como tal, como bien patrimonial y que se concede autorización para desarrollar su misión y otra distinta es acreditar quién es su dueño, o quién es su representante, en el supuesto de gozar de personería jurídica.

8. En el *sub lite* se aprecia que la poderdante otorgó poder en su caractér de "representante legal" del Colegio Cooperativo Comfenalco, por lo que resulta obvio que el Tribunal hubiese concluido que a falta de la demostración de dicha calidad, era menester inadmitir la demanda formulada, pues de conformidad con el inciso primero del Artículo 142 del C.C.A., es el pronunciamiento que debe hacerse si no se cumplen los requisitos y formalidades previstos en los Artículos anteriores, entre los cuales figura el 13 de dicho ordenamiento.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE:

Primero. CONFIRMASE el auto apelado.

Segundo. DEVUELVASE el expediente al Tribunal de origen en la oportunidad debida.

Cópiese, notifíquese, cúmplase.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veinticinco (25) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Juan Alberto Polo Figueroa, Manuel S. Urueta Ayola, Jaime Paredes Tamayo,* Conjuez, ausente.

FACTURA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Protección derechos de los usuarios / **CONTRATOS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS** - Regulación / **COMISIONES DE REGULACION** - Competencia / **FACTURACION DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS** - Exceso de reglamentación / **SUSPENSION PROVISIONAL** - Procedencia

Conforme al Artículo 73 numeral 21 *ibidem*, corresponde a las Comisiones de Regulación "Señalar, de acuerdo con la ley, criterios generales sobreabuso de posición dominante en los contratos de servicios públicos, y sobre la protección de los derechos de los usuarios en lo relativo a facturación, comercialización y demás asuntos relativos a la relación de la empresa con el usuario". Las consideraciones precedentes justifican el decreto de la medida precautoria impetrada respecto de los efectos del Artículo 1° acusado y, por ende, de los Artículos 3° y 4° *ibidem*, que imponen obligaciones a cargo de las entidades vigiladas, como consecuencia de la regulación contenida en aquél.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá D.C., dos (2) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 3703. Actor: *Héctor Emilio Pacheco.*

Acción: Nulidad.

El ciudadano Héctor Emilio Pacheco, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública consagrada en el Artículo 84 del C.C.A., ha presentado demanda ante esta Corporación tendiente a obtener la declaratoria de nulidad, previa suspensión provisional, de la Resolución No. 1180 de 21 de noviembre de 1995 *"por la cual la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios precisa a las entidades vigiladas los criterios provenientes de la Ley 142 de 1994 y del* Decreto *1842 de 1991, que se utilizan*

para determinar la oportunidad en la entrega y recibo de las facturas", expedida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

I. LA ADMISION DE LA DEMANDA

Como la demanda y sus anexos se ajustan a las previsiones de los Artículos 137 a 142 del C.C.A., es del caso proceder a su admisión y así se dispondrá en la parte resolutiva de esta providencia.

II. LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

II.1. Aparece sustentada en escrito separado de la demanda, del cual se extrae principalmente, lo siguiente (fls. 23 a 25 Cdno. Ppal.):

1°. El Artículo 12 del Decreto 1842 de 1991, que sirvió como fundamento para la expedición de la Resolución acusada, no está vigente, ya que una ley posterior (la 142 de 1994, en su Artículo 186), definió expresamente que ella reglamenta de manera general las actividades relacionadas con los servicios públicos domiciliarios, por lo cual, conforme al mandanto del Artículo 3° de la Ley 153 de 1987 aquél se considera insubsistente.

En este caso, y por razón de la expedición de dicha ley, no soló deberá tenerse como insubsistente el Decreto 1842 de 1991 sino que debe inaplicarse por decaimiento del mismo, conforme a lo normado en el Artículo 66 numeral 2 del C.C.A.

2°. El Artículo 150 de la Ley 142 de 1994 dispone:

> *"**De los cobros inoportunos** al cabo de cinco meses de haber entregado las facturas, las empresas no podrán cobrar bienes o servicios que no facturaron por error, omisión o investigación de desviaciones significativas frente a consumos anteriores. Se exceptúan los casos en que se compruebe dolo del suscriptor o usuario".*

Los alcances de esta disposición no pueden ser definidos por un acto de la Superintendencia de Servicios Públicos, en virtud de lo señalado en el Artículo 79 inciso final *ibidem* que prevé que "salvo cuando se trate de las funciones a las que se refieren los numerales 79.3, 79.4 y 79.13 el Superintendente y sus delegados no producirán actos de carácater general para crear obligaciones a quienes estén sujetos a su vigilancia".

Igualmente el acto acusado está invadiendo el ámbito de competencia de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (Artículo 73 numeral 21 *ibidem*).

3°. La Resolución acusada viola los Artículos 189 numeral 11 y 211 de la Carta Política porque establece en su Artículo 1° definiciones y una escala de sanciones por facturación inoportuna y extemporánea que no contempla la Ley 142 de 1994; establece en su Artículo 2° casos de exoneración en el pago de servicios prestados no contemplados en dicha ley, contrariando así lo dispuesto en el Artículo 150 de la misma, y usurpando funciones específicas de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones; la referida Ley 142, en sus Artículos 76 y 79 creó la Superintendencia de Servicios Públicos y dentro de sus funciones le prohibió la expedición de actos de carácter general para crear obligaciones a quienes estén sujetos a su vigilancia.

II. 2. Consideraciones de la Sala.

La Resolución acusada es del siguiente tenor:

*"**Artículo 1°. Oportunidad para expedir facturas de servicios públicos.** Las entidades vigiladas deberán facturar en forma oportuna los servicios objeto de suministro, entendiendo por facturación oportuna aquella:*

a) Que versa sobre el servicio prestado en el período inmediatamente anterior, ya sea éste mensual, bimestral u otro; salvo los casos en los que medie mora del suscriptor o usuario, lo que legitima la facturación de la deuda acumulada en períodos subsiguientes, y aquélla;

b) Que además, es entregada y recibida por parte de los suscriptores o usuarios, por lo menos con cinco (5) días hábiles de antelación a la fecha de pago, señalada en el correspondiente recibo o cuenta de cobro.

El incumplimiento de las entidades vigiladas de los términos anteriores, traerá como consecuencia:

1. La imposición de la correspondiente sanción por parte de la Superintendencia, de conformidad con lo establecido en el Artículo 81 de la Ley 142 de 1994, en aquellos casos en que se configure una facturación inoportuna.

No obstante lo anterior la entidad vigilada podrá cobrar a sus suscriptores o usuarios los servicios prestados dentro de los cinco (5) meses subsiguientes, contados a partir del vencimiento del mes, bimestral u otro, en el cual se debió facturar.

2. El suscriptor o usuario no está en la obligación de cancelar el servicio suministrado, por haberse configurado una facturación extemporánea, cuando la entidad vigilada omita facturar los valores no cobrados dentro

de los cinco (5) meses señalados en el numeral anterior, sin perjuicio de las sanciones a que haya lugar con lo establecido en el numeral precedente.

Lo establecido en el presente Artículo debe entenderse sin perjuicio de lo contemplado en el Artículo 3° de la presente Resolución.

Artículo 2°. Exoneración en el pago de los servicios prestados. *Los suscriptores o usuarios de los servicios públicos domiciliarios de que trata la Ley 142 de 1994, no estarán obligados a cancelar el valor de los mismos, única o exclusivamente en los siguientes eventos:*

a) Cuando medie falta de medición de consumo, por acción u omisión imputables a la entidad vigilada, en los términos establecidos en el inciso 4° del Artículo 146 de la Ley 142 de 1994;

b) Cuando pasados los cinco (5) meses, señalados en el Artículo anterior de esta Resolución, la entidad vigilada no haya facturado los servicios efectivamente prestados;

c) Cuando de conformidad con lo establecido con el Artículo 150 de la Ley 142 de 1994, pasados cinco (5) meses de haber entregado las facturas, las entidades vigiladas no hayan cobrado bienes o servicios que no facturaron por error, omisión o investigación de desviaciones significativas frente a consumos anteriores, con excepción de los casos en que se compruebe dolo del suscriptor o del usuario.

Artículo 3°. Señalamiento del Régimen de transición y del Régimen definitivo. *Lo establecido en el Artículo 1° de la presente Resolución, debe entenderse como un Régimen de transición, de forma tal que a partir del 1° del 1996, la facturación que no corresponda al período inmediatamente anterior y la factura que no sea entregada con por lo menos cinco (5) días hábiles de antelación a la fecha de pago, señalada en el correspondiente recibo o cuenta de cobro, traerá como consecuencia la total exoneración del valor del servicio suministrado en favor del suscriptor o usuario.*

Artículo 4°. Acuerdo en el marco de los contratos de servicios públicos. *Para los efectos del Artículo 148 de la Ley 142 de 1994, las entidades vigiladas deberán tener en cuenta los parámetros señalados en la presente Resolución".*

El Capítulo VI del Título VIII de la Ley 142 de 1994 *"por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras dispociciones"*, regula lo relacionado con las facturas, y dentro de dicho Capítulo se destacan los Artículos 147 y 148, los cuales son del siguiente tenor:

*"**Artículo 147. Naturaleza y requisitos de las facturas.** Las facturas de los servicios públicos se pondrán en conocimiento de los suscriptores o usuarios para determinar el valor de los bienes o servicios provistos en desarrollo del contrato de servicios públicos.*

En las facturas en las que se cobren varios servicios, será obligatorio totalizar por separado cada servicio, cada uno de los cuales podrá ser pagado independientemente de los demás, con excepción del servicio público domiciliario de aseo y demás servicios de saneamiento básico. Las sanciones aplicables por no pago procederán únicamente respecto del servicio que no sea pago.

En las condiciones uniformes de los contratos de servicios públicos podrá preverse la obligación para el suscriptor o usuario de garantizar con un título valor el pago de las facturas a su cargo.

***Parágrafo.** Cuando se facturen los servicios de saneamiento básico y en particular los de aseo público y alcantarillado, conjuntamente con otro servicio público domiciliario, no podrá cancelarse este último con independencia de los servicios de saneamiento básico, aseo o alcantarillado, salvo en aquellos casos en que exista prueba de mediar petición, queja o recurso debidamente interpuesto ante la entidad prestataria del servicio de saneamiento básico, aseo o alcantarillado.*

***Artículo 148 . Requisitos de las Facturas.** Los requisitos formales de las facturas serán los que determinen las condiciones uniformes del contrato, pero contendrán, como mínimo, información suficiente para que el suscriptor o usuario pueda establecer con facilidad si la empresa se ciño a la ley y al contrato al elaborarlas, cómo se determinaron y valoraron sus consumos, cómo se comparan éstos y los precios con consumos anteriores, y el plazo y modo en que debe hacerse el pago.*

En los contratos se pactará la forma, tiempo, sitio y modo en los que la empresa hará conocer la factura a los suscriptores o usuarios, y el conocimiento se presumirá de derecho cuando la empresa cumpla lo estipulado. Corresponde a la empresa demostrar su cumplimiento. El suscriptor o usuario no estará obligado a cumplir las obligaciones que le cree la factura, sino después de conocerla. No se cobrarán servicios no prestados, tarifas, ni conceptos diferentes a los previstos en las condiciones uniformes de los contratos, ni se podrá alterar la estructura tarifaria establecida para cada servicio público domiciliario".

Las disposiciones transcritas y particularmente el último precepto, ponen en evidencia que *en tratándose del contenido de las tarifas que se cobran a los usuarios o suscriptores de los servicios públicos la referida Ley 142 defirió a los respectivos contratos la regulación de dicho contenido.*

De tal manera, como lo advierte el actor, el Artículo 1° de la Resolución acusada establece unas definiciones que no contempla la Ley 142 de 1994, además que, *conforme al Artículo 79 inciso final ibidem, el Superintendente y sus delegados no pueden producir actos de carácter general para crear obligaciones a quienes estén sujetos a su vigilancia, salvo a que se trate de las funciones a las que se refieren los numerales 79.3, 79.4 y 79.13, que no es el acto regulado en el acto acusado.*

Por su parte, conforme al Artículo 73 numeral 21 *ibidem*, corresponde a las Comisiones de Regulación "señalar, de acuerdo con la ley, *criterios generales* sobre abuso de posición dominante en los contratos de servicios públicos, *y sobre la protección de los derechos de los usuarios en lo relativo a facturación*, comercialización y demás asuntos relativos a la relación de la empresa con el usuario" (las subrayas de la Sala fuera de texto).

Las consideraciones precedentes justifican el Decreto de la medida precautoria impetrada respecto de los efectos del Artículo 1° acusado y, por ende, de los Artículos 3° y 4° *ibidem*, que imponen obligaciones a cargo de las entidades vigiladas, como consecuencia de la regulación contenida en aquél.

En lo que respecta al Artículo 2° literales a) y c) de la Resolución acusada estima la Sala que no es procedente acceder a la solicitud de suspensión provisional de sus efectos, dado que, en principio, confrontando el contenido de dichas disposiciones con el de los Artículos 146 y 150 de la citada Ley 142, se advierte que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios no hace más que reiterar la preceptiva de dichos mandatos legales.

En efecto, conforme al Artículo 146 inciso 4° "La falta de medición del consumo, por acción u omisión de la empresa, le hará perder el derecho a recibir el precio...".

El Artículo 150 estatuye *"**De los cobros inoportunos.** Al cabo de cinco (5) meses de haber entregado las facturas, las empresas no podrán cobrar bienes o servicios que no facturaron por error, omisión o investigación de desviaciones significativas frente a consumos anteriores. Se exceptúan los casos en que se compruebe dolo del suscriptor o usuario".*

En lo que concierne al literal b) habrá de decretarse la suspensión provisional de sus efectos ya que la modalidad de cobro inoportuno a que él se contrae no encaja dentro de la prevista en el Artículo 150 transcrito.

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

RESUELVE:

Primero. ADMITESE la demanda presentada por el ciudadano *Héctor Emilio Pacheco.* En concecuencia, se dispone:

a. NOTIFIQUESE personalmente al señor Procurador Segundo Delegado de lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado;

b. Notifíquese personalmente al señor Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios. ENTREGUESELE copia de la demanda y sus anexos;

c. FIJESE 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. SOLICITESE a la Secretaría General de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios que en el término de ocho (8) días envíe los antecedentes administrativos al acto acusado. El desacato a esta solicitud o la inobservancia del plazo asignado constituye falta disciplinaria;

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 cinco mil pesos ($5.000.oo) moneda corriente, dentro de los diez (10) días siguientes al del regreso del expediente a la Secretaría.

Segundo. TIENENSE como demandante al ciudadano *Héctor Emilio Pacheco* y como demandada a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Tercero. DECRETASE la suspensión provisional de los efectos de los Artículos 1° y 2° literal b) 3° y 4° de la Resolución No. 1180 de 21 de noviembre de 1995, expedida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Cuarto. DENIEGASE *la solicitud de suspensión provisional de* los efectos del Artículo 2° literales a) y c) *ibidem.*

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del día dos (2) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Juan Alberto Polo Figueroa, Libardo Rodríguez Rodríguez, Manuel S. Urueta Ayola.*

FACULTAD IMPOSITIVA - Incompetencia del alcalde / **FACULTAD IMPOSITIVA** - Improcedencia de delegación / **CONCEJO MUNICIPAL** - Facultad impositiva

La facultad dada al Alcalde puede concebirse en el sentido de que se le autoriza para sistematizar las normas sobre las rentas ya reconocidas y reglamentadas y el estado fiscal y en modo alguno que ella comprenda la de votar, es decir, imponer o establecer tributos, tasas o contribuciones. Si bien los llamados códigos fiscales suelen constituir una compilación de normas en materia de rentas, ingresos, gasto público, de contratación administrativa, y presupuestales en general, de aplicación a la administración municipal, perfectamente pueden contener disposiciones reglamentarias sobre tributos necesarios para el ejercicio de las competencias y funciones del ente municipal, a condición de que estén previamente autorizados por la ley (art. 313-4 C.P.). Pero disposiciones de este último tipo corresponde adoptarlas directamente al concejo, sin que puedan ser materia de delegación o de autorizaciones para su ejercicio en el Alcalde. La facultad de imponer contribuciones no puede ser materia de delegación o de ejercicio por la autoridad administrativa, toda vez que éstas, en tiempo de paz, sólo pueden ser establecidas por el Congreso de la República, las asambleas departamentales y los concejos municipales, atendiendo el mandato del pretranscrito Artículo 338 de la Constitución, en concordancia con el 313 *ibidem.*

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá D.C., dos (2) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: Doctor *Juan Alberto Polo Figueroa.*

Referencia: Expediente No. 3526. Actor: *Guillermo Ballesteros Rodríguez. Acción : Actos Municipales.*

Se encuentra para resolver el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia del Tribunal Administrativo del Cesar, en cuanto negó sus pretensiones.

I. ANTECEDENTES

1°. La demanda y sus fundamentos.

El cuidadano *Guillermo Ballesteros Ramírez* pidió al mencionado Tribunal la nulidad del Acuerdo Municipal No. 004 del cinco (5) de marzo de mil noveciento noventa y tres (1993), expedido por el Concejo de Valledupar.

Mediante dicho acto el Concejo facultó al Alcalde Mayor del Municipio para que en el término de noventa (90) días expidiera el código municipal de rentas y del estado fiscal municipal con base en la Constitución y la legislación vigente y teniendo en cuenta los diagnósticos, recomendaciones y proyectos de la Dirección de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda.

En cuanto a las normas violadas y el concepto de violación el actor dice que el Acuerdo es inconstitucional por ser contrario o rebasar "en forma ostensible el contenido de los Artículos 313 y 338 de la Carta", toda vez que de sus textos se infiere que de manera manifiesta limitan la facultad de imponer contribuciones a los concejos en el ámbito municipal, siguiendo el principio de que no hay tributo sin representación, argumento éste último que respaldó en una providencia de la Sección Cuarta, proferida el 7 de octubre de 1994 en el expediente 5641 con ponencia del Consejero doctor *Jaime Abella Zárate.*

Acota que debe tenerse en cuenta que la referidad facultad es "*directa* en tratándose de fijar los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables y las tasas de los impuestos", lo cual excluye la delegación.

De modo que el Concejo Municipal de Valledupar, al delegar en el Alcalde la expedición del referido código, la fijación de los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables y las tarifas de impuestos, "violó directa y ostensiblemente los Artículos 313 y 338 de la Constitución".

2° . Contestación de la demanda.

La parte demandada, que lo fue el Municipio en mención, representado por su Alcalde, fue notificado en debida forma de la acción incoada, cuya atención constituyó apoderado judicial, el cual se limitó a allegar la documentación pertinente para que se le reconociera como tal, guardando silencio en esta oportunidad sobre la demanda.

3°. Pruebas.

Estan dadas por las documentales pertinentes las cuales fueron presentadas en tiempo.

4°. Alegatos para fallo.

La parte demandada los fundamentó en el Artículo 313 de la Constitución, con cuyo texto dio como plenamente establecido que el Concejo mediante acuerdo puede desprenderse de cualquier función que le corresponda y autorizar en forma precisa y *pro tempore* al señor Alcalde, y eso fue lo que hizo con el acto atacado, por tanto pidió que se desestimen las pretensiones de la demanda.

El actor reiteró sus argumentos acusatorios ya expuestos, los que ahora complementó con apartes de la sentencia C-004 de enero 14 de 1993, proferida por la Corte Constitucional a propósito de la interpretación del Artículo 338 de la Carta.

5°. La sentencia.

El *a quo*, previo análisis histórico de las normas superiores pertinentes, concluye que no es cierto que la expresión *"directamente"*, utilizada en el Artículo 338 de la Constitución, indique que sólo el Concejo pueda cumplir tales propósitos, ya que puede despojarse de esas funciones delegándolas en el Alcalde Municipal, de donde decidió desestimar las pretensiones.

6°. El recurso.

El actor impugnó en tiempo la anterior decisión por estimar que el Tribunal no hizo ningún análisis sobre las consideraciones expuestas en los alegatos de conclusión, entre las cuales se mencionan varias sentencias de la H. Corte Constitucional, limitándose a tomar tanto lo expuesto en la demanda como en dichos alegatos.

II. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Ministerio Público, por su parte, tras advertir que en estricto derecho los Concejos no expiden códigos sino reglamentaciones y no obstante la impropiedad que en este sentido contiene el acto demandado, estima que primando lo sustancial sobre lo objetivo la alzada no está llamada a prosperar.

III. CONSIDERACIONES

El texto del acto enjuiciado es el siguiente:

"ACUERDO No. 004
de marzo 5 de 1993

"Por el cual se conceden unas facultades al Alcalde Municipal de Valledupar.

"El Concejo Municipal de Valledupar en uso de sus facultades legales y en especial las que le confiere el Decreto 1333 de 1986;

ACUERDA:

*"**Artículo primero:** Facúltase al Alcalde Mayor de Valledupar para que en el término de noventa (90) días expida el **Código Municipal de Rentas y del Estado Fiscal Municipal**, con base en la Constitución Nacional y en la legislación vigente, y teniendo en cuenta los diagnósticos, recomendaciones y proyectos de la Dirección de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda.*

*"**Artículo segundo:** Este acuerdo rige a partir de su sanción y Publicación".*

De él se dice que viola los Artículos 313-4 y 338 de la Constitución, los que a la letra rezan:

*"**Artículo 313.** Corresponde a los Concejos:*

(...)

4. Votar de conformidad con la Constitución y la ley de los tributos y los gastos locales".

(...)

*"**Artículo 338.** En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos.*

La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen las tarifas de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o partcipación en los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer el reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos.

Las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de los hechos ocurridos durante un período determinado, no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo".

Al hacer la confrontación entre el asunto del primero y la materia de los segundos, se observa que no hay correspondencia aunque sí relación entre ellos toda vez que la facultad delegada en el Alcalde es para expedir el *Código Municipal de Rentas y del Estado Fiscal Municipal de Valledupar*, lo que atendiendo la acertada observación del colaborador fiscal ha de entenderse como la reunión de las normas sobre las materia de naturaleza fiscal que caen bajo la órbita municipal.

Las normas superiores transcritas aluden a la facultad de votar tributos y gastos locales, la primera; y a la de imponer contribuciones fiscales y parafiscales así como tasas para la prestación de servicios, la segunda, incluyendo la fijación de los elementos que los estructuran.

El examen del acuerdo de facultades no permite establecer que en él se confiera facultad alguna al Alcalde municipal para imponer tributos o gastos y en ese sentido debe entenderse la circustancia de que el mismo acuerdo sujete su ejercicio a la Constitución, a la legislación vigente y a las recomendaciones y proyectos de la Dirección de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda. En otros términos, la facultad dada al Alcalde puede concebirse en el sentido de que se le autoriza para sistematizar las normas sobre las rentas ya reconocidas y reglamentadas y el estado fiscal y en modo alguno que ella comprenda la de votar, imponer o establecer tributos, tasas o contribuciones.

Si bien, los llamados códigos fiscales suelen constituir una compilación de normas en materia de rentas, ingresos, gasto público, de contratación administrativa y presupuestales en general, de aplicación a la administración municipal, perfectamente pueden contener disposiciones reglamentarias sobre tributos necesarios para el ejercicio de las competencias y funciones del ente municipal, a condición de que estén previamente autorizados por la ley (art. 313-4 C.P.). Pero disposiciones de este último tipo corresponde adoptarlas directamente al Concejo, sin que puedan ser materia de delegación, o de autorizaciones para su ejercicio, en el Alcalde.

Dentro de este orden de ideas no se advierte correspondencia entre la atribución delegada y la regulada por las normas constitucionales a que se hace mención en el cargo; luego, aun vistas en sí mismas y por tanto fuera del contexto del estatuto supremo, no se puede predicar contradicción de éste con aquéllas, lo que significa que la alegada inconstitucionalidad se cae de su peso. La jurisprudencia constitucional traída por el actor en sus alegatos, referida a la facultad que tiene el Congreso de crear impuestos sería pertinente, en tratándose del Concejo Municipal, si del acuerdo se desprendiese la facultad de imponer tributos o gastos.

Las anteriores consideraciones son suficientes para deducir la no prosperidad del cargo, no sin antes reiterar, en relación con los alegatos

de la entidad demandada, en especial la invocación del Artículo 313-4 de la Carta, a cuyo tenor los Concejos pueden autorizar al Alcalde *"ejercer pro témpore precisas funciones de las que le corresponden"*, que dicha autorización ha de interpretarse como que la facultad de imponer contribuciones no puede ser materia de delegación o de ejercicio por la autoridad administrativa, toda vez que éstas, en tiempo de paz, sólo pueden ser establecidas por el Congreso de la República, las asambleas departamentales y los concejos municipales, atendiendo el mandato del pretranscrito Artículo 338 de la Constitución, en concordancia con el 313 *ibidem*. Este criterio armoniza con la prohibición que la Constitución hace al Congreso de conceder facultades extraordinarias al Presidente de la República "ni para decretar impuesto" (art.150, num. 10, inc. 4, C.P.).

No pudiéndose entender entonces que la facultad conferida en el acuerdo *sub lite* lo es para el efecto, no se evidencia contradicción con las normas precitadas.

Síguese de las anteriores consideraciones que no se atenderán las súplicas del apelante y por tanto la sentencia apelada se confirmará.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada.

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 dos (2) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Juan Alberto Polo Figueroa, Libardo Rodríguez Rodríguez, Manuel S. Urueta Ayola.*

REVOCATORIA DIRECTA DE ACTO GENERAL Y PARTICULAR - Diferencias / **CONSENTIMIENTO PARA REVOCATORIA DE ACTO PARTICULAR** - Excepción / **SILECIO ADMINISTRATIVO POSITIVO** - Revocatoria de acto particular

La revocación de un acto administrativo, esto es, el retiro definitivo por la administración de un acto suyo anterior mediante otro de signo contrario, puede ocurrir como el resultado de la utilización de recursos en la vía gubernativa o como medida unilateral de la administración, atributo de la autoridad. En este último evento, conocido como revocación directa (título V C.C.A.) debe distinguirse la revocación de los actos creadores de situaciones generales de la de los actos creadores de situaciones jurídicas de carácter particular y concreto. La primera, respecto de los actos generales o actos regla, siempre es posible por razones de legitimidad o de mérito y conveniencia, en la medida que desaparezcan o cambien los presupuestos del acto jurídico original, o haya mutación superviniente de las exigencias del interés público que debe satisfacerse mediante la actividad administrativa. No sucede igual cuando el acto ha engendrado situaciones jurídicas de carácter particular y concreto, por cuanto éstas, por naturaleza, son inmodificables e irrevocables unilateralmente por la administración. La atribución de anular los actos administrativos por ser contrarios a normas superiores, por vicios en su formación, por falsa motivación, etc., es propia única y exclusivamente de la jurisdicción. Lo jurídico entonces, es que la administración acuda ante la jurisdicción contenciosa administrativa a demandar su propio acto y no pretender corregir un acto que considera ilegal cometiendo otra ilegalidad. La exigencia del consentimiento expreso y escrito del titular de la situación jurídica de carácter concreto o de hecho de igual naturaleza, como condición para revocación del acto que los crea, sólo tiene una excepción, y es cuando se trate de actos administrativos resultantes del silencio administrativo positivo. El hecho de ser un acto administrativo "manifestante opuesto a la ley", según la glosa que hace el recurrente, no confiere la legitimidad a la administración para revocar un acto creador de

una situación jurídica de carácter particular y concreto, con el consentimiento expreso del titular, salvo que ese acto sea resultante de la aplicación del silencio administrativo positivo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Seccion Primera.- Santafé de Bogotá D.C., dos (2) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: Doctor *Juan Alberto Polo Figueroa.*

Referencia: Expediente No. 3751. Actora: Transportes Barbosa Ltda.

Acción: Autoridades Municipales.

Se decide por la Sala en relación con el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del Municipio de Barbosa (Santander) contra la providencia del 26 de septiembre de 1995, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Santander decretó la suspensión provisional de la Resolución No. 00025 de 30 de enero de 1995, expedida por el Alcalde de dicho municipio.

ANTECEDENTES

1. Por Resolución No. 000895 de 20 de diciembre de 1994 el Alcalde Municipal de Barbosa concedió licencia de funcionamiento a la empresa "Transportes Barbosa Ltda.", para la prestación de servicio colectivo de pasajeros en el sector urbano, subùrbano y veredal del municipio.

La resolución en mención en su motivación destaca el otorgamiento del concepto previo para la constitución de dicha sociedad como operadora de transporte público colectivo de pasajeros mixto; la ausencia de oposición por otras empresas de transporte público colectivo y la realización del estudio técnico No. 01 de 19 de diciembre de 1994, como fundamento para la viabilidad de la expedición de la licencia.

2. Días después, la nueva administración municipal a solicitud de la *"Cooperativa de Transportadores Ricaurte Ltda."*, dispuso la revocación de la mencionada Resolución No. 000895 de 1994, bajo la consideración de que con la expedición de la licencia de funcionamiento a la empresa *"Transporte Barbosa Ltda."*, se creaba en favor de ésta un "previlegio injustificado", en desmedro de otras importantes empresas barbosinas; que hubo interés personal y ligereza del Alcalde saliente al expedirla; que hubo violación de los requisitos legales para expedirla; que hubo violación de los requisitos legales para otorgarla; y que la publicación que se hizo de los actos administrativos que dieron origen a su otorgamiento "fue tímida" para que los terceros no se enteraran.

Tal revocación se dispuso mediante la Resolución No. 00025 de 30 de enero de 1995, en la cual, además, se ordenó la cancelación de las autorizaciones de rutas y horarios otorgados a la *"Empresa Transportes Barbosa Ltda."*; se declaró que "ha dejado de existir el derecho de carácter particular que se creó con el acto administrativo que se revoca"; y se precisó que contra ella "no procede recurso alguno".

3. Contra esta resolución el Subgerente de la Empresa Transportes Barbosa Ltda. como representante legal de la misma, interpuso recurso de reposición, el cual no fue resuelto. Se observa al respecto que el Alcade Municipal de Barbosa, en comunicaciones dirigidas a la referida empresa, le hizo saber que la revocación estaba en firme porque contra la resolución que la dispuso no cabía recurso alguno.

4. La resolución de la revocatoria fue atacada por la vía jurisdicional en acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Fue así como el Tribunal Administrativo de Santander dictó, al admitir la demanda, el auto recurrido.

LA PROVIDENCIA RECURRIDA

Para decretar la suspensión provisional de la Resolución No. 00025 de 30 de enero de 1995, el Tribunal Administrativo de Santander discurrió de la siguiente manera:

1. Al tenor de lo previsto en el Artículo 73 del C.C.A., cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoria, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.

En el caso bajo examen la violación de la norma anterior es clara y ostensible por comparación directa con la misma, toda vez que la Resolución No. 00025 de 30 de enero de 1995 fue expedida por el Alcalde Municipal de Barbosa sin el consentimiento expreso y escrito de la persona jurídica "Transportes Barbosa Ltda.", a la cual mediante la resolución No. 00895 de 20 de diciembre de 1994 se le había creado una situación jurídica de carácter particular y concreto.

2. Se encuentra sumariamente demostrado el perjuicio que la ejecución del acto causa a la sociedad actora; y satisfechos los requisitos que hacen precedente la suspensión provisional impetrada. La medida se limita a la resolución acusada, por cuanto de conformidad con el Artículo sexto de la misma, contra dicho acto no procedía recurso alguno".

FUNDAMENTO DEL RECURSO

A jucio del recurrente no se advierte de la simple comparación con la norma que se dice infrigida, que la Resolución No. 00025 del 30 de enero de 1995 sea ostensiblemente violatoria de la misma.

El Tribunal, arguye, tendría razón si el Artículo 73 del C.C.A. se limitara a disponer que los actos administrativos creadores de una situación jurídica particular y concreta no podrán ser revocadas sin el conocimiento expreso y escrito del titular.

Pero resulta que no es así, ya que el mencionado Artículo señala a continuación las excepciones a la anterior regla, al disponer que *"...pero habrá lugar a la revocación de esos actos cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo, si se dan las causales previstas en el Artículo 69, o si fuese evidente que el acto ocurrió por medios ilegales"*.

En el caso presente, se da una de esas causales que hace posible la revocación, pues el acto revocado "es manifestante opuesto a la ley", esto es, al Decreto 1787 de 1990 por omisión de los requisitos que éste establece para la expedición de la licencia de funcionamiento.

Aceptar la suspensión tal como lo expresa el Tribunal *"sería cercenar de un tajo el Artículo 73 y atentar contra la integridad del mismo al excluir las excepciones propuestas a la regla que impide la revocación"*, lo cual no se ajusta a derecho.

En un escrito posterior, el recurrente expresa que la suspensión provisional de un acto se justifica por la necesidad de impedir que se mantenga en el tiempo un acto injusto e ilegal. Pero en este caso sucede lo contrario porque la suspensión concedida lo que hace es privilegiar en el tiempo la vigecia de la Resolución No. 000895 de 20 de diciembre de 1994 que es clara y ostensiblemente violatoria del Decreto 1787 de 1990 y atenta contra los derechos adquiridos de otras empresas legalmente constituidas.

Agrega finalmente que para que opere la suspensión se requiere que se haya causado daño y en este caso no lo ha habido.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El núcleo de la controversia estriba, como es fácil advertirlo, en el alcance de la norma que regula la revocación de los actos administrativos creadores de situaciones jurídicas de carácter particular y concreto. Ello amerita algunas consideraciones con la revocación de los actos administrativos.

1. La revocación de un acto administrativo, esto es, el retiro definitivo por la Administración de un acto suyo anterior mediante otro de signo contrario, puede ocurrir como resultado de la utilización de los recursos en vía gubernativa o como medida unilateral de la administración, atributo de la autoridad.

En este último evento, conocido como revocación directa (Título V, C.C.A.) debe distinguirse la revocación de los actos creadores de situaciones generales de la de los actos creadores de situaciones jurídicas de carácter particular y concreto.

La primera, respecto de los actos generales o actos regla, siempre es posible por razones de legitimidad o de mérito o conveniencia en la medida que desaparezcan o cambien los presupuestos del acto jurídico original, o haya mutación superviniente de las exigencias del interés público que debe satisfacerse mediante la actividad administrativa.

No sucede igual cuando el acto ha engendrado situaciones jurídicas de carácter particular y concreto, por cuanto éstas, por naturaleza, son inmodificables e irrevocables unilateralmente por la Administración.

En el evento de que un acto adminstrativo que presente vicios de ilegalidad haya generado una situación jurídica de esa naturaleza, en virtud de la separación de poderes, elemento esencial de un estado de derecho, no corresponde a la Administración la facultad de declarar el vicio y anular, por la vía de la revocación dicho acto. La atribución de anular los actos administrativos por ser contrarios a normas superiores, por vicios en su formación, por falsa motivación, etc., es propia única exclusivamente de la jurisdicción.

Lo jurídico, entonces, es que la administración acuda ante la jurisdicción contencioso administrativa a demandar su propio acto y no pretender corregir un acto que considera ilegal, cometiendo otra ilegalidad.

Lo expresado encuentra respaldo en el C.C.A., que diferencia claramente la revocación de los actos administrativos creadores de situaciones jurídicas generales, los cuales podrán ser revocados unilateralmente, como un atributo de la Administración, en cualquier tiempo, por las causales señaladas en la ley (art. 69), las que se desenvuelven entre la legalidad y la conveniencia y oportunidad; de la de los actos creadores de situaciones jurídicas de carácter particular y concreto, que sólo podrán ser revocadas con el consentimiento expreso y escrito del titular de la misma (art. 73).

El examen del expediente, como lo estableció el *a quo*, demuestra que sin citación de la empresa Transportes Barbosa Ltda., y sin consentimiento expreso, mediante la Resolucción No. 00025 de 30 de enero de 1995 se

revocó la Resolución No. 000895 de 20 de diciembre de 1994, a la par que declaró que "ha dejado de existir el derecho de carácter particular que se creó en el acto administrativo que se revoca", todo con manifiesta violación del Artículo 73 del C.C.A.

2. La exigencia del consentimiento expreso y escrito del titular de la situación jurídica de carácter concreto o de un hecho de igual naturaleza, como condición para la revocación del acto que los crea sólo tiene una excepción, y es cuando se trate de actos administrativos resultantes del silencio administrativo positivo.

El acto administrativo proveniente del silencio positivo puede ser el producto de la existencia de alguna de las causales previstas en el Artículo 69 del C.C.A., o de la utilización de medios ilegales para su obtención.

El hecho de ser un acto administrativo "manifestante opuesto a la ley", según la glosa que hace el recurrente, no confiere legitimidad a la administración para revocar un acto creador de una situación jurídica de carácter particular y concreto, sin el consentimiento expreso del titular, salvo que ese acto sea la resultante de la aplicación del silencio administrativo positivo.

El inciso 2° del Artículo 73 del C.C.A. dispone:

"Pero habrá lugar a la revocación de esos actos (creadores de situaciones jurídicas concretas), cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo, si se dan las causales previstas en el Artículo 69, o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales".

El recurrente pretende tomar aisladamente la expresión final de esta disposición ("o si fuera evidente que el acto ocurrió por medios ilegales") desligándola del origen del acto, es decir del silencio administrativo, para sustentar su impugnación. Esta errada interpretación de la norma empero, ya fue dilucidada por esta Sección cuando fijó el alcance de dicho inciso diciendo:

"Este inciso ha dado origen a diferentes interpretaciones de la doctrina:

Una primera posición considera que el precepto consagra dos excepciones a la intangibilidad de los actos de carácter particular y concreto y son los siguientes:

a) La primera es que pueden revocarse los actos administrativos que resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo si se dan las causales previstas en el Artículo 69 del C.C.A.;

b) La segunda es que pueden igualmente revocarse cuando fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales.

La segunda posición doctrinal estima que el inciso sólo consagra una excepción y es la que pueden ser revocados los actos administrativos cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo o cuando fuere evidente que esta misma clase de actos —los del silencio administrativo positivo— ocurrieron por medios ilegales.

Frente a las dos posiciones doctrinales, la Sala considera que la primera es suceptible de reparos, dado que de aceptarse haría nugatorio el principio de la intangibilidad de los actos que reconocen derechos o situaciones jurídicas de carácter particular y concreto que pregona el inciso primero, pues serían objeto de revocación así los actos expresos cuando fuere evidente su expedición por medios ilegales.

En cambio la segunda posición doctrinal sí merece la acogida de la Sala, ya que se ajusta con fidelidad tanto a la letra como al espíritu del inciso 2° del Artículo 73 del C.C.A.".

Como conclusión del amplio análisis que sigue para demostrar la razón de su acogida a esta última posición, la Sala expresó:

"El análisis anterior permite a la Sala llegar a la conclusión que los únicos actos de carácter particular o concreto que son susceptibles de revocación, sin el consentimiento expreso y escrito del titular, son los que resultan de la aplicación del silencio administrativo positivo, conforme a la previsión contenida en el inciso 2° del Artículo 73 del C.C.A." (Sentencia de 18 de julio de 1991, Ponente Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz, expediente No. 1185).

El argumento se refuerza con el Artículo 74 del C.C.A., cuando dispone: "En el acto de revocatoria de los actos presuntos obtenidos por el silencio administrativo positivo se ordenará la cancelación de las escrituras que autoriza el Artículo 42, y se ordenará iniciar las acciones penales o disciplinarias correspondientes", disposición que no se extiende a los actos administrativos expresos.

3. Cabe agregar a lo anterior que para proceder a la revocación de los actos administrativos de caracter particular y concreto, es imprescindible adelantar una actuación administrativa, cuya existencia y objeto deben ser comunicados a quienes con ella puedan resultar afectados en forma directa. A dicha actuación se aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto por el C.C.A., en materia de citación a terceros (art. 14), de pruebas (art. 34), de oportunidad para los interesados para expresar sus opiniones como base

de la decisión (art. 35), nada de lo cual evidentemente, se cumplió para la expedición de la Resolución No. 00025 de 30 de enero de 1995, adoptada sin la audiencia de la empresa afectada con la revocación.

Corolario de lo expuesto es el que la providencia materia de alzada deberá ser confirmada, como en efecto se dispondrá.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administartivo, Sección Primera,

RESUELVE:

CONFIRMAR la providencia apelada.

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 dos (2) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Juan Alberto Polo Figueroa, Libardo Rodríguez Rodríguez, Manuel S. Urueta Ayola.*

NOTA DE RELATORIA: Reiteración de la Providencia de julio 18 de 1991, Expediente 1185 Consejero Ponente *Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

EMBARGOS - Acumulación

Si respecto de un bien embargado en un proceso civil se ha decretado igual medida en uno laboral o de jurisdicción coativa, es menester que se proceda del modo que establece el Artículo 542 del C. de P.C.

ACCION PENAL Y CIVIL ORIGINADAS EN LA COMISION DE UN HECHO PUNIBLE - Finalidad / **MEDIDAS CAUTELARES EN PROCESO PENAL** - Acumulación de embargos

Es menester distinguir entre la acción penal y la civil que se originan por la comisión de un hecho delictuoso. La primera tiene como finalidad la investigación de los autores y copartícipes del reato, así como las circunstancias en que éste pudo originarse y sus móviles. La segunda, en cambio, como lo prescribe el Artículo 43 del C. de P. P., tiende al "resarcimiento de los daños y perjuicios individuales y colectivos causados por el hecho punible..." y puede adelantarse dentro de la actuación penal, o por separado, mediante un proceso civil adecuado para el logro de ese fin. Si lo uno, será indispensable que el perjudicado se constituya parte civil, mediante demanda que reúna los requisitos establecidos en el Artículo 46 ibidem, caso en el que podrá solicitar, con arreglo a la ley, el decreto y práctica de medidas cautelares. Si lo otro, habrá de instaurarse proceso civil cognocitivo, en el que se establezca lo relativo a la responsabilidad patrimonial del demandado. Por consiguiente, dado que el delito es fuente de obligaciones civiles, por el detrimento que pueda causar a la víctima, en la sentencia que se profiera (art. 55 C.P.P.) se impondrá la condena para que se resarza el daño irrogado. Las medidas cautelares que se decreten en un proceso penal, así como las ordenadas en uno civil, poseen un mismo sentido, cual es el de asegurar el cumplimiento al pago de una obligación civil que aparece como evidente ante los jueces de uno y otro ramo de la jurisdicción (civil o penal), quienes obran, cada uno en su campo, con sujeción a reglas de derecho positivo de orden público, como son las concernientes al derecho procesal. El delito es fuente de obligaciones;

y, por otra, que el crédito surgido a favor de la víctima del hecho punible, adquiere un derecho prevalente respecto de cualesquiera otros, siempre que sean posteriores a la conducta criminosa. La Ley de procedimiento penal establece que el embargo y secuestro de bienes pueden decretarse desde el momento en que se imponga la medida de aseguramiento al procesado, o también con posterioridad (art. 52); y tal medida, con este mismo precepto, para su práctica, formulación, decisión y trámite de oposiciones se sujetará a las previsiones del Código de Procedimiento Civil. En el caso *sub lite*, no se trata de acumulación de embargos generados en proceso de naturaleza civil, ejecutiva laboral o de jurisdicción coactiva, por lo cual no resultan aplicables los Artículos 542 y 558 del C. de P.C. Aquí se está en presencia de una obligación originada en un delito frente a una obligación de carácter civil. De otra parte, dado que, en primer término, se ignora cuándo pudo cometerse el hecho delictuoso, lo que serviría para determinar la eventual prevalencia del crédito de la parte actora, en cuanto que el embargo civil hubiera podido ser anterior a la comisión de los hechos investigados penalmente; en segundo, que no se encuentra elemento probatorio válido para concluir que la anotación impugnada, hecha por la referida oficina de registro, estuvo viciada de nulidad por haberse producido de modo irregular o en cualquier otro de los eventos contemplados en el ordenamiento jurídico, forzoso es concluir que no hay elemento de juicio en el proceso que permita desvirtuar la presunción de legalidad que ampara el acto de inscripción realizado por la oficina de registro en cumplimiento de lo ordenado por la Fiscalía.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá D.C., dos (2) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: Doctor *Manuel S.Urueta Ayola.*

Referencia: Expediente No. 3525. Actor: Carlos González Arrázola.

Se procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en el proceso de la referencia contra la sentencia de fecha 13 de septiembre de 1995, por medio de la cual se rechazaron la excepciones propuestas e igualmente las súplicas de la demanda.

El proceso fue instaurado por Carlos González Arrázola con el objeto de que, por una parte, se decrete la nulidad del acto de inscripción No. 4202, de 3 de junio de 1994, de la Registraduría de Instrumentos Públicos de Sincelejo, y del oficio No. 431 del 11 de agosto de 1994, también de esta misma oficina; actos originados por el embargo proveniente de la Unidad

Décima de la Seccional de Fiscalía de Corozal, Sucre. Y por otra parte, para que se cancele dicho embargo y quede vigente solamente el ordenado por el juzgado 1° del Circuito Civil de Sincelejo en el proceso de ejecución singular de mayor cuantía y promovido por el ahora demandante contra Abel Virgilio Rojas Contreras respecto del bien con Matrícula Inmobiliaria No. 340 - 0015.672.

ANTECEDENTES

1. Los hechos en que se apoyaron las súplicas de la demanda se resumen del siguiente modo:

Con motivo de la demanda ejecutiva que instauró Carlos González Arrázola contra Abel Virgilio Rojas Contreras para el cobro de dos letras de cambio, una por valor de $8´000.000.oo y otra de $4´000.000.oo, el Juzgado Primero del Circuito Civil de Sincelejo decretó el 1° de febrero de 1994, a solicitud del ejecutante, el embargo del inmueble consistente en la mitad o parte proindivisa de una casa de habitación distinguida en su puerta de entrada con el número 14-27 de la carrera 21 de Sincelejo, con las características y alinderaciones señaladas en la demanda objeto del presente proceso.

Luego de registrada dicha medida cautelar, la Unidad Décima de Fiscalía de Corozal, Sucre, ofició el 1° de junio de 1994 a la Oficina de Registro mencionada para que inscribiera el embargo decretado el 25 de mayo del mismo inmueble, en la investigación penal adelantada conta Abel Virgilio Rojas Contreras por el posible reato de peculado, lo cual se hizo mediante el acto acusado. Registrada la nueva inscripción, se solicitó por Carlos González Arrázola que se revocará tal decisión, lo que se denegó mediante oficio número 431 de 11 de agosto de 1994.

Señaló el actor como quebrantados los Artículos 28 y 29 de la Constitución Política; 558 del C. de P.C.; 84 y 85, 86, 206 del C.C.A., y el Decreto 1250 de 1970. Y precisa así el concepto de violación:

> *"...en el asunto de autos se presenta una manifiesta violación a nuestra normatividad positiva, ya que que en la Legislación Colombiana* ***no existe una norma que en forma expresa o tácita, autorice, regule o defina la coexistencia de embargos en casos como el que nos ocupa.*** *Los folios de matrículas inmobiliarias deben ser utilizados por las autoridades encargadas de llevar el registro inmobiliario. Anotarán todas y cada una de las novedades que se presenten en relación con ese fondo, en lo cual se incluye, por mandato del Artículo 2° del Decreto 1250 de 1970, los embargos que se ordenan contra una propiedad determinada. Lógicamente que solo (sic) deberá inscribirse un solo em-*

bargo, pues no solo (sic) lo indica la razón natural de las cosas, sino que la ley no autoriza que se efectué más de un embargo. Tan es así, que el numeral 1° del Artículo 558 del C. de P.C., de manera diáfana y contundente, regula el procedimiento a seguir cuando, existiendo la inscripción de un embargo que tenga origen en una obligación hipotecaria o prendaria, definiendo que simultáneamente con la inscripción del nuevo embargo, deberá efectuarse la cancelación del anterior; evitando así que se presente el fenómeno jurídico de la ***coexistencia o simultaneidad de embargos****, el cual ha pretendido instaurar arbitrariamente el señor Registrador de Instrumentos Públicos de Sincelejo.*

De igual manera, el numeral 9°, del Artículo 687 del mismo C. de P.C., ordena que un embargo se debe levantar cuando exista otro embargo anterior, con lo cual nos está enseñando que no debe existir la coexistencia de embargo...".

3. La parte demandada se opuso a las súplicas que se formularon en contra suya y alegó las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, caducidad e indebido agotamiento de la vía gubernativa. La primera la sustenta en que la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos carece de personería jurídica y que es la Superintendencia de Notariado y Registro "la responsable de la dirección, inspección y vigilancia del servicio público del Registro de Instrumentos Públicos, así como de la organización y administración..." de las oficina encargadas de tal actividad. La segunda, es que desde la fecha en que se llevó a cabo la inscripción en el registro y hasta la presentación de la demanda han transcurrido más de cuatro meses. Y la última, la fundamentó en el hecho de que el interesado no interpuso los recursos de reposición y apelación con que deben impugnar los actos de la administración a fin de agotar la vía gubernativa, sino que simplemente pidió la revocatoria del acto.

Y con respecto al problema de fondo expuso:

"Me fundamento para ello en los Principios Generales que orientan el Derecho, sustancial y procesal, consagrados constitucionalmente, al establecer la prevalencia del interés social sobre el interés particular. En materia penal, como es la estudiada, se controvierten perjuicios causados con un delito, los cuales van en contra de la sociedad y del interés superior del Estado; son normas de orden público que buscan reestablecer el derecho, en tanto que con una acción judicial, como la ejecutiva singular, se pretende la protección de un interés particular o privado.

La Ley procesal civil no excluye la posibilidad de coexistencia de un embargo de orden penal contra otro originado en una acción real o singular: y la inexistencia de esa contrariedad obliga a hacer un deslinde

entre la jurisdicción penal y la jurisdicción civil. Tratándose de un fin primordial del Estado, por intermedio de la Fiscalía General de la Nación, el de perseguir los delitos y procurar por todos los medios su resarcimiento, el embargo en materia penal se constituye en un gran fundamento proyectado a evitar el sustraerse, por el agente responsable del hecho punible, a la obligación pecunaria por la cual debe igualmete responder".

EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Considera el Tribunal *a quo* que no debe prosperar la excepción de falta de legitimación pasiva del demandado, por dos razones:

a) Porque de prosperar las súplicas de la demanda es el Registrador de Instrumentos Públicos a quien le corresponde hacer la cancelación del registro hecho;

b) Porque al proceso se vinculó la Superintendencia de Notariado y Registro, por medio de apoderado, quien alegó de conclusión; hechos suficientes para subsanar cualquier posible irregularidad.

También estima que no debe prosperar la caducidad planteada, porque el término de cuatro meses debe contarse en el presente caso "a partir del día cuatro de agosto de 1994, fecha en que el actor se enteró del acto proferido por el Registrador de Instrumentos Públicos de Sincelejo..."

Por último sobre el indebido agotamiento de la vía gubernativa anota el *a quo*:

"En el caso en estudio, como se anotó arriba, al demandante nunca se le notificó o comunicó la inscripción del segundo embargo hecha por el Registrador de Instrumentos Públicos de Sincelejo para que tuviera la oportunidad de enterarse de dicho acto administrativo y así poder interponer los recursos legales del caso que fueren pertinentes y entonces sí agotar la vía gubernativa".

EL RECURSO DE APELACION

Se apoya el recurrente en el Artículo 558 del C. de P.C., el cual "...regula de manera clara, precisa y obligatoria, los mecanismos que debe utilizar el funcionario de registro, cuando existe la coexistencia del embargo, dándole lógica prelación a los provenientes de una acción real sobre los que se derivan de una obligación personal". Y agrega que el silencio de la ley "...no puede ser el pretexto para enlistar la medida cautelar proveniente de un proceso o investigación penal, como prevalente ante las demás situaciones definidas en la ley procesal civil, las cuales sí están reguladas de manera precisa", en el

régimen registral colombiano, en donde *no procede la concurrencia de embargos.* Agrega el recurrente: "Si se encuentra inscrito un embargo e ingresa otro de mayor identidad, debe cancelarse el primero e informar al juez respectivo y proceder a inscribir al mayor. Los únicos embargos que pueden coexistir con otro ya inscrito, es el decretado por la Administración de Impuestos Nacionales, para el impuesto coactivo del impuesto de renta y complementario (Artículo 117 del Decreto 2503 de 1987) y el embargo especial del Código de Procedimiento Penal, cuando se investiga la *falsedad de los títulos de propiedad*".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Sostiene el Procurador Delegado que, como el embargo de un bien puede perseguir su sustracción del comercio para asegurar, si fuere el caso, el resarcimiento de daños irrogados por la comisión de un ilícito penal, tal medida procura que de manera efectiva se restablezca el derecho y se indemnice el perjuicio causado; que el embargo decretado por funcionarios jurisdiccionales en el campo penal "es necesario y fuera de lo común...", ya que la ley señala limitaciones al sindicado, en el tiempo, para enajenar bienes sujetos a registro, no obstante lo cual "... en el caso de autos existe una situación fáctica especial, cual es el registro en el folio de matrícula inmobiliaria de un bien inmueble que no admite uno posterior, sino el embargo de remanentes; que de hacerlo se incurriría en violación al debido proceso por carencia de norma prexistente".

CONSIDERACIONES

Es importante señalar que sólo la parte demandante impugnó la sentencia, por lo que el examen debe circunscribirse a lo que le fue desfavorable; lo cual se hace del siguiente modo:

Aduce como fundamentos de autoridad una parte de una decisión de la H. Corte Suprema de Justicia de 1953 y un concepto emitido por la Superintendencia de Notariado y Registro.

Al anterior razonamiento se le hacen las siguientes observaciones:

La vieja tesis en que se basa el Tribunal *a quo*, según la cual se vela, por virtud del ejercicio de la accion civil, como la ejecutiva, tan sólo por un interés privado o particular, encuéntrase revaluada por no corresponder a verdadero significado que tienen las normas reguladas del procedimiento civil al igual que las normas de cualesquiera otros procedimientos judiciales. Se trata de un punto de vista no adecuado a la evolución del derecho, pues confunde el caso concreto que se somete a la decisión de un funcionario jurisdicional, que puede hallarse regulado por preceptos sustanciales del derecho privado, con el interés más grande e importante, atañedero a

toda la colectividad, al orden público y a la paz social, consistente en el intéres público en que se administre justicia, es decir, que se diriman los conflictos, se declaren o reconozcan lo derechos conculcados o se logre la satisfacción de éstos. De no ser así, inexorablemente en el seno del conglomerado humano se generalizaría la lucha de unos contra otros por la posesión de los bienes, por ejemplo. De ahí que se considere la jurisdicción como la función pública de administrar justicia (Artículo 228 Constitución Política), que, de conformidad con el Artículo 3° ib., es emanación de la soberanía popular, como parte integrante que es del poder público; y a través del ejercicio de dicha función el Estado interviene en los distintos campos, como tercero imparcial que conoce de las diversas acciones incoadas bien por la comisión de reatos, bien por situaciones litigiosas laborales, bien en virtud de demandas instauradas ante los jueces administrativos, bien, en fin, por contiendas reguladas por contenidas en el código civil o comercial. En todo caso, la normatividad a la que se someten los procedimientos, civiles o penales, entre otros, es de derecho público y por ende imperativa o de obligatorio cumplimiento (art. 6° del C. de P.C.).

Es menester, además, distiguir entre la acción penal y la civil que se originan por la comisión de un hecho delictuoso. La primera tiene como finalidad la investigación de los actores y coparticipes del reato, así como de las circunstancias en que éste pudo originarse y sus móviles. La segunda, en cambio, como lo prescribe el Artículo 43 del C. de P.P., tiende al "resarcimiento de los daños y perjuicios individuales y colectivos causados por el hecho punible..." y puede adelantarse dentro de la acción penal o por separado, mediante un proceso civil adecuado para el logro de ese fin. Si lo uno, será indispensable que el perjudicado se constituya parte civil mediante demanda que reuna los requisitos establecidos en el Artículo 46 *ibidem*, caso en el que podrá solicitar, con arreglo a la ley el decreto y la práctica de medidas cautelares. Si lo otro, habrá de instaurarse proceso civil cognositivo, en el que se esclarezca lo relativo a la responsabilidad patrimonial del demandado.

Por consiguiente, dado que el delito es fuente de obligaciones civiles, por el detrimento que puede causar a la víctima, en la sentencia que se profiera (art. 55 C. P. P.) se impondrá la condena para que se resarza el daño irrogado.

Significa lo anterior, que las medidas cautelares que se decreten en un proceso penal, así como las ordenadas en uno civil, poseen un mismo sentido, cual es el de asegurar el cumplimiento del pago de una obligación civil que aparece como evidente ante los jueces de uno u otro ramo de la jurisdicción (civil o penal), quienes obran, cada uno en su campo, con sujeción a reglas de derecho positivo de orden público, como son las concernientes al derecho procesal.

Ocurre que los distintos créditos cuyo reconocimiento o satisfacción se pretende, tienen un orden de preferencia; pero esto depende, no de la clase de proceso que se adelante, respecto de ellos, pues todos se regulan por normas de orden público, sino *de lo que la ley sustancial establezca en cada caso;* por lo cual, la norma de procedimiento, que tiene la característica de ser instrumental de la actuación de la pretensión, fija pautas que conduzcan a ese objetivo. Así pues, si respecto de un bien embargado en un proceso civil se ha decretado igual medida en uno laboral o de jurisdicción coactiva, es menester que se proceda de modo que establezca el Artículo 542 del C. de P. C., cuyo tenor es el siguiente:

> *"**Acumulación de embargos en procesos de diferentes jurisdicciones.** Cuando en un proceso ejecutivo laboral o de jurisdicción coactiva se decrete el embargo de bienes embargados en uno civil, la medida se comunicará inmediatamente, sin necesidad de auto que lo ordene, al juez civil, por oficio en el que se indicarán el nombre de las partes y los bienes de que se trate.*
>
> *El proceso civil se adelantará hasta el remate de dichos bienes, pero antes de la entrega de su producto al ejecutante, se solicitará al juez laboral o fiscal la liquidación definitiva y en firme, debidamente especificada, del crédito que ante el se cobra y de las costas, y con base en ella, por medio de auto, se hará la distribución entre todos los acree-dores, de acuerdo con la prelación establecida en lo sustancial. Dicho auto es apelable en el efecto diferido y se comunicará por oficio al juez del proceso laboral o al funcionario que adelante el de jurisdicción coactiva. Tanto éste como el acreedor laboral, podrán interponer reposición y apelación en el efecto mencionado, dentro de los diez días siguientes al de la remisión del oficio por correo certificado, o de su entrega de un subalterno del juzgado si fuere en el mismo lugar.*
>
> *Los gastos hechos para el embargo, secuestro, avaluo y remate de los bienes en el proceso civil, se cancelarán con el producto del remate y con preferencia al pago de los créditos laborales y fiscales.*
>
> *Cuando el embargo se haya practicado en el proceso laboral o fiscal, en el civil podrá pedirse el del remanente que pueda quedar en aquél y el de los bienes que se llegaren a desembargar".*

En el supuesto de perseguirse bienes en los cuales pesan gravamenes hipotecarios o prendarios, el Artículo 558 *ibidem*, regula la materia del siguiente modo:

> *"**Prelación de embargos.** En caso de concurrencia de embargos sobre un mismo bien, se procedera así:*

1. El decretado con base en título hipotecario o prendario sujeto a registro, se registrará aunque se halle vigente otro practicado en proceso ejecutivo seguido por el pago de un crédito sin garantía real sobre el mismo bien; éste se cancelará con el registro de aquél. Por consiguiente, recibida la comunicación del nuevo embargo, simultáneamente con su registro, el registrador deberá cancelar el anterior, dando inmediatamente informe escrito de ello al juez que lo decretó, quien, en caso de haberse prácticado el secuestro, remitirá al juzgado donde se adelanta el ejecutivo hipotecario o prendario copia de la diligencia para que tenga efecto en éste y oficie al secuestre para darle cuenta de lo anterior.

En tratándose de bienes no sujetos a requisitos, cuando el juez del proceso con garantía prendaria, antes de llevar a cabo el secuestro, tenga conocimiento de que en otro ejecutivo sin dicha garantía ya se practicó, librará oficio al juez de éste proceso para que proceda como se dispone en el inciso anterior. Si en el proceso con garantía real se practica secuestro sobre bienes que hubieren sido secuestrados sin garantía real, el Juez de aquél librará oficio al de éste para que cancele tal medida y comunique dicha decisión al secuestre.

2. Si para el cumplimiento de una obligación hipotecaria o prendaria se embargan tanto el bien sujeto de gravamen como otros de propiedad del deudor, y a la vez para proceso ejecutivo para el cobro de una obligación de igual naturaleza se embarga el bien gravado, prevalecerá el embargo que corresponda al gravamen que primero se registró.

El demandante del proceso cuyo embargo se cancela podrá hacer valer su derecho en el otro proceso.

En tal caso, si en el primero se persiguen más bienes se suspenderá su trámite hasta la terminación del segundo una vez que en aquel se presente copia de la demanda formulada por el ejecutante y del mandamiento de pago.

Si el produto de los bienes rematados en el proceso cuyo embargo prevaleció, no alcanzare a cubrir el crédito demandado por el otro proceso, éste se reanudará a fin de que se pague la parte insoluta.

Si en el proceso cuyo embargo se cancela intervienen otros acreedores, el trámite continuará respecto de éstos, pero al distribuir el producto del remate se reservará lo que corresponda al acreedor hipotecario o prendario que hubiere comparecido al proceso cuyo embargo prevaleció. Satisfecho a dicho acreedor total o parcialmente su crédito en el otro proceso, la suma reservada a lo que restare de ella se distribuirá entre los demás acreedores cuyos créditos no hubieren sido cancelados; si quedare remanente y no estuviere embargado, se entregará al ejecutado.

3. Cuando el embargo se cancela después de dictada sentencia de excepciones no podrá el demandado proponerlas de nuevo en el otro proceso.

4. Si el embargo prevalente fuere el decretado en el proceso en el que se persiguen más bienes, el acreedor hipotecario o prendario que adelante el otro proceso podrá prescindir de éste y hacer valer sus derechos en aquél, en la oportunidad señalada en el Artículo 539".

Y en materia penal, el Artículo 103 del ordenamiento sustantivo preceptúa:

*"**Reparación del daño y prevalencia de la obligación.** El hecho punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales que de él provengan.*

Esta obligación prevalece sobre cualquiera otra que contraiga el responsable después de cometido el hecho y aun respecto de la multa".

De esta disposición se desprende, por una parte, que el delito es fuente de obligaciones; y, por otra, que el crédito surgido a favor de la víctima del hecho punible, adquiere un derecho prevalente respecto de cualesquiera otros, siempre que sean posteriores a la conducta criminosa.

La ley de procedimiento penal establece que el embargo y secuesstro de bienes puede decretarse desde el momento en que se imponga la medida de aseguramiento al procesado, o también con posterioridad (art. 52); y tal medida, conforme con este mismo precepto, para su práctica, formulación, decisión y trámite de oposiciones, se sujetará a las previsiones del Código de Procedimiento Civil.

No sobra señalar que es en la sentencia que profiera el juez penal en la que se impone la condena al pago de todos los perjuicios irrogados; sentencia que sirve de título para lograr la satisfacción del derecho.

En el caso *sub lite*, no se trata de acumulación de embargos generados en procesos de naturaleza civil, ejecutiva laboral o de jurisdicción coactiva, por lo cual no resultan aplicables los Artículos 542 y 548 del C. de P.C. Aquí se está en presencia de una obligación originada en un delito frente a una obligación de carácter civil. De otra parte, dado que, en primer término, se ignora cuándo pudo haberse cometido el hecho delictuoso, lo que serviría para determinar la eventual prevalencia del crédito de la parte actora, en cuanto que el embargo civil hubiera podido ser anterior a la comisión de los hechos investigados penalmente; en segundo, que no se encuentra elemento probatorio válido para concluir que la anotación impugnada, hecha por la referida oficina de registro, estuvo viciada de nuli-

dad por haberse producido de modo irregular o en cualquier otro de los eventos contemplados en el ordenamiento jurídico, forzoso es concluir que no hay elemento de juicio en el proceso que permita desvirtuar la presunción de legalidad que ampara el acto de inscripción realizado por la oficina de registro en cumplimiento de lo ordenado por la Fiscalía.

Lo demás es cuestión que escapa al examen de esta Jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues cuando vaya a rematarse el bien correspodiente es el juez civil a quien compete examinar la situación específica, de modo que su actuación se ajuste tanto a la ley como a la Constitución Política.

Por lo expuesto, El Concejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

CONFIRMASE el fallo apelado, pero por las razones anteriormente expuestas.

En firme esta providencia, DEVUELVASE el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su seseión de fecha dos (2) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996),

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Juan Alberto Polo Figueroa, Libardo Rodríguez Rodríguez, Manuel S. Urueta Ayola.*

SERVICIO PUBLICO DE EDUCACION - Régimen controlado / **MINISTERIO DE EDUCACION** - Funciones / **ESTABLECIMIENTO DE EDUCACION** - Control de tarifas / **EDUCACION PRIVADA** - Control

La imposición del régimen controlado, a título de excepción, obedeció no al juzgamiento *a priori* del comportamiento de los establecimientos educativo privados, como lo sugiere el actor, sino como medida preventiva, esto es, para evitar abusos del régimen de libertad que podían presentarse, ya que no se había definido el reglamento específico para que los establecimientos educativos privados pudieran ingresar a los regímenes establecidos en dicha Ley 115, habida cuenta de que esta ley había dejado sin vigencia las disposiciones que antes regulaban la materia y que le fueran contrarias. De tal manera que al estar prevista en el Artículo 202 de la Ley 115 de 1994 la finalidad para el régimen controlado de "evitar abusos del régimen de libertad", la consideración que se hizo en el acto acusado para fundamentar su regulación encuadra dentro de dicha finalidad y descarta la transgresiones de los Artículos 202 de la Ley 115 de 1994 y 29 de la Carta Política, a que se refiere el actor.

PODER DE REGLAMENTACION SECUNDARIO DEL MINISTERIO DE EDUCACION - Reglamentación legal / **POTESTAD REGLAMENTARIA** - Alcance

El poder de reglamentación secundario del Ministerio de Educación Nacional se circunscribe a las materias que expresamente le señala la ley. En cambio, el ejercicio de la potestad reglamentaria no necesita autorización legal y puede recaer sobre todo el articulado de la ley en la medida de que sea necesario para su cabal ejecución y cumplimiento.

SERVICIO PUBLICO DE EDUCACION - Reajuste de tarifa / **REAJUSTE DE TARIFA DE ESTABLECIMIENTO PUBLICO DE EDUCACION** - Límite de la tasa de inflación / **SERVICIO PUBLICO DE EDUCACION** - Finalidad

La base tarifaria constituida por los valores cobrados en el año académico inmediatamente anterior e incrementada con base en la tasa de inflación proyectada por el Gobierno Nacional encuadra dentro de los principio de solidaridad social o de redistribución económica consagrados en el literal b) del artículo 202 de la Ley 115 de 1994, pues el límite de inflación constribuye a que la población de bajos y medianos ingresos tenga acceso a los planteles de educación privada, todo lo cual está en total armonía con el artículo 67 de la Carta Política, que propende porque la educación cunpla una función social.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., nueve (9) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: Doctor *Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 3502. Actor: *Juan Enrique Medina Pabón.* Acción: Nulidad.

El ciudadano y abogado *Juan Enrique Medina Pabón,* 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 tendiente a obtener la declaratoria de nulidad de algunos apartes 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, adoptado por Resolución No. 8480 de 18 de noviembre de 1994, y el Artículo 4° de la Resolución No. 2380 de 5 de julio de 1995 "Por medio de la cual se modifica la Resolución 8480 y se dictan otras disposiciones", expedidas por el Ministro de Educación Nacional.

I. FUNDAMENTOS DE DERECHO

En apoyo de sus pretensiones el actor adujo, en esencia, los siguientes cargos de violación (Folios 34 a 40 y 42 a 49 del Cdno. Ppal.):

1°. El literal A del capítulo I del Reglamento General adoptado por Resolución No. 8480 de 18 de noviembre de 1994, cuyo texto vigente es el contenido en el Artículo 1° de la Resolución 2380 de 5 de julio de 1995 y se complementa con las dispociciones del Artículo 3° *ibidem,* transgrede el

Artículo 202 de la Ley 115 de 1994, ya que un establecimiento educativo privado sólo puede ser sometido al régimen controlado cuando éste lo solicite (lo cual no ha ocurrido), o para prevenir abusos del régimen de libertad.

El Ministerio calificó *a priori* como abusivos eventualmete de la libertad a todos y cada uno de los establecimientos educativos privados, desconociendo de paso el Artículo 29 de la Carta Política.

2°. El literal F del Capítulo I del Reglamento, modificado por el Artículo 2° de la citada Resolución, establece unas reglas y criterios para poder aplicar los regímenes de libertad vigilada y regulada y en todo caso suspenden su aplicación hasta el año lectivo de 1996, porque así lo dispone la citada Resolución No. 2380. Por esta vía el Ministerio de Educación no sólo aplaza la vigencia del Artículo 202 de la Ley 115 de 1994, sin potestad para ello, sino que al determinar la norma cuestionada cómo debe actuar dicho Ministerio en materia de sometimiento de los establecimientos educativos privados a los sistemas de determinación de tarifas, transgrede el Artículo 189 numeral 11 de la Carta Política.

3°. Los numerales 1 y 2 del literal C del Reglamento violan el artículo 202 de la Ley 115 de 1994, porque la ley es completamente clara en el señalamiento de los parámetros básicos de las tarifas y el Ministerio cambia ese esquema claro al exigir que las tarifas se basen primordialmente en el valor cobrado por concepto de matrículas y pensiones durante el año inmediatamente anterior ligando el reajuste o incremento a la tasa de infación proyectada por el Gobierno Nacional para el año de 1995, lo cual no se ajusta a la preceptiva legal.

El sistema del Ministerio elimina el factor costo y lo sustituye por un valor que nada tiene que ver con él, como es el valor que tenían las tarifas en el año precedente y por un incremento hipotético, que es la tasa de infación prevista para el año de 1995.

Ni uno ni otro reflejan costos. La base tarifaria precedente, porque no corresponde a una cuantificación de costos y si así fuera se referiría a los costos que se tuvieron en cuenta el año anterior y no a los que se tendrán este año. Así mismo, no cobija costos generados por nuevos insumos incluidos en la prestación del servicio educativo.

La tasa de incremento es un simple estimativo del costo de vida calculado *a priori* de una manera promediada sobre una gran cantidad de elementos, no todos ligados a la educación.

4°. El Artículo 4° de la Resolución No. 2380 de 5 de julio de 1995 viola el Artículo 202 de la Ley 115 de 1994, en concordancia con los Artículos

142,148,150 a 153,168,170 y 171 *ibidem*, porque la autoridad competente no está definida por la ley y como no hay autoridad que pueda actuar sin asignación expresa (Artículo 122 de la Constitución Política), debe entenderse que se trata del Presidente de la República, quien como directa y suprema autoridad de inspección y vigilancia tiene la competencia general para fijar las tarifas.

En la norma demandada el Ministro de Educación se atrevió a quitarle funciones a su superior y delega las funciones en una serie de estamentos imposibles de ubicar en el contexto de autoridad (Consejo Directivo del establecimiento, padres de familia y Secretarías Departamentales de Educación), para fijar tarifas del establecimiento sometido.

II. TRAMITE DE LA ACCION

A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en el cual se surtieron las etapas de admisión, fijación en lista, probatoria y alegaciones.

II.1. Contestación de la demanda.

La Nación —Ministerio de Educación Nacional—, a través de apoderado, contestó la demanda, y para oponerse a la prosperidad de las pretensiones adujo, en esencia, los siguientes argumentos (folios 141 a 144):

1°. En el primer cargo el actor no explica qué ley o qué norma se infringió, de tal manera que no habiendo concepto de violación no hay lugar a contestación.

2°. No se viola el Artículo 189 numeral 11 de la Carta Política, pues la potestad reglamentaria no es exclusiva del Presidente de la República ya que también recae, como en este caso, en el Ministro de Educación como parte que es del Gobierno Nacional, facultad ésta que le otorga el Artículo 202 de la Ley 115 de 1994.

3°. El tope de inflación fijado por el Gobierno Nacional como criterio para autorizar costos educativos no es arbitrario. Así lo precisó el Consejo de Estado en el fallo de la Sección Primera de 26 de octubre de 1995 (Expediente No.-3271, actor: Federación Nacional de Centros Docentes, Consejera Ponente, doctora Nubia González Cerón).

4°. El Ministerio de Educación no delega en el gobierno escolar la facultad de convertirse en autoridad competente para fijar costos. El Gobierno Nacional está obligado a ejercer la inspección y vigilancia para la adecuada prestación de servicios públicos, función ésta claramente consagrada en la Constitución Política y en la Ley General de Educación.

III. ALEGATO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado de lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado en su vista de fondo se muestra partidiario de que se acceda a las pretensiones de la demanda porque, a su juicio, estima que del contenido del inciso final del literal d) del Artículo 202 de la Ley 115 de 1994, en armonía con el Artículo 61 del Decreto 1860 de 1994, se infiere que el Ministerio de Educación no tiene competencia para reglamentar las tarifas de matrículas, pensiones y cobros periódicos de los establecimientos educativos privados.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Al literal A del Capítulo I del Reglamento General para autorizar reajuste de tarifas de matrículas, pensiones y cobros periódicos a los establecimientos educativos privados y estatales de educación formal y no formal, adoptado por medio de la Resolución No. 8480 de 18 de noviembre de 1994, cuyo texto es el contenido en el Artículo 1° de la Resolución No. -2380 de 5 de julio de 1995, es el del siguiente tenor:

"Todos los establecimientos privados de educación preescolar en el grado obligatorio, educación básica en los ciclos de primaria y secundaria y educación media que iniciaron el año académico a partir de 1995, ingresarán al ***régimen 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 30 de noviembre de 1995, fecha para la cual el Ministerio de Educación Nacional tendrá definido el reglamento definitivo para que, los establecimientos educativos privados puedan ingresar a los régimenes establecidos por la Ley 115 de 1994, teniendo en cuenta que está ley dejó sin vigencia las disposiciones que anteriormente regulaban esta materia y que le fueran contrarias".

El Artículo 202 de la Ley 115 de 1994, que se invoca como violado prevé:

"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 represente financieramente un monto igual a los gastos de operación, a los costos de reposición, a los de mantenimiento y reservas para el desarrollo futuro y, cuando se trate de establecimientos con ánimo de lucro, una razonable remuneración a la actividad empresarial. Las tarifas no podrán trasladar a los usuarios los costos de una gestión ineficiente;

b. Las tarifas podrán tener en cuenta principios de solidaridad social o redistribución económica para brindar mejores oportunidades de acceso y permanencia en el servicio a los usuarios de menores ingresos;

c. Las tarifas establecidas para matrículas, pensiones y cobros periódicos deberán ser explícitas, simples y con denominación precisa. Deben ofrecer 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 los 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:

I. 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.

II. 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.

III. 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 parcial o total".

Como lo advirtió la Sala al pronunciarse sobre la solicitud de suspensión provisional, del contenido de la norma acusada transcrita se infiere claramente que la imposición del régimen controlado, a título de excepción, obedeció no al juzgamiento *a priori* de los establecimientos educativos privados, como lo sugiere el actor, sino como medida preventiva, esto es, para evitar abusos del Régimen de libertad que podían presentarse ya que no se había definido el reglamento específico para que los establecimientos educativos privados pudieran ingresar a los régimenes establecidos en dicha Ley 115, habida cuenta que esta ley había dejado sin vigencia las disposiciones que antes regulaban la materia y que le fueran contrarias.

De tal manera que al estar prevista en el Artículo 202 de la Ley 115 de 1994 la finalidad para el régimen controlado de "evitar abusos del régimen de libertad", la consideración que se hizo en el acto acusado para fundamentar su regulación encuadra dentro de dicha finalidad y descarta las transgresiones de los Artículos 202 de la Ley 115 de 1994 y 29 de la Carta Política, a que se refiere el actor.

El literal F del Artículo I del citado Reglamento, cuyo texto fue modificado por el Artículo 2° de la Resolución No. - 2380 de 5 de julio de 1995, preceptúa:

"El Ministerio de Educación Nacional establecerá los criterios que permitan aplicar los regímenes de libertad regulada y de libertad vigilada establecidos en el Artículo 202 de la Ley 115 de 1994, de acuerdo con lo señalado en el capítulo I, numeral 4 del literal C del presente reglamento.

En consecuencia, para que los establecimientos educativos privados puedan aplicar estos regímenes, el Ministerio de Educación Nacional diseñará lo siguiente:

1. En cuanto al régimen de libertad regulada:

a. Los procedimientos e instrumentos para elaborar el plan único de cuentas de costos que permita a los establecimientos privados presentar en formato comparable, un estudio de los costos en que incurre para ejecutar su Proyecto Ejecutivo Institucional.

b. Los indicadores estadísticos que permitan detectar el grado de eficencia educativa.

c. Los demás que sean necesarios para ejecutar los criterios para el cálculo de tarifas que señala el articulo 202 de la Ley 115 de 1994.

Para este fin, el Ministerio de Educación Nacional suministrará a los establecimientos educativos privados, a través de las secretarías de educación departamentales y distritales un formulario de ingresos y costos del establecimiento que deberá ser diligenciado por el establecimiento educativo, según el instructivo elaborado por el Ministerio de Educación Nacional.

2. En cuanto al régimen de libertad vigilada:

a. La clasificación de categorías de los servicios educativos básicos y complementarios, ofrecidos por los establecimientos educativos privados y la definición de los rangos de valores para cada categoría.

b. Las escalas por puntajes de servicios y los criterios para su adopción. Para este fin, los establecimientos educativos o privados deberán diligenciar y remitir a las secretarías de educación departamentales o distritales, el formulario de caracterización de establecimientos educativos suministrado por el Ministerio de Educación Nacional, de acuerdo con el instructivo que para (sic) efecto se imparta".

Estos criterios, según el Artículo 3° de la citada Resolución 2380 empezarían a aplicarse a partir del año académico de 1996.

No tiene vocación de prosperidad el segundo cargo de violación pues si bien es cierto que, (conforme al Artículo 222 del la Ley 115 de 1994, dicha ley rige a través de su promulgación y deroga las normas que le sean contrarias, no le es menos que la puesta en práctica de lo relativo a los costos y tarifas de los establecimientos educativos privados, de que trata el Artículo 202 *ibidem*, no podía hacerse a partir de la promulgación de la misma, pues tal efecto estaba sujeto, por expreso mandato legal, a la reglamentación y autorización del reajuste de las tarifas de matrículas, pensiones y cobros periódicos por parte del Ministerio de Educación Nacional.

Ahora bien, en lo que respecta al cargo de violación del Artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política cabe tener en cuenta que el poder de reglamentación que atribuye el Artículo 202 de la Ley 115 de 1994 el Ministerio de Educación Nacional es de carácter secundario, pues está supeditado a las regulaciones de la citada ley en materia de tarifas, así como a los decretos reglamentarios que el Presidente de la República expida en ejercicio de la potestad reglamentaria que le confiere la norma constitucional invocada como transgredida.

En otro giro, (el poder de reglamentación secundario del Ministerio de Educación Nacional se circunscribe a las materias que expresamente le señala la ley. En cambio el ejercicio de la potestad reglamentaria no necesita autorización legal y puede recaer sobre todo el articulado de la ley en la medida que sea necesario para su cabal ejecución y cumplimiento.

Los numerales 1 y 2 del literal C del Capítulo I del citado Reglamento, estatuyen:

"Los valores de matrículas, pensión mensual, cobros periódicos y otros cobros serán fijados por el establecimiento educativo privado, aplicando las siguientes reglas:

1. La base tarifaria estará constituída:

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 el cobro periódico de transporte escolar, por el valor mensual cobrado en el año acádemico inmediatamente anterior.

d. Para el cobro acádemico de alojamiento escolar, por el valor mensual cobrado en el año académico inmediatamente anterior.

e. Para el cobro académico 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.

2. Los valores a cobrar en los establecimientos educativos privados serán los siguientes:

a. Para el valor de 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 No. 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 por el Gobierno Nacional para 1995, y definida en la Resolución No. 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. Para el cobro periódico de transporte escolar, la base tarifaria definida en el numeral anterior de este documento, incrementada según el monto de costos calculado y justificado ante el Consejo Directivo del establecimiento educativo privado.

d. Para el cobro periódico de alojamiento escolar, la base tarifaria definida en el numeral anterior de este documento, incrementada según el monto de costos calculado y justificado ante el Consejo Directivo del establecimiento educativo privado.

e. Para el cobro periódico de alimentación, la base tarifaria definida en el numeral anterior de este documento, incrementado según el monto de costos calculado y justificado ante el Consejo Directivo del establecimiento educativo privado.

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".

Esta sección, en sentencia de 26 de octubre de 1995 (Expediente No. - 3271, Actora: Federación Nacional de Centros Docentes —Conaced—, Consejera ponente doctora Nubia González Cerón), tuvo oportunidad de pronunciarse con una norma similar en su contenido a la acusada y frente a un cargo de violación similar.

Sostuvo la Sala en dicha oportunidad, y ahora lo reitera, que la base tarifaria constituida por los valores cobrados en el año académico inmediatamente anterior e incrementada en la tasa de inflación proyectada por el Gobierno Nacional encuadra dentro de los principios de solidaridad social o de redistribución económica consagrada en el literal b) del Artículo 202 de la Ley 115 de 1994, pues el límite de inflación permite que la población de bajos y medianos ingresos tenga acceso a los planteles de educación privada, todo lo cual está en total armonía con el Artículo 67 de la Carta Política, que propende porque la educación cumpla una función social.

Las razones precedentes justifican que se desestime el cargo en estudio.

El Artículo cuarto de la Resolución No. 2380 de 5 de julio de 1995, que según el actor, subrogó tácitamente el punto 3° del literal C del Capítulo I del referido Reglamento, es el del siguiente tenor:

"Los establecimientos educativos privados deberán aplicar el dieciocho por ciento (18%) a las bases tarifarias del valor de la matrícula y de la

pensión mensual señaladas en lel numeral 1 del literal C del ***Reglamento General para autorizar reajuste de tarifas de matrículas, pensiones y cobros periódicos a los Establecimientos Educativos Privados y Estatales de Educación Formal y No Formal****, adoptado e integrado como parte integral de la Resolución 8480 de 1994.*

Sólo en aquellos casos en que los padres de familia o acudientes reunidos en asamblea general convocada por el Consejo Directivo del respectivo establecimiento educativo, aprueben por mayoría simple y voto secreto un aumento superior al dieciocho por ciento (18%), podrán dichos etablecimiento exceder este porcentaje.

Para tal efecto el Consejo Directivo del establecimiento educativo privado, deberá presentar a dicha asamblea un informe justificativo de la propuesta del mayor incremento, previamente aprobado por mayoría simple del Consejo y con el voto favorable de los representantes de los padres de familia en el mencionado órgano de gobierno escolar.

La propuesta, debidamente aprobada por la asamblea general de padres de familia, deberá ser sometida a consideración de la secretaría de educación departamental o distrital, de la respectiva jurisdicción, la cual deberá refrendarla u objetarla, dentro de un plazo no mayor de 30 días calendario, a partir de la fecha de recepción, conforme a los criterios que al respecto señale el Ministerio de Educación Nacional.

El establecimiento educativo privado que se acoja a lo dispuesto en el inciso segundo del presente Artículo, deberá diligenciar el formulario de ingresos y costos suministrado por el Ministerio de Educación Nacional a través de las secretarías de educación departamentales y distritales. Dicho formulario deberá ser remitido por el Rector o Director del establecimiento educativo a la respectiva secretaría de educación departamental o distrital, junto con el acta donde conste la decisión adoptada por el Consejo Directivo y por la asamblea general de padres de familia".

Para la Sala tampoco tiene vocación de prosperidad el cargo que se le endilga a la norma transcrita ya que ésta se encuentra en armonía con el Artículo 142 de la Ley 115 de 1994, pues esta disposición permite que la comunidad educativa (dentro de la cual se encuentran los padres de familia, según el Artículo 6° *ibidem*), pueda presentar sugerencia para la toma de decisiones, entre otras, de carácter financiero (Artículo 142 inciso 3°).

De otra parte, si bien es cierto que conforme al Artículo 168 de la referida Ley 115, el Presidente de la República tiene a su cargo la suprema inspección y vigilancia de la educación, no lo es menos que el Artículo 169 ibídem, prevé en los términos del Artículo 211 de la Constitución Política,

que aquél pueda delegar las funciones, entre otros, en el Ministro de Educación Nacional, lo cual hizo mediante el Artículo 61 del Decreto No. 1860 de 3 de agosto de 1994.

Finalmente, estima la Sala, en cuanto a la facultad que le asignó el acto acusado a la Secretaría Departamental o Distrital de Educación de la respectiva Jurisdicción, de refrendar u objetar la propuesta aprobada por la asamblea general de padres de familia, que tal facultad está acorde con las funciones que para dichos organismos atribuye el Artículo 115 de 1994, y particularmente con la prevista en el literal b. relativa a "establecer la políticas, planes y programas departamentales y distritales de educación, de acuerdo con los criterios establecidos por el Ministerio de Educación Nacional".

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

FALLA:

DENIEGANSE las pretensiones de la demanda.

DEVUELVASE al actor la suma de dinero depositada para gastos ordinarios del proceso, por no haber sido utilizada.

Cópiese, notifíquese, 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 su sesión del día nueve (9) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Juan Alberto Polo Figueroa, Libardo Rodríguez Rodríguez, Manuel S. Urueta Ayola.*

ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO - Selección de textos / **ASOCIACION DE PADRES DE FAMILIA** - Funciones / **SELECCION DE TEXTOS DE ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO** - Alcance

Los hechos que dieron motivo a la expedición de la Resolución No. 0538 de 13 de febrero de 1989 no tienen respaldo legal y por lo mismo no pueden servir de sustento para las sanciones impuestas, pues, conforme al Artículo 35 antes transcrito, la Asociación de Padres de Familia está facultada para aprobar el recaudo de cuotas diferentes de matrículas y pensiones, y en el caso sub examine está acreditado que los valores cobrados por concepto de los bonos y de la cuota de la Asociación de Padres de Familia fueron aprobados por ésta, desde antes de la expedición de dicha Resolución. En lo que respecta a los textos escolares, en parte alguna de los actos administrativos acusados se advierte que su selección hubiera desconocido los objetivos curriculares fijados por el Ministerio de Educación Nacional o no hubiera procurado el logro de los fines sociales de la cultura y de la mejor formación intelectual, moral y física de los educandos, que es lo que pretende proteger el Artículo 32 antes transcrito.

SELECCION DE TEXTOS DE ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO - Alcance

De ninguna manera la facultad de "seleccionar" los textos puede servir de sustento a la decisión de cobrar sumas de dinero por concepto de los libros o textos relacionados, pues se trata de dos conductas esencialmente diferentes. En efecto la facultad de "seleccionar" los textos no puede ser otra que la de determinar cuáles son los requeridos para cada uno de los grados, mientras que la exigencia o cobro de sumas de dinero por concepto de ellos va mucho más allá, pues implica imponer la obligación de comprarle los citados textos al mismo colegio, situación esta última que fue uno de los fundamentos de las sanciones y que no puede entenderse incluida en el citado Artículo 32 del Decreto 3486 de 1981, sin perjuicio de que pueda existir otra

norma que permita el determinado cobro, sin que a ella haya hecho referencia la ponencia aprobada por mayoría.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá D.C., nueve (9) de mayo de mil noveciento noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: Doctor *Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Referencia: Expediente No. 3583. Actores: Sociedad Liceo Boston Ltda., y otra. Acción: Recurso de apelación contra la sentencia de 14 de septiembre de 1995, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia de 14 de septiembre de 1995, proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

I.1. La sociedad *Liceo Boston Ltda.* y *Mariela González de Bravo,* a través de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el Artículo 85 del C.C.A., presentaron demanda ante el Tribunal Adminstrativo de Cundinamarca tendiente a obtener las siguientes declaraciones:

1°. Son nulas las Resoluciones Nos.- 0538 de 13 de febrero de 1989, *"por la cual se sanciona a un establecimiento educativo"*, y 1022 de 27 de abril del mismo año, *"por la cual se confirma una Resolución y se concede un Recurso de Apelación"*, expedidas por la Junta Seccional Reguladora de Matrículas y Pensiones de Bogotá D.E.; y 8 de junio de 1989, *"por la cual se resuelve un recurso de apelación"*, expedida por la Junta Nacional Reguladora de Matrículas y Pensiones.

2°. Como consecuencia de lo anterior se restablezca el derecho de la actora en el sentido de determinar:

a. Que no hay lugar a devolver o reintegrar a los alumnos la cantidad de $10'326.000.oo, por conceptos varios; y

b. Que no hay lugar a la imposición de la multa de $1'032.599.oo con destino al ICETEX.

I.2. Para impetrar las pretensiones antes enunciadas la parte actora adujo, en síntesis, los siguientes cargos de violación:

1°. El Liceo Boston como tal no es una persona natural ni jurídica y por lo tanto no tiene capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones. Al no tener pesonería jurídica dicho establecimiento educativo y habérsele impuesto

obligaciones se violaron los Artículos 73, 74 y 633 del Código Civil y de contera el Artículo 2° del C.C.A., por infracción del principio orientador del cumplimiento del objeto y de los fines de la actuación administrativa.

2°. La Resolución No. 0538 de 13 de febrero de 1989 viola los Artículos 163 de la Constitución Política y 35 del C.C.A., porque carece de motivación. La motivación requiere las citas de los preceptos legales aplicables, el análisis de los hechos y de la conformidad con los presupuestos legales así como la explicación de las razones, todo lo cual se omitió en dicha Resolución.

En efecto si bien se cita el numeral 4 del Artículo 17 del Decreto 3486 de 1981, tal disposición hace referencia a las facultades de la Junta Seccional Reguladora de Matrículas y Pensiones pero no a las presuntas prohibiciones a los particulares y sus correspondientes sanciones.

En ninguna parte de la citada Resolución se hace mención de las normas legales supuestamente violadas por el particular, lo cual hace nugatorio el derecho de defensa consagrado en el Artículo 26 de la antigua Constitución Política.

Los hechos que dieron motivo a la expedición de dicho acto administrativos no están respaldados por una norma legal, lo cual hace imposible determinar si hubo o no violación y también se lesiona el derecho de defensa.

3°. Las Resoluciones que decidieron sobre los recursos carecen de motivación legal y por lo tanto violan los Artículos 59 del C.C.A. y 5° de la Ley 58 de 1982.

4°. Los actos administrativos que resolvieron los recursos violan los Artículos 3° y 59 del C.C.A., ya que no contienen un análisis de todas las cuestiones planteadas.

5°. Los actos administrativos acusados no reconocieron validez jurídica a la ratificación unánime hecha por la Asamblea de Padres de Familia del Liceo Boston celebrada el 17 de febrero de 1989, cuya copia se anexó al recurso de reposición por lo cual se violan los Artículos 32 y 35 del Decreto 3486 de 1981, por interpretación errada, 27 del Código Civil y 2° de la Ley 50 de 1936, por falta de aplicación.

6°. Al no haberse violado las normas sobre costos educativos, la imposición de la multa a favor del Icetex viola el Artículo 38 del Decreto 3486 de 1981, por aplicación indebida.

II. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

Para denegar las pretensiones de la demanda el *a quo* razonó, principalmente, de la siguiente manera (fls.162 a 182 del Cdno. Ppal.):

1°. No prospera el primer cargo de violación ya que no hay duda alguna acerca de la denominación del Colegio sancionado, pues si en los actos administrativos figura el nombre del Liceo Boston, en el Certificado de constitución y gerencia de la Cámara de Comercio aparece "Liceo Boston Ltda.", por lo cual se trata del mismo plantel educativo, toda vez que el Representante Legal notificado de la Resolución No. 0538 es Mariela G. de Bravo, quien aparece en el citado certificado. Es decir, que se trata de la misma persona.

Además dicha persona, al notificarse de los otros dos actos administrativos, no alegó sobre la denominación del plantel.

2°. No prosperan los cargos 2° y 3° ya que el Colegio Liceo Boston, con ocasión de la visita de la supervisoras de educación tuvo conocimiento de la queja formulada en su contra por un padre de familia, por lo tanto los cargos que se le formularon fueron concretos, es decir, los relacionados con la transgresión de las normas sobre costos educativos. En consecuencia, al citar el primer acto acusado el numeral 4 del Artículo 17 del Decreto 3486 de 1981, se estaba refiriendo a la facultad de imponer sanciones por violación de las normas sobre costos educativos, normas a que aluden los Artículos 31 a 37 del precitado Decreto.

De las infracciones acusadas la Resolución acusada distinguió la relacionada con el bono y los libros.

Con fundamento en las pruebas aportadas y el análisis jurídico precedente se concluye que los actos administrativos fueron motivados en sus aspectos de derecho.

3°. No prospera el cuarto cargo consistente en la falta de análisis en los actos que resolvieron los recursos ya que al revisar las pruebas documentales aportadas por la parte demandante no se encuentra la relacionada con el escrito que contiene los recursos de reposición y apelación y tampoco se allegó con los antecedentes administrativos. Por lo tanto, conforme al Artículo 177 del C. de P.C., le correspondía al Liceo Boston probar los hechos en que fundamentó el cargo propuesto.

4°. No prospera el quinto cargo, ya que la ratificación realizada por la Asamblea de Padres de Familia el 17 de febrero de 1989 se hizo con posterioridad a la ocurrencia de los hechos denunciados, incluso después de verificada la visita oficial y aun luego de expedida la Resolución No. 0538.

5°. En cuanto al sexto cargo la Sala considera que las sanciones impuestas por la Administración lo fueron con fundamento que regula la materia, por lo cual no prospera dicho cargo.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Los motivos de discrepancia con la sentencia apelada pueden sintetizarse así (fls.7 a 11 Cdno. No. - 2):

1°. El establecimiento educativo denomidado Liceo Boston como tal no es una persona natural ni jurídica y por lo tanto no tiene capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones.

2°. Si bien se cita el numeral 4 del Artículo 17 del Decreto 3486 de 1981, tal disposición hace referencia a las facultades de la Junta Seccional Reguladora de Matrículas y Pensiones pero no a las presuntas prohibiciones a los particulares y sus correspondientes sanciones.

En ninguna parte de la citada Resolución se hace mención de las normas legales supuestamente violadas por el particular, lo cual hace nugatorio el derecho de defensa consagrado en el Artículo 26 de la antigua Constitución Política.

Los hechos que dieron motivo a la expedición de dicho acto administrativo no están respaldados por una norma legal, lo cual hace imposible determinar si hubo o no violación y tambien se lesiona el derecho de defensa.

No es de aceptación que una norma remita tácitamente a otras normas, ya que la remisión debe ser expresa. No se puede asegurar que el Ministerio de Educación Nacional sea la única entidad facultada para regular los costos educativos ya que en determinadas circunstancias la Asociación de Padres de Familia también puede autorizar el cobro de algunos de ellos.

En el presente caso se ha demostrado que el Colegio Boston no ha cobrado suma alguna diferente de los costos educativos básicos, lo cual prueba que fue la Asociación de Padres de Familia la que cobró los bonos.

3°. Los supuestos de hecho que fundamentan el cargo de falta de análisis en los actos administrativos que resolvieron los recursos se encuentran en las Resoluciones No. 0538 de 13 de febrero de 1989 y 08 de 12 de junio del mismo año, las cuales son prueba suficiente. Además deben tenerse en cuenta los argumentos de la demanda.

4°. La convalidación de un acto por el órgano competente le da plena validez y vigencia al acto aprobado y no puede ser desconocida por ninguna autoridad a menos que esté expresamente prohibida en la ley, circunstancia que no contemplan los Artículos 32 y 35 del Decreto 3486 de 1981.

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado de lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado, en su vista de fondo considera que el fallo apelado debe revocarse para accederse en su lugar a las pretensiones de la demanda ya que el bono por $65.000.oo fue impuesto por la Asociación de Padres de Familia, conforme al Artículo 37 del Decreto 3486 de 1981.

La cuota para la Asociación también fue impuesta por la Asociación y los libros exigidos tienen su sustento jurídico en el Artículo 32 *ibidem*.

En consecuencia, el Liceo Boston no incurrió en ninguna violación, por tanto la multa no tiene sustento jurídico ni mucho menos lo tiene la devolución de los dineros recibidos como contraprestación de la entrega de unos libros recibidos para beneficio de los respectivos niños. La devolución del dinero conllevaría a un enriquecimiento sin causa de los padres con detrimento del plantel educativo.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Resolución No. 0538 de 13 de febrero de 1989, que se expidió con fundamento en el numeral 4 del Artículo 17 del Decreto 3486 de 9 de diciembre de 1981, ordenó al establecimiento educativo Liceo Boston devolver unas sumas de dinero cobradas a los alumnos matriculados en dicho año lectivo de 1989 y le impuso una multa de $1'032.599.oo, equivalente al 10% de las sumas de dinero cobradas a los alumnos matrículados en dicho año lectivo, a órdenes del Icetex.

Para adoptar las decisiones antes enunciadas consideró la Junta Seccional Reguladora de Matrículas y Pensiones de Bogotá D. E., que el Liceo Boston había cobrado para el citado año un Bono por valor de $65.000.oo, $5.490.oo por concepto de cuota de Asociación de Padres de Familia y $46.975.oo, $76.875.oo y $87.640.oo, por concepto de 22 libros para los grados de Kinder, Transición y Primero de Primaria, respectivamente y que los descargos hechos por Rector del establecimiento educativo no habían desvirtuado las pruebas de la infracción cometida (fl.27 Cdno. Ppal.).

El referido numeral 4 del Artículo 17 del Decreto 3486 de 1981 prevé como función de las Juntas Seccionales Reguladoras de Matrículas y Pensiones la de "imponer las sanciones correspondientes por violación de las normas vigente sobre ***costos educativos*** mediante resolución motivada que llevará las firmas del Presidente y del Secretario de la misma" (las negrillas son de la Sala).

El mencionada Decreto en su Capítulo V regula lo relativo a los costos educativos y dentro de los mismos señala los textos escolares y otros costos.

El Artículo 32 *ibidem*, prescribe:

"Teniendo en cuenta los objetivos curriculares fijados por el Ministerio de Educación Nacional y en orden a procurar el logro de los fines sociales de la cultura y la mejor formación intelectual, moral y física de los edu--candos, los Rectores de los establecimientos educativos no oficiales seleccionarán los textos escolares para los alumnos, teniendo en cuenta los criterios anteriores y la capaciad económica de los padres de familia.

Parágrafo: Para la selección de los textos escolares el Rector podrá atender la sugerencia del personal docente, pero la responsablilidad por cualquier desviación de los objetivos curriculares recaerá sobre él".

El Artículo 35 *ibidem* estatuye:

"Cuando además de los servicios que el establecimiento educativio financia ofrece a sus alumnos con los recaudos por concepto de matrículas y pensiones se presente la necesidad de otro tipo de servicios educativos, para su financiación, el Rector presentará un proyecto motivado a la Asociación de Padres de Familia con el fin de que ésta analice su justificación y decida libremente aprobarlo o no".

Según obra en el cuaderno correspondiente a los antecedentes administrativos de los actos acusados, en la visita practicada al establecimiento el día 31 de enero de 1989 por parte de Funcionarios de la Secretaría de Educación Distrital, que dio lugar a la expedición de los mismos, la Directora del Liceo Boston se comprometió a hacer entrega de los siguientes documentos: Acta de la Asociación de Padres de Familia donde se aprobó el Bono de admisión; acta de la Asociación de Padres de Familia donde se expuso y aprobó el Programa de textos y de Metodología; sustentación del programa y manejo de los libros; y acta de la Asamblea General de Padres de Familia donde se autorizaron los cobros de Asociación (fl. 13 *ibidem*).

En virtud de lo anterior, a los folios 16 a 19 *ibidem* obra copia del Acta de la reunión de la Asociación de Padres de Familia del Leceo Boston celebrada el 21 de octubre de 1987, en la cual se lee lo siguiente:

"El señor Presidente informó a la Junta sobre las solicitudes recibidas para que la Asociación ayude a algunos alumnos que están pasando por grandes problemas económicos, ya que el colegio no puede dar más becas que las que tiene, y de las solicitudes que ha tenido para ayudar a financiar el anuario del Colegio.

Como realmente la Asociación no cuenta con ningun dinero que le permita dar este tipo de auxilios y le dé la posibilidad de colaborar con las obras del Colegio, obras que en realidad son para el beneficio de nuestros hijos, se propone crear un Bono por la suma de $50.000, que se pagará por una sola vez y en la fecha de la matrícula de cada alumno nuevo que desee ingresar al Liceo Boston, dinero que se destinará para

este tipo de obras o para ayudar a pagar los profesores o técnicos deportivos que requiera el Liceo, así como para premiar si es del caso, con becas o auxilios a algunos alumnos que por su buen nivel académico y desempeño lo merezcan ..." (folio 18).

La Junta de la Asociación de Padres de Familia aprobó la proposición de crear el bono, según consta a folio 19 *ibidem*.

A folios 21 a 35 *ibidem* obra un estudio relativo al *"Método de creación del pensamiento visual"*, donde se destaca la importancia de la lectura y la necesidad de hacer aumentar la comprensión de la misma en el niño sobre la recomendación de los textos escolares adecuados, el cual, según la Directora del establecimiento dio lugar a la adquisición adicional de material didáctico que facilitaría el desarrollo psicomotor de los niños (fl. 49).

En la copia del acta visible a folios 42 a 47 de la reunión de la Asociación de Padres de Familia del Liceo Boston celebrada el 23 de noviembre de 1988, consta que la mencionada Asociación aprobó entre otros asuntos, un aumento del 22% en la cuota de asociación para el año lectivo de 1989; un aumento del 30% en el bono de admisión de los alumnos nuevos para mejorar las instalaciones fisicas del Colegio, adquirir material de preescolar y otorgar las bonificaciones a los docentes; y entregar a la Tesorería de la Asociación las cuotas de la Asociación recibidas por los alumnos de 1° a 11 grado para auxilios de estudiantes.

Lo precedente pone en evidencia que, como lo afirma el apoderado de la parte actora, los hechos que dieron motivo a la expedición de la Resolución No. 0538 de 13 de febrero de 1989 no tienen respaldo legal y por lo mismo no pueden servir de sustento para las sanciones impuestas, pues, conforme al Artículo 35 antes transcrito, la Asociación de Padres de Familia está facultada para aprobar el recaudo de cuotas diferentes de matrículas y pensiones y en el caso *sub examine* está acreditado por los valores cobrados por los conceptos de los bonos y de la cuota de Asociación de Padres de Familia fueron aprobados por ésta, desde antes de la expedición de dicha Resolución. Por ello el 17 de febrero de 1989, según obra a folios 51 a 53 *ibidem*, la citada Asociación decide ratificar en forma expresa que el pago de la cuotas mensuales por concepto de Asociación, ha sido aprobado por la Asamblea desde 1974 y el bono ha sido establecido por iniciativa y con la aquiescencia de los padres de familia.

De otra parte, en lo que respecta a los textos escolares, en parte alguna de los actos administrativos acusados se advierte que su selección hubiere desconocido los objetivos curriculares fijados por el Ministerio de Educación Nacional o no hubiera procurado el logro de los fines sociales de la cultura y la mejor formación intelectual, moral y física de los educandos, que es lo que pretende proteger el Artículo 32 antes transcrito.

Por el contrario, como se reseño anteriormente, según consta en los antecedentes administrativos, los textos escogidos fueron el resultado de un estudio relativo al *"Método de creación del pensamiento visual"* donde se destacó la importancia de la lectura y la necesidad de hacer aumentar la comprensión de la misma en los niños, todo lo cual facilitaría el desarrollo psicomotor de los mismos, aspectos estos que resultan acordes con el supuesto fáctico del precepto legal mencionado.

Las consideraciones anotadas conducen a la Sala a revocar la sentencia apelada, para aceder en su lugar, a 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 y por autoridad de la ley,

FALLA:

REVOCASE la sentencia apelada y, en su lugar, se dispone:

1°. DECRETASE la nulidad de las Resoluciones No. 0538 de 13 de febrero de 1989, *"por la cual se sanciona a un establecimiento educativo"*, y 1022 de 27 de abril del mismo año, *"por la cual se confirma una Resolución y se concede un recurso de Apelación"*, expedidas por la Junta Seccional Reguladora de Matrículas y Pensiones de Bogotá D.E., y 08 de 12 de junio de 1989, *"por la cual se resuelve un recurso de apelación"*, expedida por la Junta Seccional Reguladora de Matrículas y Pensiones.

2°. Como consecuencia de la declaratoria anterior, y a título de restablecimiento del derecho, la actora no está obligada a devolver o a reintegrar a los alumnos la cantidad de $10'326.000.oo, por conceptos varios, ni a pagar la multa de $1'039.599.oo con destino al Icetex.

Ejecutoriada esta providencia, DEVUELVASE 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 leida, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del día nueve (9) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Ernesto Rafel Ariza Muñoz, Presidente; *Juan Alberto Polo Figueroa, Libardo Rodríguez Rodríguez*, salva voto, *Manuel S. Urueta Ayola.*

SALVAMENTO DEL VOTO

Referencia: Expediente No. - 3583. Actor: Sociedad Liceo Bostón Ltda. Ponente doctor *Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

El salvamento de voto del suscrito Consejero de Estado se fundamenta en las siguientes razones:

1. En relación con las sumas cobradas por el colegio sancionado por concepto de libros, la sentencia fundamenta su decisión de revocar la apelada y, en consecuencia, decretar la nulidad de las resoluciones que impusieron las sanciones, en el Artículo 32 del Decreto 3486 de 1981.

2. De acuerdo con esta última norma "los rectores de los establecimientos educativos no oficiales *seleccionarán* los textos escolares para los alumnos", teniendo en cuenta los criterios indicados en la misma disposición y las sugerencias del personal docente (subraya el Despacho).

3. El suscrito Consejero considera que de ninguna manera la facultad de "seleccionar" los textos puede servir de sustento a la decisión de cobrar sumas de dinero por concepto de los textos o libros relacionados, pues se trata de dos conductas esencialmente diferentes. En efecto, la facultad de "seleccionar" los textos no puede ser otra que la determinar cuáles son los requeridos para cada uno de los grados, mientras que la exigencia o cobro de dinero por concepto de ellos va mucho más allá, pues implica imponer la obligación de comprarle los citados libros al mismo colegio, situación esta última que fue uno de los fundamentos de las sanciones y que no puede entenderse incluida en el citado Artículo 32 del Decreto 3486 de 1981, sin perjuicio de que pueda existir otra norma que permita el determinado cobro, sin que a ella haya hecho referencia la ponencia aprobada por mayoría.

Con todo respeto,

Libardo Rodríguez Rodríguez

Santafé de Bogotá D.C., dicisiete (17) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

INSCRIPCION DE MATRICULA INMOBILIARIA - Legalidad / **ACTO DE REGISTRO DE MATRICULA INMOBILIARIA** - Revisión administrativa

La corrección no afecta la subsistencia del registro realizado, por el contrario, adecua las anotaciones de éste con la realidad de su objeto, trátese de escritura pública, de orden judicial, etc. En la situación que se examina no aparece que las inscripciones objeto de la resolución atacada adolezcan de error en sus datos o anotaciones y nadie le ha señalado alguna. Por el contrario, lo que en ellas está consignado concuerda en un todo con los documentos materia de las mismas, de allí que en el acto *sub lite* no se ha ordenado nada que se amolde a lo previsto en el precitado Artículo, ni los registros le han sobrevivido. No cabe hablar entonces de corrección. Una cosa es la legalidad o ilegalidad de los actos precedentes al registro, esto es, de los asuntos que son sometidos a ello y otra muy distinta la del acto de registro propiamente dicho. A la Administración le compete revisar la de estos últimos con miras a corregirlos, más no la de los primeros, mucho menos si éstos son actuaciones judiciales, como los que en la actuación *sub examine* se conoce.

CORRECION DE REGISTRO DE MATRICULA INMOBILIARIA - Presupuestos

De acuerdo con el artículo 35 del Decreto 1250 de 1970, la corrección tiene como presupuesto la existencia de un error en el texto del registro o de la inscripción, es decir, un desacierto en el acto de anotación en relación con la realidad ontológica del objeto de dicho acto, como cuando se anotan datos diferentes de los que aparecen en los instrumentos registrados o un negocio distinto de que él contiene.

CANCELACION REGISTRO DE MATRICULA INMOBILIARIA - presupuestos para llevarla a cabo / **CANCELACION REGISTRO DE MATRICULA INMOBILIARIA** - Titularidad

La cancelación, por su parte, obedece a los presupuestos aplicados en el artículo 40 *ibidem*, esto es, la cancelación del título o acto registrado, o existencia de orden judicial en tal sentido, de todo lo cual y a manera de procedimiento ha de presentársele al legislador la prueba pertinente, como cuando se cancela una hipoteca o se ordena judicialmente la cancelación de un registro por haberse declarado su nulidad o establecido la falsedad del documento registrado, o por levantamiento de la medida cautelar de que se trate. La resolución no cuenta con uno u otro presupuesto y menos con la prueba debida. Como bien lo plantea el actor, la cancelación no se origina en la voluntad de la administración sino en la de los sujetos no se origina en la voluntad de la administración sino en la de los sujetos del actos documento o la de la autoridad judicial. Es pues el resultado directo e inequívoco de la manifestación de voluntad de los intervinientes en el negocio jurídico registrado o de una actuación jurisdiccional. Tampoco es entonces cancelación de registro en su sentido técnico jurídico.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá D.C., nueve (9) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: Doctor: *Juan Alberto Polo Figueroa*

Referencia: Expediente No. 2056. Actor: Humberto Ramón Díaz Osorio. Autoridades Nacionales.

Se encuentra para resolver el recurso de apelación interpuesto por varios de los intervinientes, en condición de demandados, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de fecha 29 de junio de 1995, mediante la cual demanda la nulidad del acto demandado.

I. ANTECEDENTES

1. Los hechos que antecedieron a la demanda.

1.1 Están referidos a un inmueble ubicado en el municipio de Carmen de Bolívar, de propiedad del señor José Luis Contreras, los cuales tuvieron ocurrencia con ocasión de dos procesos ejecutivos adelantados contra su propietario y dentro de los cuales dicho predio fue objeto de medidas cautelares.

El primero de estos procesos, de carácter singular con título quirografario, adelantado en el Juzgado Civil del Circuito del Municipo del Carmen de Bolívar en virtud de demanda presentada por la señora Janeth Romero Rodríguez el día 21 de octubre de 1986, el cual terminó con remate del citado bien.

El segundo, un ejecutivo con título hipotecario promovido por el Banco Ganadero ante el Juzgado 1° Civil del Circuito de Cartagena, cuya demanda pue presentada el 20 de febrero de 1988, 10 meses después de que dicha entidad bancaria hubiese sido citada para que concurriese al primero de los procesos, con el fin de que hiciera valer sus derechos de acreedor hipotecario. Dentro de este último juicio no se llegó al remate del bien pese que se decretó su embargo. Terminó a solicitud del ejecutante por pago de la obligación, según auto de septiembre 24 de 1993 (fol.182, Cdno.2)

El diligenciamiento de los dos negocios judiciales originó una serie de anotaciones registrales dentro del respectivo folio de matrícula correspondiente al mencionado inmueble, en la Oficina de Registro de Carmen de Bolívar, las cuales desembocaron en el acto administrativo objeto de la acción.

Tales anotaciones fueron:

— Bajo el número de orden 10 y con fecha 10 de novienmbre de 1986, se anota el embargo decretado por el juzgado Civil del Circuito del Carmen de Bolívar.

—En el orden siguiente (11), el 22 de marzo de 1988 se registra el embargo decretado por el Juzgado 1° Civil del Circuito de Cartagena. Consta en autos que la oficina en mención no comunicó al Juzgado del Carmen de Bolívar sobre el registro de esta última medida, la cual tenía prelación por haber sido ordenada en un juicio hipotecario.

— Con el número 12 y en la misma fecha del anterior y como consecuencia de la prelación del embargo precitado, se levanta el primer embargo, o sea, el decretado en el ejecutivo con título quirografario adelantado en el Juzgado del Carmen de Bolívar. De dicha anotación de desembargo tampoco la referida oficina informó al despacho judicial que le había ordenado.

— Con la anotación número 13, hecha el 15 de agosto de 1990, se levanta el embargo dispuesto por el Juzgado 1° del Circuito de Cartagena dentro del juicio hipotecario, atendiendo la orden dada mediante oficio No. - 335 por el Juzgado Civil del Circuito del Carmen de Bolívar, a petición del rematante del predio, comunicación que a la letra dice:

"Por medio del presente me permito comunicar a usted que este juzgado en proveído de fecha nueve (9) de mayo de mil novecientos ochenta y

nueve (1989), en la aprobación del remate efectuado dentro del proceso ejecutivo singular seguido por el Doctor Miguel E. Cuesta González contra José Luis Contreras Ardila, en su numeral 3º de la parte resolutiva dispuso el desembargo y levantamiento del secuestro del inmueble rematado en este asunto, siendo postor el señor Humberto Díaz Osorio. Posteriormente por auto de fecha veinte (20) de junio de mismo año en la resolución de un recurso de reposición se estuvo a lo resuelto en dicho auto, y concedido el recurso de apelación contra éste el H. Tribunal Superior de Cartagena CONFIRMO en todas sus partes dicho auto en pronunciamiento de fecha octubre tres (3) del mismo año.- En consecuencia sírvase ordenar el desembargo del inmueble trabado en este asunto, el cual fue rematado. En consecuencia, proceda de conformidad desanotando el embargo que pesa sobre el inmueble en cuestión, distinguido con Matrí-cula Inmobiliaria No. - 062-000-4912".

Conviene aclarar que la Oficina de Registro en un principio se negó a inscribir dicha diligencia por la existencia de la medida cautelar dictada en el ejecutivo hipotecario, como consta en la respuesta que le dio al juzgado del Carmen de Bolívar en oficio de enero nueve (9) de 1990 (folio 499 *ibidem*).

— Con la anotación No. 14, del 9 de octubre de 1990, se registra la susodicha diligencia de remate.

— En la misma fecha y con la anotación No. 15 se registra la cancelación de la hipoteca de que atrás se habla, en aprobación a la providencia aprobatoria del remate.

1.2. Posteriormente, el señor *José Luis Contreras* solicitó a la oficina de Registro del Carmen de Bolívar la corrección de errores en el folio de Matrícula en mención, en el sentido de excluir del mismo las anotaciones 13, 14 y 15 por ser manifiestamente contrarias al derecho y a la ley. Esta solicitud fue despachada desfavorablemente por la citada oficina mediante Resolución 025 de noviembre 19 de 1991, absteniéndose de hacer la corrección pedida por considerar que para ello se requería de orden judicial. Esta decisión la ratificó mediante Resolución No. 001 de enero 20 de 1992 al resolver el recurso de resposición interpuesto contra la anterior decisión.

1.3. El peticionario acudió en alzada, la cual le prosperó y así fue como mediante Resolución 2332 de abril de 1992, emanada de la Superintendencia de Notariado y Registro, se ordena excluir del folio de matrícula las anotaciones 13, 14 y 15, a lo que en efecto se procedió.

Después, en el folio de matrícula inmobiliaria correspondiente al predio se hicieron dos nuevos registros retomando la numeración de las anotaciones excluidas: Uno, el desembargo ordenado por el Juzgado 1° del Circuito

de Cartagena dentro del ejecutivo hipotecario de marras (oficio 687 de octubre 4 de 1993) y otro, la venta de *Contreras Ardila José Luis* a *Betancur Salazar Rómulo*, efectuada por escritura pública de enero 19 de 1993.

2. La demanda.

2.1. ***El petitum***

El señor *Humberto Ramón Díaz Osorio*, a través de apoderado y estando en tiempo, demandó la nulidad de la resolucion 2332 de 22 de abril de 1992 proferida por la Superintendencia de Notariado y Registro y pidió que como consecuencia de la nulidad se dispusiese cancelar "los oficios 145" (sic) donde se decreta el embargo y desembargo del Juzgado 1° Civil del Circuito de Cartagena y que se ordene al Registrador de Instrumentos Públicos del Carmen de Bolívar registrar la diligencia de remate dictada dentro del proceso ejecutivo singular de *Janeth Romero Rodríguez* contra *José Luis Contreras Ardila*, adelantado en el Juzgado Civil del Circuito del Carmen de Bolívar, a favor del rematante *Humberto Díaz Osorio.*

2.2. *El acto demandado*

Es la Resolución No. 2332 prementada, proferida por la Superintendencia de Notariado y Registro cuyas consideraciones y decisión son las siguientes:

"...en cumplimiento a lo preceptuado en el Artículo 558 del C. de P.C., y a lo expresado en una decisión anterior por parte de la Registradora de esa oficina, no solamente es improcedente la cancelación del embargo proveniente del Juzgado 1° Civil del Circuito de Cartagena, dentro del proceso ejecutivo con título hipotecario del Banco Ganadero contra José Luis Contreras Ardila, por no provenir de la misma autoridad que ordenó su inscripción, sino que también lo es la inscripción del remate y la cancelación del gravamen hipotecario a favor del Banco Ganadero que informa la anotación 07 del folio de matrícula inmobiliaria tantas veces mencionado, porque al mantenerse el embargo dentro del proceso hipotecario, no hay lugar a la inscripción que referencian las anotaciones 014 y 015 del 9 de octubre de 1990, en cumplimiento a lo dispuesto en el Artículo 43 de la Ley 57 de 1887 y el numeral 3° del Artículo 1521 del Código Civil, bajo tales circunstancia ha de decirse, que es la ley el factor vinculante del ejercicio de las funciones públicas y no los conceptos, menos cuando son confusos, incompletos o contradictorios entre ellos o de éstos con la ley.

Respecto de la responssabilidad administrativa, por la presunta falla en el servicio que los recurrentes invocan, este Despacho no entra a discernir, pues no es materia de discusión en la presente actuación.

Finalmente, en aras que el folio de matrícula inmobiliaria exhiba en todo momento la real situación jurídica del respectivo bien, como lo impone el Artículo 82 del Decreto-ley 1250 de 1970, este Despacho, luego del detenido análisis de la pruebas, argumentos de los recurrentes y su comparación con las normas que regulan el servicio público del registro de instrumentos públicos.

RESUELVE:

"Artículo 1°. Revócase en todas sus partes la Resolución 025 de 19 de noviembre de 1991 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Carmen de Bolívar, y en su reemplazo ordénase excluir las anotaciones 013, 014 y 015 del Folio de Matrícula Inmobiliaria 062-0004912 por las razones expuestas en la presente decisión.

"Artículo 2°. Notifíquese personalmente esta providencia a todos los interesados.

"Artículo 3°. Remítase copia de la presente a la Registradora de Instrumentos Públicos del Carmen de Bolívar, el Juzgado Civil del Circuito del Carmen de Bolívar, dentro del proceso de Janeth Romero Rodríguez contra José Luis Contreras Ardila y al Juzgado 1° Civil del Circuito de Cartagena, dentro del proceso hipotecario del Banco Ganadero contra José Luis Contreras Ardila".

2.3. *Normas señaladas como violadas y concepto de violación.*

Los cargos que el actor le atribuye al acto acusado son los que a continuación se resumen:

2.3.1. Viola el Artículo 209 de Constitución, por cuanto señalando éste los principios rectores de la administración pública, como los de la eficacia y honestidad que están implícitos en los de la igualdad e imparcialidad, privó al rematante del derecho de propiedad dado por un juez de la República, por complacer a una entidad bancaria que no cumplió con la citación que se le hizo para que hiciera valer sus derechos en el ejecutivo singular.

2.3.2. De igual forma el Artículo 210 *ibidem*, debido a que la entidad descentralizada ha invadido ámbitos del poder jurisdicional y por ende es responsable del perjuicio ocasionado al rematante deconociendo normas procesales.

2.3.3. Infringe el Artículo 228 de la Carta porque la Superintendecia de Notariado y Registro consideró que las providencias del Juez del Circuito del Carmen de Bolívar no son permanentes y no deben cumplirse, como así lo hizo dictando la resolución demandada.

2.3.4. Hubo abuso de poder o vicio de incompetencia en razón a que la Superintendencia, desoyendo la advertencia dada por la Jefe del Departamento de la misma, interpreta el Artículo 539 del C.P.C., mediante un acto administrativo que conoce la dada por el señor juez y confirmada por el H. Tribunal de Bolívar, Sala Civil, y aplica, además, el Artículo 558 del C. P. C.

2.3.5. Hay falsa motivación, ya que se dictó sin tener una sentencia en firme, desconociendo así el Artículo 42 del Decreto 1250 de 1970.

3. Contestación de la demanda.

Además de la entidad creadora del acto enjuiciado, fueron vinculados a la causa el *Banco Ganadero*, sucursal de Cartagena, y los señores *José Luis Contreras Ardila* y *Janeth Romero Rodríguez*, los cuales, a excepción de esta última, concurrieron al proceso, lo que igualmente hizo el señor *Rómulo Betancur Salazar*, pero en calidad de tercero impugnante de la acción por tener interés en las resultas del mismo.

Todos los comparecientes respondieron en tiempo la demanda, fincando la defensa del acto atacado en la prelación del crédito hipotecario y por tanto del embargo decretado con fundamento en el mismo, de donde el remate en el ejecutivo singular con título quirografario se produjo sobre un bien que ya no estaba embargado por su cuenta y por tanto no podía registrarse. Varios de ellos alegan que la solicitud que dio origen a la resolución *sub judice* fue en el sentido de corregir el error en que incurrió la Oficina de Registro del Carmen de Bolívar y no en el de corregir la matrícula inmobiliaria.

4. Alegatos para fallo y concepto del Ministerio Público.

Alegaron para fallo el actor y la entidad demandada con argumentos similares a los ya expuestos por ellos.

El Ministerio Público por su parte se hizo presente mediante concepto en el que tras analizar la secuencia de eventos que antecedieron a la resolución atacada, llegó a la conclusión de que:

> *"Es evidente que en el caso presente el Registrador de Instrumentos Públicos de El Carmen de Bolívar, no dió cabal cumplimiento a lo establecido por el Artículo 558 del C. P. C. (antes de la reforma) y procedió en cambio a las anotaciones subsiguientes, determinándose con posterioridad la solicitud de corrección de errores en el folio de Matrícula Inmobiliaria que fue resuelta según Resolución 025 de 19 de noviembre de 1991, por lo cual se impone tener en cuenta frente a este hecho que en el caso presente se demandó la declaratoria de nulidad de la Resolución 2332 de 1992 y no se trata del ejercicio de una acción de Reparación Directa".*

II. LA SENTENCIA IMPUGNADA

El *a quo* dedujo de los Artículos 35, 39 y 40 del Decreto 1250 de 1970 que entre corrección y cancelación del registro e inscripción existen notorias diferenciales, las cuales pasó a precisar, y estimando que la exclusión ordenada por la Superintendencia de Notariado y Registro en modo alguno equivale a una simple corrección de errores de inscripción y sí a la cancelación de las inscripciones, dio por establecido que dicha dependencia actuó sin competencia.

En relación con el punto en controversia dijo:

> *"De manera que, independientemente de la consideración sobre si la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de El Carmen de Bolívar debía o no acceder a la solicitud del Juzgado Civil del Circuito de esa ciudad y proceder, en consecuencia, a efectuar las referidas anotaciones, lo evidente es que, ya realizadas esas inscripciones, su cancelación sólo podía efectuarse tal como lo indica el Artículo 40 del Decreto 1270 de 1970, esto es mediante la prueba de la cancelación de los respectivos títulos o actos o mediante orden judicial en este sentido. Y estas situaciones no se dieron, sino que sin mediar ellas, la Superintendencia de Notariado y Registro procedió a excluir las inscripciones, bajo la consideración de que aquellas se habían efectuado por un error de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de El Carmen de Bolívar".*

En consecuencia declaró la nulidad reclamada y dispuso la inclusión nuevamente de las anotaciones 13, 14 y 15 en el folio de matrícula de que se habla, cuya exclusión se ordenó por el acto anulado.

III. EL RECURSO

Salvo la entidad demandada, los demás concurrentes como opositores al litigio interpusieron en tiempo recurso de apelación contra la providencia reseñada, pero apenas se les concedió al impugnador *Rómulo Betancur Salazar* y a *José Luis Contreras* Ardila, toda vez que el *Banco Ganadero* no lo sustentó.

El primero expuso como razones de su inconformidad el hecho de que la pretensiones del actor no podían prosperar de manera directa por que se lesiona, como lo hace la sentencia, el derecho de un tercero de buena fe exenta de culpa, sino de manera derivativa, es decir, condenando a la entidad demandada a pagarle al actor los perjuicios que la resolución ilegal le ocasionó. Sólo así se concilian los intereses del actor con los de un tercero inmune al fallo solicitado en la demanda.

El segundo, después de hacer un recuento de las facultades y de la regulación jurídica del punto en controversia, manifiesta que hay incongruencia entre lo decidido y la petición y entre ambos aspectos y la ley.

La primera, dice, se da por el hecho de que en la demanda se solicita la cancelación del oficio número 145, donde se decreta el embargo y desembargo del Juzgado 1° Civil del Circuito de Cartagena, cuando en realidad de verdad la resolución no afecta en manera alguna las mencionadas inscripciones, de las que anota que al parecer se refieren a la número 11, de modo que si se ordenara la cancelación de dicho oficio, entonces, ¿qué pasará con el oficio que en efecto sí libró el Juzgado de Cartagena, que no fue el 145 sino el 687 de octubre 4 de 1993 ordenando el desembargo?

El fondo del conflicto ha de contraerse a la omisión ya anotada de la Oficina del Registro de El Carmen de Bolívar, por la cual el actor debió iniciar la acción de reparación directa y no de nulidad y restablecimiento del derecho.

Las normas invocadas como violadas y el concepto de ello no alcanzan a demostrar que el acto atacado infrigió la ley, pues lo que hubo fue una integración entre las decisiones del ejecutivo y del poder judicial.

Por último retoma el argumento de la prelación del embargo decretado en ejecutivo hipotecario sobre el singular o con acción personal para sostener que la venta forzada que se hizo en el remate tuvo objeto ilícito, por encontrarse vigente el embargo decretado en aquel y no el de éste, lo que complementa con la citación del Artículo 43 de la Ley 57 de 1987, del cual dice que tiene previsto la prohibición de registro en el folio de matrícula inmobiliaria de acto alguno de disposición, enejenación, etc., un inmueble mientras exista inscrita medida cautelar.

Concluye que no hubo usurpación de funciones jurisdiccionales por parte de la Superintendencia, sino el cumplimiento de sus funciones legales como portadora de la fe pública registral.

La Superintendencia de Notariado y Registro intervino en esta etapa procesal para coadyuvar al apelante antes citado, coincidiendo con él en que la acción que debió ser impetrada era la de reparación directa y no la que se tramita. Afirma que lo resuelto, antes que una cancelación, implica la revocatoria directa de un acto administrativo proferida contra expresa prohibición legal y en perjuicio de un tercero, la que tratándose de un registro inmobiliario se sustenta en el Artículo 69 del C.C.A.

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Colaborador fiscal ante la Sala descorrió el traslado para alegar de conclusión, lo que hizo mediante concepto en el que como resultado de un análisis puntual de los hechos y de las normas pertinentes termina expresando que comparte la decisión del Tribunal, de donde solicita la confirmación del fallo en todas sus partes. Sobre lo sustancial del asunto dice:

"Al disponer la Superintendencia de Notariado y Registro la exclusión de las anotaciones 13, 14 y 15, como en forma clara lo señala el a quo, no estaba corrigiendo el folio de matrícula, en los términos del Artículo 35 del Decreto 1250 de 1970, sino cancelando el registro en los términos del Artículo 39 del citado Decreto, al dejar sin efecto el registro de las anotaciones 13, 14 y 15 y en consecuencia desconocer derehos que sólo pueden ser reconocidos por el juez. La Superintendencia en consecuencia desbordó sus atribuciones e invadió ámbitos propios de la justicia ordinaria".

V. CONSIDERACIONES

Sin perjuicio de que se aluda a la pertinencia de la acción a seguir en relación con la situación descrita, a la Sala no le cabe duda de que la presente instancia ha de centrarse en la decisión impugnada, teniendo en cuenta que el motivo del rescurso está referido a lo que en ella se proveyó sobre el fondo del asunto, habiéndose dejado de lado toda mención a la excepción que en ella se negó.

Como quiera que lo resuelto por el Tribunal fue acoger buena parte de las declaraciones pedidas por el actor, de suyo lo que cabe establecer es si ello se corresponde con la situación procesal que se tiene a la vista.

Al efecto es menester retomar las pretensiones en su forma literal, las que en este sentido rezan:

"1. Que es nula la Resolución No. 2332 del 22 de abril de 1992, por la cual se decidió un recurso de apelación de la Resolución 025 del 19 de noviembre de 1991 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Carmen de Bolívar (Bolívar). Se disponga incluir las anotaciones 013, 014, y 015 del folio de Matrícula 062-0004912.

2. Que como consecuencia del decreto de nulidad de la Resolución 2332 del 22 de abril de 1992, se disponga cancelar los oficios 145, donde se decreta el embargo y desembargo del Juzgado 1° Civil del Circuito de Cartagena y se ordena que el registrador de instrumentos Públicos del Carmen de Bolívar (Bolívar), registre la diligencia de Remate del Proceso Ejecutivo Singular de Janeth Romero Rodríguez contra José Luis Contreras Ardila del Juez Civil del Circuito del Carmen de Bolívar a favor del rematante HUMBERTO RAMON DIAZ OSORIO.

3. Una vez ejecutoriada la sentencia que le ponga fin a la presente acción, se comunique a la autoridad administrativa que profirio el acto, para los efectos legales consiguientes".

En verdad se observa que la segunda petición adolece de una ostensible vaguedad e inexactitud en cuanto al número del oficio que allí se cita (el 145

en lugar del 687), amén de otras deficiencias que no son del caso comentar, pero que debido a los necesarios efectos de la primera, los que confluyen en lo que se alcanza a entender de aquella, esto es, que se rehagan los registros excluidos, tales irregularidades resultan irrelevantes, por tanto la incongruencia que al respecto apunta el recurrente *Contreras Ardila* no es propiamente tal o no tiene importancia para la validez de la providencia cuestionada. De modo que lo que interesa es verificar si procede o no a la nulidad que se suplica.

Para ello se requiere antes que todo precisar el exacto significado de lo decidido en la resolución motivo de la contienda, por cierto uno de los aspectos medulares del debate.

Al respecto se cuenta con que el *a quo* optó por interpretarla como una orden de cancelación de los registros o anotaciones en ella señaladas, en lugar de corrección de matrícula, coincidiendo en ello con el actor, mientras que los terceros vinculados al proceso lo entienden como una corrección de error cometido por la Oficina de Registro conocida en autos. A última hora, ha surgido una nueva apreciación, como es la de la entidad demandada que en la coadyuvancia que hace de las súplicas de los impugnantes la presenta como revocatoria directa de los registros comentados en tanto típicos actos administrativos de registro, por ser contrarios a la ley y causar perjuicio injustificado a un tercero.

Sobre la validez de tales interpretaciones, cabe decir lo siguiente atendiendo la solicitud planteada:

Corrección. De acuerdo con el Artículo 35 del Decreto 1250 de 1970, la corrección tiene como presupuesto la existencia de un error en el texto del registro o de la inscripción, es decir, un desacierto en el acto de anotación en relación con la realidad ontológica del objeto de dicho acto, como cuando se anotan datos diferentes de los que aparecen en los instrumentos registrados o un negocio distinto del que él contiene.

Esta percepción armoniza con el procedimiento que prescibe el mismo artículo para su debida corrección, cuando dice que *"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, reproduciéndolo 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 salvedad 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"*.

Síguese de lo anterior que la corrección no afecta la subsistencia del registro realizado, por el contrario, adecúa las anotaciones de éste con la realidad de su objeto, trátese de escritura pública, de orden judicial, etc.

En la situación que se examina no aparece que las inscripciones objeto de la resolución atacada adolezcan de error en sus datos o anotaciones y nadie les ha señalado alguno. Por el contrario, lo que en ellas está consignado concuerda en un todo con los documentos materia de las mismas, de allí que en el acto *sub lite* no se ha ordenado nada que se amolde a lo previsto en el precitado Artículo, ni los registros le han sobrevivido. No cabe hablar entonces de corrección.

Cancelación. La cancelación, por su parte, obedece a los presupuesto aplicados en el artículo 40 *ibidem*, esto es, la cancelación del título o acto registrado, o existencia de orden judicial en tal sentido, de todo lo cual y a manera de procedimiento ha de presentársele al registrador la prueba pertinente, como cuando se cancela una hipoteca o se ordena judicialmente la cancelación de un registro por haberse declarado su nulidad o establecido la falsedad del documento registrado, o por levantamiento de la medida cautelar de que se trate. La resolución no cuenta con uno u otro presupuesto y menos con la prueba debida.

Como bien lo plantea el actor, la cancelación no se origina en la voluntad de la administración sino en la de los sujetos del acto documentado o la de la autoridad judicial. Es pues el resultado directo e inequívoco de la manifestación de voluntad de los intervinientes en el negocio jurídico registrado o de una actuación jurisdiccional. Tampoco es entonces cancelación del registro en su sentido técnico jurídico.

Respecto de la revocatoria, no aparece alguno cualquiera de los presupuestos consagrados en el Artículo 69 del C.C.A., a saber: manifiesta oposición del acto administrativo a la Constitución o la ley; no conformidad del mismo con el interés público o social, o atentado en su contra; y, causación de agravio injustificado a una persona. En cuanto al procedimiento, de acuerdo con la misma norma, se puede hacer de oficio o a solicitud de parte, ya sea por quien profirió el acto o por su superior jerárquico.

En la actuación que nos ocupa, si bien en la resolución acusada confluyen todas las razones que se exponen hacia la improcedencia jurídica de los registros cuestionados, lo que equivale a invocar su contrariedad u oposición a la ley, dada por las normas que en ella se citan, también lo es que el procedimiento seguido fue el de la vía gubernativa, prescrito en los Artículos 50 y siguientes del C.C.A., surtido con ocasión del ejercicio del derecho de petición en interés particular. Por consiguiente, la decisión adoptada corresponde a la potestad de revisión del superior jerárquico, esto es, al poder de revocación emanado del recurso de apelación de dicha vía, no mas de la facultad de revocación directa, por tanto no cabe hablar de ésta.

Así las cosas, en la decisión de segunda instancia con la cual culminó el trámite de la comentada petición, se observan dos inconsistencias: De una

parte, la inexistencia del motivo de ilegalidad que se predica de los comentados registros, y de otra, la invocación de razones que implican juicios de validez en relación con actuaciones judiciales, los cuales escapan a las atribuciones de las autoridades administrativas, con lo cual se configuran la falsa motivación y el vicio de incompetencia que le atribuye el accionante.

Al respecto conviene decir que una cosa es la legalidad o ilegalidad de los actos precedentes al registro, esto es, de los asuntos que son sometidos a ello y otra muy distinta la del acto de registro propiamente dicho. A la Administración le compete revisar la de estos últimos con miras a corregirlos, mas no la de los primeros, mucho menos si éstos son actuaciones judiciales, como los que en la situación *sub examine* se conocen.

El recuento que según autos se hizo inicialmente de los hechos permite verificar que la única irregularidad de la actuación del Registrador de Instrumentos Públicos de El Carmen de Bolívar fue la de omitir el aviso ordenado por el Artículo 558 del C. de P.C., en el momento en que se efectuaron los registros 11 y 12, contentivos del embargo ordenado por el juez 1° Civil del Circuito de Cartagena dentro del ejecutivo hipotecario que promovió el Banco Ganadero, y la consecuente cancelación del embargo que había decretado con anterioridad el juez Civil del Circuito del Carmen de Bolívar en el ejecutivo con título quirografario, omisión que como se ha advertido dió lugar a que en este último se continuara con la persecución del inmueble hasta su remate.

Esta irregularidad a lo sumo podía afectar las decisiones que en ese sentido se tomaron, pero los registros a que estos dieron lugar (13 y 14), por obedecer a orden judicial no pueden considerarse ilegales en sí mismos, sino en tanto la decisión judicial a que ello dio lugar lo sea o no, por ende no es la administración la que puede calificarla como tal y proceder en consecuencia. En este evento su facultad no va más allá de cancelarlos sólo cuando haya orden judicial que así lo disponga. De suerte que al ordenar la exclusión comentada sin este requisito, en verdad se infringió el Artículo 40 del Decreto 1250 de 1970.

Así las cosas es fácil colegir que la resolución demandada adolece de los vicios que le han sido endilgados en los cargos.

Ahora bien, si una cadena tal de irregularidades llegare a causar perjuicios a las parte o a terceros, ello ya es un asunto que debe ventilarse judicialmente y de manera específica, mediante la acción pertinente y ante las autoridades competentes, en orden a procurar ya la enmienda de las mismas o el resarcimiento de los perjuicios, previa definición de quienes deben responder por ellos, lo que significa que no es en el estadio de este proceso donde quepa ventilarlos, mucho menos en relación con terceros que no han comparecido como demandantes sino como impugnantes.

Si de perjuicios aquí se tratare sería en relación con los que hubiere podido causar la resolución acusada, los que por cierto no ha reclamado el actor, toda vez que el restablecimiento del derecho implícitamente pedido lo concreta en la restauración de los registros "excluidos". De alli que el pedimento del señor José Luis Contreras Ardila, en su calidad de tercero impugnante y de recurrente, en el sentido de que se provea en forma que se protejan sus derechos como adquiriente del inmueble, no puede ser considerado por la Sala.

En consecuencia, se concluye que los cargos cuarto y quinto prosperan y ello es suficiente para confirmar la sentencia apelada.

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

FALLA:

CONFIRMAR la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese y en firme, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de nueve (9) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996)

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Juan Alberto Polo Figueroa, Libardo Rodríguez Rodríguez, Manuel S. Urueta. Ayola.*

TRIBUNAL DEL ACUERDO DE CARTAGENA - Interpretación prejudicial / **IRREGISTRABILIDAD DE MARCA** - Expresión genérica o descriptiva

Esta Corporación considera que le asiste razón a la parte actora cuando señala que la frase objeto de la presente controversia sí cumple con el requisito de la novedad, dado que no hay antecedentes conocidos que demuestren la existencia de una frase registrada o solicitada con anterioridad, confundible con aquélla, aseveración que no fue desvirtuada por la Superintendencia de Industria y Comercio. La Superintendencia de Industria y Comercio para negar el registro marcario de la expresión "EL VERDADERO ARRANCAGRASA", invocó el literal c) del Artículo 58 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, por considerar que la misma es genérica y descriptiva, la Sala estima necesario tener presente la interpretación prejudicial dada por el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena en el punto concreto de la prohibición de registro como marca de denominaciones genéricas, cuando afirma: "La prohibición de registro se dirige a precaver, expresiones de uso común o generalizado pertenecientes al dominio público puedan ser apropiadas, vía el registro marcario, a fin de utilizarlas en forma exclusiva en la denominación de un producto o servicio". Más adelante agrega: "...para que la solicitud de registro de una marca resulte incursa en la causal de irregistrabilidad establecida en el Artículo 58, literal c) de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, es necesario que la naturaleza genérica de la expresión se predique del producto o servicio al cual está llamada a aplicarse —incluidas todas sus características— según la clase para la cual se solicitó el registro de la marca". Establecido como está que la expresión "EL VERDADERO ARRANCAGRASA" no es genérica ni descriptiva, y que por lo tanto no se encuentra incursa dentro de los causales de irregistrabilidad, habrá de declararse la nulidad de la Resoluciones Nos.- 002052 de 31 de marzo de 1986 y 198 de 19 de febrero de 1993, por errada aplicación del Artículo 58 literal c) de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, como conse-

cuencia de la declaratoria de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, la parte actora solicita que se ordena a la División de Signos Distintivos, la publicación de la solicitud del registro de la marca "EL VERDADERO ARRANCAGRASA", cuestión a la que no se accederá, por cuanto antes corresponde a la entidad demandada verificar si la solicitud en cuestión reúne los requisitos formales exigidos para tal efecto.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administratiivo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., nueve (9) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: Doctor *Manuel S. Urueta Ayola.*

Referencia: Expediente No. 2557. Actora: Sociedad Colgate Palmolive Compañía. Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho.

La Sociedad Colgate Palmolive Compañía a través de apoderado y en ejercicio de la acción prevista en el Artículo 185 del C.C.A., solicita de esta Corporación la nulidad de las Resoluciones Nos.- 002052 de 31 de marzo de 1986, 1677 de 24 de septiembre de 1991 y 198 de 19 de febrero de 1993, expedidas las dos primeras por la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio (hoy División de Signos Distintivos) y la última por el titular de dicha entidad. A título de restablecimiento de derecho solicita: a) Se ordene a la División de Signos Distintivos que publique la solicitud de registro de la marca "EL VERDADERO ARRANCAGRASA", tramitada bajo el expediente No. 198.698, en la Gaceta de Propiedad Industrial, de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 81 de la Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena; b) Subsidiariamente, se ordene a la División de Signos Distintivos proseguir con los trámites correspondientes a la solicitud de la marca en cuestión; c) Se ordene la publicación de la sentencia en la Gaceta de Propiedad Industrial, conforme al literal d) del articulo 2°. del Decreto Legislativo 205 de 1957.

I. LOS ACTOS ACUSADOS

1°. La Resolución No. 0020552 de 31 de marzo de 1986 expedida por la División de Propiedad Industrial, por medio de la cual se niega el registro marcario de la expresión "EL VERDADERO ARRANCAGRASA", solicitado por la sociedad demandante.

2°. La Resolución o auto No. 01677 de 24 de septiembre de 1991 proferida por la División de Propiedad Industrial, a través de la cual se rechazan, por extemporáneos, los recursos de reposición y apelación interpuestos en contra de la resolución primeramente citada.

3°. Resolución No. 198 de 19 de febrero de 1993 proveniente del Superintendente de Industria y Comercio, por medio de la cual se resuelven unos recursos de queja y apelación, revocando la Resolución No. 01677 de 24 de septiembre de 1991 y confirmando la Resolución No. 002052 de 31 de marzo de 1986.

II. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Los actos demandados violan los Artículos 61 de la Constitución Política; 56 y 58 literal c) de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena; 584 del Código de Comercio; 44, 48, 51, 52 y 53 del C.C.A., y 315 del anterior C. de P.C., por las siguientes razones:

1ª. La Superintendencia de Industria y Comercio desconoció al expedir las resoluciones demandadas, el Artículo 61 de la Carta Política, por cuanto al negar sin justa causa el registro marcario a la expresión "EL VERDADERO ARRANCAGRASA" para distinguir productos de la clase 3ª del Artículo 2° del Decreto 755 de 1972, desconoció la obligación constitucional de proteger la propiedad intelectual, una de cuyas modalidades es la propiedad industrial.

2ª. Las Resoluciones Nos.- 002052 de 1986 y 198 de 1993 dejan de dar aplicación y a la vez aplican e interpretan erróneamente los Artículos 56 y 58 literal c) de la Decisión 85 y el Artículo 584 del C. de Co., por los motivos que se expresan a continuación:

a. El Artículo 56 de la Decisión 85 dispone que sólo pueden ser registrdos como marcas "los signos que sean novedosos, visibles y suficientemente distintivos", siendo el requisito más importante el de la distintividad, pues cumple con la función de diferenciación, que es el objeto principal de la marca.

La entidad demandada debió estudiar si la expresión "EL VERDADERO ARRANCAGRASA" cumplía con los tres requisitos antes enunciados, siendo determinante conocer qué clase de signo constituía dicha expresión, para luego analizar su registrabilidad a la luz de las normas comunitarias, análisis que no efectuó desconociendo así el Artículo 56 de la Decisión 85.

Dicho Artículo no impone límites en cuanto a la clase de signos a registrarse, mientras cumpla con los requisitos enunciados. No obstante, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el Artículo 81 de la citada Decisión 85, según el cual, los asuntos de propiedad industrial no comprendidos en dicha decisión serán regulados por la legislación interna de los países miembros, razón por la cual debió aplicarse en el trámite en cuestión el Artículo 584 del C. de Co., que dispone que podrán emplearse como marcas, entre otras, frases de propaganda, calidad que tiene la expresión "EL VER-

DADERO ARRANCAGRASA" tanto por su naturaleza, como por su efectiva utilización, aspecto que no tuvo en cuenta la Superintendencia de Industria y Comercio.

Analizando ahora si el signo en cuestión cumple con las características esenciales de novedad, visibilidad y distintividad, el demandante afirma:

La frase objeto de la presente controversia, cumple con el requisito de la novedad, ya que no hay antecedentes publicitarios que demuestren que existe una frase publicitaria registrada o solicitada con anterioridad, confundible con aquélla.

En relación con la visibilidad, se tiene que la frase también cumple con dicho requisito, ya que el signo a registrarse está compuesto por un conjunto de palabras preceptibles visualmente.

Finalmente la frase a registrarse es suficientemente distintiva, entendiendo este vocablo como la capacidad intrínseca que se tiene para identificar un producto o un servicio. Esta distintividad no tiene que ser siempre absoluta, pues puede ser relativa, bastante para ello que el signo a registrarse dé una idea de lo que va a distinguir o de sus características. De allí que el Artículo 56 de la Decisión 85 hable de suficiente y no de absoluta distintividad. La doctrina conoce este tipo de marcas como evocativas, ya que evocan parcialmente o en forma incompleta la naturaleza, características o cualidades del producto.

b. El literal c) del Artículo 58 de la Decisión 85 dispone que no podran ser objeto de registro como marcas las denominaciones descriptivas o genéricas 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.

1. En cuanto a la genericidad, debe decirse que tanto la doctrina como la jurisprudencia han establecido que un signo no es genérico en materia marcaria en relación con toda clase de productos o servicios, sino con referencia a aquellos para los cuales solicita protección.

La Resolución No. 198 de 1993 considera que la expresión "EL VERDADERO ARRANCAGRASA" es genérica, ya que responde según el lenguje que debe utilizarse en el mercado, a la pregunta qué es el producto distinguido, manifestación contraria a la realidad, dado que la solicitud presentada advierte que el signo en cuestión pretende amparar "preparaciones para blanquear y otras sustancias para la colada; preparaciones para limpiar, pulir, desengrasar y pulimentar; jabones; perfumería, aceites esenciales; cosméticos; lociones capilares; dentríficos; especialmente lavaplatos", productos de la clase 3ª del Artículo 2° del Decreto 755 de 1972.

En el presente caso la marca a registrarse no se denomina "jabón", "crema lavaplatos", "perfume", "cosmético", "dentrífico" y por lo tanto no puede considerarse genérica con respecto a los productos que protege, no pudiendo decirse que "EL VERDADERO ARRANCAGRASA" es la denominación que se utilza en el mercado para identificar cualquiera de los productos antes citados.

2. En cuanto a la descriptibilidad, la Superintendencia de Industria y Comercio consideró que la expresión en cuestión es descriptiva, por cuanto indica las calidades propias de los productos que ampara la solicitud respectiva. Sobre el particular debe decirse que lo que se registra en el conjunto "EL VERDADERO ARRANCAGRASA" y no cada uno de los elementos, siendo por lo tanto dicha frase evocativa y no descriptiva de los productos de la clase 3ª del Artículo 2° del Decreto 755 de 1972, cumpliendo por lo tanto con el requisito de la distintividad relativa.

La frase publicitaria cuyo registro se solicitó ha sido utilizada en el mercado desde 1982 para publicitar la crema lavaplatos "AXION", y por consiguiente debe evocar las características del citado producto para cumplir con su finalidad, sin que pueda decirse que sus características se indican directamente.

El conjunto de palabras a registrar está compuesto por varios elementos: *verdadero*, que significa real y efectivo, sincero; y *arrancagrasa*, que no tiene acepciones en nuestro idioma y que es la composición de dos términos genéricos (no para la clase 3ª del Artículo 2° del Decreto 755 de 1972), que asociados se convierten en un término distintivo caprichoso o de fantasía que forma una frase ingeniosa, creativa, original e individualizadora, dotada de la actitudes necesarias para garantizar sus distintividad.

A este respecto es aplicable el inciso 2° del Artículo 584 del C. de Co., que establece que para apreciar si el signo es distintivo, se tendrá en cuenta, además de las circunstancias especiales que concurran, la duración del uso del mismo en calidad de marca en Colombia o en otros países, o que se considere distintivo de los medios comerciales nacionales o extranjeros.

Es un hecho notorio que la frase "EL VERDADERO ARRANCAGRASA" ha sido utilizada desde 1982 en el mercado colombiano para la crema lavaplatos "AXION", razón por la cual mal puede decirse, como lo afirma la Resolución No. 002052 de 1986, que el uso continuo de la marca no sirve para sustentar la distintividad de la referida frase. Además, este signo debe considerarse como distintivo de los medios comerciales nacionales, ya que cualquier consumidor medio asociaría inmediatamente la expresión que nos ocupa con el producto "AXION", cumpliéndose de esta forma el elemento sicológico de toda marca, que se presenta cuando los consumidores potenciales captan la acción entre el signo y el producto.

3ª. Violación de los Artículos 44, 48, 51, 52 y 53 del C.C.A. y 315 del anterior C. de P.C., por cuanto la Resolución No. - 01677 del 24 de septiembre de 1991 rechazó los recursos presentados contra la Resolución No. - 002052 de 31 de marzo de 1986, al considerarlos extemporáneos por haber sido interpuestos con anterioridad a su notificación.

En efecto, el Artículo 44 del C.C.A. prescribe que la decisión que ponga fin a una actuación administrativa se notificará personalmente al interesado o a su apoderado, notificación que debe cumplir con lo establecido en el Artículo 315 del anterior C. de P.C. Al verificarse la diligencia de notificación de la Resolución No. 002052 de 1986 se advierte que ni fue firmada por el apoderado del solicitante, ni se identificó al testigo que presenció este hecho, razón por la cual era procedente aplicar el Artículo 48 del C.C.A., entendiéndose que operó la notificación por conducta concluyente a partir de la presentación de los recursos, es decir, a partir del 21 de mayo de 1986.

No puede aplicarse el término de cincco (5) días contados a partir de la fecha de notificación contemplado en los Artículos 51 y 52 del C.C.A., ya que hubo irregularidad en la notificación personal (12 de agosto de 1986) y además hubo notificación por conducta concluyente. La sanción contempla en el Artículo 53 del C.C.A., sólo puede ser aplicable a partir de la fecha de notificación y no antes de la realización de la misma, pues cuando la ley no hace distinciones no le es dado al intérprete hacerlas.

III. ACTUACION

Mediante proveído de 29 de octubre de 1993 se admitió la demanda que fue notificada al señor Superintendente de Industria y Comercio, quien para oponerse a las pretensiones de la misma, a través de apoderado adujo en síntesis lo siguiente (fl.243):

El fundamento legal de los actos acusados se ajusta a lo dispuesto en el literal c) del Artículo 58 de la entonces vigente Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, que señaló como causal de irregistrabilidad el que la marca solicitada consista en denominaciones descriptivas o genéricas de los productos o servicios de que se trate.

Es de destacar algunos apartes expuestos por el Tribunal Andino de Justicia en sentencia del 19 de octubre de 1989: "... La condición de genericidad de un vocablo apelativo, que impide que jurídicamente pueda ser utilizado como marca, sólo resulta si es que tal denominación pueda servir por sí sola, según el lenguaje que suela utilizarse en el mercado, para señalar o indicar la clase de producto o servicio de que se trata. De allí que la doctrina haya precisado que se está frente a una denominación

genérica cuando a la pregunta ¿Qué es?, en la relación con un producto o servicio se responde...".

Frente a lo expuesto es claro e inequívoco que la expresión "EL VERDADERO ARRANCAGRASA" para distinguir los productos de la clase 3ª del Artículo 2º del Decreto 755 de 1972 entre los cuales se encuentran las "preparaciones para limpiar, pulir, *desengrasar* y pulimentar" o de los "jabones" y especialmente como los enunció el solicitante de los "jabones para lavar platos", se refiere a los productos de dicha clase, es decir que responde a la pregunta qué es el producto distinguido. Además es indudable que una pasta de jabón que pretenda limpiar sin sacar la grasa de cualquier utensilio de cocina sería inútil.

La frase cuyo registro se solicita constituye una típica expresión genérica, no apta para su registro dada su excesiva amplitud para distinguir en forma inequívoca un producto, pues no reúne las exigencias de distintividad de que tratan los artículos 583 y 584 del C. de Co., y la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

La expresión *"arrancagrasa"* no es ni novedosa ni suficientemente distintiva en cuanto a los productos que pretende amparar, pues es un vocablo de uso común que pertenece a la comunidad en la medida que cualquiera lo usa para referirse a determinado producto. Sería un contrasentido otorgar a un titular el derecho exclusivo sobre la citada expresión para distinguir los productos de la clase 3ª, los cuales tienen justamente la misión de arrancar o quitar la grasa.

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación es partidaria de que se denieguen las súplicas de la demanda, para lo cual manifiesta (fl. 314) que de conformidad con el literal c) del Artículo 58 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, son irregistrables como marcas las denominaciones descriptivas o genéricas y los signos que puedan servir para designar la especie, la calidad, la cantidad, el destino, el valor o la época de producción de los productos.

Como quiera que una de las acepciones del vocablo "describir" es según la Real Academia de la Lengua "definir imperfectamente una cosa, no por sus predicados esenciales, sino dando una idea general de sus partes o propiedades", no cabe duda que la expresión "EL VERDADERO ARRANCAGRASA" está señalando una propiedad que la parte actora considera aplicable a su producto. Por lo tanto cabe darle la razón a la entidad demandada cuando negó el registro correspondiente.

Acerca de la irregularidad de la notificación de la Resolución No. -02052 de 1986 alegada por la demandante, se advierte que en la copias

autenticadas que obran los folios 8, 10 y 232 no hay constancia de notificación y ejecutoria, lo que impide establecer si la actuación procesal se hizo dentro de los términos legales.

V. LA DECISION

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

CONSIDERACIONES

El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, en respuesta a la solicitud de interpretación prejudicial de los articulos 56 y 58 literal c) de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, normas vigentes cuando se negó el registro de la expresión "EL VERDADERO ARRANCAGRASA" para distinguir productos comprendidos dentro de la clase 3ª del Artículo 2º del Decreto 755 de 1972, y que fueron reiteradas en los Artículos 81 y 82 literal d) de la Decisión 344, interpretación que debe ser adoptada por esta Corporación de conformidad con el Artículo 31 del Tratado del Tribunal, concluyó:

1°. Debe examinarse por parte del juez nacional si el signo a registrar como marca cumple con los requisitos de novedad, visibilidad y distintividad, así como la ausencia de causales de irregistrabilidad.

2°. No son registrables como marcas los signos genéricos ni los descriptivos de productos cuando se refieren a la cualidad necesaria aplicable al producto de que se trate. Por el contrario pueden ser objeto de registro los signos evocativos que incorporando un elemento de fantasía, transmitan indirectamente al consumidor una idea que le permita asociar el signo con el producto que se anuncia.

3°. El Artículo 84 de la Decisión 85, sustituido por el Artículo 120 de la Decisión 313, y en concordancia con el Artículo 144 de la Decisión 344 del Acuerdo de Cartagena, remite a la legislación interna los asuntos sobre propiedad Industrial no comprendidos en aquélla, siempre y cuando no se introduzcan reglas incompatibles con el régimen comunitario.

4°. El uso de un signo distintivo es irrelevante desde el punto de vista jurídico, cuando no va acompañado del registro de la marca.

5°. Las frases publicitarias o frases de propaganda pueden ser objeto de registro como marca, si cumplen con las condiciones de distintividad y novedad y tienen capacidad para identificar un producto o servicio. En el examen de registrabilidad de un signo compuesto, constituido por palabras que forman una frase, deberá analizarse el conjunto de ellas para determinarse si se dan las condiciones de distintividad, novedad y visibilidad (hoy perceptividad), que permitan su registro como marca.

Las consideraciones que tuvo en cuenta la entidad demandada para adoptar la decisión cuestionada, se encuentran contenidas en la Resolución No. 002052 de 31 de marzo de 1986, en los siguientes términos:

"...la doctrina ha establecido que una expresión es descriptiva cuando se refiere a las calidades propias de un determinado artículo y se pretende registrar en relación a productos de una clase para la cual tal calidad es esencial. Cuál, si no limpiar la grasa (o arrancarla, como en forma hiperbólica lo reza la marca cuestionada), es el objeto de las preparaciones para limpiar, pulir, desengrasar y pulimentar, o de los jabones y especialmente como los enuncia el mismo solicitante de los jabones para lavar platos.

La marca sugerida constituye (sic) como expresión típicamente descriptiva de los productos a distinguir.No cabe duda de que una pasta de jabón que pretendiera limpiar sin sacar la grasa de platos, ollas o cualquier otro elemento de cocina, sería absolutamente inútil, no tendría razón de ser...".

En la Resolución No. 198 de 19 de febrero de 1993, la Superintendencia de Industria y comercio para confirmar la negativa de registro de la marca objeto de la solicitud contenida en la Resolución No. 002052 de 1986, consideró:

*"Que el Tribunal Andino de Justicia, en sentencia de interpretación prejudicial del 19 de octubre de 1989, fijó el siguiente criterio para evaluar la genericidad de una expresión para efectos marcarios: «...La condición de genericidad de un vocablo apelativo, que impide que jurídicamente pueda ser utilizado como marca, sólo resulta si es que tal denominación puede servir por sí sola, según el lenguaje que suele utilizarse en el mercado, para señalar o identificar la clase del producto o servicio de que se trata. De allí que la doctrina haya precisado que se está frente a una denominación genérica cuando a la pregunta «qué es», en relación con un producto o servicio, se responde...». A juicio de este Despacho la expresión «*EL VERDADERO ARRANCAGRASA*» referida a productos de la clase 3ª de la nomenclatura vigente identifica la clase o producto a que se refiere; vale decir, responde, según el lenguaje que suele utilizarse en el mercado, a la pregunta qué es el producto distinguido. En consecuencia se trata de una expresión irregistrable en razón de su genericidad...".*

Procede entonces la Sala al estudio de los Artículos 56 y 58 literal c) de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, que la sociedad demandante considera violados. Dichas normas prescriben:

"Artículo 56. Podrá registrarse como marca de fábrica o de servicios, los signos que sean novedosos, visibles y suficientemente distintivos".

"Artículo 58. No podrán ser objeto de registro como marcas:

a)...

c) La 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;...".

Frente al requisito de la novedad y la distintividad (artículo 56) la entidad demandada sostiene que la expresión "EL VERDADERO ARRANCA-GRASA", no es novedosa ni suficientemente distintiva (fl. 246), "... ya que se considera como una expresión génerica, es un vocablo de uso común que pertenece a la comunidad y en la medida que cualquiera lo usa para referirse a un determinado producto no puede cumplir la función distintiva:...".

Sobre el particular, esta Corporación considera que le asiste razón a la parte actora cuando señala que la frase objeto de la presente controversia sí cumple con el requisito de la novedad, dado que no hay antecedentes conocidos que demuestren la existencia de una frase registrada o solicitada con anterioridad, confundible con aquélla, aseveración que no fue desvirtuada por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Al respecto es pertinente traer a colación lo expresado por el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, en la interpretación prejudicial rendida dentro del presente proceso:

"Para que un signo sea distintivo se requiere, además, que no haya sido empleado o registrado aún, es decir que la novedad de que trata el Artículo 56 que se comenta se convierte en atributo esencial para que cumpla con su función identificadora. La novedad de la marca debe predicarse de su condición de no haberse conocido antes o de no haber sido usada previamente en una misma clase de productos, pues si lo ha sido ello significa que el signo escogido como marca no es idóneo para distinguir el producto y quien pretenda adoptarlo corre el riesgo de cometer un acto de usurpación o abrogación del uso de una marca. Al referirse a productos de la misma clase, la novedad no conlleva un concepto absoluto sino relativo, ya que no se requiere que la marca sea novedosa por sí misma sino que difiera de la que utilizan sus competidores para designar los mismos productos".

Acerca de la distintividad, esta Corporación se remite a lo expueto por los expertos en propiedad industrial, quienes rindieron examen pericial (fl. 279) solicitado por la parte actora, y frente a la pregunta de "Si teniendo en cuenta el intenso uso de la expresión «EL VERDADERO ARRANCAGRASA», como frase publicitaria del producto crema lavaplatos AXION, ésta ha adquirido distintividad en los medios comerciales nacionales respondieron:

"... El objeto del carácter distintivo de la marca es en consecuencia que un signo sirva para individualizar un producto, de manera tal que lo identifique y lo diferencie de otros productos, similares o no, dentro del mercado.

En el presente caso, el producto está distinguido en el mercado con la marca «AXION». La frase de propaganda «EL VERDADERO ARRANCAGRASA» *no hace otra cosa que complementarla o coadyuvarla.*

En el público existe un alto y directo grado de asociación entre la frase de propaganda «EL VERDADERO ARRANCAGRASA» *y la marca registrada «AXION» de lo cual se desprende que la expresión* «EL VERDADERO ARRANCAGRASA» ***si es distintiva con los medios comerciales nacionales, del producto «AXION»*** *(negrillas fuera de texto.*

Para constatar lo anterior, los peritos preguntaron a distintas personas de diferentes estratos, profesiones y oficios con qué producto asociaban la expresión «EL VERDADERO ARRANCAGRASA» *y todos los encuestados de inmediato contestaron que les recordaba la propaganda de «AXION», la cual era ilustrada en la televisión con un gesto de desprender la grasa de un sartén, como si fuera un papel pegante...".*

Se tiene entonces que el signo objeto de solicitud de registro sí reúne los requisitos de novedad y distintividad, y sin lugar a dudas también reúne el de la visibilidad, el cual no es objeto de controversia alguna.

Como quiera que la Superintendencia de Industria y Comercio, para negar el registro marcario de la expresión "EL VERDADERO ARRANCAGRASA" invocó el literal c) del Artículo 58 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, por considerar que la misma es genérica y descriptiva, la Sala estima necesario tener presente la interpretación prejudicial dada por el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (fl. 338) en el punto concreto de la prohibición de registro como marca de denominaciones genéricas, cuando afirma: "La prohibición de registro se dirige a precaver que expresiones de uso común o generalizado pertenecientes al dominio público puedan ser apropiadas vía el registro marcario, a fin de utilizarlas en forma exclusiva en la denominación de un producto o servicio". Más adelante agrega: "... para que la solicitud de inscripción de una marca resulte incursa en la causal de irregistrabilidad establecida en el Artículo 58, literal c) de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, es necesario que la naturaleza genérica de la expresión se predique del producto o servicio al cual está llamada a aplicarse —incluidas todas sus características— según la clase para cual se solicitó el registro de la marca".

De otra parte, la Sala se remite nuevamente al experticio rendido en el asunto de autos, donde los peritos respondieron a las preguntas que

sobre la genericidad y la descriptibilidad les fueron formuladas por el Consejero conductor, en los siguientes términos:

A la pregunta de si "la expresión «EL VERDADERO ARRANCAGRASA» es o no comúnmente utilizada para distinguir productos de la clase 3ª del Decreto 755 de 1972", los expertos contestaron:

"... En relación con el caso que nos ocupa es necesario determinar si la expresión EL VERDADERO ARRANCAGRASA *es genérica en relación con los productos comprendidos en la Clase 3ª, o sea, productos destinados a la limpieza, para lo cual analizaremos las partes del conjunto que la componen:*

La palabra ARRANCAGRASA *es una una composición caprichosa, ya que como tal no existe en el léxico de la lengua castellana y está integrada en dos palabras: arranca y grasa y está calificada por el adjetivo* VERDADERO.

ARRANCAR *significa, según el diccionario de la Real Academia Española: tr. 1. Sacar de raíz. Arrancar un árbol, una planta. /2. Sacar con violencia una cosa del lugar a que está adherida o sujeta, o de que forma parte.* ARRANCAR *una muela, un clavo un pedazo de traje. /3. Quitar con violencia...*

Es claro que resulta claramente imaginativo referirse a arrancar la grasa, ya que este artículo se limpia, se quita, pero no se arranca.

La palabra GRASA *(del lat. crassa, t.f. de sus grueso) significa:1. f. Manteca, unto o sebo de un animal. / 2.Goma del enebro. / 3. Mugre o suciedad que sale de la ropa o esta pegada por el continuado ludir de la carne. / 4. Grasilla, polvo de sandáraca. / 5. Lubricante graso. 6/. Quím. Nombre genérico de sustancias orgánicas, muy difundidas en ciertos tejidos de plantas y animales, que están formadas por la combinación de ácidos grasos con la glicerina. /7. pl. Min. Escorias que produce la limpia de un baño metálico antes de hacer la colada .*

No puede considerarse ser genérico el vocablo «GRASA» para denotar productos de limpieza como los enumerados en la clase 3a. del Decreto 755 de 1972, por el hecho de que la 6ª acepción concerniente a la química como ciencia, El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia (décima novena edición, año de 1970) la defina como 'nombre genérico de sustancias orgánicas, muy difundidas en ciertos tejidos de plantas y animales, que están formadas por la combinación de ácidos grasos con la glicerina', porque no es aplicable con tal definición o mejor descripción a lo que debe entenderse por genérico o descriptivo de tales productos.

O sea que la palabra ARRANCAGRASA, *término fruto de la imaginación no es genérico de artículos de limpieza, aunque sí induce a las personas a relacionar el producto con el resultado de dejar limpio ya que lo que*

quiere significar es que se trata de un producto que arranca de raíz hasta la grasa animal y vegetal. De ninguna manera se trata de una palabra que se emplee por todas las personas para designar un determinado producto o artículo. La eficacia del producto se enfatiza con el adjetivo VERDADERO, *el cual no hace sino complementar la descripción que lleva en sí misma la palabra* ARRANCAGRASA.

Concluimos que la expresión EL VERDADERO ARRANCAGRASA ***no es comúnmente utilizada para distinguir productos de la Clase 3° del Decreto 755 de 1972"*** (destacado fuera de texto).

A manera de conclusión parcial, habida consideración de la interpretación prejudicial y del concepto emitido por los peritos, la Sala desestimará el cargo de genericidad imputado por la Superintendencia al registro de la marca solicitada.

En lo que respecta a la descriptibilidad, el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena en su interpretación prejudicial anotó lo siguiente: "A manera de síntesis de la doctrina y de la jurisprudencia el Tribunal considera que una expresión puede ser aceptada como marca siempre que no tenga una estrecha relación con los bienes o servicios que pretende designar. De todas maneras cabe advertir que en la medida en que estos signos puedan servir de calificativos para distintos productos pertenecientes a diversas clases, se verá disminuida su capacidad distintiva y correrá el riesgo de convertirse en signos débiles que —por ser factibles de utilizarse en diversos productos— afectan la capacidad de sus titulares para oponerse a otros signos que se asimilan a aquéllos".

Luego se refiere a la relación entre los signos descriptivos y los signos evocativos, para afirmar que no existe un límite exacto para diferenciarlos, correspondiendo dicha labor a la autoridad nacional. Más adelante agrega: *"Se encuentran dentro de la categoría de signos evocativos los que poseen la habilidad de transmitir a la mente una imagen o idea sobre el producto, por el camino de un esfuerzo imaginativo. Ejemplo de ellos son los que se refieren al producto utilizando una expresión de fantasía, de manera que despierten remota o indirectamente la idea del mismo, como por ejemplo NESCAFE para café, CHOCO MILK para una bebida con sabor a chocolate, VELOZ para bicicletas, LUXTRAL para distinguir un líquido brillador de superficies de madera...".*

En el caso *sub judice*, a la pregunta de "Si la expresión EL VERDADERO ARRANCAGRASA se refiere o no a las calidades de los Artículos amparados en dicha clase", manifestaron los expertos:

"Indudablemente, las frases de propaganda están conformadas, en su mayoría, por varias y diferentes palabras que si se analizan individual-

mente consideradas, pueden calificarse cada una de ellas como descriptivas o genéricas, esto es que aluden directamente a una descripción del producto o a una calidad del mismo".

No obstante lo anterior tanto la doctrina como la jurisprudencia han sido reiterativas en señalar que en tratándose de marcas, y aún más de frases de propaganda, el análisis de estos signos, con el fin de determinar si son descriptivos, debe realizarse en conjunto y no fraccionadamente.

En el presente caso, la frase de propaganda está compuesta por tres (3) palabras a saber:

EL VERDADERO ARRANCAGRASA

Si se analiza separadamente cada una de estas tres palabras, probablemente el artículo "EL" y el adjetivo "VERDADERO" no serían registrables, ya que a pesar de no estar relacionadas con las especiales condiciones de un producto determinado, sino en general con todas las mercancías, pertenecen al dominio público y no pueden ser apropiadas por una sola persona.

En lo que respecta a "ARRANCAGRASA" como ya se dijo, se trata de un término fantasioso y arbitrario, siempre y cuando se analice en su conjunto, pues como tal no tiene un significado en la lengua castellana...

Por lo tanto, si se analiza la expresión «EL VERDADERO ARRANCAGRASA» en su conjunto, vemos cómo su signiificado es de una combinación creativa de palabras, que complementa y coadyuva a la palabra AXION. O sea, nos encontramos ante una marca evocativa o débil.

Marca evocativa o débil es aquella que da al consumidor una idea clara sobre alguna propiedad o característica del producto o servicio que va a distinguir evócandolo. En este tipo de marcas la originalidad y el carácter distintivo que en todo caso deben ostentar, pierden alguna fuerza, pero conservan la necesaria para que sea viable su registro.

(...)

En el presente caso esa debilidad se refleja directamente en que otros productos de limpieza, en sus frases de propaganda utilicen también términos que de una u otra manera evoquen tambien (sic) la calidad de los mismos, de quitar la grasa en forma efectiva.

Es diferente entonces la originalidad que se predica de una frase de propaganda analizada en su conjunto y la originalidad que se predica de cada una de las palabras que lo conforman, pues estas últimas no son objeto de un derecho exclusivo por el solo hecho de formar parte de un conjunto.

Considerando que la finalidad esencial de las frases de propaganda es la de publicitar un producto, casi siempre, necesariamente, serán expresiones evocativas del mismo, sin que como conjunto puedan considerarse descriptivas, pues en todo caso comportan un carácter distintivo y una originalidad suficientes para ser registradas como frases de propaganda.

En conclusión la expresión «EL VERDADERO ARRANCAGRASA», *como conjuto,* ***no hace referencia a calidades propias de los artículos contenidos en la clase 3ª del Decreto 755 de 1972".***

Las anteriores conclusiones son compartidas por esta Sala, pues no cabe duda que a las mismas se llegó por parte de los peritos, una vez efectuado el análisis del conjunto de los elementos de la marca, tal y como lo exige el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (fl. 341).

"Resulta necesario que la oficina nacional competente, al ejercitar la facultad de proceder al examen de registrabilidad de una marca, despliegue toda su capacidad analítica y reflexiva para determinar el carácter genérico de un signo que se pretenda registrar sin limitarse al mero análisis gramatical de la palabra o las palabras que componen un signo. En los signos compuestos constituidos por un conjunto de palabras, puede darse el caso de que el carácter genérico de las palabras —cuando se les considera aisladamente— desaparezca porque el conjunto formado por ellas se traduce en una expresión con significado propio y poder distintivo suficiente para ser registrada como marca. De ahí que el examinador deba acudir al estudio no sólo individual sino de conjunto de las palabras para deducir o no la naturaleza general de la expresión, vista de cara al producto que pretende distinguir. ***Es el conjunto de las palabras que debe atenderse podra determinar la registrabilidad de un signo complejo y no los elementos considerados aisladamente, pues no tiene igual significado la parte que el todo...".***

Establecido como está que la expresión "EL VERDADERO ARRANCAGRASA" no es genérica ni descriptiva, y que por lo tanto no se encuentra incursa dentro de los causales de irregistrabilidad habrá de declararse la nulidad de las Resoluciones Nos. 002052 de 31 de marzo de 1986 y 198 de 19 de febrero de 1993, por errada aplicación del Artículo 58 literal c) de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

No así se declarará la nulidad de la Resolución No. 1677 de 24 de septiembre de 1991, considerando que la misma no debió ser demandada, toda vez que fue revocada expresamente por la Resolución No. 198 de 19 de febrero de 1993.

Como consecuencia de la declaratoria de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, la parte actora solicita que se ordene a la División de Signos Distintivos, la publicación de la solicitud de registro de la marca

"EL VERDADERO ARRANCAGRASA", cuestión a la que no se accederá, por cuanto antes corresponde a la entidad demandada verificar si la solicitud en cuestión reúne los requisitos formales para tal efecto.

Subsidiariamente, la sociedad demandada suplica se ordene a la División mencionada proseguir con los trámites correspondientes a la solicitud de registro de la marca en cuestión y la publicación de la presente sentencia en la Gaceta de Propiedad Industrial, pretensiones que serán resueltas en forma favorable a la parte actora.

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

FALLA:

1°. DECLARASE la nulidad de las Resoluciones Nos. 002052 de 31 de marzo de 1986 y 198 de 19 de febrero de 1991, expedidas, respectivamente, por la División de Propiedad Industrial (hoy División de Signos Distintivos) y el Superintendente de Industria y Comercio.

2°. A título de restablecimiento del derecho ORDENASE a la División de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio continuar con el trámite de la solicitud de registro de la marca "EL VERDADERO ARRANCAGRASA".

3°. ORDENASE la publicación de la presente sentencia en la *Gaceta de Propiedad Industrial*.

4°. DENIEGANSE las demás pretensiones de la demanda.

5°. DEVUELVASE al actor la suma de dinero depositada por concepto de gastos ordinarios del proceso.

6°. Sin condena en costas de conformidad con los Artículos 171 del C.C.A. y 392 numeral 1 incciso 1°. del C. de P.C. por cuanto la parte vencida es una entidad de derecho público.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha nueve (9) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Juan Alberto Polo Figueroa, Libardo Rodríguez Rodríguez, Manuel S. Urueta Ayola.*

INVIMA - Tarifas para la expedición de licencias sanitarias / **LICENCIAS SANITARIAS DE FUNCIONAMIENTO** - Señalamiento de tarifas

A través de la resolución acusada se establecen unas tarifas que deben pagar los interesados en la expedición y renovación de licencias sanitarias de funcionamiento, registros sanitarios, certificaciones, derechos de análisis y demás servicios referidos a la vigilancia y control de los medicamentos y productos biológicos de competencia del Invima. La facultad a la cual se contrae el Artículo 4° numeral 22 del Decreto-ley 1290 de 22 de junio de 1994, que se invocó como fundamento para la expedición del acto administrativo acusado, no es suficiente para que el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, Invima pueda entrar a cobrar el monto de la tarifa que ha de cobrarse a los usuarios de los servicios que presta dicha entidad. Al no haberse definido el Decreto-ley 1290 de 1994, las bases o lineamientos que debía tener en cuenta la autoridad administrativa para el señalamiento de las tarifas de las tasas por los servicios que presta a sus usuarios y la forma de hacer su reparto, la Resolución acusada violó el citado precepto constitucional, razón esta potísima que conduce a la Sala a declarar su nulidad, como en efecto se dispondrá en la parte resolutiva de esta providencia.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., dieciséis (16) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero ponente: Doctor: *Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 3533. Actor: Guillermo Vargas Ayala. Acción: Nulidad.

El ciudadano y abogado ***Guillermo Vargas Ayala***, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública consagrada en el Artículo 84 del C.C.A., ha presentado demanda tendiente a obtener la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 11529 de 1° de agosto de 1995, ***"por la***

cual se establecen las tarifas para la expedición y renovación de licencias sanitarias de funcionamiento, registros sanitarios, certificaciones, derechos de análisis y demás servicios referidos a la vigilancia y control de los medicamentos productos biológicos de competencia del Invima", expedida por el Director General del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, Invima.

I. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Para impetrar la nulidad de la resolución acusada adujo el actor, en esencia, los siguientes cargos de violación (fls.7 a 10 del Cdno. Ppal.):

1°. La resolución acusada viola el Artículo 338 de la Constitución Política porque el numeral 22 del Artículo 4° del Decreto-ley 1290 de 1994, que le sirve de fundamentó, contraría la norma constitucional en materia impositiva ya que autoriza ilimitada e incondicionalmente al Invima para fijar las tarifas sin precisar los sujetos activos y pasivos de la obligación impositiva ni el tipo de contribución; y no fija las bases gravables ni del impuesto del mismo, lo cual hace que dicha norma sea inaplicable y al haberla utilizado como fundamento aquélla debe ser anulada.

No puede alegarse que se trata de una contribución parafiscal porque en la Resolución acusada no hay financiación por fuera del presupuesto, ni hay obligación de financiar un servicio de interés general.

2°. La Resolución impugnada transgrede el Decreto-ley 1290 de 1994, por exceso de poder e incompetencia, ya que en el numeral 22 de Artículo 4° de dicho Decreto-ley se estableció como función propia del Invima —sin discriminar la autoridad que internamente le corresponde hacerlo— la de fijar y cobrar las tarifas para la expedición de licencias de funcionamiento, certificaciones, derechos de análisis y demás servicios referidos a la vigilancia y control de los productos de su competencia.

Dicha función inconstitucional no le está asignada ni a la Junta Directiva ni al Director General del Invima pero le correspondería naturalmente a la junta y no al director.

3°. Con la Resolución acusada se violan las siguientes disposiciones constitucionales: Artículos 6° y 338, al regular las tarifas de las tasas sin ley que determine el sistema y el método para ello; 23, pues al fijar las tarifas condiciona las solicitudes de registros sanitarios y licencias de funcionamiento de laboratorios farmacéuticos, que son respecto de los cuales se pronuncia la entidad administrativa, una vez se ha formulado una petición en interés particular; 84, pues al exigir el pago de actos administrativos está condicionando el derecho de petición, lo cual constituye un requisito adicional para el ejercicio de dicho derecho; 113, ya que se está creando un

tributo, con lo cual se invadió un campo constitucionalmente reservado a otro órgano estatal: el Congreso; 114 y 150 numeral 10, porque se sustituye al Congreso en su función propia de hacer las leyes; 123, al ejercer el Director General del Invima sus funciones con desatención a la Constitución, la ley y las decisiones judiciales; 150 numeral 12, porque con el pago se ha establecido una contribución parafiscal de creación propia del Congreso; 157, porque por el contenido material la resolución acusada se está volviendo una ley sin los pasos que se exige para ello; 189 numeral 11, porque se ha obviado y sustituido la potestad reglamentaria del Presidente; y 209, porque se están violando los principios de la función administrativa.

II. TRAMITE DE LA ACCION

A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas admisión, fijación en lista, probatoria y alegaciones.

En el auto admisorio de la demanda de 10 de noviembre de 1995 la Sala decretó la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo acusado por violación manifiesta del Artículo 338 de la Constitución Política.

II. 1. LA CONTESTACION DE LA DEMANDA

El Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos —Invima—, a través de apoderado, contestó oportunamente la demanda y para oponerse a la prosperidad de sus pretensiones expresó principalmente lo siguiente (fls 37 a 45):

1°. La resolución acusada se refiere a ***tarifas***, término técnico diferente de los inferidos en el Artículo 338 de la Constitución Política.

El tópico que nos ocupa no son las tarifas de los tributos (impuestos, tasas y contribuciones).

2°. No es cierto que el Director del Invima haya obrado con exceso de poder e incompetencia, pues el Decreto-ley 1290 de 1994, que le sirvió de fundamento, goza de presunción de legalidad y lo autorizó para fijar y cobrar tarifas por los servicios que presta.

3°. El Invima no ha usurpado la función legislativa y los derechos que dicha entidad cobra por los servicios ofrecidos no se enmarcan en el Artículo 338 de la Constitución Política.

III. ALEGATOS DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado en su vista de fondo se muestra partidiario de

que se denieguen las súplicas de la demanda, por cuanto, a su juicio, estima que en el presente caso no es aplicable el Artículo 338 de la Carta Política ya que, teniendo en cuenta las precisiones de la sentencia C-580 de 5 de noviembre de 1992, de la Corte Constitucional, las tarifas fijadas por el Invima no tienen el carácter de tasa, tributo, impuesto, contribución fiscal o parafiscal, sino que deben enterderse como contraprestación a un servicio público.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El Agente del Ministerio Público afirma que las tarifas fijadas en la resolución acusada no corresponden al concepto de tasa, impuesto, contribución fiscal o parafiscal, a que alude el Artículo 338 de la Carta Política, razón por la cual dicho precepto no le es aplicable y, por lo mismo, no puede transgredirse.

Sobre el particular advierte la Sala lo siguiente:

A través de la resolución acusada se establecen una tarifas que deben pagar los interesados en la expedición y renovación de licencias sanitarias de funcionamiento, registros sanitarios, certificaciones, derechos de análisis y demás servicios referidos a la vigilancia y control de los medicamentos y productos biológicos de competencia del Invima.

La Corte Constitucional, al analizar el Artículo 338 de la Carta Política, ha precisado los siguientes conceptos:

> *"... **Tasas.** Son aquellos ingresos tributarios que se establecen unilateralmente por el Estado, pero sólo se hacen exigibles en el caso que el particular decida utilizar el servicio público correspondiente. Es decir, se trata de una recuperación total o parcial de los costos que genera la prestación de un servicio público; se autofinancia este servicio mediante una remuneración que se paga a la entidad administradora que lo presta.*
>
> *Toda tasa implica una erogación al contribuyente decretada por el Estado por un motivo claro que, para el caso es el motivo de razón suficiente: por la prestación de un servicio público específico. El fin que persigue la tasa es la financiación de un servicio público que se presta.*
>
> *La tasa es una retribución equitativa por un gasto público que el Estado trata de compensar en un valor igual o inferior, exigido, de quienes, independientemente de su iniciativa, dan origen a él...".*
>
> *"...En primer término en la tasa se está frente a una recuperación total o parcial de los costos que genera la prestación de un servicio público, al paso que en la contribución parafiscal no se recobra ningún costo, ni*

existe contraprestación directa y equivalente por parte del Estado. En segundo lugar, la tasa es un mecanismo de funcionamiento de algunos servicios públicos de carácter administrativo. En cambio, la contribución parafiscal financia actividades que no son servicios públicos..." (Sentencia C-465 de 21 de octubre de 1993. Magistrado ponente doctor Vladimiro Naranjo Mesa).

"*... Ante la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio se surten diversos procedimientos relacionados con la propiedad industrial tales como el otorgamiento de previlegios de invención, concesión de modelos y rótulos comerciales, registro de marcas de productos y servicios, depósito de nombres comerciales, traspasos y cambios de nombres de los registros.*

La regulación de los indicados procedimientos tiene una indudable importancia en el contexto supranacional «Pacto Andino» y nacional. Las distintas tareas desplegadas en torno a la organización de la propiedad industrial y al registro y circulación de sus derechos, configuran una función pública a cargo del Estado... Sin embargo, la actualización y ejercicio concretos de esa función pública interesa de manera principal a quienes elevan solicitudes e inician los respectivos trámites. De ahí que el Estado, en ejercicio de la facultad impositiva, establezca a su cargo el pago obligatorio de ciertas sumas de dinero, que grava únicamente a las personas que ponen en acción el aparato público, pues ellas resultan ser las directas beneficiarias del servicio y las demandantes de una específica función pública.

Esta especie de tributo se conoce con el nombre de tasa (C.P. art.338). La carga impositiva particular —no general— que entraña la tasa se explica en términos de justicia social por la involuntaria invocación de una actuación estatal y el consiguiente beneficio directo que obtiene la persona que la formula. La tarifa de la tasa, consiguientemente, tiene la función de recuperar los costos que el Estado presta al individuo...

...La tasa y la contribución no reciben en la norma constitucional un tratamiento unívoco. La tarifa de la tasa está dominada por la idea del costo que para el Estado significa el servicio demandado por el individuo. La contribución, a su turno, tiene como eje la compensación que le cabe a la persona por el beneficio directo que ella reporta como consecuencia de un servicio u obra que la entidad pública presta, realiza o ejecuta. Correlativamente, el sistema y el método para definir la tarifa de cada una de estas dos especies tributarias, es diferente y debe, en todo caso, ajustarse y consultar su naturaleza específica...

...Dada la naturaleza de tasa del tributo analizado, lo pertinente en esta materia es que la ley directamente señale el sistema y el método que

sirvan para definir los costos del servicio que el Estado presta. Precisamente la definición de los costos permitirá a la autoridad fijar la tarifa cuya finción esencial se contrae a absorberlos...

...La determinación legal del sistema y el método para definir el costo de un servicio, sólo puede juzgarse en cada caso concreto y tomando en consecuencia las modalidades peculiares del mismo..." (Sentencia C-144 de 20 de abril de 1993, Magistrado ponente: doctor Eduardo Cifuentes Muñoz).

Como lo advirtió la Sala en sentencia de 25 de abril de 1996 (expediente No. 3494. Actor: Guillermo Vargas Ayala, Consejero Ponente, doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz), y ahora lo reitera, dada la identidad con la materia objeto de estudio, del contenido del acto administrativo acusado, confrontado con el alcance que sobre el tributo tasa ha precisado la Corte Constitucional en las sentencias antes reseñadas, y que la Sala prohija, se deduce que las tarifas por los servicios a que aquél alude constituyen una TASA, que corresponde pagar ***únicamente*** a las personas que ponen en acción el aparato público para obtener la expedición y renovación de licencias sanitarias de funcionamiento, registros sanitarios, certificaciones, derechos de análisis y demás servicios referidos a la vigilancia y control de medicamentos y productos biológicos de competencia del Invima, ya que son dichas personas las que resultan ser las directas beneficiarias del servicio y las demandantes de esa específica actuación pública.

Así también lo precisó la Corte Constitucional en la sentencia núm. C-116/96 de 21 de marzo de 1996 (Expediente No. - D-1065, Magistrado ponente doctor Carlos Gaviria Díaz), al estudiar la demanda de inexequibilidad contra el numeral 22 Artículo 4° del Decreto-ley 1290 de 1994, que es la norma que sirvió de fundamento al acto administrativo acusado.

En efecto, dijo dicha Corporación en la referida sentencia:

"... Según lo previsto en el numeral 22 del Artículo 4° del Decreto 1290 de 1994, el Instituto Nacional de Medicamentos y Alimentos, debe fijar y cobrar tarifas por la prestación de los siguientes servicios... Como tales servicios serán pagados exclusivamente por los usuarios de los mismos y la finalidad del cobro es la recuperación de los costos que genera su prestación, además que su producto ingresará a las arcas de la entidad, como se consagra en el Artículo 13 del mismo ordenamiento..., se llega a la conclusión de que tales tarifas encajan dentro del concepto de tasas...".

Y dicha **TASA** difiere sustancialmente de la **TARIFA** que por concepto de servicios públicos domiciliarios deben pagar **TODOS** los usuarios a título de remuneración que cubra el costo total del servicio, aspecto este último al cual se refiere la sentencia de la Corte Constitucional núm. C-580 de 5

de noviembre de 1992, con ponencia del Magistrado doctor Fabio Morón Díaz, a que alude el Agente del Ministerio Público, y en la cual se advirtió que dicha tarifa no le es aplicable al Artículo 338 de la Carta Política.

Como lo observó la Sala al resolver la solicitud de suspensión provisional, y ahora lo reitera, asiste razón al actor en cuanto considera que la facultad a la cual se contrae el Artículo 4° numeral 22 del Decreto-ley núm. 1290 de 22 de junio de 1994, que se invocó como fundamento para la expedición del acto administrativo acusado, no es suficiente para que el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos Invima, pueda entrar a fijar el monto de la tarifa que ha de cobrarse a los usuarios que requieran los servicios que presta dicha entidad. En efecto, prescribe la citada disposición:

> "***Funciones.*** *En cumplimiento de sus objetivos el Invima realizará las siguientes funciones: (...) 22. Fijar y cobrar las tarifas para la expedición de licencias sanitarias de funcionamiento, registros sanitarios, certificaciones, derechos de análisis y demás servicios referidos a la vigilancia y control de los productos de su competencia*".

Del texto de la disposición transcrita se infiere que ella no contiene el sistema ni el método para definir los costos y beneficios y la forma de hacer su reparto, que es lo que reclama el Artículo 338 inciso 2° de la Carta Política.

Así también lo hizo la Corte Constitucional en la citada sentencia de 21 de marzo de 1996, cuando expresó: "... En el caso que es objeto de estudio, no existe ley alguna que consagre el sistema y el método a los que debe ajustarse el Invima, para efectos de la fijación y cobro de las tarifas por la prestación de los servicios a que alude el numeral demandado...", por lo cual declaró la inexequibilidad del numeral 22 del Artículo 4° de Decreto-ley 1290 de 1994.

De tal manera que al no haber definido el Decreto-ley 1290 de 1994 las bases o lineamientos que debía tener en cuenta la autoridad administrativa para el señalamiento de las tarifas de las tasas por los servicios que presta a sus usuarios y la forma de hacer su reparto, la resolución acusada violó el citado precepto constitucional, razón esta potísima que conduce a la Sala a declarar su nulidad, 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 y por autoridad de la ley,

3002 de 1991 y dispuso a través del Acuerdo No. 0024 de mayo 13 de 1993, exigencias para los importadores, fabricantes o ensambladores de vehículos con motor a gasolina, consistentes en incorporar convertidores catalíticos que garanticen que los gases emanados producto de la combustión interna se encuentren dentro de las especificaciones técnicas.

Como fundamento jurídico de sus pretensiones, el actor invocó las normas que se transcriben a continuación:

1°. *Código Nacional de Tránsito Terrestre Automotor (Decreto 1344 de 1970).*

— Artículo 40 (modificado por el Decreto 2591 de 1990)

"Para poder transitar dentro del territorio nacional, los vehículos automotores deben ser homologados por el Instituto Nacional de Transporte y Tránsito y someterse a las normas y requisitos generales que sobre tránsito terrestre se determinen en este código".

— Artículo 41 (modificado por el Decreto 1809 de 1990)

"Requisitos Generales. Constituyen requisitos generales para transitar los siguientes:

a) Cumplir con las condiciones mecánicas que se exijan;

b) Encontrarse en las condiciones de comodidad que se establezcan;

c) Contar con las condiciones de seguridad determinadas;

d) Hallarse en las condiciones de higiene que se especifiquen;

e) Someterse a las normas sobre dimensión y pesos;

f) Tener la identificación señalada en este código;

g) Los demás requisitos detallados en las normas complementarias".

— Artículo 61 (modificado por el Decreto 1809 de 1990)

"Sistemas de Saneamiento Ambiental. Los vehículos automotores deben estar provistos de sistemas que eviten la contaminación del medio ambiente. El Instituto Nacional de Transporte y Tránsito reglamentará las características de estos sistemas".

—*Artículo 150* (modificado por el Decreto 1809 de 1990)

"Prohibición de usar señales acústicas, salvo excepciones. Dentro de los perímetros urbanos está prohibido el uso de señales acústicas de los vehículos, salvo en caso de emergencia para evitar accidentes. En zonas rurales solamente se pueden utilizar dichas señales en las curvas de poca visibilidad, para adelantar otro vehículo o en caso de emergencia".

— *Artículo 179 numerales 10 y 18 (modificado por el Decreto 1809 de 1990).*

"Será sancionado con multa equivalente a diez (10) salarios mínimos el conductor de un vehículo automotor que incurra en cualquiera de las siguientes infracciones:

"(...)

"10. Conducir un vehículo que deje escapar libremente los gases de combustión o sin silenciador. Además el vehículo será inmovilizado.

"(...)

"18. Llevar en el vehículo instalados instrumentos sonoros o luminosos no reglamentarios y utilizarlos en lugares no permitidos, usar indebidamente sirenas o luces exploradoras no autorizadas. Además el vehículo será inmovilizado".

2°. *Resolución N° 1969 de mayo 20 de 1992, expedida por la Secretaría Distrital de Salud de Santafé de Bogotá*:

"(...)

*"**Artículo** 5° Toda fuente móvil automotor con motor a diesel no deberá emitir durante su funcionamiento humo cuya capacidad exceda los valores indicados en el cuadro N° 1.*

***Parágrafo.** El control de emisiones visibles provenientes de las fuentes móviles en circulación con motor a diesel, se ajustará a los requirimientos del presente Artículo en un plazo no mayor de 12 meses, contados a partir de la fecha de la vigencia de la presente Resolución.*

***Parágrafo.** Para modificar las normas generales o especiales de emisión señaladas en la presente Resolución es necesario tener en cuenta las normas establecidas en la Resolución 3002 del 5 de diciembre de 1991 expedida por la Secretaría Distrital de Salud.*

"CUADRO N° 1

"NIVELES MAXIMOS PERMISIBLES DE OPACIDAD DEL HUMO PROVENIENTE DEL TUBO DE ESCAPE EN VEHICULOS CON MOTOR A DIESEL

"Vehículo en Circulación		*Vehículo a partir de 1993*		*Vehículo a partir de 1995*	
UH*	UB**	UH	UB	UH	UB
55	4.2	50	4.0	45	3.6
55	4.2	50	4.0	45	3.6
55	4.2	55	4.2	45	3.6
65	4.7	55	4.2	45	3.6

**UB: Unidades Bosch".

3°. *Resolución No. 00062 de Noviembre 17 de 1993, expedida por el Instituto Nacional de Transporte y Tránsito:*

"(...)

*"**Artículo 2°.** Modifíquese el Artículo 2° del Acuerdo No. 024 de 1.993 de la siguiente manera:*

«Artículo 2°. A partir del 1°de enero de 1995, los importadores, fabricantes o ensambladores de vehículos de cuatro (4) o más ruedas, equipados con motor a gasolina, deberán incorporar un sistema de control de emisiones evaporativas de combustibles (cánister o su equivalente y que tendrá como objetivo disminuir las emisiones por el tanque de gasolina y por el carburador si el vehículo lo incluye). Dichos sistemas podrán variar conforme al diseño de cada fabricante o empresa ensambladora».

***Artículo 3°.** Modifíquese el Artículo 3° del Acuerdo 024 de 1993, de la siguiente manera:*

«Artículo 3°. A partir del 1°de enero de 1995, los importadores, fabricantes o ensambladores de vehículos de cuatro (4) o más ruedas equipados con motor a gasolina, deberán incorporar un sistema de control de emisiones de gases del cárter (válvula positiva de ventilación o su equivalente...".

4°. *Resolución N° 003002 de diciembre 5 de 1995, expedida por la Secretaría Distrital de Salud de Santafé de Bogotá:*

*"**Artículo 15.** Se prohíbe la descarga en el aire de contaminantes tales como monóxido de Carbono (CO), Hidrocarburos (HC), partículas, plomo y sus derivados por parte de cualquier persona pública o privada que posea u opere una fuente móvil de contaminación del aire, en los siguientes casos:*

a) En cantidades o concentraciones superiores a las previstas por las normas de emisión señaladas en la presente Resolución;

b) Por medio de exostos o tubos de escape que no cumplan con los requisitos y especificaciones señalados en la presente Resolución;

c) Cuando con ellas se causen concentraciones, a nivel del suelo superiores a las permitidas por las normas de calidad del aire señaladas en el Decreto 02 de 1982".

*"**Artículo 18.** Toda fuente móvil con motor a gasolina durante su funcionamiento en estado de ralentí y a temperatura normal de operación no podrá emitir al aire ambiente contaminantes en cantidades que excedan los valores en el cuadro N° 1, para el Monóxido de Carbono (CO) y los Hidrocarburos (HC).*

***Parágrafo.** Se exceptúan de esta norma las fuentes móviles de valor histórico y los designados como antigüedades.*

"CUADRO N° 1

CONCENTRACIONES PERMISIBLES EN EL CUBO DE ESCAPE DE FUENTES MOVILES CON MOTOR A GASOLINA FUNCIONANDO EN RALENTI

MODELO	AÑO	CO (% Vol)	HC (ppm)
ANT	1972	7,0	1000
1973	1976	6,0	850
1977	1980	5,5	700
1981	1985	5,0	650
1986	1989	4,5	550
1990	1993	4,0	500
1994	1997	3,5	450
1998	Posterior	3,0	300"

Artículo 19. Toda fuente móvil nueva de contaminación del aire con motor a gasolina a partir del año de 1994, deberá contar como mínimo con un sistema de control de emisiones evaporativas de combustible (cánister o su equivalente) y tendrá como objetivo disminuir las emisiones por el tanque de gasolina y por el carburador. Dichos sistemas podrán variar conforme al diseño de cada fabricante o empresa ensambladora".

*"**Artículo 29.** No podrá circular una fuente móvil nueva de contaminación del aire sin haber obtenido la **Certificación de Cumplimiento de la norma sobre emisiones contaminantes** expedida por la Secretaría Distrital de Salud de santafé de Bogotá, por las entidades en quien ésta delegue, a partir de un año después de la promulgación de la presente Resolución".*

*"**Artículo 31.** Toda fuente móvil importada que vaya a circular en la ciudad de Santafé De Bogotá deberá cumplir con las disposiciones de la presente Resolución".*

*"**Artículo 33.** A partir de la vigencia de la presente resolución queda restringida la circulación de fuentes móviles que operen dentro del perímetro urbano de la ciudad de Santafé de Bogotá, que tengan dirigida la salida de gases de escape hacia el lado derecho".*

6°. *Ley 99 de 1993*

*"**Artículo 65. Funciones de los municipios, de los distritos y del Distrito Capital de Santafé De Bogota.** Corresponde en materia ambiental a los municipios, y a los distritos con régimen constitucional especial, además de las funciones que les sean delegadas por la ley o de las que se deleguen o transfieran a los alcaldes por el Ministerio del Medio Ambiente o por las Corporaciones Autónomas Regionales, las siguientes atribuciones especiales:*

(...)

6°. Ejercer, a través del alcalde como primera autoridad de policía con el apoyo de la Policía Nacional y en coordinación con las demás entidades del Sistema Nacional Ambiental (SINA), con sujeción a la distribución legal de competencias, funciones de control y vigilancia del medio ambiente y los recursos naturales renovables, con el fin de velar por el cumplimiento de los deberes del Estado y de los particulares en materia ambiental y de proteger el derecho constitucional a un ambiente sano".

7°. *Decreto 1421 de julio 21 de 1993. Estatuto Orgánico de Santafé de Bogota, D.C.:*

*"**Artículo 38. Atribuciones** . Son atribuciones del Alcalde Mayor:*

1°. Hacer cumplir la Constitución, la ley, los Decretos del Gobierno Nacional y los acuerdos del Consejo.

2°. Conservar el orden público en el Distrito y tomar las medidas necesarias para su restablecimiento cuando fuere turbado, todo de conformidad con la ley y las instrucciones que reciba del Presidente de la República.

3°. Dirigir la acción administrativa y asegurar el cumplimiento de las funciones, la prestación de los servicios y la construcción de las obras a cargo del Distrito.

4°. Ejercer la potestad reglamentaria, expidiendo los decretos, órdenes y resoluciones necesarios para asegurar la debida ejecución de los acuerdos.

5°. Cumplir las funciones que le deleguen el Presidente de la República y otras autoridades nacionales.

6°. Distribuir los negocios según su naturaleza entre las secretarias, los departamentos administrativos y las entidades descentralizadas.

7°. Coordinar y vigilar las funciones que ejerzan y los servicios que presten en el Distrito las entidades nacionales, en las condiciones de la delegación que le confiere el Presidente de la República.

8°. Nombrar y remover libremente los secretarios del despacho, los jefes de departamento administrativo, los gerentes de entidades descentralizadas, el Tesorero Distrital y otros agentes suyos. Conforme a las disposiciones pertinentes, nombrar y remover a los demás funcionarios de la administración central. Igualmente, velar por el cumplimiento de las funciones de los servidores distritales y ejercer la potestad disciplinaria frente a los mismos.

9°. Crear, suprimir o fusionar los empleos de la administración central, señalarles sus funciones especiales y determinar sus emolumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes. Con base en esta facultad, no podrá crear obligaciones que excedan el monto global fijado para gastos de personal en el presupuesto inicialmente aprobado.

10. Suprimir o fusionar las entidades distritales de conformidad con los acuerdos del Concejo.

11. Conceder licencias y aceptar la renuncia a los funcionarios cuyos nombramientos corresponda al Concejo Distrital, cuando éste no se

encuentre reunido y nombrar interinamente sus reemplazos. Cuando por otra causa esos mismos funcionarios falten absolutamente, también nombrará interinamente a quienes deban reemplazarlos.

12. Presentar al Concejo los proyectos de acuerdo sobre el Plan de Desarrollo Económico y Social y de Obras Públicas, presupuesto anual de rentas y gastos y los demás que estime convenientes para la buena marcha del Distrito.

13. Colaborar con el Concejo para el buen desempeño de sus funciones y presentar un informe anual sobre la marcha de la administración .

14. Asegurar la exacta recaudación y administración de rentas y caudales del erario y decretar su inversión con arreglo a las leyes y acuerdos.

15. Adjudicar y celebrar los contratos de la administración central, de conformidad con la ley y los acuerdos del Concejo. Tales facultades podrán ser delegadas en los secretarios y jefes de departamento administrativo.

16. Velar por que se respete el espacio público y su destinación al uso común.

17. Colaborar con las autoridades judiciales de acuerdo con la ley.

18. Dictar los actos y tomar las medidas que autoricen la ley y los acuerdos municipales en los casos de emergencia e informar al Concejo sobre su contenido y alcances.

19. Ejercer, de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 7° del presente estatuto, las atribuciones que la Constitución y las leyes asignen a los gobernadores. Conforme a la ley, escogerá los gerentes o jefes seccionales de los establecimientos públicos nacionales que operen en el Distrito. Si la respectiva seccional operare en el Distrito y el Departamento de Cundinamarca, la escogencia la harán el alcalde y el gobernador de común acuerdo, y

20. Cumplir las demás funciones que le asignen las disposiciones vigentes".

b. El informe de la Administración.

En respuesta al requerimiento que le hiciera el tribunal, el representante legal del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, por intermedio de apoderado, expresó, en resumen, lo siguiente sobre el cumplimiento que la Administración Distrital está dando a las normas que la parte actora indica en la demanda (fls. 40 a 57 Cdno. Ppal.):

Que en el acápite de pruebas el demandante presentó los oficios Nos. 00923 de abril 21 y 1387 de mayo 31 de 1993, enviados por la dirección del DAMA a la Procuraduría Delegada para Asuntos Agrarios, en los cuales de una parte se propone el manejo interinstitucional para controlar las fuentes móviles a través de un sistema de inspección vehicular y, de la otra, se insiste en dicha proposición. Tales oficios son pruebas de las actividades adelantadas por el DAMA con el fin de movilizar esfuerzos coordinados con la Procuraduría Delegada para realizar el control de calidad del aire.

Que pese a que el DAMA intentó adelantar acciones tendientes a realizar este tipo de control, la Procuraduría Delegada para Asuntos Agrarios mediante oficio No. PDAA, N°. 1516 de 30 de abril de 1993, contestó al DAMA manifestando que a esa entidad no le correspondía la facultad de vigilancía y control respecto de las fuentes de contaminación atmosférica y que el campo de acción del DAMA estaba limitado a desarrollar y vigilar la aplicación del Plan de Gestión Ambiental y a preparar las medidas para su adopción en el Distrito Capital.

Agrega que la normatividad en la cual se basó la Procuraduría Delegada para hacer esa afirmación continúa vigente de manera que a lo largo de este oficio la Procuraduría está reconociendo las actividades adelantadas por el Distrito en cuanto al control del aire.

A su turno la Secretaría de Tránsito y Transporte informa que está cumpliendo con la normatividad existente ejerciendo controles sobre los automotores. Es el caso de la revisión tecno-mecánica que se realiza anualmente, que debe practicarse a todo vehículo, bien sea particular, de servicio público oficial, la que en el evento de ser satisfactoria es comprobada de manera pública con el porte de una calcomanía.

Para una optimización en el servicio y en procura de dar un estricto cumplimiento, la Secretaría de Tránsito ha entregado en concesión a particulares los diagnosticentros de Alamos y Tunal.

Estos centros de revisión altamente especializados dotados de los modernos equipos de control y diagnóstico automotriz, cuando estaban administrados por la S.T.T. tenían una capacidad de revisión de 300 vehículos por serviteca, incrementándose a partir de julio 4 de 1995 a una capacidad de atención de 600 vehículos cada una. El equipo cuenta con siete analizadores de gases y opacímetro, elemento este último único en Suramérica, utilizado para la medición de gases de motores diesel.

A los diagnosticentros se les han dado instrucciones para realizar revisiones técnico-mecánicas aplicando la normatividad vigente. Es decir,

deben verificar el estado general del vehículo, correcto funcionamiento del sistema de frenos, dirección, luces, suspensión, dispositivo acústico, emanación de gases y los sistemas de control de seguridad.

Se han adelantado operativos conjuntos con la Secretaría Distrital de Salud con el fin de detectar y sancionar a los conductores que no cumplan con las normas legales vigentes en cuanto a los elementos y dispositivos para evitar la contaminación, lo cual se prueba con la información aparecida en *El Espectador* el 29 de junio de 1995.

Que debe tenerse en cuenta que la S.T.T. tiene limitaciones de personal y sinnúmero de funciones que atender. Sin embargo, se realizan operativos en diferentes puntos, se detectan e imponen sanciones y se inmovilizan vehículos cuando legalmente es permisible.

Que en el evento de acceder a las pretenciones de la demanda, en el término de 180 días no se lograría revisar todo el parque automotor de la ciudad capital, cuyo inventario es actualmente de 335.114 vehículos, según datos suministrados por la Unidad Informática, esto sin contar con el parque automotor que circula en la ciudad y que se encuentra matriculado en otros municipios que pueden llegar a 300.000 vehículos, que en caso extremo de ser inmovilizados en aplicación de la normatividad vigente, la infraestructura de las dependencias oficiales de la S.T.T. no permitiría un albergue de tal magnitud.

II. EL AUTO RECURRIDO

Para adoptar la decisión apelada, el *a quo* adujo, en esencia, lo siguiente:

"Estudiado atentamente el contenido de las normas pretranscritas bajo la óptica de su obligatoriedad con respecto a los sujetos de su aplicación, encuentra la Sala que a excepción de lo dispuesto por el Artículo 38 del Decreto-ley 1421 de 1993 y lo señalado en el Artículo 65 numeral 6 de la Ley 99 de 1993, derivan para los propietarios o conductores de vehículos, obligaciones claras, expresas y exigibles; y aunque desde el punto de vista material o sustantivo, tienen relación directa con la protección y preservación del medio ambiente, el procedimiento previsto en el título XI de la Ley 99 de 1993, no resulta aplicable para imponer su cumplimiento a esos particulares indeterminados, ni a las autoridades distritales encargadas de hacerlas cumplir.

En efecto de acuerdo con el mandato del Artículo 87 de la Constitución Política y los Artículos 77 y siguientes de la ley mencionada, la acción aquí ejercida se estableció para obligar a la autoridad renuente al cumplimiento del deber omitido, impuesto previamente por actos administra-

tivos que emanan de ella directamente o de otro órgano del Estado del que esa autoridad es agente, el cual para el caso presente no surge como obligación actualmente exigible, del texto de esa normatividad.

Tal obligación, como deber legal de los particulares indeterminados propietarios o conductores de vehículos, aunque correlativamente constituye el derecho positivo que corresponde a las autoridades de policía de tránsito aplicar, no está clara y expresamente radicada en igual forma en éstas; de manera que no es predicable en este evento deducir como consecuencia del incumplimiento de algunos o muchos de estos sujetos una omisión de las autoridades que sea procedente obligar a que cese por la vía de la ejecución, contra estas.

En otras palabras pretende el señor Procurador Delegado que las normas que establecen obligaciones a cargo de los particulares y que presuntamente no han sido satisfechas, presten mérito ejecutivo contra las autoridades del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, citada en el libelo demandatorio, situación que no encaja ni en la previsión del constituyente, ni en la del legislador, siendo así improcedente librar el mandamiento ejecutivo como lo solicita el funcionario activante.

Así por ejemplo, examinadas armónicamente las normas relacionadas en la primera pretensión ejecutiva transcrita atrás en los numerales 2, 3, y 4 de su conjunto no puede extraerse la certeza jurídica de cuál vehículo automotor no reúne las condiciones técnicas y mecánicas para transitar que desde el aspecto de la emisión de gases contaminantes haga, imperativo que la autoridad de tránsito proceda a su inmovilización, ejerciendo la competencia sancionatoria establecida en otra norma, que tampoco fue citada en la demanda.

Además de integrar a las primeras esta norma, faltaría a efecto de constituir título ejecutivo contra la administración, la determinación concreta y precisa de los vehículos que carecen de los requisitos en cuestión pero aun así no sería procedente a librar el mandamiento bajo el procedimiento de la ejecución con título singular, porque la exigibilidad del ejercicio de la competencia sancionatoria, sólo podría darse cuando el vehículo transite por las vías a pesar de no reunir tales requisitos.

Tampoco sería procedente ordenar de manera general e indiscriminada la revisión de todos los vehículos automotores con motor a gasolina o motor diesel, toda vez que las normas reglamentarias contenidas en los Artículos 76, 77 y 78 del Código Nacional de Tránsito Terrestre, modificados por los Artículos 63, 64 y 65 del Decreto 1809 de 1990, respectivamente, y en el Acuerdo No. 051 de octubre 14 de 1993 de la Junta Liquidadora del Instituto Nacional de Transporte y Tránsito,

Artículos 123, 124, 125, 126 y 127 establecen los plazos y condiciones para que los propietarios de vehículos realicen las diligencias correspondientes que una vez cumplidas les otorgan el derecho de obtener un certificado de movilización.

Por otra parte, en cuanto el Artículo 38 del Decreto 1421 de 1993 enuncia las atribuciones generales del Alcalde Mayor del Distrito Capital y el numeral 6° del Artículo 65 de la Ley 99 de 1993 le fija como atribución especial en esta entidad territorial, la de ejercer funciones de control y vigilancia del medio ambiente y los recursos naturales renovables, si bien constituyen el marco general de la competencia del Alcalde Mayor en materia de policía administrativa ambiental, no reúnen las condiciones de certeza y concreción que son propias de las obligaciones claras expresas, y determinadas que hacen posible exigir su cumplimiento a través del mandamiento de ejecución".

III. LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Ellos son, en resumen, los siguientes argumentos:

1°. En la providencia impugnada se le aceptaron el DAMA, como prueba de descargo, los oficios números 00923 de abril 21 y 1387 de 31 de mayo de 1993 que le dirigió la procuraduría Delegada para Asuntos Agrarios, para interpretar que esta última reconoce las actividades adelantadas por el Distrito Capital en cuanto al control del aire se refiere. Se hace notar que tales documentos son anteriores a vigencia de la Ley 99 de 1993, y que aun aceptando su contenido, en modo alguno puede entenderse que esa Delegada haya relevado del cumplimiento de la ley a los destinatarios públicos de ella.

2°. También se dice en la providencia que deben estar satisfechas las obligaciones que se demandan porque se han cumplido periódicamente las revisiones vehiculares con la prueba y el porte de una calcomanía y que sería imposible albergar los vehículos y realizar las pretensiones respecto a los mismos que violan la ley, por limitaciones de personal o por el sin número de funciones que tiene a su cargo esa oficina distrital, ignorando la realidad y las graves acusaciones de corrupción alegadas en la demanda.

3°. La providencia impugnada se fundamenta en que las normas invocadas en la demanda sólo están destinadas a los propietarios o conductores de los vehículos, en cuanto a ellos les imponen obligaciones claras, expresas y exigibles. Pero eso ".....es sólo ver una parte de los potenciales obligados en cuanto a la vigencia de las leyes de protección del ambiente que tienes dos destinatarios concretos igualmente vinculados, la autoridad tanto activa como pasivamente, como la comunidad y los particulares individualmente considerados".

Hasta antes de expedirse la nueva Carta Política y, más concretamente, la Ley 99 de 1993, no existía regulación alguna de la pretención constitucional de hacer cumplir la ley que es una prevesión de carácter general y, por lo mismo, concebida en términos amplios y abstractos para que su concresión se haga a través del ejercicio de la potestad reglamentaria, o mediante la expedición de actos administrativos por otros entes que tienen capacidad normativa, para el caso concreto el Concejo Distrital, así como por actos administrativos, generalmente resoluciones y Decretos, proferidos por las autoridades distritales con el propósito de llevar la ley general a casos particulares y concretos. Por ello no puede exigirse que la ley, elevada a la condición de título ejecutivo por el Constituyente, deba tener las condiciones de precisión dispuestas para obligaciones de los particulares, las de ser expresas, claras y exigibles.

En la providencia se incurre en error de interpretación respecto del Artículo 77 de la Ley 99 de 1993 al sostener que la expresión "a través del procedimiento de ejecución singular regulado en el Código de Procedimiento Civil", utilizada para referirse al trámite que el legislador quiso darle a las acciones de cumplimiento en defensa de medio ambiente, signifi-ca remisión directa y una exigencia expresa para que constituya título para fundar la acción de cumplimiento ambiental únicamente las leyes o los actos administrativos, puesto que esa no es ni fue, primero, la intención del Constituyente, pero, menos aún, la del legislador.

Además, "el legislador ha trasladado la carga de la prueba en materia de las acciones de cumplimiento ambiental a la autoridad demandada, como ocurre en lo dicho por el Artículo 79 *ibidem*, al requirirle para que manifieste 'la forma como está cumpliendo con las leyes y los actos administrativos invocados'. Aquella la autoridad, porque tiene que expedir las reglas generales en defensa de sus bienes colectivos, pero por la misma razón de representar a la comunidad y encarnar su poder coercitivo, asumir tambien el papel pasivo de las obligaciones que ha creado respecto de la comunidad, para que sean efectivamente cumplidas las previsiones legislativas por los destinatarios finales".

IV. LAS RAZONES DEL COADYUVANTE

En el trámite del recurso de apelación compareció el ciudadano José León Jaramillo, para coadyuvar en dicha calidad la acción de cumplimiento, teniendo en cuenta que ya no ejerce las funciones de Procurador Delegado para Asuntos Ambientales y Agrarios. En memorial que obra a folios 7 a 11 del Cuaderno número 2 expresa, en resumen, lo siguiente, y solicita revocar la providencia impugnada:

Existe un error del tribunal en la interpretación de las normas de la Ley 99 de 1993 que regulan la acción de cumplimiento en asuntos ambientales y remiten al procedimiento propio de las ejecuciones singulares por obligaciones de derecho privado, y confudió el procedimiento con el título, porque la remisión a ese ordenamiento es para que se ritúe la presentación por el sistema de la ejecución para hacer eficaces las obligaciones surgidas entre particulares, pero tal remisión no es integral para que le permita a dicha Corporación, siguiendo la tesis que ha sostenido el Consejo de Estado, acudir también a las características propias del título ejecutivo, señaladas en el Artículo 488 del ordenamiento procesal civil, puesto que la analogía es absolutamente imposible en este caso. Esa doctrina se olvida que el título ejecutivo es la ley o el acto admnistrativo.

En la demanda que dio origen a esta actuación se indicaron las normas de carácter general y particular que están incumplidas y por ello el mandamiento que se solicitó fue el de que se cumplieran mediante la ejecución por cuenta de la autoridad pública destinaria de sus funciones al respecto. "Ello no ha sido entendido por el H. Tribunal en la providencia que combato, puesto que ha trasladado toda la carga de la inobservancia de la ley a la inobservancia de los deberes del particular para con su comunidad y ha dado pie para que se incumpla, una vez más, insolidariamente, por el particular, los deberes y obligaciones que tiene como colombiano, según el Artículo 95 de la Carta Política. 'Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios.' 'Obrar conforme al principio de solidaridad social.' 'Defender los derechos humanos como funda-mento de la Convivencia Pacífica'".

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En relación con las dos primeras razones de inconformidad del apelante para con la providencia recurrida, la Sala considera que ellas carecen de todo fundamento, toda vez que de la simple lectura de dicha providencia resulta que si bien en ella se hace alusión a los oficios que el DAMA dirigió a la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios sobre las actividades adelantadas para controlar la calidad del aire y a las revi-siones técnico-mecánicas que la Secretaría de Tránsito y Transporte lleva a cabo sobre los vehículos que circulan en el Distrito Capital de Santafé de Bogotá (fls. 108 a 109 Cdno. Ppal.), ello no significa en momento alguno que el Tribunal haya aceptado los argumentos de descargo presentados por la entidad demandada, puesto que su única finalidad fue la de referirse sin emitir juicio de valor alguno, a lo manifestado por la Administración Distrital sobre la forma como le estaba dando cumplimiento a las normas que la parte actora mencionó en su libelo demandatorio, como consecuencia del requerimiento que se le hiciera en virtud de lo previsto por el Artículo 79 de la Ley 99 de 1993.

En relación con el tercer argumento de la impugnación, la Sala observa y considera lo siguiente:

En lo que atañe a las acciones de cumplimiento en materia ambiental, la jurisprudencia de esta Corporación tanto de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo como de esta Sección, ha sido reiterativa en señalar que para adelantar la acción de cumplimiento en requisito esencial la existencia de un título ejecutivo, entendido este como el docum,ento o documentos auténticos que constituyan plena prueba contra el demandado de la existencia a su cargo de una obligación de dar, hacer o no hacer, clara, expresa y exigible, y que por lo mismo, se trata 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 para el éxito de las prentensiones, es decir, que las disposiciones y los actos administrativos han sido incumplidos.

Ahora bien, en el presente caso solicita el demandante que se libren sendos mandamientos ejecutivos para que en el término de 180 días las autoridades en contra de las cuales se dirige la acción practiquen una revisión técnico-mecánica a todos los vehículos automotores que transitan en el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, inmovilicen aquellos que violan las normas de tránsito relacionadas con los niveles máximos de emisión de gases contaminantes, carezcan de silenciador o lleven instalados elementos sonoros no reglamentarios y se sancione con multa de 10 salarios mínimos a los conductores cuyos vehículos resulten inmovilizados.

Sobre el particular cabe observar, en primer término, que ninguna de las normas cuyo cumplimiento solicita al actor impone a las autoridades distritales la obligación practicar la revisión técnico-mecánica de los vehículos automotores que circulan por la ciudad, y que, por el contrario, tácitamente radica en cabeza de sus propietarios el deber de mantenerlos en condiciones tales que eviten la contaminación física y acústica del aire o del medio ambiente, en general, so pena de hacerse acreedores a las sanciones previstas en algunas de ellas. De consiguiente, la Sala comparte lo expuesto por el tribunal *a quo* en la providencia recurrida, en el sentido de que si bien las normas invocadas en la demanda derivan para los propietarios o conductores de vehículos obligaciones claras, expresas y exigibles, que guardan relación directa con la protección del medio ambiente, el procedimiento establecido en el Título XI de la Ley 99 de 1993 no resulta aplicable para imponer su cumplimiento a las autoridades distritales ni a esos particulares indeterminados por cuanto la acción ejercida se estableció para obligar a la autoridad renuente al cumplimiento del deber omitido, impuesto previamente por actos administrativos que emanan de ella o de otro órgano del Estado del que esa autoridad es agente. Así las cosas, para la Sala no es de recibo el argumento del recurrente en el sentido de

que las normas por él invocadas constituyan suficiente título ejecutivo para exigir su cumplimiento por parte de las autoridades del Distrito Capital, debido a que sus mandatos vinculan tanto a éstas como a los particulares individualmente considerados y a la comunidad en general con miras a la protección del medio ambiente, pues, como atras se anotó para que resulte procedente librar mandamiento ejecutivo se requiere demostrar la existencia de determinado o determinadas obligaciones a cargo del demandado, que ofrezcan plena prueba contra él y absoluta certeza del derecho que se pretende reclamar, lo cual es imposible predicar en el asunto controvertido en este proceso.

Sin perjuicio de lo anterior, y aún en el supuesto que para la época en que se instauró la demanda (mayo 19 de 1995) hubiera existido una norma que impusiera a las autoridades distritales la obligación de prácticar la revisión técnico-mecánica de todos los vehículos automotores, en el momento en que se prefiere esta decisión *resultaría jurídicamente imposible librar los mandamientos ejecutivos que reclama el accionante en términos tan genéricos, toda vez que el Artículo 140 del Decreto-ley 2150 de 5 de diciembre de 1995, "por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios, existentes en la Administración Pública", eliminó en todo el territorio nacional el trámite de revisión técnico-mecánica y la expedición del certificado de movilización para todos los vehículos automotores, con las excepciones en él señaladas*, determinando que, "en todo caso, es obligación del propietario de cada vehículo mantenerlo en óptimas condiciones mecánicas y de seguridad...", lo cual reafirma lo concluido en el párrafo precedente respecto del titular de dicha obligación, vale decir, el propietario del vehículo.

En cuanto hace relación a los argumentos de la coadyuvancia, la Sala observa que ellos constituyen, en esencia, una reiteración de aquellos que se fundamenta el recurso de apelación por lo cual, en respuesta a los mismos, se remite a lo atrás expresado.

Como quiera que el recurrente no cuestiona ningún otro aspecto de los propuestos en la providencia apelada, y no están llamados a prosperar aquellos que se han analizado, la Sala procederá a confirmar dicha providencia.

En mérito de lo expuesto, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

1°. CONFIRMASE la providencia de 23 de noviembre de 1995, proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se decidió abstenerse de librar mandamiento

de ejecución contra el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, la Secretaría de Salud del Distrito, la Secretaría de Tránsito y Transporte del Distrito Capital y del Departamento Administrativo del Medio Ambiente, DAMA.

2°. En firme esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

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

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Juan Alberto Polo Figueroa*, *Libardo Rodríguez Rodríguez*, *Manuel S. Urueta Ayola.*

ZONA DE PROTECCION DEL PAISAJE - Declaratoria / **GOBERNADOR** - Incompetencia para declarar zona de protección del paisaje / **CORPORACION AUTONOMA REGIONAL** - Competencia en materia ambiental / **CONVALIDACION DEL ACTO** - Improcedencia / **MEDIO AMBIENTE** - Protección

En evento de aceptar que de conformidad con la Constitución Política de 1991, los gobernadores son competentes para expedir decretos que contenga la materia a que se contrae el acto acusado, ello no implicaría la purga de ilegalidad o convalidación del acto, que es lo que en últimas pretende el apelante. La competencia, por ser un elemento esencial del acto, que impide que opere de manera retroactiva, razon por la cual si el acto fue dictado por un órgano no competente, es radicalmente nulo o insaneable. La competencia que en principio fue atribuida, mediante el Decreto 1715 de 1978, en materia de protección del paisaje al Inderena, pasó a la Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Bogotá, Ubaté y Suárez CAR. Carece por tanto de sustento el argumento del recurrente cuando afirma categóricamente que el departamento es quien conoce de manera directa las necesidades de su región y los mecanismos adecuados para responder a ellas, pues quienes más directamente tiene dicho conocimiento son las Corporaciones de Desarrollo Regional, una de cuyas funciones específicas es la protección de los recursos naturales, entre ellos, el paisaje. El Artículo 14 de la Ley 32 del 61 habla de que la Corporación podrá solicitar la cooperación de cualesquiera entidades públicas o privadas y de las personas naturales, al igual que podrá prestar la suya a dichas entidades o personas, lo cual es muy distinto a asegurar que el gobernador podría arrogarse la facultad a que se contrae el acto acusado, esto es declarar una zona de reserva paisajista cuando la misma Constitución Política de 1886, en sus Artículos 20 y 63 disponía que los funcionarios públicos son responsables por extralimitación en el ejercicio de sus funciones y que no habrá empleo que no tenga detalladas sus funciones en la ley o el reglamento, lo cual quiere decir que todos y cada uno de los funcionarios de la Administración Pública tienen plenamente delimitada

su competencia, sin que el hecho de que las autoridades deban colaborarse unas con otras, implique usurpar facultades expresamente concedidas a una de ellas. El acto acusado violó normas de superior jerarquía que señalan como autoridad competente para la declaración de zonas de protección del paisaje a las Corporaciones de Desarrollo Regional de las Cuencas los Ríos de Bogotá, Ubaté y Suárez, contenidas en las Leyes 3ª de 1961 y 1715 de 1978.

Consejo de Estado - Sala de Contencioso Administrativo - Sección Primera.- Santafé de Bogotá. D.C., dieciséis (16) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: *Doctor Juan Alberto Polo Figueroa.*

Referencia: Expediente No. 1785. Actores: León Eduardo Muriel Tobón y otros.

Entra la Sala a conocer del recurso de apelación interpuesto por el señor *German Cavalier Gaviria,* Impugnante de la demanda, contra la sentencia de 31 de julio de 1995 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Los ciudadanos *León Leonardo Muriel Tobón, José María del Castillo Abella* y *Nelson Merizalde Vanegas*, en demandas separadas y en ejercicio de la acción pública de nulidad, las cuales fueron acumuladas mediante auto de 16 de junio de 1992, demandaron ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el Decreto No. 1677 de 31 de julio de 1990, "por el cual se declara una zona de Protección del Paisaje", expedido por el Gobernador de Cundinamarca.

2. Normas violadas. Concepto de la violación.

2.1. El demandante *León Eduardo Muriel Tobón* invoca los Artículos 182 y 194 numeral 1, de la Constitución Política de 1886; 7°, literal e) del Decreto 1222 de 1986; la Ordenanza No. 8 de 1973; y el Decreto N° 2568 de 1973, básicamente las mismas que sirven de fundamento al acto acusado, cuya violación explica así:

Para que los departamentos puedan actuar y dar estricto cumplimiento a lo preceptuado en el Artículo 182 de la Constitución Política, deben conocer primero de qué manera se dispone su desarrollo legislativo, en orden a fijar el grado de tutela respecto de las materias allí mencionadas.

La Gobernación de Cundinamarca expidió el decreto acusado sin aludir al marco legal que la autorizaba para constituir una autoridad supramunicipal y asignarle las atribuciones enumeradas en el Artículo 4° del acto impugnado.

La Ordenanza No. 8 de 1973 en manera alguna constituye un reglamento en materia de conservación ambiental. Así las cosas, no podía existir norma que facultara al Gobernador para expedir reglamentaciones al respecto y menos aún para constituir autoridades de la índole propuesta en el Artículo del acto cuestionado.

El Artículo 11 de la Ordenanza facultó al Gobierno Departamental para reglamentar el uso de la tierra con el fin de prevenir el ruido o contaminación ambiental proveniente de las instalaciones industriales, de las que alojen animales y cualesquiera otras que puedan causar ruido o contaminación ambiental; de ahí que el acto acusado en la medida que ninguno de sus apartes se atiene a lo dispuesto en la Ordenanza, acude a una sustentación indebida.

De otra parte, el Artículo 3° del Decreto 1677 de 1990 expresa que la reglamentación de la Ordenanza No. 8 de 1973 en materia de conservación ambiental se refiere a las zonas de protección del paisaje a que alude el Decreto N° 2568 de 1973. Sin embargo, éste consagra regulaciones enteramente ajenas a los asuntos tratados por el acto acusado y no toca materias que pudieran ser reglamentadas por dicho acto, lo cual conduce a su nulidad.

El numeral 1 del Artículo 194 de la Constitución Política fue violado, ya que el Gobernador de Cundinamarca, so pretexto de desarrollar el literal e) del Artículo 7° del Decreto 1222 de 1986, acude a las facultades reglamentarias, no para ejercerlas, sino para depositarlas en una autoridad diferente, esto es, la autoridad del Valle del Rio Frío que se crea en el Artículo 3° del Decreto 1677 de 1990. Por lo tanto se deshace de una atribución que le es propia, como lo es la reglamentación de las ordenanzas, lo que constituye una desviación de las atribuciones propias, que en el fondo se emplearon para finalidades diferentes.

2.2. El demandante *José Marí del Castillo Abella* señala como normas violadas los artículos 20 y 187 numeral 2 de la Constitución Política; 302 del Decreto-ley 2811 de 1974; y 1° del Decreto Reglamentario 1715 de 1978, violación que estructura en:

El Gobernador de Cundinamarca no tenía la competencia para declarar un sector del departamento como zona de protección del paisaje, por cuanto el Decreto-ley 2811 de 1974 en su Artículo 302, le otorgó dicha competencia al Inderena.

Por su parte el Artículo 1° del Decreto Reglamentario No. 1715 de 1978 dispuso que el Inderena determinaría los paisajes que merecen protección teniendo en cuenta lo dispuesto en los Artículos 302 y 304 del Decreto-ley 2811 de 1974, de donde se colige que el Gobernador no tiene aptitud legal para determinar zonas de protección del paisaje, no sólo por la disposición legal en comento, sino porque la Ordenanza 8 de 1973 y el Decreto 2568 de 1973 en ningún caso le otorgaron tal competencia, sino que limitaron a definir en qué consisten las zonas de protección del paisaje y su destinación, sin determinarlas. Además, estas normas son anteriores al Decreto1715 de 1978 que es de alcance nacional.

El acto acusado crea una autoridad con el propósito de dictar un reglamento que permita proteger los recursos naturales y especialmente el paisaje, siendo también por ello ilegal, ya que la única autoridad legal para tales efectos es el Inderena.

2.3. El demandante *Nelson Marizalde Vanegas* considera como normas violadas los Artículos 194 numeral 1 y 182 de la Constitución Política; las Leyes 3ª de 1961, 2ª de 1978 y 62 de 1983; los Decretos 2811 de 1974, 2190 de 1976 y 2665 de 1988; y el Acuerdo 33 de 1979 de la CAR.

El Decreto acusado es nulo por cuanto el funcionario que los expidió carecía de competencia para ello, configurándose además una falsa motivación, pues para adoptar las medidas allí consignadas se adujeron facultades legales y constitucionales inexistentes.

En efecto, los artículos 182 de la Constitución Política y 7° literal e) del Decreto 1222 de 1986, ordenan a los departamentos adoptar medidas de coordinación o colaboración con las autoridades competentes para la conservación del medio ambiente y disponer lo que requiera la adecuada preservación de los recursos naturales.

La administración, preservación y control de los recursos naturales y no renovables está en cabeza de la CAR y el Ministerio de Minas.

Si lo que en realidad perseguía el Gobernador del departamento era proteger los suelos de la Cuenca del Río Frío, debió apoyarse en las facultades de las normas que citó, pero para ejecutar tareas trazadas o diseñadas por las autoridades competentes en la materia y no para convertirse en administrador del recurso del suelo, que fue lo que hizo al declarar zona de protección del paisaje a la citada cuenca, tipificando una desviación de poder.

De conformidad con el Artículo 11 de la Ordenanza 8 de 1973, el Gobernador debía reglamentarla definiendo los usos del suelo y señalando requisitos para las distintas modalidades.

En el caso del Decreto 1677 de 1990, la zona de protección del paisaje necesariamente debía estar creada en un reglamento anterior, pues para ella deben existir características físicas, requerimientos para quienes estén allí ubicados, tipo de construcciones que se permiten, condiciones, etc. Según el tercer considerando del acto acusado, este cúmulo de elementos se hallan en los Artículos 42 y 43 del Decreto 2568 de 1973, pero no hay tal, pues ni el decreto de orden departamental radicado bajo ese número ni el del orden nacional se refieren a asuntos de ordenamiento del uso del suelo en Cundinamarca, lo que deja al descubierto la falsa motivación.

Con todo, aun suponiendo que la Ordenanza 8 de 1973 contuviese en verdad una reglamentación clara, debe afirmarse que uno y otro ordenamiento legal perdieron su vigencia al expedirse el Código de Recursos Naturales, cuya aplicación es competencia de la CAR.

El Capítulo VII del Decreto 2811 de 1974 "De la tierra y los Suelos", agota la materia a nivel de principios básicos y generales relacionados con la conservación y uso de los suelos, facultades de la Administración, usos no agrícolas, etc. Esta norma, unida a las facultades de la CAR en cuanto a la determinación del mejor uso de la tierra, autorizaciones concedidas en las Leyes 3ª de 1961, 2ª de 1978 y 62 de 1983 y en el Decreto 2190 de 1976, dejan sin piso los reglamentos locales del Departamento de Cundinamarca. Más aún como la CAR desarrolló sus facultades en cuanto al uso del suelo en el área de jurisdicción mediante el Acuerdo 33 de 1979, cobra más vigencia la teoría de que el Decreto 1677 de 1990 desconoció todas sus disposiciones y revivió reglamentos desaparecidos del mundo jurídico por derogación tácita por parte de normas posteriores, especiales y jerárquicamente superiores.

El considerando final del Decreto 1677 de 1990 permite traslucir el verdadero motivo del acto, porque afirma que deben tomarse "las medidas de conservación y preservación del Valle del Riofrío" por causa de las explotaciones para lucro particular. Si esto es cierto, el Gobernador, con el apoyo del Artículo 182 de la Carta Política y en el Decreto 1222 de 1986, debió solicitar al Ministerio de Minas el señalamiento restringido de la zona para labores de minería, con base en los artículos 8°, 9°, 10° y demás concordantes del Código de Minas, por ser aquél el organismo estatal competente.

En conclusión el Decreto 1677 de 1990 es violatorio de un régimen especial dictado para la determinación del mejor uso de la tierra. Sin dicho uso es para explotaciones mineras, corresponde al Ministerio del ramo expedir las reglamentaciones para su utilización, y si se trata de cumplir cualquier otro uso diferente a éste, la competencia para su clasificación es de la CAR.

3. Impugnantes.

3.1. *Margarita Ricaurte de Bejarano,* arguye que la competencia del Gobernador de Cundinamarca para la expedición del Decreto 1677 de 1990 encuentra su fundamento en las siguientes normas:

— Artículo 182 de la Constitución Política, que consagra la función de los gobernadores de coordinar el desarrollo regional y local, lo cual tiene aplicación en los aspectos relativos al uso del suelo.

— Artículo 2° del Decreto 2568 de 1974, reglamento de uso del suelo en el Departamento de Cundinamarca, cuya finalidad es ejercer "el control y la tutela administrativa necesarios para planificar y coordinar el desarrollo regional y local.

Dicho decreto, reglamentario de la Ordenanza 8 de 1973, adopta la clasificación de los suelos del departamento y lo divide en diversas zonas. En sus Artículos 42 y 43 define qué se entiende por zonas de protección del paisaje y señala los usos prohibidos y permitidos en dichas tareas, todo lo cual está enmarcado dentro de la función del Gobernador de planificar y coordinar el desarrollo regional y local.

Por su parte, el literal e) del Artículo 7° del Decreto 1222 de 1986 atribuye al Gobernador una competencia suficientemente amplia para que tome las medidas que se requieran para la adecuada preservación de los recursos naturales.

La declaración de zona de protección del paisaje de la Cuenca Superior del Valle del Río Frío era requerida para preservar el paisaje de la región, debido a las actividades depredadoras del medio ambiente, especialmente la minería. Debía pues primar el interés general sobre el particular.

La función del Gobernador como Jefe de la Administración Seccional se refleja, entre otras, en la atribución que señala el numeral 1 del Artículo 94 del Decreto 1222 de 1986, esto es, la de cumplir y hacer que se cumplan las ordenanzas de las asambleas.

En el caso *sub lite,* mediante los Decretos 2568 de 1974, por el cual se reglamenta la Ordenanza 8 de 1973, y 1677 de 1990, por el cual se declara una zona de protección del paisaje, se ejerció la potestad reglamentaria del Gobernador respecto de la citada ordenanza.

No es cierto que el Artículo 302 del Código de Recursos Naturales Renovables otorgue competencia privativa y excluyente al Inderena tiene competencia para determinar las zonas de protección del paisaje, dado

que en dicha norma solamente se establece la facultad. Si bien del Artículo 1° del Decreto 1715 de 1978 se deduce que el Inderena tiene competencia para determinar zonas de protección del paisaje, ello no quiere decir que otras entidades no ostenten la misma competencia puesto que su ejercicio no es incompatible, sino complementario.

En este caso, la competencia a nivel nacional la ostenta el Inderena y a nivel local la Gobernación de Cundinamarca, quien está en capacidad de intervenir en los asuntos que afectan las áreas comprendidas en su jurisdicción.

Lo anterior encuentra respaldo en el Artículo 30 del Decreto -ley 2811 de 1974, el cual prescribe que los departamentos y municipios tendrán sus propias normas de zonificación, sujetas a las del orden nacional que establezcan políticas y normas al respecto.

En el presente caso, el Departamento de Cundinamarca dictó su Reglamento de Uso del Suelo de acuerdo con las normas generales del Gobierno Nacional y lo aplicó a un caso concreto, esto es, a la Cuenca Superior del Río Frío, clasificándola como zona de protección del paisaje.

3.2. *Germán Cavelier Gaviria* aduce que la función de los Gobernadores de coordinar el desarrollo regional y local señalada en el Artículo 182 de la Constitución Política, tiene especial aplicación en los aspectos relativos al uso del suelo del departamento respectivo.

El Artículo 2° del Decreto 2568 de 1974 faculta al Gobernador para planificar y coordinar el desarrollo regional y local. Este mismo Decreto adopta la clasificación de los suelos del Departamento de Cundinamarca, dividiéndolo en diversas zonas de protección del paisaje y señala sus usos permitidos.

El Artículo 30 del Código de Recursos Naturales establece que los departamentos y municipios tendrán sus propias normas de zonificación para la adecuada protección del ambiente y de los recursos naturales. El anterior marco de competencia ha sido ampliado por la nueva Constitución.

La competencia del Gobernador para proteger el medio ambiente, el paisaje y los recursos, está dada por los artículos 1°, parágrafo y 2° de la Ordenanza 8 de 1973, con base en los cuales aquél expdió los Decretos 2568 de 1974 y 1199 de 1980, reglamentando la zonificación y subdivisión de áreas urbanas y rurales en el Departamento de Cundinamarca.

Por su parte, la Ley 3ª de 1986 en su Artículo 1°literales c) y e) dispone que corresponde a los departamentos promover y ejecutar actividades

económicas que interesen a su desarrollo y al bienestar de sus habitantes, colaborar con las autoridades competentes para la conservación del medio ambiente, y disponer lo que requiera la adecuada preservación de los recursos naturales.

De otro lado, el literal e) del Artículo 7° del Decreto 1222 de 1986 le atribuye a las Gobernaciones una competencia suficientemente amplia para que tomen las medidas que se requieran para la adecuada preservación de los recursos naturales. En el caso objeto de análisis, la declaración de zona de protección del paisaje de la Cuenca Superior del Río Frio era requerida para preservar el paisaje en la región, debido a las actividades depredadoras del medio ambiente, especialmente la minería.

Del contenido del Artículo 30 del Decreto-ley 2811 de 1974, se deduce que en materia de zonificación interviene tanto el Gobierno Nacional, dictando políticas generales, como los departamentos y municipios, desarrollándolas y aplicándolas a casos concretos. En este caso, el Departamento de Cundinamarca dictó su reglamento de Uso del Suelo de acuerdo con las normas generales del Gobierno Nacional y lo aplicó al caso concreto de la Cuenca Superior del Río Frío, clasificándola como zona de protección del paisaje.

En el Artículo 302 *ibidem*, se reconoce expresamente el derecho que tiene la comunidad de disfrutar el paisaje y la nececidad de determinarlos para protegerlos.

De lo expuesto se concluye que en materia ambiental existen competencias complementarias y concurrentes a nivel nacional, regional y local, ostentando el Inderena la competencia a nivel nacional y la Gobernación de Cundinamarca a nivel regional.

Si bien los Artículos 9° y 10 del Código de Minas confieren al Ministerio de Minas y Energía la atribución de declarar las zonas restringidas para la minería, ello no implica que sea el único organismo competentes para tal efecto, pues com ya se vio existen otros organismos más competentes para proteger el medio ambiente.

De acuerdo con los Artículos 298 y 313 de la Carta Política, la normatividad departamental y municipal está garantizada constitucionalmente dentro del ámbito territorial de su vigencia.

En presencia de la ley regional, la ley nacional posterior tiene que detenerse ante las regulaciones que en aquel ámbito hayan sido dictadas. En el caso *sub examine*, la Ordenanza 8 de 1973 y el Decreto 2568 de 1974 de la Gobernación de Cundinamarca se anticiparon a la norma nacional en materia de protección del medio ambiente.

Según el Artículo 151 de la Constitución, el Congreso puede expedir leyes orgánicas "relativas a la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales", con lo cual aquel puede ejercer una especie de delegación legislativa a entidades tales como las asmbleas departamentales y concejos municipales y de la capital, respetando las demás normas de asignación de competencias a los entes regionales. Esto indica que la normatividad territorial no es exclusivamente nacional sino que habrá disposiciones regionales con fuerza de ley.

El Decreto 1677 de 1990 es norma regional de carácter ambiental que consagra la Cuenca Superior del Río Frío como bien de uso público, consagración que no puede ser ya modificada por la ley.

Respecto de la falsa motivación debe anotarse que el Decreto 1677 de 1990 fue aclarado mediante el 1771 de 1991, en el sentido de que el Decreto 2568 es de 1974.

De todas maneras, observando los considerandos del acto acusado, se infiere que el motivo que lo origina es la preservación y conservación de los recursos naturales, del medio ambiente y del paisaje que están amenazados por las explotaciones mineras que se adelantan en la Cuenca Superior del Río Frío.

Tampoco se presenta las desviación de poder, por cuanto la competencias invocadas se otorgan para la defensa de los recursos naturales, del ambiente y del paisaje. El Decreto demandado contiene medidas administrativas directamente orientadas a esa defensa y protección.

4. El litisconsorte.

Mediante auto de 2 de diciembre de 1993, el Tribunal dispuso la vinculación al proceso como *litisconsorete* a la Nación - Ministerio de Minas y Energía, la cual, a través de apoderado, contestó la demanda de manera extemporánea.

En su alegato de conclusión (fl.155 del cuaderno principal) expresa que dicho Ministerio efectuó el registro del decreto acusado, por cuanto para la época de inscripción, dicho Decreto constituía una norma especial.

El Gobernador de Cundinamarca al expedir el Decreto 1677 de 1990 violó atribuciones legales asignadas a otras entidades, en el caso en particular, al Inderena.

Al confrontar el acto demandado con los Decretos 2420 y 3120 de 1963, se establece que aquél los viola flagrantemente.

II. EL FALLO APELADO

Al desatar la controversia planteada, el Tribunal de primera instancia declaró la nulidad del Decreto 1677 de 31 de julio de 1990 con fundamento en las siguiente consideraciones:

El cargo fundamental a que se contraen los procesos acumulados es la incompetencia de los departamentos para determinar las zonas de protección del paisaje. Para establecer las competencias asignadas a las autoridades en materia de conservación y protección del ambiente y de los recursos naturales, es preciso observar que como el acto acusado se expidió con anterioridad a la Constitución de 1991 y a la Ley 99 de 1993, dicho análisis se adelantará con base en las disposiciones vigentes al momento de su expedición.

A nivel nacional le corresponde al Inderena la reglamentación, administración, conservación y fomento de los recursos naturales, sin perjuicio, como lo establece el Artículo 1° de la Ley 2ª de 1978, de las funciones que en esas materias le asignaron a las Corporaciones Regionales de Desarrollo dentro del territorio de sus respectivas jurisdicciones las leyes que las crearon.

En consecuencia, correspondía a la Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Bogotá, Ubaté y Suárez, CAR, adoptar la medida a que se contrae el acto acusado.

Si bien el Artículo 182 de la Constitución Política de 1986 —invocado en el acto acusado— establecía que los departamentos ejercían sobre los municipios la tutela administrativa necesaria para planificar y coordinar el desarrollo regional y local y la prestación de servicios, debe tenerse en cuenta que la misma norma dispone que esa atribución la ejercen los departamentos en los términos que señala la ley y, por consiguiente, en materia de administración y protección de los recursos naturales debe actuar de conformidad con el Artículo 7° Literal e) del Decreto 1222 de 1986 —igualmente invocado por el gobernador— es decir, que dicha actividad se encuentra enmarcada dentro de las pautas y orientaciones desarrolladas por las entidades encargadas en primer término del cumplimiento de esas tareas, esto es, el Inderena y a las Corporaciones Regionales de Desarrollo.

El Decreto 1715 de 1978 le asignó al Inderena la determinación de los paisajes que merecen protección, pasando dichas funciones a las Corporaciones Autónomas Regionales. Así las cosas, se tiene que una norma de carácter nacional asignó la competencia en cuestión a una entidad distinta de los departamentos.

El Artículo 7° literal e) del Decreto 1222 de 1986 no podía servir de fundamento legal para determinar una zona de protección del paisaje,

por cuanto la misma señala que es obligación del departamento colaborar con las autoridades competentes en la ejecución de las tareas necesarias para la conservación del medio ambiente, lo cual indica que son otras autoridades distintas a los departamentos las que diseñan y planifican esas tareas y que a éstos les corresponde colaborar en la ejecución de las mismas.

En cuanto a lo establecido en la misma norma en el sentido de que los departamentos podrán disponer lo que requiera la adecuada preservación de los recursos naturales, ello no implica que aquéllos no tengan que tomar en cuenta las atribuciones que respecto a la misma materia tienen otras autoridades. En consecuencia, como corresponde a las Corporaciones Autónomas Regionales la determinación de las zonas de protección del paisaje, los departamentos no pueden asumir esa atribución, sino simplemente disponer lo que se requiera a efectos de que se adopten las medidas orientadas a que efectivamente se protejan esas zonas.

La facultad reglamentaria que invoca el Gobernador respecto de la Ordenanza 8 de 1973 no es válida, pues de una parte, dicha ordenanza no alude a las zonas de protección del paisaje y mucho menos a su determinación por el Gobernador y, de otra, porque así dicho acto departamental contemplara ese aspecto, de todas maneras desbordaría una norma de superior jerarquía, esto es, el Artículo 1° del Decreto 1715 de 1978 que le asigna la competencia en esa materia al Inderena.

Los Artículos 42 y 43 del Decreto 2568 de 1974 que se invocan también en el acto acusado, definen las zonas de protección del paisaje y la destinación que se les debe dar, pero no determinan dichas zonas ni aluden a la competencia del Gobernador en esa materia.

La Ordenanza 8 de 1973 contiene normas sobre reglamentaciones de zonificación y subdivisión de áreas residenciales urbanas y rurales y establece zonas agropecuarias y forestales de destinación especial en el Departamento de Cundinamarca. En su Artículo 11 le atribuye al gobierno departamental la determinación del uso de la tierra, lo cual es distinto a la determinación de las zonas de protección del paisaje, pues esta figura no está relacionada con el uso del suelo si no con el medio ambiente.

En los considerandos del Decreto 1677 de 1990 se aduce como razón para declarar zona de protección del paisaje del Valle del Río Frío el deterioro del ambiente como consecuencia de las explotaciones allí realizadas.

En el Artículo 2° del acto acusado se ordenó la inscripción del mismo en el Registro Minero, con el objeto de que se tenga en cuenta que el área mencionada es zona de protección del paisaje en los términos de los Artículos 42 y 43 del Decreto 2568 de 1974. Ello lleva a concluir que el Decreto

demandado señaló que el Valle del Río Frío es una zona en la que no pueden adelantarse trabajos mineros de prospección, exploración y explotación por cuanto, de una parte, los citados Artículos 42 y 43 preceptúan que las zonas de protección del paisaje sólo se podrán destinar a parques, jardínes botánicos, moteles y hoteles y otros usos especiales que señale la Secretaría de Agricultura y Desarrollo Rural, lo cual, en principio, excluye la minería, y de otra, porque sólo esa puede ser finalidad de la orden en el Registro Minero, de conformidad con el Artículo 289 del Código de Minas.

Además, según el Artículo 9° del citado código, le corresponde al Ministerio de Minas señalar las zonas en las cuales no pueden adelantarse trabajos mineros, por constituir dichas zonas reservas ecológicas incompatibles con tales trabajos de acuerdo con el Código de Recursos Naturales Renovables. Se concluye entonces que el Gobernador del departamento al ordenar la inscripción del decreto acusado en el Registro Minero, y en consecuencia, señalar el Valle del Río Frío como una zona en la cual no se pueden adelantar trabajos mioneros, actuó sin competencia y vulneró el mencionado Artículo 9°.

No se puede afirmar que con fundamento en la Constitución de 1991 el Gobernador tiene competencia para determinar zonas de protección del paisaje en forma tal que se pudiera aducir la purga de inconstitucionalidad o ilegalidad o la convalidación del acto administrativo impugnado, para el caso en que se admitiera que al momento de su expedición el Decreto 1677 de 1990 fue ilegal, pero que posteriormente, con base en la nueva normatividad constitucional, quedó sometido a la legalidad.

Lo anterior, por cuanto si bien es cierto que laConstitución de 1991 le asignó competencia a los departamentos para expedir normas en relación con el ambiente, esa atribución conforme al Artículo 300 numeral 2 fue asignada en forma específica a las asambleas departamentales, atribución que además es concurrente con la asignada al municipio en cuanto a la preservación y defensa del patrimonio ecológico Artículo 313 numeral 9 —y con la Nación en relación con las competencias legales derivadas de los artículos 79 y 80, lo cual exige que en consecuencia, sea la ley la que precise y delimite los respectivos ámbitos de competencia en materia ambiental, y consiguientemente, la normativa de las asambleas. En tal sentido está orientada la Ley 99 de 1993.

En síntesis, el Gobernador de Cundinamarca, al expedir el Decreto 1677 de 1990, actúo sin competencia e infringió normas superiores que les asignaban a otras autoridades la atribución de señalar zonas de protección del paisaje, tales como el Artículo 4° literales p) y q) de la Ley 3ª de 1961, según la modificación introducida por el Artículo 3° de la Ley 62 de 1983, Artículo 1° del Decreto 1715 de 1978, y el Artículo 9° del Decreto 2655 de 1988 (Código de Minero).

III. SUSTENTACION DEL RECURSO

Para sustentar la apelación contra el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el apelante expuso, en primer término, que el acto acusado debe estudiarse a la luz de la normatividad de la Constitución Política de 1991, pues a partir de la misma los Gobernadores se encuentran en una nueva situación jurídica respecto al desarrollo de sus funciones.

Sobre el particular, la Sala se abstiene de hacer el recuento que hace el apelante sobre algunas normas de la Constitución Política de 1991 por cuanto no se trata de determinar si el acto acusado es nulo por inconstitucionalidad sobreviniente, caso en el cual sí se impondría el examen propuesto frente a la Constitución Política de 1991. Lo que sostiene el recurrente es que lejos de contrariar los preceptos contenidos en la nueva normatividad constitucional, el Decreto demandado encuentra respaldo en la misma, pretendiendo con ello su convalidación, figura que no es procedente.

En consecuencia, y como el estudio de legalidad del acto acusado debe hacerse a la luz de la normatividad vigente para la época de su expedición, procede a hacer el resumen de lo sostenido por el memorialista, respecto de las normas vigentes al momento de expedirse el acto demandado:

El Decreto 1677 de 1990 desde el momento mismo de su expedición gozaba del respaldo legal requerido, razón por la cual se demostrará su legalidad frente a las normas que se encargan de regular la protección al medio ambiente y a los recursos naturales renovables, exceptuando el estudio de las normas de la Constitución de 1886, por ser obsoleto.

El Decreto 1222 de 1986 en el literal e) del Artículo7° impone a los departamentos el deber de colaborar en la protección del medio ambiente y los faculta para disponer lo que requiera la adecuada preservación de los recursos naturales.

Al hablar de colaborar, resulte evidente que la norma ha previsto que son varias las autoridades que se ocupan de regular la materia, pues no tendría sentido hablar de colaboración si no fuesen varios los sujetos que coactúan buscando la protección del medio ambiente. Por ello y en atención a los principios de concurrencia y subsidiaridad, el Gobernador de Cundinamarca se encontraba facultado para expedir el acto acusado.

El Decreto1222 de 1986 facultó a las autoridades de rango departamental para disponer lo que se requiera para la preservación de los recursos en su departamento y teniendo en cuenta que el término disponer es definido como la acción de deliberar, determinar o mandar lo que ha de hacerse, queda sin fundamento la consideración del Tribunal de Cundinamarca

en el sentido de que el Gobernador con la expedición del Decreto 1677 de 1990, violó el Código de Régimen Departamental.

De otra parte, el Decreto-ley 2811 de 1974 en su Artículo 30 señaló que los departamentos y municipios tendrán sus propias normas de zonificación. Por medio del acto acusado el Gobernador adoptó una medida relacionada con la zonificación del departamento, esto es, declaró una zona como reserva paisajística.

En aplicación del criterio de racionalidad de la norma, la descentralización para el manejo de los asuntos ambientales resulta como consecuencia lógica de los hechos, pues mal podría decirse que la protección de un paisaje específico en jurisdicción de una determinada entidad territorial debe corresponder en primera instancia a la Nación, cuando es sabido que son las autoridades de esa entidad territorial quienes conocen de manera directa las necesidades de su región, así como los mecanismos adecuados para responder a ellas.

El *a quo* no se refiere al Artículo 9° del Código de Minas por considerar que con la expedición del Decreto 1677 de 1990 se usurpó una competencia propia del Ministerio de Minas y Energía.

Con acierto el Tribunal de Cundinamarca puso presente que como consecuencia de la declaratoria de la Cuenca Superior del Río Frío como área de reserva paisajística, se limitó el ejercicio de la actividad minera. No obstante lo anterior, dio un alcance extenso al decreto demandado ya que si bien su contenido afecta necesariamente al Ministerio en cuestión en el ejercicio de sus funciones propias de aquél, si se tiene en cuenta que el Decreto 1677 de 1990 no declaró un área excluida de la minería, si no que declaró un área de reserva paisajística.

El fallador de primera instancia fundamentó la declaratoria de nulidad del acto acusado en la competencia concedida por el Decreto 1715 de1978 al Inderena para proteger los paisajes como elementos constitutivos del medio ambiente, olvidando que el Decreto 1222 de 1986 por ser posterior y especial, derogó las disposiciones en que se fundamentó aquél.

Lo expuesto encuentra respaldo en los Artículos 5° y 2° de las Leyes 57 y 153 de 1887, respectivamente.

La especialidad del Decreto 1222 de 1986 frente al Decreto 1715 de 1978 es predicable en dos sentidos: es especial en la medida en que regula el funcionamiento de una entidad territorial (el departamento) mientras que el 1715 se refiere al Inderena cuyo ámbito de competencia fue previsto para todo el territorio nacional.

De otra parte, el Decreto 1222 regula de manera específica el tema de las atribuciones de los departamentos y dentro de ellas la materia ambiental (Artículo 7° literal e).

Por ser una norma especial y posterior al Decreto 1715 de 1978, el Decreto 1222 de 1986, al reconocer las atribuciones del departamento en materia ambiental, derogó tácitamente las disposiciones de aquell que le sean contrarias.

Por este motivo, la delegación de las competencias del Inderena a la Corporación Autónoma Regional es ilegal, pues la misma constituye un abuso del Instituto en el ejercicio de sus funciones, de manera que la afirmación según la cual la CAR es la entidad competente para el manejo de estos asuntos, carece igualmente de fundamento legal válido.

El Tribunal de Cundinamarca en su providencia quiere hacer ver como exclusiva y excluyente la competencia de la Corporación Autónoma Regional de los Ríos Bogotá, Ubaté y Suárez CAR, olvidando que el Artículo 14 de la Ley 3ª de 1961 por la cual se creó esta Corporación, previó la concurrencia de competencias de varias autoridades como mecanismo necesario para asegurar la realización de los fines propuestos para la misma.

Al prever dicho Artículo que la CAR colaborará con las demás autoridades competentes en la preservación y conservación de los recursos naturales renovables y del medio ambiente no sólo reitera la concurrencia de competencias, sino que confirma que dicha Corporación no goza de una posición jerárquica superior frente a otras autoridades, limitándose en ocasiones su labor a colaborar con éstas.

Finalmente es del caso manifestar que las consideraciones expuestas en los salvamentos de voto frente a la sentencia recurrrida son compartidos, en cuanto en ellos se confirma la legalidad del Decreto 1677 de 1990.

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado ante esta Corporación es partidario de que se confirme la sentencia apelada por cuanto el Gobernador de Cundinamarca en ejercicio de la potestad reglamentaria expidió el Decreto 1677 de 1990, creando la autoridad del Valle del Rio Frío y desconociendo con ello abiertamente lo dispuesto en el Artículo 76 de la anterior Constitución Política, que señalaba que corresponde al Congreso hacer las leyes y que por medio de ellas ejerce, entre otras atribuciones, la de "modificar la división general del territorio con arreglo al Artículo 5° de la Constitución; establecer y reformar las otras divisiones territoriales de que trata el Artículo 7° fijar las bases y las condiciones para la creación de municipios".

En consecuencia, el citado funcionario sólo podía crear organismos de los que consagra la Constitución y que integran la estructura del Estado, no en ejercicio de la potestad reglamentaria, si no por expresa disposición legal, o revestido de facultades *por tempore* otorgadas por las asamblea departamental, lo que no ocurrió en el presente evento.

Si bien es cierto se profirió el Decreto acusado antes de la expedición de la Carta Política de 1991 y de la Ley 99 de 1993 sobre el medio ambiente, procede igualmente la misma razón arriba esbozada, en el sentido de que el Gobernador no podía expedir el acto demandado en ejercicio de la función reglamentaria.

Cabe agregar que el Artículo 63 de la Ley 99 de 1993 señala en el inciso 3, respecto del principio de gradación normativa, que las funciones en materia ambiental y de recursos naturales renovables, atribuidas por la Constitución entre otros a los departamentos, se ejercerán con sujeción a la ley, los reglamentos y las políticas del Gobierno Nacional, el Ministerio del Medio Ambiente y las Corporaciones Autónomas Regionales.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. En primer término la Sala se pronuncia sobre la excepción propuesta por la apoderada de la entidad demandada en la constestación de la demanda que obra a Folio 71 del cuaderno principal, denominada por ella "Ausencia de ilegalidad del acto acusado" y sobre lo cual no hizo mani-festación alguna el fallador de primera estancia.

La legalidad del acto administrativo acusado no constituye una excepción, por cuanto no contiene aspectos modificados, impeditivos o extintivos de la acción, si no que ella precisamente engloba la defensa. Para llegar a determinar la legalidad o ilegalidad de la resolución demandada, es preciso efectuar un análisis de fondo, como procede en el caso *sub examine*.

2. En esencia, lo que aquí debe determinarse es si el Gobernador de Cundinamarca era el competente para expedir el acto acusado en el que se declaró como Zona de Protección del Paisaje de la Cuenca Superior del Río Frío.

El recurrente sostiene que el acto acusado debe estudiarse a la luz de la nueva Constitución Política, por considerar que ésta amplió las competencias de los Gobernadores en materia del medio ambiente.

Sobre el particular, estima la Sala que dicho estudio no es necesario, pues en el evento de aceptar que de conformidad con la Constitución Política de 1991, los Gobernadores son competentes para expedir decretos

que contengan la materia a que se contrae el acto acusado, ello no implicaría la purga de ilegalidad o convalidación del acto, que es lo que en últimas pretende el apelante. Al respecto la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido:

> *"..salvo los casos de retroactividad de la ley, dispuesta de manera expresa por el propio legislador en el texto de la nueva norma y de la ley penal nueva permisiva o favorable, y de los de retrospectividad de la ley laboral, que no constituye, en modo alguno, retroactividad de ella, no se puede aplicar una nueva ley para gobernar actos y hechos acontecidos durante la vigencia de la ley anterior, por cuanto, de lo contrario, la seguridad jurídica y el orden público se verían seriamente afectados.*
>
> *Si la denominada «purga de ilegalidad» pudiera considerarse como una especie de convalidación de un acto administrativo... viciado, irregular o simplemente ilegal, ella no es procedente sino cuando se trata de un acto general..."* (Sentencia N° 1329 de 21 de septiembre de 1989. Consejero ponente: doctor Euclides Londoño Cardona, Exp. N° 0326, Actor: Orlando Manuel Dangond Noguera).

En principio, podría pensarse que por tratarse, en el asunto *sub lite*, de un acto de carácter general, procedería el fenomeno de purga de ilegalidad.

Sin embargo, ello no es así, ya que, se reitera, lo que se controvierte es la competencia del Gobernador de Cundinamarca para dictar el acto acusado, y según lo ha sostenido esta Sección, la competencia, por ser un elemento esencial del acto impide que opere de manera retroactiva, razón por la cual si el acto fue dictado por un órgano no competente, es radicalmente nulo o insaneable.

En consecuencia, procede la Sala al estudio de las normas que se invocaron como fundamento del acto acusado y al de las normas en que se basó el *a quo* para declarar la nulidad del Decreto 1677 de 1990, a fin de determinar si el Gobernador de Cundinamarca era o no competente para expedirlo.

Preceptuaba el Artículo 182 de la Constitución Política de 1886:

> *"**Artículo 182:** Los departamentos tendrán independencia para la administración de asuntos seccionales, con las limitaciones que establece la Constitución, y ejercerán sobre los municipios la tutela administrativa necesaria para planificar y coordinar el desarrollo regional y local, y la prestación de servicios, en los términos que las leyes señalen".*

A su turno, prescribe el Artículo 7° literal e) del Decreto 1222 de 1986:

*"**Artículo 7º.** Corresponde a los departamentos:*

(...)

e) Colaborar con las autoridades competentes en la ejecución de las tareas necesarias para la conservación del medio ambiente y disponer lo que requiera la adecuada preservación de los recursos naturales".

El acto demandado dice reglamentar la Ordenanza No. 8 de 1973, "por lo cual se dictan normas sobre de reglamentación de Zonificación y Subdivisión de Areas Residenciales Urbanas y Rurales y se establecen zonas agropecuarias y forestales de destinación especial para el Departamento", en los términos de los Artículos 42 y 43 del Decreto Nº 2568 de 1974.

El Artículo 11 de la Ordenanza Nº 8 de 1973 reza:

"El Gobierno Departamental determinará en cuáles zonas deberá vigilarse el uso de la tierra para obtener su óptima utilización, sea en propósitos industriales, comerciales, de vivienda agropecuarios o forestales y reglamentará lo relativo a las parcelaciones y urbanizaciones para reducir el costo de las que se adelanten en los diversos municipios y para señalar las especificaciones generales de diseño urbano, regional y de operación y construcción de los servicios públicos.

***Parágrafo.** El Gobierno Departamental, al reglamentar el uso de la tierra, establecerá las normas que deban cumplir las construcciones e instalaciones industriales, las que tengan por objeto alojar concentraciones de animales y cualesquiera otras que puedan causar ruido o contaminación ambiental lo mismo que las sanciones a que haya lugar".*

Por su parte, los Artículos 42 y 43 del Decreto 2568 de 1974 disponen:

*"**Artículo 42.** ZPP o Zonas de Protección del Paisaje, son aquellas que, por las características de la topografía, la hidrografía, el clima o cualquier otro factor geográfico, deben conservarse inalterables para la protección del paisaje.*

Estas zonas sólo se podrán destinar a parques, jardines botánicos, hoteles y moteles, en estos dos últimos casos con base en los reglamentos que sean aprobados para el efecto por el Departamento Administrativo de Planeación de Cundinamarca, a través de la Unidad de Asistencia Técnica a los Municipios, previo el visto bueno de la Secretaría de Agricultura y Desarrollo Rural, División de Recursos Naturales y Ecología, entidades que podrán señalar también otros usos especiales dentro de la zona respectiva.

Artículo 43. En las zonas de Protección del paisaje se deberán dejar aislamientos sobre vías principales regionales (VRP) de 30 metros.

Las demás normas que deban cumplirse serán establecidas por el Departamento Administrativo de Planeación de Cundinamarca en coordinación con la Secretaría de Agricultura y Desarrollo Rural, previa la presentación de los siguientes documentos mínimos:

a)...".

3. Para la Sala, las normas arriba transcritas, y que constituyen el fundamento legal del acto acusado, no otorgan al Gobernador de Cundinamarca la competencia para declarar una zona de protección del paisaje, por las siguientes razones:

a) El Artículo 182 de la Constitución Política establece que los departamentos prestarán los servicios públicos a su cargo de conformidad con lo estatuido en la ley;

b) El Artículo 7° literal e) del Decreto-ley 1222 de 1986, si bien habla de la colaboración que deben prestar los departamentos a las autoridades competentes para la conservación del medio ambiente, e igualmente señala que los mismos podrán disponer lo que requiera para la adecuada preservación de los recursos naturales, ello no puede entenderse como lo pretende el recurrente como un desconocimiento de las competencias que en materia de zonas de protección del paisaje la ley ha otorgado a entidades creadas específicamente para tal fin, máxime cuando esta misma norma reconoce que son otras las autoridades competentes en materia de protección ambiental, a las cuales el departamento debe prestar su colaboración, siendo dicha autoridad, en el caso *sub examine*, la Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Bogotá, Ubaté y Suárez CAR, como se verá más adelante;

c) El Decreto-ley 2811 de 1974, en su Artículo 30, dispuso que para la adecuada protección del ambiente y de los recursos naturales el Gobierno Nacional establecerá políticas y normas sobre zonificación sujetas a las del orden nacional;

d) Este mismo decreto en sus artículos 302 a 304, señaló que se determinarán los paisajes que merezcan protección; dispuso que corresponde a la Administración la preservación de dichos paisajes; estableció la obligación de toda persona natural o jurídica que realice obras, de mantener la armonía con la estructura general del paisaje.

e) El Decreto-ley 133 de 1976, en su Artículo 37 dispuso, que el Instituto Nacional de Recursos Naturales Renovables y del Medio Ambiente,

Inderena, tendría a su cargo la protección del ambiente y la administración, conservación y manejo de los recursos naturales renovables en todo el territorio nacional;

f) El Decreto 1715 de 1978, reglamentario del Decreto-ley 2811 de 1974, señaló concretamente que corresponde al Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables del Medio Ambiente, Inderena, la determinación de los paisajes que merezcan protección, teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 302 y 304 del Código de Recursos Naturales;

g) La Ley 2ª de 1978 exceptuó a las corporaciones regionales de desarrollo existentes de lo previsto en el Artículo 37 del Decreto-ley 133 de 1976, arriba transcrito, y dispuso que "conservarán las funciones que en materia de administración, conservación y manejo de los recursos naturales renovables dentro de los territorios de sus respectivas jurisdicciones, les fueron atribuidas por las leyes que las crearon y por las leyes y decretos reglamentarios correspondientes...";

h) A su turno, la Ley 62 de 1983, que modificó y adicionó la Ley 3ª de 1961 que creó la Corporación Autónoma Regional de la Sabana de Bogotá y de los Valles de Ubaté y Chinquinquirá CAR, cambió el nombre de ésta por el de Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Bogotá, Ubaté y Suárez, CAR, y en su Artículo 3º dispuso, en materia de funciones de ésta última, lo siguiente:

> *"**Artículo 3º.** Adiciónase el Artículo cuarto de la Ley 3ª de 1961 en la siguiente forma:*
>
> *«Literal p). Determinar dentro de la jurisdicción las áreas en donde deban desarrollarse proyectos de reforestación y **protección de recursos naturales, que por la ley o reglamento deban adelantar otras entidades**»* (destacado fuera del texto);

i) Es evidente entonces que la competencia que en un principio fue atribuida, mediante el Decreto 1715 de 1978, en materia de protección del paisaje al Inderena, pasó a la Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Bogotá, Ubaté y Suárez, CAR.

Carece por lo tanto de sustento el argumento del recurrente cuando afirma categoricamente que es el departamento quien conoce de manera directa las necesidades de su región y los mecanismos adecuados para responder a ellas, pues quienes directamente tienen dicho conocimiento, son las Corporaciones de Desarrollo Regional, una de cuyas funciones específicas es la protección de los recursos naturales, entre ellos, el paisaje;

j) No es exacto que el Decreto 1715 de 1978 fue derogado por el Decreto-ley 1222 de 1986, como lo afirma el recurrente, pues si bien el segundo es posterior, no lo es menos que la especialidad, a diferencia de lo que estima el apelante, debe predicarse respecto del Decreto 1715 de 1978.

En efecto, el Decreto-ley 1222 de 1986, "por el cual se expide el Código de Régimen Departamental", se refiere al ente territorial en sí comprendiendo diversos aspectos del mismo, tales como su conformación, las autoridades que lo gobiernan, sus atribuciones, sus bienes y rentas, etc., en tanto que el Decreto 1715 de 1978, "por el cual se reglamentan parcialmente el Decreto-ley 2811 de 1974, la Ley 23 de 1973 y el Decreto-ley 154 de 1976, en cuanto a protección del paisaje", contiene una materia bastante específica: la protección del paisaje, competencia que se reitera, le fue asignada al Inderena y posteriormente a las Corporaciones Regionales de Desarrollo.

k) Aduce al apelante que no es cierto que la competencia de la Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Bogotá, Ubaté y Suárez sea exclusiva y excluyente, por cuanto el Artículo 14 de la Ley 3ª de 1961 previó la concurrencia de competencias de varias autoridades, como mecanismos para asegurar la realización de sus fines.

Al respecto observa la Sala que el Artículo 14 de la Ley 3ª de 1961 habla de la Corporación *podrá solicitar la cooperación* de cualesquiera entidades públicas o privadas y de las personas naturales, al igual que podrá prestar la suya a dichas entidades o personas, lo cual es muy distinto a asegurar que el gobernador podría arrogarse la facultad a que se contrae el acto acusado, esto es, declarar una zona de reserva paisajística, cuando la misma Constitución Política de 1886, en sus artículos 20 y 63 disponía que los funcionarios públicos son responsables por extralimitación en el ejercicio de sus funciones, ya que no habrá empleo que no tenga detalladas sus funciones en la ley o el reglamento, lo cual quiere decir que todos y cada uno de los funcionarios de la Administración Pública tienen plenamente delimitada su competencia, sin que el hecho de que las autoridades deban colaborarse unas con otras, implique el usurpar facultades expresamente concebidas a una de ellas.

Además, ni las entidades territoriales ni cualquiera otra autoridad pueden *motu propio* atribuirse competencias que por expresa disposición legal se encuentran radicadas en cabeza de otros organismos del Estado, debiendo ceñirse por lo tanto las funciones a ellas asignadas.

En síntesis, la Sala estima que, en efecto, el acto acusado violó normas de superior jerarquia que señalan como autoridad competente para la declaración de zonas de protección del paisaje a las Corporaciones de Desarrollo Regional, y para el caso en concreto, a la Corporación Regional de

las Cuencas de los Ríos Bogotá, Ubaté y Suárez, contenidas en las Leyes 3ª de 1961, 2ª de 1978 y 62 de 1983 y en los Decretos 2811 de 1974 y 1715 de 1978, razón por la cual la sentencia apelada deberá ser confirmada, como en efecto se hará.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administartivo de Cundinamarca, de fecha 31 de julio de 1995.

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 nueve (9) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Juan Alberto Polo Figueroa, Libardo Rodríguez Rodríguez, Manuel S. Urueta Ayola.*

NOTA DE RELATORIA: Reiteración en sentencias de 21 de septiembre de 1989, Consejero Ponente, doctor *Euclides Londoño Cardona,* Exp. 0326, Actor: *Orlando Manuel Dangond Noguera,* sobre purga de ilegalidad y en sentencias de 6 y 20 de junio de 1991, Exp. 1244 y 1426. Consejero Ponente, Doctor *Miguel González Rodríguez.*

NOTA DE RELATORIA: Ver sentencias de 6 y 20 de junio de 1991, Expedientes N° 1244 y 1426. Consejero Ponente: doctor Miguel González Rodríguez.

PUBLICIDAD EXTERIOR VISUAL - Competencia para su reglamentación / **CONCEJO DISTRITAL** - Competencia en materia de publicidad exterior visual / **DECRETO DISTRITAL** - Ilegalidad / **VALLAS PUBLICITARIAS** - Permiso para la fijación

El Decreto de 21 de julio de 1993 "por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá",es el estatuto que conforma la normatividad especial a la cual se refiere el Artículo 322 de la Constitución Política. En el caso en comento, en materia de publicidad exterior visual la reglamentación corresponde al concejo distrital, razón por la cual el Alcalde Mayor no podía expedir el Decreto 016 de 1994. En efecto, si bien es cierto que el Código de Policía del Distrito (Acuerdo 18 de 1989) prescribe en su Artículo 244 que compete al Alcalde Mayor establecer las condiciones y requisitos que deben cumplir quienes soliciten permiso para colocar vallas, al igual que determinar la ubicación de zonas prohibidas y permitidas para tal efecto, no lo es menos que en la medida en que el Decreto 1421 de 1993 es la normatividad especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, las normas de aquél y cualesquiera otras que contravengan este último, se entienden derogadas tácitamente. En consecuencia, la norma que facultaba al Alcalde Mayor del Distrito Capital de Santafé de Bogotá (Artículo 244 del Acuerdo 18 de 1989) se entiende derogada por el Decreto 1421 de 1993, Artículo 12 numeral 7, que expresamente le asigna como función al concejo la de "Dictar las normas necesarias para garantizar la preservación y defensa del patrimonio ecológico, los recursos naturales y el medio ambiente... "Es muy distinta la competencia para la imposición y ejecución de las medidas de policía, multas y sanciones para quienes incumplan las normas en materia ambiental (Artículo 83 de la Ley 99 de 1993), a la competencia para establecer dichas multas y sanciones, lo cual corresponde al legislador (Artículo 83 ibidem), y a la competencia para reglamentar los usos del suelo y dictar las nor-mas para el control, preservación y defensa del patrimonio ecológico del municipio, que corresponde a los concejos por expresa disposición constitucional (Artículo 313 numerales 7 y 9) y específicamente al Concejo del Distrito Capital, de acuerdo con el numeral 7 del Artículo 12 del

Decreto 1421 de 1993). La derogatoria no desvirtua la presunción de legalidad que ampara los actos administrativos y por ello se haga necesario un pronunciamiento de fondo para determinar la legalidad o ilegalidad de los mismos, como en el caso *sub judice*, donde se concluye que sin lugar a dudas el Decreto 016 de 1994, expedido por el Alcalde Mayor de Santa Fe de Bogotá, D.C., es ilegal, por cuanto violó el Artículo 12 numeral 7 del Decreto 1421 de 1993.

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo. - Sección Primera. - Santafé de Bogotá, D.C., 22 veintidós de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 3506. Actor: José María del Castillo Abella.

La Sección Primera procede a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra la sentencia de 19 de julio de 1995, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

I. ANTECEDENTES

a. El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda.

El ciudadano *José María del Castillo Abella*, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el Artículo 84 del C.C.A., demandó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad del Decreto N° 016 de 12 de enero de 1994 "Por el cual se reglamenta la publicidad exterior visual", expedido por el Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá, D.C.

b. El acto acusado.

En el Decreto No. 016 de 12 de enero de 1994, en el cual se fijan las condiciones y requisitos que se exigen para la colocación de publicidad exterior visual y se determina la ubicación de zonas permitidas y prohibidas para tal efecto.

c. Disposiciones violadas y concepto de la violación.

La parte actora considera que con la expedición del acto acusado se violaron los Artículos 84, 322, 333, 334 y 338 de la Constitución Política; 108, 110 y 188 del Código Nacional de Policía; 8, 12-7, 38-4, 70-5 del Decreto 1421 de 1993; y 93-3 del Código de Régimen Municipal.

Primer cargo. El Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá, D.C., carecía de competencia para expedir el acto acusado, pues de conformidad con el Artículo

8° del Decreto 1421 de 1993, el concejo de la ciudad es la suprema autoridad y sus atribuciones en materia administrativa son de carácter normativo.

Segundo cargo. Violación del Artículo 12 numeral 7 *ibidem*, en cuanto dispone que corresponde al Concejo Distrital dictar las normas necesarias para garantizar la preservación y defensa del patrimonio ecológico, los recursos naturales y el medio ambiente, disposición que a su turno es desarrollo del inciso final del Artículo 333 de la Carta Política, que señala que 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.

El acto acusado contiene una serie de limitaciones y restricciones para el ejercicio de la libre empresa y la libertad económica, consagrando acciones para quienes incumplan alguna de las exigencias allí contempladas. Lo anterior es propio de un régimen normativo y en consecuencia debió ser expedido por el Concejo Distrital y no por el Alcalde Mayor.

El funcionario al expedir el acto se apoyó en la potestad reglamentaria, cuando lo cierto es que su ejercicio requiere de la existencia y vigencia de la norma que va a reglamentar, ya que sus objetivos, límites y alcances son muy preciosos, esto, es darle vida y hacer efectiva la norma que se pretende reglamentar.

En el caso *sub judice* el Concejo Distrital no ha expedido ninguna norma relacionada con la publicidad exterior visual. Es tan cierto ello, que el decreto acusado no cita ninguna disposición legal como fundamento, pues la misma no existe.

En consecuencia, al no existir acuerdo para reglamentar, se configura falta de competencia y desviación de las atribuciones propias del alcalde lo cual se hace aún más protuberante en la consagración de las sanciones previstas en los Artículos 21, 32, 37, 45 y 52 del Decreto 016 de 1994, por cuanto dicho funcionario no tiene la atribución de consagrar autónomamente disposiciones de policía, facultad que se encuentra radicada en el Concejo Distrital.

Frente a los artículos 84, 322, 334, y 338 de la Constitución Política; 108, 110 y 188 del Código Nacional de Policía; 38-4 y 70-5 del Decreto-ley 1421 de 1993; y 93-3 del Código de Régimen Municipal, el actor no expresa el concepto de violación, limitándose a citarlos como transgredidos.

En su alegato de conclusión, el demandante reitera los argumentos espuestos en la demanda y añade que el Congreso expidió la Ley 140 de 1994, "por lo cual se reglamenta la publicidad exterior visual en el territorio

nacional", la cual estableció en su Artículo 17 que entra a regir a partir de la fecha de su promulgación (23 de junio de 1994) y que deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, derogatoria que cobija el Decreto 016 de 1994, el cual la Administración Distrital ha continuado aplicando, por encontrarse amparado por la presunción de legalidad.

d. Las razones de la defensa.

El apoderado del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, expuso como razones de su defensa las siguientes (fls. 77 a 82 del Cdno. Ppal.):

1ª. El Artículo 35 del Decreto 1421 de 1993 atribuye al alcalde, principalmente, las funciones de jefe de gobierno y de la administración distrital, lo faculta, como primera autoridad de policía de la ciudad, para dictar reglamentos de conformidad con la ley y el Código de Policía del Distrito (Acuerdo 18 de 1989) y lo autoriza para utilizar los medios de policía necesarios para la protección de los derechos y las libertades públicas.

2ª. Por su parte, el Artículo 38 *ibidem* le asigna, a dicho funcionario, entre otras funciones, hacer cumplir la Constitución, las leyes, los decretos del Gobierno Nacional y los acuerdos del Concejo Distrital; dirigir la acción administrativa y asegurar el cumplimiento de las funciones, la prestación de los servicios y la construcción de las obras a cargo del distrito; ejercer la potestad reglamentaria, expidiendo los Decretos, órdenes y resoluciones necesarios para asegurar la debida ejecución de los acuerdos; cumplir las demás funciones que le asignen las disposiciones vigentes.

3ª. El inciso 2° del Artículo 322 de la Carta Política señala que el régimen político, fiscal y administrativo del Distrito Capital de Santafé de Bogotá será el que determinen la Constitución, las leyes especiales que para el efecto se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios, existiendo normatividad especial para dicha ciudad, el Decreto 1421 de 1993.

4ª. El Acuerdo 18 de 1989, Código de Policía del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, en su Artículo Primero dispone que corresponde a las autoridades de policía garantizar la convivencia pacífica de los habitantes mediante la protección de los derechos sociales e individuales ejercidos dentro del marco de las libertades individuales y en armonía con los intereses generales que derivan de la vida en comunidad.

El Artículo 2° del mismo estatuto señala que el Alcalde Mayor deberá tener en cuenta que el fin principal de la policía es mantener y garantizar el orden público interno previniendo y controlando las perturbaciones que atenten contra la seguridad, tranquilidad, salubridad, moralidad, ecología y ornato públicos.

A su turno, el Artículo 3° *ibidem* prescribe que los actos que ejecuten las autoridades de policía deben inspirarse en los fines expresados en los Artículos anteriores sin exceder las limitaciones establecidas en la Constitución, las leyes y los reglamentos en lo referente al ejercicio de los derechos y garantías sociales.

De otra parte, los Artículos 226, 227 y 228 *ibidem*, se refieren a los avisos en general, su contenido, definición, características, clasificación y competencia de autoridades distritales para otorgar permisos para su utilización.

El Artículo 244 indica que compete al Alcalde Mayor establecer las condiciones y requisitos que deben cumplir quienes soliciten permiso para la colocación de avisos y vallas, así como determinar la ubicación de zonas permitidas y prohibidas para tal efecto.

El Artículo 245 se define la valla publicitaria, el 246 se refiere el permiso para su colocación y del 247 y siguientes se desprenden las exigencias en cuanto a sitios donde pueden y no funcionar esas vallas.

3ª. El Acuerdo No 31 de 1992 "Por el cual se adopta el Plan de Desarrollo Económico y Social y de Obras Públicas de Santafé de Bogotá, D.C., para el período 1993-1995 ", en el Título II se refiere a los recursos naturales y del medio ambiente, disponiendo en su Artículo 73 que el Departamento Técnico Administrativo del Medio Ambiente será responsable, entre otros, de los elementos ambientales del Distrito Capital.

El Artículo 81 *ibidem* señala que corresponde al DAMA controlar la contaminación visual, pero lo cual reglamentará y controlará el manejo de avisos y vallas publicitarias.

4ª. Con fundamento en la anterior normatividad fue expedido el acto acusado, teniéndose entonces que tanto el Alcalde como los demás funcionarios que lo suscribieron sí tenían la competencia para proferir las medidas en él contenidas en defensa de la contaminación ambiental, dentro de la cual está la contaminación visual.

5ª. Existen otras normas tales como las Leyes 9a. de 1989 y 99 de 1993, relativas al medio ambiente, y el Acuerdo 6 de 1990, estatuto para el ordenamiento físico del Distrito, que le dan respaldo al Decreto cuestionado.

6ª. El derecho de todos los asociados a un ambiente sano está constitucionalmente consagrado, debiéndose respetar y hacer prevalecer por las autoridades de todo orden, en especial por las locales, que son las que comparten las necesidades con la comunidad.

e. La actuación surtida.

De conformidad con las normas correspondientes previstas en el C.C.A., a la demanda se le dió el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse en las siguientes actuaciones:

Por auto de 10 de marzo de 1994 se admitió la demanda y se denegó la suspensión provisional de los efectos del acto acusado (fls. 30 a 33 del Cdno. Ppal.).

Por auto de 13 de diciembre de 1994 (fl. 102 del Cdno Ppal.), se corrió traslado a las partes y al señor Agente de Ministerio Público para alegar de conclusión, derecho del cual hicieron uso la demandante, la demandada y el Agente del Ministerio Público (fls. 103, 110 y 107 del Cdno. Ppal.).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al desatar la controversia planteada, el Tribunal de primera instancia declaró la nulidad del Decreto 016 de 1994, con fundamento en las siguientes consideraciones principales (fls. 119 a 126 del Cdno Ppal.):

1ª. De las normas citadas por el apoderado del Distrito Capital de Santafé de Bogotá se observa que la que le otorga competencia al Alcalde Mayor para expedir un Decreto como el impugnado, es el Artículo 244 del Código de Policía del Distrito Capital (Acuerdo número 18 de 1989).

Sin embargo, dicha atribución desapareció en virtud de lo dispuesto en el numeral 7° del Artículo 12 del Decreto 1421 de 1993, que le asigna al concejo la función de dictar las normas necesarias para garantizar la preservación y defensa del patrimonio ecológico, los recursos naturales y el medio ambiente, lo que implica que el citado Artículo 244 fue derogado tácitamente y por lo tanto no podía servir como sustento pra la expedición del Decreto 016 de 1994.

2ª. Con posterioridad a la expedición del decreto acusado se expidió la Ley 140 de 1994, "Por la cual se reglamenta la publicidad exterior visual en el territorio nacional", que regula la materia reglamentada por el Alcalde Mayor mediante el acto demandado.

Resulta pues válido el argumento del demandante expuesto en su alegato de conclusión, en el sentido de que el decreto impugnado resultó derogado. No obstante lo anterior, tal y como lo ha expuesto la jurisprudencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, la norma, aun derogada, conserva la presunción de legalidad que la ampara, mientras no exista un pronunciamiento del juez que señale que dicha presunción fue desvirtuada.

3ª. La Ley 140 de 1994 reafirma la competencia residual de los consejos en las materias de que trata el acto acusado, ya que dispone en su artículo 3o, al enunciar los lugares prohibidos para la publicidad exterior visual, que "Donde lo prohiban los Concejos Municipales y Distritales conforme a los numerales 7° y 9° del Artículo 313 de la Contitución Nacional".

Se desprende de lo anterior que la materia regulada por el Decreto 016 de 1994 es de competencia del legislador y residualmente del Concejo Distrital. En consecuencia, el Alcalde Mayor no podía reglamentar la publicidad exterior visual y mucho menos con el alcance que le dio el acto demandado, pues no sólo fijó las condiciones y requisitos exigidos para la colocación de esa clase de publicidad y determinó la ubicación de las zonas permitidas y prohibidas para tal efecto, sino que expresó los conceptos y características de los medios utilizados, esto es, vallas, avisos comerciales, pasacalles, etc., y estableció las sanciones a imponer a quienes contravengan dichas disposiciones, cuestiones que como se anotó anteriormente, corresponden al Concejo Distrital, de conformidad con el numeral 7 del Artículo 12 del Decreto 1421 de 1993.

4ª. La publicidad exterior visual tiene que ver, de una parte, con los usos del suelo (numeral 7, Artículo 313 de la Carta Política), y de otra, con el patrimonio ecológico del Municipio (numeral 9 *ibidem*), teniendo los concejos competencia para reglamentar el uso del suelo y para dictar las normas orden al control, preservación y defensa del patrimonio ecológico.

En síntesis, el Decreto acusado fue expedido sin competencia, vulnerando el Artículo 12 numeral 7 del Decreto 1421 de 1993, por lo cual se declarará su nulidad.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En sustentación del recurso de apelación (fls. 6 a 13 del Cdno. No 2), el apoderado del Distrito Capital de Santafé de Bogotá expone los mismos argumentos de defensa contenidos en la contestación de la demanda, y agrega:

Primero: La Ley 99 de 1993 contempla, entre otros, los siguientes principios generales:

1°. El proceso de desarrollo económico y social se orientará según los principios contenidos en la declaración de Río de Janeiro de 1992, sobre medio ambiente y desarrollo.

2°. Las políticas de población tendrán en cuenta el derecho de los seres humanos a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza.

3°. El paisaje, por ser patrimonio común, deberá ser protegido.

4°. El manejo ambiental del país, conforme a la Constitución Política, será descentralizado, democrático y participativo.

5°. Las instituciones ambientales del estado se estructuran teniendo como base criterios de manejo integral del medio ambiente y su interrelación con los procesos de planificación económica, social y física.

Segundo: Según el Artículo 4° de la Ley 99 de 1993, el Distrito Capital, sus autoridades y organizaciones de toda orden y normatividad específica (dentro de la cual se encuentra el Decreto acusado) vienen a conformar parte del Sistema Nacional Ambiental - SINA.

Existen normas de la citada Ley 99 que respaldan la competencia del alcalde para dictar el acto acusado. En efecto, el Artículo 63, en lo referente a los principios de gradación normativa, de armonía regional y de rigor subsidiario; los Artículos 64, 65 (numeral 8) y 66, referentes a las funciones asignadas a los departamentos, municipios y distritos y competencias de los grandes centros urbanos; los Artículos 83 y 84 que determinan las atribuciones de la policía y las sanciones y las denuncias que se pueden imponer por violación a las normas de protección ambiental, lo cual corresponde al Alcalde Mayor como primera autoridad de policía que es del Distrito Capital.

Tercero: Analizando las normas de la Ley 140 de 1994, se tiene que pese a que el decreto acusado fue expedido con anterioridad a aquélla, éste puede entenderse como una reglamentación de dicha ley, conformando una normatividad única y armónica.

Cuarto: El Tribunal de instancia consideró que el Alcalde Mayor actuó sin competencia y que el acto demandado fue derogado tácitamente por la Ley 140 de 1994.

Sobre el particular, debe anotarse que el Acuerdo Distrital No. 31 de 7 de diciembre de 1992, que adoptó el Plan de Desarrollo Económico y Social y de Obras Públicas del Distrito Capital para el período 1993-1995, en su Artículo 81 inciso 3°revistió al DAMA de facultades para ejercer el control de la contaminación visual y desarrollar la debida reglamentación del manejo de avisos y vallas publicitarias que fueren instalados en el Distrito Capital.

Corresponde entonces al DAMA, entre otras funciones, controlar la contaminación visual. Para dicho objeto, siendo un departamento técnico, debía coordinar el desarrollo de la potestad reglamentaria en cabeza del Alcalde Mayor, dada la especialidad de la materia que se concreta a dictar normas, lineamientos a seguir y hacerlos cumplir por la ciudadanía.

Según *Duguit*, el reglamento es toda disposición de carácter general que emana de órgano distinto al parlamento. No se entiende entonces cómo podrían el Alcalde Mayor y el DAMA (Gobierno Distrital) controlar las conductas contrarias a lo dispuesto en la normatividad vigente, sin disponer de un aparato coercitivo que le permitiese juzgar y confirmar las violaciones del medio ambiente y a la ley.

Quinto: Es cierto que el Artículo 12 numeral 7 del Decreto 1421 de 1993 le confiere al Concejo Distrital la facultad de dictar las normas para garantizar la preservación y defensa del patrimonio ecológico, los recursos naturales y el medio ambiente, pero lo hace de una manera genérica, en tanto que el Acuerdo 31 de 1992 facultó al DAMA específicamente para ejercer el control de la contaminación visual y para reglamentar dicho control, soporte bajo el cual se expidió el Decreto 016 de 1994.

Sexto: La potestad del Alcalde Mayor para reglamentar dicha materia no se derivaba solamente del Decreto 1421 de 1993, sino igualmente del Acuerdo 31 de 1992 y de la Ley 99 de 1993.

Séptimo: Para poder declarar la nulidad del acto acusado tendrían que dejarse previamente sin validez los artículos 81 inciso 3° del Acuerdo 31 de 1992, 12 del Decreto 1421 de 1993 y 63 y concordantes de la Ley 99 de 1993. De no ser así, no puede afirmarse que el Decreto 016 de 1994 carece de requisitos para tenerse como norma reglamentaria plenamente vigente, provista de constitucionalidad y legalidad para la jurisdicción del Distrito Capital.

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado ante esta Corporación es partidario de que se revoque la sentencia apelada y en su lugar se denieguen las pretensiones de la demanda, para lo cual expuso lo siguiente:

El Artículo 35 del Decreto 1421 de 1993 dispone que corresponde al Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá, D.C., como primer autoridad de policía, de conformidad con la ley y el Código de Policía del Distrito, dictar los reglamentos e impartir las órdenes, adoptar las medidas y utilizar los medios de policía necesarios para garantizar la seguridad ciudadana y la protección de los derechos y libertades.

A su turno, el Artículo 244 del Código de Policía para el Distrito Especial de Bogotá, cuya vigencia no fue objetada, dispone que compete al Alcalde Mayor establecer las condiciones y requisitos que deben cumplir quienes soliciten permiso para la colocación de avisos y vallas, así como determinar la ubicación de zonas permitidas y prohibidas para tal efecto.

Por su parte, los Artículos 245 a 254 *ibidem* definen el concepto de valla publicitaria y señalan los sitios prohibidos para su colocación. En consecuencia, debe decirse que como el citado código estaba vigente para la fecha de expedición del acto acusado, el Alcalde Mayor sí tenía la competencia para expedirlo.

Ahora bien, si el Código de Policía no estaba actualizado conforme a la nueva legislación, ello no es causal de inaplicabilidad por dos razones especiales: de una parte porque el orden vulnerado no se restablece con la derogatoria tácita de un acto, si no mediante decisión de un juez que lo anule, y de otra, porque la Ley 140 de 1994 a la cual se refiere el fallo apelado, tiene efectos hacia el futuro.

Además al no existir un Código de Policía actualizado se imponía su aplicación, tal y como lo ha sostenido la Corte Constitucional respecto de la legislación preexistente (ver Sentencia C-14 de 1993).

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Lo aquí a detertminar es si el Alcalde Mayor del Distrito Capital de Santafé de Bogotá tenía la competencia para expedir el acto acusado, el cual fija las condiciones y requisitos que se exigen para la colocación de la publicidad exterior visual y determina la ubicación de zonas permitidas y prohibidas para tal efecto.

Como bien lo afirma la entidad demandada, el Artículo 322 de la Constitución Política establece que el régimen político, fiscal y administrativo para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, será el que determinen la Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios.

El Artículo 313 de la Carta Política señala, entre otras funciones de los concejos, las siguientes:

*"**Artículo 313.** Corresponde a los concejos:*

(...)

7. Reglamentar los usos del suelo

(...)

9. Dictar las normas necesarias para el control, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural del municipio...".

A su vez, el Decreto de, 21 de julio de 1993 "por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá", estatuto que conforma la normatividad especial a la cual se refiere el Artículo 322 de la Constitución Política, respecto del concejo prescribe:

> *"**Artículo 8°. Funciones generales.** El consejo es la suprema autoridad del Distrito Capital. En materia administrativa sus atribuciones son de carácter normativo. También le corresponde vigilar y controlar la gestión que cumplan las autoridades distritales".*

Por su parte, el Artículo 12 ibidem, dispone:

> *"(...)*
>
> *7. Dictar las normas necesarias para garantizar la preservación y defensa del patrimonio ecológico, los recursos naturales y el medio ambiente".*

Finalmente, en su Artículo 180, respecto de su vigencia y derogatoria, señala que rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

El recurrente señala que los Artículos 35 y 38 del Decreto 1421 de 1993 son fundamento del acto acusado, ya que el primero faculta el Alcalde Mayor para dictar reglamentos de conformidad con la ley y el Código de Policía del Distrito y, por ello, con base en el Acuerdo 18 de 1989, entre otras normas, el funcionario en cuestión podía expedir el acto acusado; y el segundo, lo faculta para ejercer la potestad reglamentaria expidiendo Decretos, órdenes y resoluciones necesarios para asegurar la debida ejecución de los acuerdos.

El anterior argumento no es de recibo para la Sala, pues dicho Artículo 35 establece para el Alcalde Mayor del Distrito Capital de Santafé de Bogotá la obligación de sujetarse a lo dispuesto en la Constitución y en la ley, y como se expondrá más adelante, de conformidad con una y otra (la Carta Política y el Decreto 1421 de 1993), la reglamentación objeto del acto acusado es competencia del Concejo Distrital.

Respecto del Artículo 38 debe decirse que en efecto le atribuye al citado funcionario la potestad reglamentaria, sin que ello implique que en el ejercicio de dicha facultad el mismo no deba ceñirse a las competencias delimitadas para cada una de las diferentes autoridades en la Constitución y demás normas legales. En el caso en comento, en materia de publicidad exterior visual la reglamentación corresponde al concejo distrital, razón por la cual el Alcalde Mayor no podía expedir el Decreto 016 de 1994.

En efecto, si bien es cierto que el Código de Policía del Distrito (Acuerdo 18 de 1989) prescribe en su Artículo 244 que compete al Alcalde Mayor establecer las condiciones y requisitos que deben cumplir quienes soliciten permiso para colocar vallas, al igual que determinar la ubicación de zonas prohibidas y permitidas para tal efecto, no lo es menos que en la medida en que el Decreto 1421 de 1993 es la normatividad especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, las normas de aquel y cualesquiera otras que contravengan éste último, se entienden derogadas tácitamente.

En consecuencia, la norma que facultaba el Alcalde Mayor del Distrito Capital de Santafé de Bogotá (Artículo 244 del Acuerdo 18 de 1989), se entiende derogada por el Dcreto 1421 de 1993, Artículo 12 numeral 7, que expresamente le asigna como función al concejo la de "dictar las normas necesarias para garantizar la preservación y defensa del patrimonio ecológico, los recursos naturales y el medio ambiente...".

Procede entonces la Sala al estudio de las demás normas que el recurrente considera soporte del acto acuerdo:

Frente al primero y segundo cargos: Considera el apelante que el acto demandado tiene también fundamento en la Ley 99 de 1993, "por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público de encargado la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones", remitiéndose a los Artículos 1°, el cual con-sagra los principios generales en materia ambiental; 4°, que define el Sistema Ambiental Nacional, SINA y señala la jerarquía dentro del mismo; 63, que establece que las funciones de las entidades territoriales en materia ambiental se sujetarán a los principios de armonía regional, gradación normativa y rigor subsidiarios; 65, que señala las funciones de los municipios y distritos; 66, que se refiere a las competencias de los grandes centros urbanos; y 83 y 84, que establecen las atribuciones policía de las autoridades ambientales en materia de sanciones y denuncias.

Estima la Sala que el articulado anterior, lejos de otorgarle competencia al Alcalde Mayor del Distrito Capital de Santafé de Bogotá para expedir el acto demandado, lo que hace es confirmar su ilegalidad.

En efecto, todas las normas anteriores consagran que las competencias atribuidas a cada una de las autoridades ambientales deben respetar la jerarquía de las normas y especialmente, en lo que respecta a las atribuciones de policía del Artículo 83 dispone que en otros "...los distritos con régimen constitucional especial, quedan investidos, a prevención de los demás autoridades competentes, de funciones policivas para la imposición y ejecución de las medidas de policía, multas y sanciones establecidos por la ley, que sean aplicables según el caso".

Es muy distinta la competencia para la imposición y ejecución de las medidas de policía, multas y sanciones para quienes incumplan las normas en materia ambiental (Artículo 83 de la Ley 99 de 1993), a la competencia para establecer dichas multas y sanciones, lo cual corresponde al legislador (Artículo 83 *ibidem*), y la competencia para reglamentar los usos del suelo y dictar las normas para el control, preservación y defensa del patrimonio ecológico del municipio, que corresponde a los concejos por expresa disposición constitucional (Artículo 313 numerales 7 y 9) y específicamente al Consejo del Distrito Capital, de acuerdo con el numeral 7 del Artículo 12 del Decreto 1421 de 1993.

Por lo anterior, los cargos son desestimados.

Frente al tercer cargo: El recurrente afirma que el Decreto 016 de 1996 y la Ley 140 de 1994 conforman una normatividad única y armónica.

El fallador de primera instancia consideró que la Ley 140 de 1994 "por la cual se reglamenta la publicidad exterior visual en el territorio nacional", derogó el acto demandado.

Al respecto, la Sala se encuentra que en efecto se tiene que el Decreto demandado sí fue derogado por la citada ley, en la medida en que ésta dispone expresamente en su Artículo 3°, que "podrá colocarse Publicidad Exterior Visual en todos los lugares del territorio nacional, salvo en los siguientes: (...) c. Donde lo prohiban los Concejos Municipales y Distritales conforme a los numerales 7 y 9 del Artículo 313 de la Constitución Nacional..."

No obstante lo anterior, tal y como lo afirma el *a quo*, la derogatoria de una norma se sustrae al juzgador de efectuar un pronunciamiento de fondo, ya que el acto, aun derogado, conserva la presunción de legalidad.

A este respecto, la Sala considera oportuno pronunciarse frente lo afirmado por el señor Procurador Delegado ante ésta Corporación en su vista de fondo, quien considera que el Alcalde era competente para expedir el acto demandado, de una parte, porque el Código de Policía del distrito si bien no estaba actualizado, ello no impedía su impidía (afirmación que sustenta con una sentencia de la Corte Constitucional), y de otra, porque la Ley 140 de 1994 tiene efectos hacia el futuro.

Las anteriores apreciaciones no son compartidas por esta Corporación, por las siguientes razones.

1ª. La sentencia de la Corte Constitucional No. C-14 de 21 de enero de 1993, Magistrado Ponente: *doctor Ciro Angarita Barón*,a que se refiere el Ministerio Público, sostuvo:

"... Pero con respecto a la legislación preexistente las exigencias del principio de seguridad jurídica y certidumbre se satisfacen de una manera diversa. En efecto, la regla dominante en este nuevo universo normativo reconoce que el Tránsito constitucional no conlleva necesariamente la derogación de todas las normas expedidas durante la vigencia de la Constitución derogada. Por tanto, la legislación preexistente conserva toda su vigencia en la medida en que la nueva Constitución no establezca reglas diferentes.

...La diferencia entre la nueva Constitución y la ley preexistente debe llegar al nivel de una incompatibilidad real, de una contradicción manifiesta e insuperable entre los contenidos de las proposiciones de la Carta con los de la ley preexistente. Por tanto, no basta una simple diferencia...

Todo lo anterior supone un análisis de profundidad realizado por el juez competente, quien será, en últimas, el llamado a determinar la naturaleza y el alcance de la contradicción".

De lo transcrito se desprende que si bien es cierto no toda la legislación preexistente a la nueva Constitución Política puede entenderse derogada, no lo es menos que en la medida en que una y otra sean manifiestamente incompatibles, la primera deberá entenderse necesariamente desaparecida del ordenamiento jurídico, como acontece en el caso *sub exámine*, respecto del Artículo 244 del Código de Policía del Distrito (Acuerdo 18 de 1989), que atribuía al Alcalde Mayor facultad de establecer condiciones y requisitos que deben cumplir quienes soliciten permiso para la colocación de avisos y vallas y determinar las zonas permitidas y prohibidas para tal efecto, pues, se reitera, tanto la Constitución como el Decreto 1421 de 1993, atribuyeron dicha función al concejo.

En consecuencia, como una cosa es la derogatoria, la cual se predicaría del Decreto 016 de 1994, por parte de la Ley 140 de 1994, y otra la ilegalidad, se tiene que independientemente de dicha derogatoria, el acto administrativo acusado es ilegal por violación al Artículo 12 numeral 7 del Decreto 1421 de 1993, en cuanto éste otorga al Concejo Distrital de Santafé de Bogotá y no al Alcalde Mayor, la facultad de reglamentar la materia objeto del mismo.

2ª. Como bien lo afirma el señor Agente del Ministerio Público, las leyes operan hacia el futuro, pero ello no es motivo para afirmar que por tal razón el acto no puede ser derogado, pues es apenas obvio que una norma solamente puede ser derogada por una disposición expedida con posterioridad, como es en el caso del Artículo 244 del Acuerdo 18 de 1989 (Código de Policía del Distrito) que fue derogado por el Artículo 12 numeral 7 del Decreto 1421 de 1993, como ya quedó expresado.

Cuestión distinta, se reitera, es que la derogatoria no desvirtúe la presunción de legalidad que ampara los actos administrativos y que por ello se haga necesario un pronunciamiento de fondo para determinar la legalidad o ilegalidad de los mismos, como en el caso *sub judice*, donde se concluye que sin lugar a dudas el Decreto 016 de 1994 expedido por el Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá, D.C., es ilegal, por cuanto violó el Artículo 12 numeral 7 del Decreto 1421 de 1993.

Por lo anterior, el cargo no prospera.

Frente al cuarto y quinto cargo: El recurrente expresa que el Acuerdo 031 de 1992, "Por medio del cual se adoptó el Plan de Desarrollo Económico y Social y de Obras Públicas del Distrito Capital de Santafé de Bogotá para el período de 1993-1995", en su Artículo 81 numeral 3 facultó al Departamento Administrativo del Medio Ambiente DAMA, para controlar la contaminación visual, pudiendo éste reglamentar y controlar el manejo, de avisos y vallas publicitarias.

Sobre el particular, observa la Sala que dicho acuerdo fue expedido con autoridad a la expedición de la Ley 140 de 1994 y del Decreto 1421 de 1993, y tanto la una como el otro (Artículo 3° literal c) y Artículo 12 numeral 7, respectivamente), disponen que corresponde a los concejos señalar los lugares de ubicación donde no podrá colocarse publicidad exterior visual de conformidad con los numerales 7 y 9 del Artículo 313 de la Constitución Política, y dictar las normas necesarias para garantizar la preservación y defensa del patrimonio ecológico, los recursos naturales y del medio ambiente.

Lo anterior lleva a la Sala a concluir que el inciso 3° del Artículo 81 del citado acuerdo, en cuanto facultó al DAMA para reglamentar el manejo de avisos y vallas publicitarias, se entiende derogado tanto por el estatuto contentivo al Régimen Especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, como por la ley que reglamentó la publicidad exterior visual en el territorio nacional, pues si bien el Acuerdo 31 fue expedido por el Concejo, las normas superiores arriba comentadas en parte alguna confieren a dicha corporación la facultad de delegar en el citado departamento administrativo, la reglamentación a que se contrae el acto acusado.

Lo expuesto lleva a desestimar el cargo.

Frente al sexto cargo: Sostiene el apelante que la facultad del Alcalde Mayor se derivaba no solamente del Decreto 1421 de 1993, sino del Acuerdo 031 de 1982 y de la Ley 99 de 1993, argumentos que ya fueron analizados y desestimados, razón por la cual el cargo no prospera.

Frente al séptimo cargo: El apoderado de la demandada afirma que poder declarar la nulidad del acto acusado deben dejarse previamente sin

validez los Artículos 81 inciso 3° del Acuerdo 31 de 1992, 12 del Decreto 1421 de 1993 y 63 y concordantes de la Ley 99 de 1993.

Al respecto, la Sala observa que el recurrente no explica en qué sentido debe entenderse "dejar sin validez...", entre otros, el Artículo 81 inciso 3° del Acuerdo 31 de 1992, interpretando esta Corporación que respecto del mismo se refiere a que en tanto no se declare su nulidad, no puede dejar de ser considerado como fundamento del acto acusado.

Como ya se expreso anteriormente, la Sala estima que el Artículo 81 inciso 3° del Acuerdo 31 de 1992, en cuanto facultó al DAMA para reglamentar el manejo de avisos y vallas publicitarias, deben entenderse derogado por el Decreto 1421 de 1993 y la Ley 140 de 1994.

En consecuencia, como una cosa es la derogatoria de una norma, para el caso en comento la del Artículo 81 inciso 3° del Acuerdo 31 de 1992, la cual no conlleva la pérdida de la presunción de legalidad que ampara a acto todo administrativo, y otra muy distinta su declaratoria de nulidad, lo cual sería eventualmente objeto de otra acción de nulidad y no de la que ocupa a la Sala, esta Corporación reitera que debiendo entenderse derogado el Artículo 81 inciso 3° del mencionado acuerdo, mal podía servir de fundamento para la expedición del acto demandado.

Frente al Artículo 12 del estatuto contentivo del régimen especial del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, se tiene que dicha norma, como quedó visto, precisamente otorga competencia al concejo distrital para reglamentar la materia objeto del acto acusado, y en cuanto a los Artículos 63 y concordantes de la Ley 99 de 1993, los mismos expresan claramente que las competencias en materia de medio ambiente deben ser respetadas, al igual que el principio de la gradación normativa, luego son las normas arriba citadas las que permiten concluir sin lugar a dudas que el Alcalde Mayor carecía de competencia para expedir el Decreto 016 de 1994.

En consecuencia, el cargo no prospera.

En síntesis, estima la Sala que ninguna de las normas que el recurrente considera como fundamento del acto acusado pueden considerarse así (Artículos 12, 35 y 38 del Decreto 1421 de 1993; 63 y concordantes de la Ley 99 de 1993; Ley 140 de 1994; Acuerdo 19 de 1989; y Artículo 81 inciso 3° del Acuerdo 31 de 1992), razón por la cual la sentencia apelada será confirmada en la parte resolutiva de esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído previamente el concepto del Minis-

terio Público y en desacuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero. CONFIRMASE la sentencia recurrida en apelación, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el diecinueve (19) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Segundo. En firme esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en una sesión de fecha veintidós (22) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Juan Alberto Polo Figueroa,; Libardo Rodríguez Rodríguez, Manuel Urueta Ayola.*

DISTRIBUCION DE GAS PROPANO - Naturaleza / **SERVICIO PUBLICO DE DISTRIBUCION DE GAS** - Conflicto de competencias / **LEY DE SERVICIOS PUBLICOS** - Interpretación / **CONFLICTO DE COMPETENCIAS** - Regulación y control de gas combustible

De acuerdo con las normas del título V de la Ley 142 de 1994, Artículos 62 a 85, el Ministro de Minas y Energía, la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, tienen funciones reguladoras y de control en el campo del gas combustible, por lo que en las relaciones entre dichos organismos pueden presentarse conflictos en el cumplimiento de sus funciones. Es necesario entonces determinar el alcance de la competencia que se le asigna al Presidente de la República para resolver los conflictos "en cuanto al reparto interno de funciones", lo que puede lograrse solamente a través de un estudio sistemático de la normatividad a que se ha hecho refe-rencia. Después de dicho análisis, se podrá establecer la legalidad del acto acusado.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. - Santafé de Bogotá, D.C., veintidós (22) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: *Doctor Manuel S. Urueta Ayola.*

Referencia: Expediente No. 3760. Actora: Dora Mariño Flórez.

Dora Mariño Flórez, en ejercicio de la acción consagrada en el Artículo 84 del C.C.A., solicita que se decrete la nulidad del dictamen proferido por el señor Presidente de la República mediante oficio N° 583 del pasado 24 de enero, por el cual se interpreta la Ley 142 de 1994 en materia de distribución de gas propano en cilindros y tanques estacionarios y deslinda las competencias de regulación, control, vigilancia y sanciones.

ADMISION DE LA DEMANDA

Como la demanda reúne los requisitos formales exigidos en los artículos 137 y siguientes del C.C.A., la Sala habrá de admitirla en la parte resolutiva de este proveído.

SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

Según el actor se violaron de manera flagrante las siguientes disposiciones.

1. Artículo 83 de la Ley 142 de 1994, pues el Presidente de la República interpretó el sentido y alcance de toda esta ley sin tener encuenta la condición establecida en el sentido de que la interpretación debe producirse "...en cuanto al reparto de funciones interno...", para "...solucionar aquellos conflictos que puedan generarse entre las funciones de regulación y control... que les corresponde a los distintos organismos del Estado a los que la Ley 142 de 1994 ha otorgado competencias".

2. Artículo 150 numeral 1 de la Constitución Política, ya que "por excepción y sólo en ejer cicio de facultades extraordinarias y *pro tempore*, podría el Gobierno, el cual está comprendido por el Presidente de la República y el Ministro de ramo, ejercer esta función por medio de decretos leyes y solamente cuando se trate de materias reservadas por la Constitución a la regulación del Legislador. En otras palabras, esta competencia así entendida consistente en 'interpretar la ley', se encuentra por expresa disposición del Artículo 150 ordinal 1, radicada en el Congreso de la República y se realiza mediante otra 'ley' denominada 'ley interpretativa', la cual contiene una dclaración del sentido de una ley que se presta a dudas. Por una ficción legal se supone que la ley interpretativa forma un solo cuerpo con la ley que interpreta o se entiende incorporada a ésta".

3. El Artículo 115 de la Constitución Política, por cuanto el oficio 583 se produjo sin la firma del Ministro competente, que es el Minas y Energía, la que era indispensable para que el dictamen emitido adquiera valor o fuerza.

4. Artículo 237 numeral 3 de la Constitución Política, "al expedir un dictamen con motivo de la diversidad de interpretaciones respecto de la aplicación de la Ley 142 de 1994 en lo atinente a la distribución de gas propano en innumerables cilindros (G.L.P); el Presidente de la República está actuando como órgano consultivo en asuntos generales de administración, facultades radicadas por la Carta en cabeza del Consejo de Estado, violando así la norma transcrita".

SE CONSIDERA

1. No aprecia la Sala, *prima facie*, la violación del Artículo 83 de la Ley 142 de 1994, como lo sostiene el demandante. En efecto, si bien es cierto que en el encabezamiento del concepto acusado se traen a cuento varias disposiciones de ella (artículos 1°; 14, 21 y 22) las que relacionan con la 367 de la Constitución Política y el numeral 4 del Artículo 13 de la Ley 223 de 1995, no es menos evidente que tal cosa se hace con el propósito de tomar elementos de juicio que permitan concluir "...que la distribución de gas propano (G.L.P.) mediante el uso de cilindros y de tanques estacionarios, es un servicio público domiciliario, regulado por la citada ley"; conclusión ésta que se toma a su vez como base para inferir su aplicabilidad a tal tipo de distribución de gas y, por tanto, para dictaminar que es lo que compete a la Comisión de Regulación de Energía y Gas, al Ministerio de Minas y Energía y la Superintendencia de Servicios Públicos; aspecto que constituye el tema principal del concepto.

Si la competencia, entendida en un sentido lato, no es si no la forma en que se encuentran distribuidas las funciones o asuntos de que conoce cada oficina o entidad administrativa, lo que se desprende del dictamen acusado es que la interpretación de las normas de la Ley 142 de 1994 que en él se hace, concierne "al reparto de funciones interno" a que se refiere el Artículo 83 de este ordenamiento; por lo que la omisión de que esta parte de la norma se cometió en el referido dictamen al transcribirla y que señala el actor en su solicitud, no tiene, en principio la transcendencia que éste quiere darle.

2. El ordinal primero del Artículo 150 de la Constitución Política, que según el actor se quebrantó de manera manifiesta, se refiere a la función del congreso de interpretar, por medio de leyes, otras leyes ya existentes.

Y en vista de que en el *sub examine* la interpretación efectuada por el señor Presidente de la República se basa en la previsión que contiene al citado Artículo 83 Ley 142 de 1994, en principio no se aprecia la violación ostensible que se alega. Para concluir si hubo, o no, infracción del mandato constitucional sería menester hacer un estudio de fondo, confrontando la previsión delArtículo 150,1 con la facultad concreta que el legislador otorgó al Presidente para resolver conflictos entre funciones de regulación y control.

3. En cuanto al quebranto ostensible del Artículo 115 de la Constitución, tampoco se observa éste al primer golpe de vista, ya que si bien es cierto de que conformidad con este precepto ningún acto del Presidente tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea suscrito y comunicado por el Ministerio del ramo respectivo o por el director del Departamento Administrativo correspondiente, también lo es que señala algunas salvedades, entre las cuales figuran aquellos actos que se expiden por el Presidente como suprema autoridad administrativa; por lo que es necesario dilucidar,

cosa que no puede hacerse en esta etapa procesal sino en el fallo con que se resuelva la demanda, si el dictamen acusado encuadra, o no, dentro de esta última categoría. Además, la facultad de dictaminar se le confiere la Ley 142 de 1994 al Presidente de la República exclusivamente, hecho este que, por lo menos en principio, no hace ver la necesidad de que el Ministro del ramo suscriba también el acto.

4. Sobre el posible quebranto del Artículo 237 numeral 3°, de la Constitución Política, cabe señalar que esta norma atribuye al Consejo de Estado la función de "actuar como cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración ...'", mientras que el dictamen acusado no se presenta, de acuerdo con lo que se aprecia de inmediato, sino como un mecanismo, señalado por el legislador, para resolver dificultades o conflictos "en cuanto al reparto de funciones interno", razón por la cual, *prima facie*, no se observa ninguna violación evidente, sin que ello obste para que se profundice sobre el particular en el correspondiente fallo.

5. En fin, de acuerdo con las normas del título y de la Ley 142 de 1994, Artículos 62 a 85, el Ministro de Minas y Energía, la comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible, y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, tienen funciones reguladoras y de control en el campo del gas combustibale, por lo que en las relaciones entre dichos organismos pueden presentarce conflictos en el cumplimiento de sus funciones. Es necesario entonces determinar el alcance de la competencia que se le asigne al Presidente de la República para resolver los conflictos "en cuanto al reparto interno de funciones", lo que puede lograrse solamente a través de un estudio sistemático de la normatividad a que se ha hecho referencia. Después de dicho análisis, se podrá establecer la legalidad del acto acusado.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera.

RESUELVE:

1. Admitir la demanda presentada por la ciudadana *Dora Mariño Flórez*..

En consecuencia, se dispone:

a. Tiénese como parte demandante a la ciudadana *Dora Mariño Flórez.*

b. Tiénese como parte demandada a la Nación-Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

c. Notifíquese personalmente esta providencia, con entrega de copias de la demanda y sus anexos, al jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

d. Fíjese en el negocio en lista por el término legal para efectos de que la demanda pueda contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas, y el demandante, si lo tiene a bien, haga uso de la facultad que le concede el Artículo 208 del C.C.A.

e. Notifíquese personalmente esta providencia al señor Procurador Delegado en lo Contencioso ante esta Corporación, con entrega de copias de la demanda y sus anexos.

f. Notifíquese personalmente, en calidad terceros, al Ministro de Minas y Energía y al Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios.

g. Deposite la demandante la suma de cinco mil pesos ($5.000,oo) dentro del término de ocho (8) días, para gastos del proceso.

h. Solicítese a la Secretaría del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República el envío de los antecedentes administrativos del acto acusado.

2°. Deniégase la suspensión provisional pedida en la demanda.

Cópiese, notifíquese, y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintidós (22) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Ernesto Rafel Ariza Muñoz, Presidente; *Juan Alberto Polo Figueroa, Libardo Rodríguez Rodríguez, Manuel S. Urueta Ayola.*

BIEN MOSTRENCO - Denuncia / **CALIDAD DE DENUNCIANTE DE BIEN MOSTRENCO** - Improcedencia / **SENTENCIA DE NULIDAD** - Efectos / **BIEN MOSTRENCO** - Recaudo del IVA

Una cosa es no reconocer la calidad de denunciante, lo cual en el presente caso ocurrió por existir una denuncia previa a la de los actores, y otra muy distinta a la declaratoria de bien mostrenco, cuestión esta última que corresponde a la jurisdicción civil ordinaria. En efecto, si bien es cierto que la decisión del Consejo de Estado se profirió el 29 de enero de 1993 y que su ejecutoria se produjo el 20 de febrero del mismo año, no lo es menos que ello para nada impedía denunciar en cualquier momento como bienes mostrencos los dineros recaudados a partir del 1°de julio de 1992 por concepto del IVA sobre nuevos servicios creados por la Ley 6a. de 1992, ya que, como bien lo afirman los actos demandados y el *a quo*, dicha providencia es solamente un elemento de juicio para ser tenido en cuenta por el juez civil ante quien se proponga el proceso para la decla-ratoria de bien mostrenco, sin que sea en manera alguna el fallo del Consejo de Estado tantas veces referido, el que otorga la calidad de mostrencos a los citados bienes. Debe observarse, frente a los efectos en el tiempo de la declaratoria de nulidad de los apartes de los artículos 1° 2° del Decreto 1107 de 1992, contenida en la sentencia de 29 de enero de 1993 de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que dicha declaratoria produce efectos *erga omnes*, los cuales se retrotraen al momento de expedición de la norma demandada, esto es, a 2 de julio de 1992, sin que sea de recibo lo expuesto por los actores, en el sentido a que éstos producen efectos sólo en materia tributaria.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. - Santafé de Bogotá, D.C., seis (6) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: *Doctor Juan Alberto Polo Figueroa.*

Referencia: Expediente No. 3663. Actores: Gabriel Antonio Mejia Arango y otro, Autoridades Nacionales.

Decide la Sala en relación con el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 1° de noviembre de 1995, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual denegó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Los hechos.

Mediante el Artículo 19 de la Ley 6a. de 30 de junio de 1992, se modificó el Estatuto Tributario, se unificó la tarifa del impuesto sobre las ventas para bienes y servicios, y se estableció la sujeción al gravamen de todos los servicios con excepción de los expresamente excluidos por el Artículo 476. En el Páragrafo 5 del Artículo 471 del Estatuto Tributario, tal como quedó modificado por la norma prementada, se estableció que "el presente artículo rige a partir del 1° de enero de 1993".

Mediante el Decreto No. 1107 de 2 de julio de 1992, el Presidente de la República reglamentó parcialmente la Ley 6ª de 1992, y en sus Artículos 1° y 3° dispuso, respectivamente: "De conformidad con la Ley 6a de 1992, a partir del 1° de julio de 1992.... son responsables del impuesto sobre las ventas..... quienes presten los servicios diferentes a los exceptuados en el Artículo 476 del Estatuto Tributario ...", y que "A partir del 1°de julio de 1992 y hasta el 31 de diciembre del mismo año, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 25 de la Ley 6a. de 1992,...la tarifa del impuesto sobre las ventas para los servicios será del 12 por ciento (12%)".

En sentencia del 29 de enero de 1993, la Sección Cuarta del Consejo de Estado declaró la nulidad de las expresiones "A partir del 1°de julio de 1992", contenidas en los artículos 1° y 3° del Decreto reglamentario 1107 de 1992, por cuanto dicho decreto anticipó la aplicación de la Ley 6a de 1992, cuando expresamente el Artículo 5° había señalado su aplicación a partir del 1° de enero de 1993.

Con fecha 1° de marzo de 1993, los demandantes presentaron ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Cali, la denuncia, como bienes mostrencos, de los dineros recaudados entre el 1°de julio y el 4 de septiembre de 1992 por la Unidad Administrativa Especial-Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, la cual estimaron en una suma superior a los Diez Mil Millones de Pesos ($10.000.000.000) considerando que sólo a partir de la fecha de ejecutoria (20 de febrero de 1993) de la sentencia del Consejo de Estado de 29 de enero de 1993, tales dineros adquirieron la calidad de mostrencos.

Como quiera que con anterioridad al 1°de marzo de 1993, otros particulares ya habían presentado denuncia sobre dichos bienes, el Instituto

Colombiano de Bienestar Familiar no reconoció como denunciantes a los aquí demandantes.

2. La demanda.

Luis Góngora Reina, obrando en su propio nombre y en representación de *Gabriel Antonio Mejía Arango*, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, tendiente a obtener resolución favorable a las siguientes pretensiones:

2.1. Nulidad de la Resolución No. 4069 de 22 de julio de 1993, por medio de la cual la Dirección Regional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar —Regional Valle del Cauca—, negó a los demandantes el derecho a ser reconocidos como primeros denunciantes de los bienes mostrencos consistentes en la totalidad de las sumas recaudadas por concepto del Impuesto al Valor Agregado, IVA, en cantidad superior a los diez mil millones de pesos ($10.000.000.000) M/ CTE., depositados en la Tesorería General de la Nación.

2.2 Nulidad de la Resolución No. 5917 de 26 de octubre de 1993, por medio de la cual resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la resolución enunciada en el numeral anterior, que la confirma, y concede el recurso de apelación.

2.3. Nulidad de la resolución No. 3027de 29 de diciembre de 1993, expedida por la Subdirectora Jurídica del I.C.B.F., por medio de la cual se desató el recurso de apelación interpuesto en contra de la Resolución No. 4069 de 22 de julio de 1993.

2.4. Nulidad de la Resolución No. 0319 de 26 de enero de 1994, por medio de la cual se aclaró el Artículo 1°de la Resolución No. 3027 de 29 de diciembre de 1993, expedida por la funcionaria citada el numeral anterior.

2.5. Nulidad de toda la actuación cumplida por el I.C.B.F., de Santafé de Bogotá, relativa a la posible celebración del contrato administrativo para adelantar la declaratoria judicial, como bienes mostrencos, de los denunciados por el señor *Marco Tulio Cintura Arévalo* el 15 de julio de 1992.

2.6. Nulidad de toda la actuación cumplida por el I.C.B.F., que tenga relación directa o indirecta con el desconocimiento que dicha entidad haya hecho de los derechos de los demandantes como los primeros denunciantes de los aludidos bienes, mostrencos.

2.7. A título de restablecimiento del derecho solicita se ordene al I.C.B.F., que en el término que se señale celebre con *Gabriel Antonio Mejía Arango* y *Luis Góngora Reina.*, el correspondiente contrato administrativo para obtener la declaración judicial de los bienes mostrencos por ellos denunciados y su adjudicación al I.C.B.F., al tenor de lo preceptuado en los artículos 99 y siguientes del Decreto 2388 de 29 de septiembre de 1979, en el Artículo 1°del Decreto N° 3421 de 7 de noviembre de 1986 y en las disposiciones complementarias vigentes.

2.8 En subsidio, solicita se ordene al I.C.B.F., la expedición de la correspondiente resolución donde se reconozca a los señores arriba citados como primeros denunciantes de los bienes mostrencos en cuestión, y se ordene celebrar el correspondiente contrato administrativo para adelantar el proceso judicial que busque la declaratoria de los bienes mostrencos mencionados y su adjudicación al I.C.B.F., de acuerdo con el Artículo 1° del Decreto No. 3421 de 1986.

3. Normas invocadas como violadas y concepto de la violación.

A juicio de los demandantes, con los actos y actuaciones administrativas acusados se violaron las normas que a continuación se indica, con el concepto respectivo:

3.1. El Artículo 2° de la Constitución Política, por cuanto con la expedición de las resoluciones demandadas se desconoció el principio garante de los derechos consagrados en la Carta y se pretermitió la protección de los bienes y de los derechos reclamados, dado que los hechos invocados para negar el derecho a ser tenidos en cuenta como primeros denunciantes, no son ciertos, sino moras elucubraciones filosóficas e interpretaciones doctrinarias sobre el alcance en el tiempo y los efectos de la sentencia proferida por el Consejo de Estado de 29 de enero de 1993, que declaró nulas las expresiones "a partir del 1°de julio de 1992", contenidas en los artículos 1°y 3° del Decreto 1107 de 1992.

3.2. El Artículo 4° de la Carta, porque se dio paso a una interpretación doctrinaria sobre los alcances del fallo comentado, frente a la presencia de la garantía constitucional de la prevalencia del derecho sustancial en las decisiones judiciales (Artículo 228 C.P.), con pretermisión del concepto de imparcialidad que rige la función administrativa (Artículo 209 C.P.), favoreciendo ostensiblemente al señor *Marco Tulio Cintura Arévalo* en la posible adjudición del contrato administrativo para obtener la declaratoria de mostrencos de los bienes a que se contrae la demanda.

3.3. El Artículo 23 de la Constitución, por cuanto la "pronta resolución" de que trata dicha norma no se aplicó para los demandantes. A éstos a pesar de haber formulado la correspondiente denuncia ante el

I.C.B.F., el 1°de mayo de 1993, sólo se les respondió el 29 de diciembre de 1993 es decir, por fuera del término de que trata el Artículo 6° del C.C.A., dando así tiempo para que en Bogotá se hiciera el "montaje" de otras denuncias "anteriores" a la de los demandantes.

3.4. El Artículo 83 de la Carta porque con total ausencia de buena fe, se pretendió favorecer la presunta denuncia del señor *Cintura Arévalo*, cuando ésta ni siquiera constituía una espectativa de derecho.

3.5. El Artículo 29 de la Constitución, al desconocer el debido proceso, dado que con la interpretación filosófica de los alcances en el tiempo de una decisión judicial, en sus efectos *ex-nunc* y *ex-tunc*, acomodaticiamente se ha pretendido aplicar como prevalente la denuncia del señor *Cintura*. Además, porque el I.C.B.F., en contra de la ley, paladinamente dice que, no obstante existir denuncias sobre los bienes mostrencos ya citados, se reserva la facultad de adelantar la declaratoria judicial de ser mostrencos esos bienes.

Con lo anterior, la entidad damandada viola, además, la Ley 75 de 1968; desconoce el derecho que los artículos 99 a 103 del Decreto 2388 de 1979 y el Artículo 1°del Decreto 3421 de 1986, otorgan claramente a los denunciantes, llevándose por delante también el principio de prevalencia de la norma sustancial en la toma de decisiones.

3.6. El Artículo 90 de la Constitución por la causación de los eventuales perjuicios patrimoniales, que con la, antijuridicidad de las resoluciones, puedan ser causados a los demandantes. La entidad demandada no tuvo la prudencia ni previsión necesarias para evitar los daños que su acción dolosa u omisiva pudiera causarles a aquéllos.

3.7. El Artículo 228 de la Norma de Normas, puesto que si el debido proceso tiene aplicación en todas las actuacciones administrativas y judiciales y en ciertos casos, como en el *sub examine* la Administración tiene funciones de juzgamiento, el Instituto desconoció los preceptos de derecho sustancial contenidos en el Artículo 66 de la Ley 75 de 1968, en los artículos 99 a 103 del Decreto 2388 de 1979 y en el Artículo 1°del Decreto 3421 de 1986, cuando manifiesta que, no obstante las denuncias formuladas sobre los referidos bienes mostrencos, se reserva el derecho a adelantar, prescindiendo de los denunciantes, las acciones judiciales pertinentes para obtener la declaratoria de ser mostrencos tales bienes.

3.8. El canon constitucional No. 345, por cuanto los ingresos del Estado provienen de los gravámenes y tributos de los empréstitos públicos, de la prestación y venta de bienes y servicios, y de multas y sanciones pecuniarias. Si de acuerdo con los numerales 11 y 12 del Artículo 150 de la Carta solamente el Congreso de la República podrá establecer contribuciones fiscales en el proyecto de ley de apropiaciones que trata el Artículo 347

ibidem, con la emisión de las resoluciones acusadas se pretende obtener unos ingresos no autorizados por la ley, ya que se viola el derecho de los denunciantes a obtener la participación pecuniaria que por la ley se les asigna, participación que engrosaría indebidamente en la cuota porcentual de ley, las arcas del Instituto.

3.9. Consideran, así mismo, los demandantes que hay violación de la ley sustancial relativa a la materia que nos ocupa, porque una cosa es el campo de aplicación en el tiempo de fallo del Consejo de Estado de 29 de enero de 1993 en relación con el impuesto del IVA, con sus posibles efectos *ex-tunc* y *ex-nunc*, y en el marco estrictamente tributario y otra muy diferente, pretender acomodar artificiosamente esos efectos del fallo al derecho del presunto denunciante *Cintura Arévalo* lo cual cabida en al derecho civil. Además la situación del señor no tiene soporte jurídico ni fáctico alguno, porque esa denuncia se formuló, según el Instituto, cuando el Decreto reglamentario 1107 de 2 de julio de 1992 ni siquiera había sido demandado y, en consecuencia, la denuncia citada no tenía siquiera la apariencia de una expectativa de derecho.

El fallo del Consejo de Estado referido con efectos "erga omnes" para el campo tributario, no tiene ni puede tener efectos para definir una situación de hecho, de carácter particular, regida por el Código Civil.

Así las cosas, la aplicación de una doctrina jurídica no puede servir como soporte para definir una situación fáctica que no existe, presentándose en las resoluciones acusadas una falsa motivación, en virtud de la ausencia del supuesto de hecho que lleve a la consecuencia jurídica pertinente, lo que configura además una desviación o abuso de las atribuciones propias del Instituto, pues éste no actuó con la finalidad de prestar un buen servicio público, sino para satisfacer los intereses personales de otros presuntos denunciantes o del mismo Instituto.

3.10. Finalmente estiman que al afirmar el I.C.B.F., que puede tramitar directamente las acciones judiciales pertinentes para obtener la declaratoria judicial de ser bienes mostrencos los dineros denunciados por los demandantes, pasó por encima de la Ley 75 de 1968 y de los artículos 99 a 103 del Decreto 2388 de 1979 y 1° del Decreto 3421 de 1986, desconociendo el derecho de los denunciantes, pues, en últimas señaló que por sobre la Ley se encuentra la voluntad o el querer de la Administración para adelantar esas acciones judiciales.

4. El fallo apelado.

En sentencia del 10 de noviembre de 1995, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca denegó las pretensiones de la demanda, para lo cual tuvo encuenta las siguientes consideraciones:

4.1. Lo planteado por el libelista es que la denuncia de bienes mostrencos efectuada por el señor *Cintura Arévalo,* el 17 de julio de 1992 no se puede tener como la primera formulada ante el I.C.B.F., porque para esa fecha los bienes denunciados no tenían la calidad de mostrencos, pues la sentencia del Consejo de Estado por medio de la cual declaró nulas las expresiones "a partir del 1° de julio de 1992", contenidas en los Artículos 1° y 3° del Decreto reglamentario 1107 de 1992, es del 29 de enero de 1993, luego los dineros recaudados del 1°de julio al 31 de diciembre de 1992, por concepto del impuesto a las ventas, no tenían la calidad de mostrencos.

Igual crítica hace la parte demandante respecto a la denuncia de bien mostrenco realizada ante la Subdivisión Jurídica del I.C.B.F., por los señores *Luis Orlando Alvarez Bernal y Luis Mario Ríos* el 4 de febrero de 1993, ya que la sentencia del Consejo de Estado quedó ejecutoriada el 20 de febrero de 1993.

Los Artículos 66 de la Ley 75 de 1968 y 1°y 2° del Decreto 3421 de 1986, prescriben que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar debe decidir si hay lugar o no al reconocimiento del denuncio de un bien vacante o mostrenco, mediante resolución motivada. Si hay varias denuncias sobre el mismo bien que reúnan las condiciones del Artículo 99 del Decreto 2421 de 1986, debe reconocer al que hubiere presentado la denuncia en primer término.

Consta en el documento público que obra a folio 21 del cuaderno de antecedentes, que con anterioridad a la denuncia de bien mostrenco presentada por los actores ante el I.C.B.F., se había recibido otras denuncias sobre los mismos bienes presentadas por *Marco Tulio Cintura Arévalo; Carlos Rafael Juvinao Daza y Luis Orlando Alvarez Bernal; y Luis Mario Ríos,* respectivamente, el 17 de julio de 1992, el 5 de octubre del mismo año y el 4 de febrero de 1993. Igualmente consta que los bienes denunciados como mostrencos son "los dineros cobrados por la Administración de Impuestos Nacionales, por concepto del Impuesto al Valor Agregado (IVA), sobre nuevos servicios creados con base en la Ley 6ª de 1992, recaudos realizados desde el 1° de junio del mismo año, según lo ordenado por el Decreto 1107 de 1992". Es de anotar que en este documento se hace referencias a las denuncias de bienes mostrencos que se hicieron ante la Subdirección del I.C.B.F., en Bogotá y ante los diferentes Regionales del Instituto.

En la diligencia de inspección judicial que aparece a folio 10 y siguientes del cuaderno No. 3 realizada en las dependencias de la Subdirección Jurídica - Grupo de Denuncias de Vocaciones Hereditarias, Bienes Vacantes y Mostrencos del I.C.B.F., con sede en Santa Fé de Bogotá, se constató que en el libro radicador de denuncias de bienes vacantes y mostrencos aparece registrada el 17 de julio de 1992, la denuncia la instaurada ante el Instituto por el señor *Cintura.*

4.2. No se le puede quitar a la denuncia presentada por el señor *Cintura* su condición de ser la primera, por el hecho de que la sentencia del Consejo de Estado fue emitida con posterioridad a la fecha en que fueron denunciados los bienes como mostrencos, pues dicha providencia es un elemento de juicio para ser considerado en el proceso que ante el juez civil se proponga para la declaratoria de bien mostrenco, pero no es dicho fallo el que no está otorgando tal calidad.

Antes y después de la sentencia del Consejo de Estado que comenta, los bienes que se denuncien como vacantes o mostrencos tienen la posibilidad de acceder a esa calidad, pues en últimas, quien tiene competencia para declarar dicha calidad es el juez civil.

4.3. El Tribunal comparte lo expresado en el acto administrativo que desató el recurso de apelación, cuando dice que el objeto de la denuncia de bienes vacantes o mostrencos ante el Instituto, es para que dicha entidad se entere de la existencia de esos bienes.

Por último, concluye que los actos cuestionados se encuentran ajustados a las normas que rigen la materia, razón por la cual se deniegan las pretensiones de la demanda.

5. Sustentación del recurso.

La parte actora manifiesta que la sentencia apelada se finca erróneamente en las siguientes tres hipótesis:

a) La sentencia de 29 de enero de 1993 del Consejo de Estado, en virtud de los efectos *ex-nunc y ex-tunc* cobija retroactivamente la denuncia del señor *Cintura* la cual tiene prevalencia sobre las posteriores presentadas por otras personas que actuaron en forma similar;

b) El I.C.B.F. tiene plena libertad, por encima de la prevalencia de la Ley 75 de 1986 y del Artículo 1°del Decreto 3421 de 1968 (modificatorio de los artículos 99, 103, 105, 107, y 108 del Decreto reglamentario 2388 de 1979), para tramitar ante el juez competente, con los abogados del Instituto, el proceso para obtener la declaratoria de ser mostrencos los bienes a que se refiere este proceso.

c) Es sólo el juez civil el competente para tomar la decisión de ser mostrencos los citados bienes.

Las anteriores afirmaciones son repitición de los argumentos expuestos por la entidad demandada en los actos acusados, los cuales son erróneos e ilegales.

En efecto, en la primera hipótesis, el Instituto confunde e involucra los efectos *ex tunc y ex nunc* de la sentencia del Consejo de Estado de 29 de enero de 1993 que declara la nulidad de una parte del Decreto reglamentario N° 1107 de 1992, con los efectos en el tiempo de la denuncia formulada por los señores *Sintura, Alvarez y Ríos*, cuando unos son los efectos de esa nulidad con relación a la fijación de la tasa y recaudo de los impuestos a que dicha norma se refería, y otros muy diferentes, los de las denuncias presentadas hasta febrero de 1993, antes de la ejecutoria de la respectiva sentencia porque a la fecha de ésta, ni siquiera había nacido el germen de la vocación para ser preferidos los dichos denunciantes, no sólo porque la demanda instaurada en contra del citado Decreto No. 1107 a duras penas estaba contravirtiendo su legalidad, que para entonces se presumía, sino porque además existe una ley de la naturaleza que dice que "debe morir el germen para que la planta germine".

En lógica jurídica, la declaratoria de nulidad del Decreto 1107 sólo afecta los efectos tributarios del mismo, pero en ningún caso legítima sustancialmente a quien en otro ámbito de aplicación de dicha norma, pretende ampararse en los efectos retroactivos de una declaratoria de nulidad mal invocada por el I.C.B.F. y peor repetida por el *a quo*, porque esas figuras *ex-tunc y ex-nunc* sólo son aplicables, hipotéticamente, a la resolución o nulidad de los contratos.

La situación jurídica de los denunciantes anteriores a los actores constituye "meras expectativas" que, de acuerdo con el Artículo 17 de la Ley 153 de 1887, "no constituyen derecho contra la ley nueva que las anule o cercene". Al respecto la Corte Suprema de Justicia dijo en sentencia de 25 de junio de 1940: "Principios fundamentales de derecho enseñan que las meras expectativas no dan acción ni excepción y, por consiguiente, no constituyen interés jurídico cuya protección por medio de acciones judiciales no se puede efectuar ante los estrados judiciales".

Ante la segunda hipótesis se tiene que el Instituto se constituye en juez de su propia causa al desconocer la partipación de terceros en la adjudicación del respectivo contrato para obtener la declaratoria de bienes mostrencos, soslayando las denuncias que al efecto se le hubieren hecho por terceros sobre la existencia de esos bienes, existencia que de otra manera no hubiese podido tener conocimiento, desconociendo el Artículo 66 de la Ley 75 de 1968, el Decreto 3421 de 1986 y los Artículos 99, 103, 105, 107 y 108 del Decreto 2388 de 1979.

La sentencia del Tribunal omite la aplicación del derecho sustancial (Artículos 83, 84 y 228 de la Carta Política), para darle prevalencia a una inasible teoría jurídica que en ningun caso puede sobreponerse a las normas constitucionales y legales.

Finalmente, frente a la tercera hipótesis, debe decirse que si bien es cierto que solamente el juez competente es quien debe decidir sobre la calidad de ser mostrenco un bien se cae de todas maneras en la repetición de los efectos *ex nunc y ex tunc* de la sentencia del Consejo de Estado de 29 de enero de 1993, que en ningún caso confiere derecho sustancial alguno a los denunciantes anteriores a los actores, siendo la sentencia aquí apelada una pieza sin ningún estudio jurídico fincado sobre supuestos fácticos reales, sino sobre meras hipótesis o posibilidades, como ella misma lo dice, que no pueden dar lugar conclusiones ciertas.

II. ALEGACIONES Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

1. Durante el traslado concedido a las partes, alegaron los apoderados de ambas partes. El del I.C.B.F., en defensa del fallo impugnado, reitera que la calidad de bien mostrenco es predicable respecto de un bien determinado cuando así lo declara el juez civil, los efectos de la sentencia del Consejo de Estado donde declaró la nulidad parcial del Decreto 1107 de 1992 se retrotraen a la fecha de expedición del mismo, pues es bien sabido que la sentencia de nulidad de los actos administrativos tiene efectos *ex-tunc*; el Instituto no desconoce la participación de terceros, pues está obligado a reconocer como denunciante únicamente a quien formule la primera denuncia; e insiste que la naturaleza y función de la denuncia es poner en conocimiento del Instituto un bien que puede, dados otros requisitos, ser declarado mostrenco por el juez.

Por su parte el demandante *Luis Góngora Reina* dice que presenta "los mismos argumentos que expuse al sustentar el recurso de apelación...", es decir, los da "por reproducidos". Sólo le resta reiterar que el ICBF se arrogó funciones que la ley no le otorga, al pretender tramitar directamente con sus abogados dependientes los correspondientes procesos para obtener la declaratoria de bienes mostrencos; y que es inaceptable *subsumir* en los posibles efectos retroactivos de la declaratoria la nulidad del Decreto 1107 de 1992, los presuntos derechos o las meras expectativas de quien pretende ser prevelante en la adjudicación del contrato en virtud de la denuncia hecha el 17 de julio de 1992.

2. El señor Procurador Delegado ante esta Corporación no rindió concepto.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1ª. Las resoluciones aquí demandadas no reconocen la calidad de denunciantes de unos posibles bienes mostrencos, a los señores *Gabriel Antonio Mejía Arango y Luis Góngora Reina*, aquí demandantes, por cuanto previa a la denuncia por ellos presentada el 1° de marzo de 1993, otros

terceros habían presentado denuncia sobre los mismos bienes, esto es, los dineros recaudados entre el 1°de julio de 1992 y el 31 de diciembre del mismo año, por concepto del IVA.

2ª. Las normas que los actores consideran vulneradas son los artículos 66 de la Ley 75 de 1968 y 1°, 2°, 3°, 4°y 5° del Decreto 3421 de 1986, modificatorios de los artículos 99, 103, 105, 107, y 108 del Decreto 2388 de 1979, cuyo texto es como sigue:

*"**Artículo 66 (Ley 75 de 1968)**:...*

También tendrá el Instituto los derechos que hoy corresponden a otras entidades con relación a los bienes vacantes y mostrencos".

El anterior precepto fue reiterado por el Artículo 39 numeral 12 de la Ley 7ª de 1979, el cual reza:

*"**Artículo 39.** El patrimonio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar está constituido por:*

1. (...)

12. Los bienes vacantes y mostrencos conforme a lo dispuesto en el Artículo 66 de la Ley 75 de 1968".

El Artículo 1°del Decreto 3421 de 1986 es del siguiente tenor:

*"**Artículo 1°.** El Artículo 99 del Decreto 2388 de 1979 quedará así:*

«Toda persona que descubra la existencia de un bien vacante o mostrenco, o de una vocación hereditaria, deberá hacer su denuncia por escrito ante la Dirección General o Dirección Regional del Instituto Colombiano Bienestar Familiar, según la ubicación del bien o lugar de tramitación del respectivo juicio.

En el escrito de denunció se incluirá la afirmación de que el denuciante procede de buena fe. Esta afirmación se hará bajo la gravedad del juramento que se considerará prestado por la presentación personal del escrito. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar hará la estimación del valor comercial del bien denunciado.

En el primer documento el denunciante manifestará su propósito de celebrar el respectivo contrato para obtener la declaración judicial, que los bienes son vacantes o mostrencos y la adjudicación al Instituto Colombiano Bienestar Familiar. En el texto del contrato se estipulará

la participación que corresponda al denunciante de acuerdo con la escala establecida en el Artículo 107 del presente Decreto.

Parágrafo. *No se entenderá como descubrimiento el de aquellos bienes cuya existencia haya sido divulgada por cualquier medio de comunicación masiva o denunciada por el Instituto Colombiano Bienestar Familiar por cualquiera de sus funcionarios, con anterioridad a la pretensión del particular interesado».*

Artículo 2°. *El Artículo 103 del Decreto 2388 de 1979 quedará así:*

«La Dirección General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o la Dirección Regional respectiva, previa verificación de las condiciones a que se refiere el Artículo 99 del presente decreto, decidirá si hay lugar o no al reconocimiento del denunciante, mediante resolución motiva.

Si hubiere varias denuncias sobre un mismo bien que reúnan las condiciones del Artículo 99 de este decreto, se reconocerá al que hubiere presentado la denuncia en primer término».

Artículo 3°. *El Artículo 105 del Decreto 2388 de 1979 quedará así:*

«Los gastos y costos que al efecto se causen, son de cargo del denunciante, quien asume la responsabilidad de sufragarlos, so pena de incumplimiento del contrato de denuncio y participación».

Artículo 4°. *El Artículo 107 del Decreto 2388 de 1979 quedará así:*

«Los denunciantes de bienes vacantes, mostrencos y vocaciones hereditarias, una vez los respectivos bienes ingresen real y materialmente al patrimonio del Instituto, tienen derecho al pago de una participación económica, sobre el valor efectivamente percibido por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, de acuerdo con la siguiente escala: Sobre los primeros ***veinte millones de pesos*** *($20.000.000), el treinta por ciento (30%); sobre el excedente de* ***veinte millones de pesos*** *($20.000.000) hasta* ***cincuenta millones de pesos*** *($50.000.000), el veinte por ciento (20%); sobre el excedente de* ***cincuenta millones de pesos*** *($50.000.000), el diez por ciento (10%)».*

Artículo 5°. *El Artículo 108 del Decreto 2388 de 1979 quedará así:*

«En casos especiales la Junta Directiva del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar podrá fijar una participación mayor a la escala de porcentajes señalada en en artículo anterior, cuenta habida del avalúo aproximado del aporte profesional, técnico y económico y del bien que

ingrese al patrimonio del Instituto, sin que en ningún caso dicha participación pueda exceder del cincuenta por ciento (50%).

***Parágrafo.** Por aporte profesional, técnico y económico, se entiende el conjunto de actividades especiales que en ese orden realice el denunciante o su apoderado y que culmine con el ingreso definitivo de los bienes denunciados al patrimonio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar».*".

3ª. Para la Sala, la sentencia apelada deberá ser confirmada, dado que una cosa es no reconocer la calidad de denunciante, lo cual en el presente caso ocurrió por existir la denuncia previa a la de los actores, y otra muy distinta a la declaratoria de bien mostrenco, cuestión esta última que corresponde a la jurisdicción civil ordinaria.

En efecto, si bien es cierto que la decisión del Consejo de Estado se profirió el 29 de enero de 1993 y que su ejecutoria se produjo el 20 de febrero del mismo año, no lo es menos que ello para nada impedía denunciar en cualquier momento como bienes mostrencos los dineros recaudados a partir del 1° de julio de 1992 por concepto del IVA por los nuevos servicios creados por la Ley 6ª de 1992, ya que, como bien lo afirman los actos demandados y el *a quo*, dicha providencia es solamente elemento de juicio para ser tenido en cuenta para el juez civil ante quien se proponga el proceso para la declaratoria de bien mostrenco, sin que sea de manera el fallo del Consejo de Estado tantas veces referido, el que otorga la calidad de mostrencos a los citados bienes.

Debe observarse, frente a los efectos en el tiempo de la declaratoria de nulidad de los apartes de los Artículos 1° y 3° del Decreto 1107 de 1992, contenida en la sentencia de 29 de enero de 1993 de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que dicha declaratoria produce efectos *erga omnes*, los cuales se retrotraen al momento de expedición de la norma demandada, esto es, el 2 de julio de 1992, sin que sea de recibo lo expuesto por los actores, en el sentido de que éstos producen efectos sólo en materia tributaria.

Continuando con el punto de análisis, debe decirse que examinados los antecedentes de los actos impugnados, se observa, que en efecto, la denuncia presentada por el señor *Cintura* el 17 de julio de 1992 fue anterior a la presentada por los aquí demandantes y teniendo en cuenta que la misma reúne los requisitos a que se contrae el Artículo 99 del Decreto 2388 de 1979, modificado por el Artículo 1° del Decreto 3421 de 1986, que la censura de los actores se contrae a su no reconocimiento como los primeros denunciantes y no habiendo aportado éstos nuevos elementos de juicio que lleven a la Sala a variar la decisión adoptada por el fallador de primera instancia, la Sala concluye que la calidad de denunciantes les debía ser negada, como en efecto lo fue.

Lo anterior, por cuanto aun en el evento de que no hubiese sido presentada la demanda de nulidad del Decreto reglamentario 1107 de 2 de julio de 1992, se tiene, de que todas maneras, al tener el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar información de los presuntos bienes mostrencos en virtud de la denuncia formulada por el señor *Cintura* el 17 de julio de 1992, y dado que la denuncia tiene por el objeto el poner conocimiento de la Administración la existencia de tales bienes, en el caso *sub examine*, de no tenerse como primer denunciante el señor *Cintura* atendidas las razones expuestas por los actores, de todas maneras no podía otorgárseles a éstos últimos la calidad de denunciantes, pues ya la entidad demandada tenía conocimiento de la existencia de tales bienes y, en consecuencia, en aplicación del parágrafo del Artículo 1°del Decreto 3421 los hubiera podido denunciar oficiosamente.

Respecto de la afirmación de los demandantes en el sentido de que la denuncia del señor *Cintura* constituye una simple expectativa, la Sala encuentra que dicha expectativa se refiere es a la declaratoria de mostrencos de los bienes por él denunciados, por parte del juez civil ante quien se inicie el respectivo proceso, situación que igualmente se predicaría de ellos en caso de haber sido los primeros denunciantes.

En cuanto a que la entidad demandada está desconociendo la participación de terceros en la adjudicación del respectivo contrato para obtener la declaratoria de bien mostrenco, soslayando las denuncias ante ella instauradas, debe decidirse que ello no corresponde a la realidad, pues precisamente los actos acusados en virtud de lo señalado en el Artículo 103 del Decreto 2388 de 1979, modificado por el Artículo 2° del Decreto 3421 de 1986, no reconocen como denunciantes a los actores, por existir un denunciante anterior, lo cual a todas luces desvirtúa lo afirmado por aquéllos.

No sobra advertir, que de todas maneras nada impide al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que en caso de que reconozca a través de resolución motiva a un denunciante, mediante sus propios abogados, tramite ante el juez competente el proceso correspondiente para obtener la declaratoria de los bienes mostrencos a que se contraiga la respectiva denuncia.

En síntesis, la decisión adoptada en los actos acusados, antes que desconocer los artículos 66 de la Ley 75 de 1968 y 99, 103, 105, 107 y 108 del Decreto 2388 de 1979, modificados por el Decreto 3421 de 1986, lo que hizo fue dar aplicación a los mismos, encontrándose por lo tanto ajustados a derecho como lo consideró el Tribunal del Valle del Cauca. De contera, no existe la violación predicada de los preceptos constitucionales invocados como infringidos.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada de fecha diez (10) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995), proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

Cópiese, notifíquese y en firme de esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el seis (6) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Juan Alberto Polo Figueroa, Libardo Rodríguez Rodríguez, Manuel S. Urueta Ayola.*

Constancia Secretarial: Para notificar a las partes se fija el presente edicto en lugar público de la Secretaría por el término legal de tres (3) días, hoy 14 de junio de 1996 a las ocho de la mañana (8:00 a.m.).

El Secretario Jairo Enrique Pinzón Molano

CONCEJO NACIONAL ELECTORAL - Cancelación de personería movimiento político / **MOVIMIENTO SOLIDARIDAD IBEROAMERICANA** - Extinción personería jurídica / **ANALOGIA** - Improcedencia / **EXTINCION DE PERSONERIA JURIDICA MOVIMIENTO POLITICO** - Insuficiencia de votos en comicios

El Consejo Nacional Electoral declaró extinguida la personería jurídica del Movimiento Solidaridad Iberoamericana por cuanto dicho movimiento no obtuvo en los comicios electorales del 30 de octubre de 1994, por lo menos, 50.000 votos, es decir, no cumplió con el requisito previsto en el inciso 6° del Artículo 108 de la Constitución Política y 4° de la Ley 130 de 1994, ya que sólo obtuvo 229 votos en el territorio nacional. El hecho de haber obtenido una curul de edil, por analogía debe interpretarse como haber alcanzado representación en el Congreso, no es de recibo ya que tanto la norma constitucional como la legal antes transcritas expresamente exigen que la representación debe darse a nivel del Congreso (Senado o Cámara de Representantes). De otra parte, aceptando en gracia de discusión que pudiera aplicarse la analogía, conforme se deduce de los estatutos del Movimiento demandante, éste es de carácter nacional, funciona en todo el territorio nacional y dentro de sus objetivos está, entre otros, el de intervenir en las elecciones a nivel nacional. De tal manera que, independientemente de la voluntad del Movimiento de participar o no en las elecciones a nivel nacional, dada la cobertura que tiene el mismo, no alcanzó a tener la votación ni la representación necesarias para dicho nivel.

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo. - Sección Primera. - Santafé de Bogotá, D.C., trece (13) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza muñoz.*

Referencia: Expediente No. 3543. Actor: Movimiento Solidaridad Iberoamericana. Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho.

El *Movimiento Solidaridad Iberoamericana*, a través de apoderada 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: Son nulas las Resoluciones número 35 de 22 de marzo de 1995, "Por lo cual declara extinguida la personería jurídica del Movimiento Solidaridad Iberoamericana", y 56 de 11 de mayo de 1995, "Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por el Movimiento Solidaridad Iberoamercana, contra la Resolución número 35 del 22 de marzo de 1995", expedidas por el Consejo Nacional Electoral.

2ª. Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho se ordene al Consejo Nacional Electoral restablecer la personería jurídica del citado Movimiento.

I. FUNDAMENTOS DE DERECHO

En apoyo de sus pretensiones la parte actora adujo la violación de los artículos 1°, 2°, 14, 38, 40, 107, 108 y 112 de la Constitución Política; 1°, 3°, y 4°, de la Ley 130 de 1994 y la Ley 58 de 1985.

Luego de precisar el contenido de las normas constitucionales citadas y de expresar su opinión personal acerca de dichos preceptos y de lo que implica el reconocimiento de la personería jurídica y la institucionalización de los partidos políticos, la apoderada de la parte actora hizo consistir las violaciones enunciada, en síntesis, así:

1°. El respaldo de 50.000 firmas puede tener una excepción cuando un partido obtenga personería jurídica gracias a la elección de uno de sus miembros al Congreso con una votación inferior a dicha cifra. En este caso, el reconocimiento, no obstante el hecho de no contar con la indicada cifra, se explica y justifica por la importancia de esta forma de participación popular.

Por analogía debe aplicarse esta misma política en las elecciones de otros cuerpos colegiados.

Es imposible pretender que para la elección de un edil se requieran más de 50.000 votos teniendo en cuenta la circunscripción electoral que es reducida.

2°. Los actos administrativos acusados incurren en falsa motivación ya que se fundamentan en que el Movimiento Solidaridad Iberoamericana alcanzó 229 votos a nivel nacional, lo cual no es cierto, pues dicho Movimiento no participó en las elecciones a concejos municipales sino únicamente de ediles obteniendo su objetivo: la elección del edil *José Domingo Bustacara Largo*.

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 contestación de la demanda.

El Consejo Nacional Electoral, a través de apoderado, contestó la demanda y para oponerse a la prosperidad de las pretensiones de la misma, adujo, principalmente, lo siguiente (folios 59 a 65 del cuaderno principal):

El Artículo 4° de la Ley 58 de 1985 otorgó al Consejo Nacional Electoral la facultad de exigir a los partidos políticos cada cuatro años, antes de la iniciación de las campañas electorales, prueba de que cumplen con los requisitos legales para mantener vigente su personería.

Si no se prueba en legal forma el cumplimiento de los requisitos para mantener la personería jurídica, ello implica que mal se puede continuar gozando de la misma y de los privilegios que con base en ella consagran las normas constitucionales y legales.

Como se advierte en los actos administrativos acusados, una cosa es nacer a la vida jurídica y otra mantenerse en ella a través de la participación en los comicios electorales. Si ello no ocurre no se puede exhibir la fuerza frente a los mecanismos de la contabilidad electoral mostrando los resultados de la representación.

¿Se justifica mantener una personería jurídica a un movimiento político que con mucho esfuerzo logra sacar un edil en unas elecciones realizadas en el país?

II.2. Durante la etapa de alegatos ni las partes ni el Agente del Ministerio Público hicieron uso de este derecho.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El Consejo Nacional Electoral declaró extinguida la personería jurídica del Movimiento Solidaridad Iberoamericana, por cuanto dicho movimiento no obtuvo en los comicios electorales del 30 de octubre de 1994 por lo menos 50.000 votos, es decir, no cumplió con el requisito previsto en el inciso 6° del Artículo 108 de la Constitución Política y 4° de la Ley 130 de 1994, ya que sólo obtuvo 229 votos en territorio nacional.

Preceptúa el inciso 6° del Artículo 108 de la Carta Política:

"La personería de que trata el presente Artículo quedará extinguida por no haberse obtenido el número de votos mencionado (se refiere a la cifra de 50.000 votos) o alcanzando representación como miembros del Congreso, en la elección anterior".

Prevé al Artículo 4° de la Ley 130 de 1994:

*"**Pérdida de la personería jurídica.** Los partidos y movimientos políticos perderán su personería jurídica cuando se encuentren incursos en una de las siguientes causas:*

1. Cuando en una elección no obtengan a través de sus candidatos por lo menos 50.000 votos o no alcancen, o mantengan representación en el Congreso, conforme al Artículo anterior.

2. Cuando, de acuerdo con sus estatutos, proceda su disolución, y

3. Cuando el Consejo Nacional Electoral así lo declare, en los casos previstos por la presente ley".

Para la Sala las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, ya que los actos administrativos acusados están ajustados a derecho.

En efecto, es un hecho cierto e indiscutible que el Movimiento Solidaridad Iberoamericana no obtuvo el mínimo de 50.000 votos en las elecciones de 1994. Así se infiere del texto de la Resolución número 35 de 22 de marzo de 1995, donde se afirma que sólo obtuvo 229 votos (folio 18); y se deduce que lo admite el Movimiento demandante, pues éste sólo hace objeción en cuanto a que dicha votación no fue para elecciones a Concejo Municipal sino para edil y que para este caso es imposible de obtener más de 50.000 votos (folios 6 y 7).

Y el argumento del actor en cuanto a que por el hecho de haber obtenido una curul de edil, por analogía debe interpretarse alcanzando representación en el Congreso, no es de recibo, ya que tanto la norma constitucional como la legal antes transcritas expresamente exigen que la representación debe darse a nivel del Congreso (Senado o Cámara de Representantes).

De otra parte, aceptando en gracia de discusión que pudiera aplicarse la analogía, conforme se deduce de los estatutos del movimiento demandante, éste de carácter *nacional*, funciona en todo el territorio *nacional* (folio 94) y dentro de sus objetivos está, entre otros, el de intervenir en las elecciones a nivel *nacional* (folio 95).

De tal manera que, independientemente de la voluntad del Movimiento de participar o no en las elecciones a nivel nacional, dada la cobertura que tiene el mismo, no alcanzó a tener ni la votación ni la representación necesarias para dicho nivel.

Por las consideraciones precedentes no está llamado a prosperar el primer cargo de violación.

Tampoco tiene vocación de prosperidad el segundo y último cargo ya que resulta irrelevante que la votación que obtuvo el actor no haya sido para elección del Concejo Municipal, como equivocadamente lo señaló la Resolución número 35 de 22 de marzo de 1995, si no para ediles, pues lo que verdaderamente interesa en esta caso es el número de votos (229), el cual no resultó suficiente para mantener vigente la personería jurídica del Movimiento demandante.

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

FALLA:

DENIEGANSE las pretensiones de la demanda.

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 trece (13) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Juan Alberto Polo Figueroa; Libardo Rodríguez Rodríguez.*

PRINCIPIO ORIENTADOR DE LA FUNCION ADMINISTRATIVA - Principio de publicidad/ **NOTIFICACION** - Clases / **NOTIFICACION PERSONAL** - Trámite / **NOTIFICACION POR EDICTO** - Subsidiaridad / **NOTIFICACION POR EDICTO** -Trámite / **NOTIFICACION POR CONDUCTA CONCLUYENTE** - Finalidad

Tanto el Artículo 209 de la Constitución Política como el Artículo 3° del C.C.A., tienen estatuido que uno de los principios que debe orientar la función administrativa, y dentro de ésta las actuaciones administrativas, es el de la publicidad, que para el caso de los actos administrativos de carácter particular se traduce en ponerlos en conocimiento del interesado a través de su notificación. El C.C.A. tiene previstas tres formas de notificación, a saber: la personal, por edicto y por conducta concluyente. Respecto de la notificación personal, los artículos 44 y 47 *ibidem* preven que si no hay un medio más eficaz de informar al interesado, ella se practica enviando a éste por correo certificado una citación a la dirección por él señalada, bien sea en su petición inicial o en la nueva que hubiere reportado con posterioridad, dentro de los cinco días siguientes a la expedición del acto. En lo tocante a su práctica consagran dichos preceptos que se realiza entregando al notificado copia íntegra, auténtica y gratuita del acto e informándole al mismo en el texto de la notificación o en la parte resolutiva del acto —como es la práctica inveterada en Colombia, sobre los recursos gubernativos que proceden, ante que autoridad deben interponerse y los plazos para hacerlo. En cuanto se refiere a la notificación por edicto el Artículo 45 *ibidem* prescribe que ésta tiene carácter subsidiario, pues procede cuando no se pudiere hacer la notificación personal dentro de los cinco días siguientes al envío de la citación. En lo que respecta a su práctica prevé dicha disposición que se efectúa mediante la fijación de un edicto en un lugar público del respectivo Despacho, por el término de diez días, con inserción de la parte resolutiva del acto. Debe constar igualmente la información acerca de los recursos gubernativos que proceden, ante qué autoridad deben interponerse los plazos para hacerlo. En lo que concierne a la notificación por conducta concluyente el Artículo 48 *ibidem* prevé

que ella tiene por finalidad convalidar o legitimar la falta o irregularidades en la notificación personal o por edicto y sólo procede en dos eventos: cuando el interesado conviene con el acto, esto es, está de acuerdo con el contenido del mismo; o cuando el mismo utiliza en tiempo los recursos gubernativos procedentes.

DECOMISO DE AUTOMOTOR - Notificación por conducta concluyente / **CADUCIDAD DE LA ACCION** - Configuración / **FALLO INHIBITORIO** - Caducidad de la acción

El actor sí conoció la mencionada Resolución de decomiso del vehículo y hasta desechó la idea de impugnarla judicialmente a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, porque, a su juicio, era inconveniente. Como quiera que desde el 13 de julio de 1993, como quedó visto, el actor fue notificado por conducta concluyente, pues en escrito de esa fecha hizo mención expresa acerca del conocimiento que tenía de la resolución acusada, para el 3 de noviembre de 1994, fecha en que se presentó la demanda, ya había operado el fenómeno de la caducidad de la acción, lo cual impide hacer un pronunciamiento de fondo. Debe modificarse el referido numeral en relación de la denegatoria de las pretensiones de la demanda que como consecuencia de lo anterior dispuso el *a quo*, para, en su lugar, inhibirse de hacer pronunciamiento de mérito ya que tal denegatoria es propia de un fallo de fondo, el cual en el caso *sub examine* no puede producirse precisamente por la carencia del presupuesto procesal previsto en el Artículo 136 del C.C.A., es decir, el del ejercicio oportuno de la acción consagrada en el Artículo 85 *ibidem*.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. - Santafé de Bogotá, D.C.,trece (13) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 3690. Actor: Guillermo León Vargas Arroyo. Recurso de apelación contra la sentencia de 24 de enero de 1996, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado del actor contra la sentencia de 24 de enero de 1996, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, que declaró probada la excepción de caducidad y como consecuencia de ello denegó las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

I.1. *Guillermo León Vargas Arroyo,* 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 Sucre, tendiente a que mediante sentencia se hicieran las siguientes declaraciones:

1ª. Son nulos la Resolución número 2619 de 14 de diciembre de 1992 "por medio de la cual se ordena el decomiso definitivo de bienes u objetos aprehendidos" y el Auto número 4675 de 22 de julio de 1994, por el cual se rechazó por extemporáneo el recurso de reposición interpuesto contra la resolución antes citada, expedidos por el Director del Departamento Administrativo de Seguridad DAS.

2ª. Como consecuencia de las declaraciones anteriores se reparen al demandante todos los perjuicios ocasionados por los actos administrativos acusados, así:

a) La devolución del vehículo decomisado en las mismas condiciones en que estaba cuando se produjo su retención o, en subsidio, del precio del mismo, debidamente actualizado;

b) El pago de $600.000.oo mensuales a partir del 20 de septiembre de 1992, durante un año, y de $750.000.oo a partir del 20 de septiembre de 1992, a título de ingresos dejados de percibir por concepto de arrendamiento del vehículo decomisado;

c) El pago de los perjuicios morales que se estiman en un mil gramos de oro;

d) Los demás perjuicios materiales que se han causado al demandante por haberse visto obligado a contratar otros medios de transporte para el desplazamiento de su familia;

e) El pago de las anteriores sumas de dinero debidamente actualizadas y junto con los intereses causados;

I.2. En apoyo de sus pretensiones adujo, en esencia, los siguientes cargos de violación (folios 8 a 10 del cuaderno principal):

1°. Los actos administrativos acusados son abiertamente violatorios de los Artículos 34 y 58 de la Constitución Política, ya que dispusieron el decomiso de un vehículo por supuesta ilicitud en su procedencia, cuando en realidad se probó que dicho vehículo era de propiedad del actor y que el dominio era transparente y prístino.

2°. Dichos actos son violatorios del Artículo 90 *ibidem*, el cual obliga a la reparación estatal de los daños antijurídicos causados por sus agentes y es evidente que en este caso el daño infringido al demandante ha sido claramente antijurídico.

3°. Se violaron las normas contenidas en los Decretos 2319 de 1976 y 269 de 1986 por cuanto en el procedimiento que culminó con los actos administrativos acusados no se cumplieron los términos y etapas previstos en dichas disposiciones.

II. LA SENTENCIA RECURRIDA

Para adoptar la decisión apelada, el *a quo* razonó, principalmente, de la siguiente manera (folios 86 a 93 *ibidem*):

Propone la apoderada del Departamento Administrativo de Seguridad DAS la excepción de caducidad de la acción argumentando que el término de 4 meses para el ejercicio de la acción se encuentra vencido, por lo siguiente:

Mediante escrito de 13 de enero de 1993 la Directora encargada del DAS Seccional Sucre puso en conocimiento del actor el contenido de la Resolución número 2619 de 14 de diciembre de 1992, haciéndole entrega de una copia fotostática autenticada de la misma.

En comunicación de 28 de diciembre del mismo año el actor solicitó al DAS le informara sobre la razón del decomiso del vehículo y adujo motivos de inconformidad con la decisión adoptada.

Por escrito de 31 de enero de 1993 el demandante denunció al Director del DAS —Seccional Sucre— por abuso de autoridad y usurpación de funciones y en dicho escrito hizo alusión a la citada resolución.

La Sala considera acertado el argumento de la apoderada del DAS ya que dentro del expediente obran los documentos antes mencionados (folios 25, 26, 57 a 66 76, 77, 97, 187, 188, 246, 247, 265 a 278, 294, 317 y 339).

Si bien hubo fallas en la manera como se notificó la Resolución No. 2619 de 14 de diciembre de 1992, esa falla quedó subsanada con las actuaciones posteriores del actor quien se dio por enterado y pidió explicaciones. Pero al no interponer los recursos de la ley por la vía administrativa perdió la oportunidad conseguir sus pretensiones en vía contencioso administrativa por haberle caducado la acción.

En este caso se está en presencia de la notificación por conducta concluyente, de que trata el Artículo 48 del C.C.A.

El actor debió por lo tanto, a partir del conocimiento que tuvo de la resolución hacer uso de los recursos de ley o acudir directamente a demandar ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Los motivos de inconformidad del recurrente con la sentencia apelada pueden sintetizarse así (folios 95 a 98 *ibidem*):

De los documentos tenidos en cuenta por el Tribunal existen algunos que en ningún caso respaldan la conclusión de aquél pues no tiene relación con la resolución de decomiso e incluso algunos de ellos tienen fecha anterior a la expedición de ésta.

En cuanto al oficio 31 de enero de 1993, no existe evidencia de que haya sido entregado al actor y por ello no puede tenerse como prueba de la supuesta notificación hecha al mismo.

Existen algunos documentos que de manera clara se refieren al conocimiento que el actor tenía acerca de la existencia de la Resolución de decomiso. Sin embargo, ese conocimiento no alcanza a configurar una notificación por conducta concluyente, pues en ningún momento se mencionó que se conociera su contenido, ya que simplemente el actor recibió un telegrama el 24 de diciembre de 1992 donde se le comunicaba el decomiso definitivo de su vehículo.

El acto administrativo no fue notificado personalmente ni por edicto, y, por tanto, debe tenerse como fecha de notificación aquella en que el actor conoció la Resolución. Mencionar una cosa no equivale a conocer su contenido. La garantía de la notificación está en enterar de manera clara y concreta al administrado sobre las razones que tuvo la Administración para tomar determinada decisión.

IV. ALEGATO DEL MINISTERIO PUBLICO

El 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 en cuanto declaró probada la excepción de caducidad de la acción, no en cuanto denegó las pretensiones de la demanda, porque, a su juicio, el fallo debe ser inhibitorio ya que el escrito del actor de 28 de diciembrede 1992, en el cual solicitó una explicación en cuanto a las razones del decomiso, debió entenderse por el DAS como recurso de reposición y aquél debió atender el término que frente a la vía gubernativa opera para el silencio administrativo, para promover la acción dentro del término de cuatro meses siguiente a dicho silencio.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Tanto el Artículo 209 de la Constitución Política como el Artículo 3° del C.C.A., tiene estatuido que uno de los principios que debe orientar la función administrativa, y dentro de ésta las actuaciones administrativas, es el de la publicidad, que para el caso de los actos administrativos de carácter particular se traduce en ponerlos en conocimientos del interesado a través de su notificación.

El C.C.A., tiene previstas tres formas de notificación, a saber: la personal, por edicto y por conducta concluyente.

Respecto de la notificación personal los Artículos 44 y 47 *ibidem* prevén que, que si no hay un medio más eficaz de informar al intersado, ella se practica enviando a éste por correo certificado una citación a la dirección por él señalada, bien sea en su petición inicial o en la nueva que hubiere reportado con posterioridad, dentro de los cinco días siguientes a la expedición del acto.

En lo tocante a su práctica consagran dichos preceptos que se realiza entregando al notificado copia íntegra, auténtica y gratuita del acto e informándole al mismo en el texto de la o en la parte resolutiva del acto —como es la práctica inveterada en Colombia—, sobre los recursos gubernativos que proceden, ante qué autoridad deben interponerse y los plazos para hacerlo.

En cuanto se refiere a la notificación por edicto el Artículo 45 *ibidem* prescribe que ésta tiene carácter subsidiario, pues procede cuando no se pudiere hacer la modificación personal dentro de los cinco días siguientes al envío de la citación.

En lo que respecta a su práctica prevé dicha disposición que se efectúa mediante la fijación de un edicto en un lugar público del respectivo Despacho, por el término de diez días, con inserción de la parte resolutiva del acto. Debe constar igualmente la información acerca de los recursos gubernativos que proceden, ante qué autoridad deben interponerse y los plazos para hacerlo.

En lo que concierne a la notificación por conducta concluyente el Artículo 48 *ibidem* prevé que ella tiene por finalidad convalidar o legitimar la falta o irregularidades de la notificación personal o por edicto y sólo procede en dos eventos: cuando el interesado conviene con el acto, esto es, está de acuerdo con el contenido del mismo; o cuando el mismo utiliza en tiempo los recursos gubernativos procedentes.

Al circunscribirse a los dos eventos anotados aparece claro que el citado Artículo 48 presenta un vacío y es el de que no contempla la posibi-

lidad de que el interesado, a pesar de no haberse surtido las formalidades para la notificación personal o por edicto, puede tener conocimiento de la existencia y contenido del acto, esté en desacuerdo con el mismo y no hubiere ejercido en tiempo los recursos gubernativos procedentes. Ante tal vacío, debe acudirse a las normas del Código de Procedimiento Civil, por mandato del Artículo 267 del C.C.A.

El Estatuto Procesal Civil en su Artículo 330 regula la notificación por conducta concluyente, así:

"Cuando una parte o un tercero manifieste que conoce determinada providencia o la menciona en escrito que lleve su firma o verbalmente durante una audiencia o diligencia, si queda constancia en el acta, se considerará notificada personalmente de dicha providencia en la fecha de presentación del escrito o de la audiencia o diligencia...".

El texto legal transcrito sirve de sustento a la modalidad de notificación anteriormente anunciada.

Dicha modalidad de notificación por conducta concluyente fue la que operó, a juicio de la Sala, en el caso *sub examine*.

En efecto, según afirma expresamente el actor en escrito dirigido al Ministro de Defensa Nacional, obrante a folios 76 a 77 del cuaderno de pruebas, el 24 de diciembre de 1992 recibió en su casa un telegrama del DAS de Sincelejo informándoles que el vehículo de su propiedad había sido decomisado definitivamente.

Obra a folio 98 *ibidem* un escrito dirigido por el actor el 28 de diciembre de 1992 al DAS de Sincelejo donde solicita a la citada entidad que le informe sobre la razón principal del decomiso del vehículo de su propiedad.

Fue así como el Director del DAS —Seccional de Sucre—, mediante comunicación de 13 de enero de 1993, visible a folio 97, *ibidem*, en respuesta a la solicitud anterior, le expresó al actor:

"De conformidad a su solicitud de fecha diciembre 28 de 1992, me permito informarle que la Dirección del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, mediante Resolución No. 2619 de diciembre 14 de 1992, ordenó el decomiso definitivo del vehículo de las características siguientes: ...

...Me permito anexar copia fotostática autenticada del acto administrativo en mención, el cual se encuentra debidamente ejecutoriado y notificado de acuerdo a (sic) las exigencias legales...".

El 13 de julio de 1993, conforme consta a folios 57 a 66 *ibidem*, el actor se dirigió mediante escrito al Director del DAS donde, entre otros aspectos, le manifestó:

> *"...En vista de que había transcurrido el término indicado en el Artículo 1°del Decreto 269 de 1986, y en el Artículo 2° del Decreto 2319 de 1976, o sea 120 días de aprehensión sin que se produjera ninguna decisión de las Autoridades, el señor* ***Guillermo León Vargas Arroyo*** *presentó Demanda de reparación directa contra el DAS, el día 14 de agosto de 1992..." (folio 58 ibidem).*
>
> *"...Sin embargo,... nos enteramos que la Dirección General del DAS, profirió la Resolución No. 2619 del 14 de diciembre de 1992, por medio de la cual se dispuso el decomiso definitivo del vehículo placas OY 0755.*
>
> *Lo anterior demuestra, ante todo, deslealtad... ya que lo correcto habría sido esperar el resultado del proceso que había iniciado el señor* ***Guillermo León Vargas Arroyo****, del cual tenía conocimiento el señor Director General del DAS, y no tratar de confundir con la expedición de una Resolución no solo extemporánea sino inoportuna..." (folios 58 y 59* ***ibidem****) de decomiso (la 2619) la Acción de Restablecimiento del derecho, pero a mi juicio, ello sería atentar contra el principio de la Economía Procesal, y exponernos q que planteará la excepción de pleito pendiente..."* (folio 60 *ibidem*).

De lo antes transcrito se colige que el actor sí conoció la mencionada resolución de decomiso del vehículo y hasta desechó la idea de impugnarla judicialmente a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, porque, a su juicio, era inconveniente.

Como quiera que desde el 13 de julio de 1993, como quedó visto, el actor fue notificado por conducta concluyente, pues en escrito de esa fecha hizo mención expresa acerca del conocimiento que tenía "la única duda que me queda es acerca de la conveniencia de iniciar, una vez tuvimos conocimiento de la existencia de la resolución acusada, para el 3 de noviembre de 1994, fecha en que presentó la demanda, ya había operado el fenómeno de la caducidad de la acción, lo cual impide hacer un pronunciamiento de fondo.

Por las razones precedentes, habrá de confirmarse el numeral primero de la sentencia apelada, en cuanto a la excepción de caducidad de la acción se refiere.

Pero debe modificarse el referido numeral en relación con la denegatoria de las pretensiones de la demanda que como consecuencia de lo anterior

dispuso el *a quo*, para en su lugar, inhibirse de hacer pronunciamiento de mérito, ya que tal denegatoria es propia de un fallo de fondo, el cual en el caso *sub examine* no puede producirse precisamente por la carencia del presupuesto procesal previsto en el Artículo 136 del C.C.A., es decir, el del ejercicio oportuno de la acción consagrada en el Artículo 85 *ibidem*.

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

FALLA:

MODIFICASE el numeral primero de la sentencia apelada y en su lugar, se dispone:

DECLARASE probada la excepción de caducidad de la acción. En consecuencia, INHIBESE de hacer pronunciamiento de fondo.

CONFIRMASE en lo demás 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, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día trece (13) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Juan Alberto Polo Figueroa, Libardo Rodríguez Rodríguez, Manuel S. Urueta Ayola.*

COMPETENCIA EN PRIMERA INSTANCIA TRIBUNAL ADMINISTRATIVO - Control acto municipal / **ACTO MUNICIPAL** - Control jurisdiccional

Radica en el Tribunal Administrativo la competencia para conocer, en primera instancia, del presente proceso de nulidad, toda vez que el acto administrativo acusado fue proferido por un organismo del orden municipal que no es capital de Departamento y cuyo presupuesto anual ordinario para la vigencia fiscal de 1994, cuando se presentó la demanda, excedía de cincuenta millones de pesos ($50.000.000), o a su equivalente la cantidad de ciento treinta y siete millones doscientos mil pesos ($137.200.000), hechos los reajustes de que trata el Artículo 265 del C.C.A., subrogado por el Artículo 4 del Decreto 597 de 1988.

ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA MUNICIPAL - Creación de empleos / **PLANTA DE PERSONAL DE LA ADMINISTRACION MUNICIPAL** - Creación / **ALCALDE** - Facultades constitucionales / **CONCEJO MUNICIPAL** - Facultades constitucionales

La Constitución de 1991 introdujo en estas materias una clara distinción. Si bien produjo como ya se hizo notar, el precepto contenido en el numeral 3 del Artículo 197 de la derogada Carta, señaló funciones propias al alcalde y estableció en favor de éste la facultad de crear, suprimir o fusionar empleos y de fijar los emolumentos de los empleos de sus dependencias, lo que antes estaba atribuido al concejo, en otras palabras, el concejo perdió las facultades de establecer las plantas de personal y la de fijar los salarios, las que ahora corresponden al alcalde, dentro de los señalamientos que previamente y de manera general haya hecho el Concejo en cuanto a organización administrativa, funciones generales de las dependencias, escalas salariales y categorías de empleos y presupuestos para gastos de personal. Si bien conservó la de determinar la estructura de la administración, las funciones generales de las dependencias, las escalas de remuneración y categorías de cargos, como las de fijar plantas de personal de los organismos de control (Contraloría, Auditoría, Personería), y la del propio Concejo, al no ser objeto estas

últimas funciones de regulación en la Constitución. Pues bien, la Constitución Política de Colombia fija la competencia que a los concejos y a los alcaldes corresponde en el Artículo 313 numeral 6, para aquéllos, y en el Artículo 315, numeral 7, para éstos. De acuerdo con las anteriores normas y a las del Código de Régimen Municipal que no las contrarien, como los artículos 288 y 289, inciso segundo, al Concejo Municipal compete determinar las escalas de remuneración de las distintas categorías de los empleos de la Administración Municipal, y determinar las plantas del personal de la contraloría, personería, auditoría, revisoría, donde existan y la del propio Concejo y fijar sus emolumentos. Por su parte, al Alcalde corresponde la determinación de las plantas de personal de su despacho y de sus dependencias, lo que manifiesta en la competencia para crear, suprimir o fusionar los empleos de la Administración Central Municipal, dentro del marco estructural y funcional adoptado previamente por el concejo; así mismo le corresponde fijar los sueldos del personal de la Administración Central Municipal (alcaldía, secretarías departa-mentos administrativos, oficinas, etc.).

ADMINISTRACION CENTRAL MUNICIPAL - Supresion de empleos / **ALCALDE** - Atribución de supresión de empleos / **CONCEJOS MUNICIPALES** - Prohibiciones

La supresión de cualquier empleo de la Administración Central Municipal, excluidos los del Concejo, de la Contraloría, Auditoría, Revisoría y Personería, compete exclusivamente al Alcalde; y el concejo, si se suprime uno o más cargos de la alcaldía y de sus dependencias, incurre en usurpación de competencia o extralimitación de funciones. Lo mismo sucede si el concejo señala, mediante acuerdo, los salarios o emolumentos correspondientes a cada uno de los empleos de la alcaldía y de sus dependencias, porque como se ha expresado, ello es atribución propia del alcalde, que le ha sido dada por la Constitución.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. - Santafé de Bogotá D.C., trece (13) de junio de milnovecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: *Doctor Juan Alberto Polo Figueroa.*

Referencia: Expediente No. 3429. Actor: Luis Fernando Cote Peña. Autoridades Municipales.

Se decide por la Sala acerca del recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia proferida el 27 de julio de 1995 por el Tribunal Administrativo de Santander que denegó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

1. A iniciativa del alcalde, el Concejo del Municipio del Socorro (Santander) aprobó un proyecto de acuerdo, que una vez sancionado legalmente, se convirtió en el Acuerdo No. 144 del 5 de diciembre de 1993, "Por medio del cual se reestructura la administración municipal y se fijan asignaciones civiles del personal de empleados y obreros del Municipio del Socorro para la vigencia fiscal de 1994 y se dictan otras disposicones".

2. En dicho Acuerdo 044, relacionándolo con el proyecto presentado por el alcalde, se suprimieron los siguientes cargos:

a) De la Tesorería Municipal, los cargos de contador general, auxiliar administrativo I, auxiliar administrativo II, auxiliar mecanógrafo I y auxiliar mecanógrafo II;

b) De la Oficina de Control Interno, los cargos de jefe control interno, secretaria y asistente del jefe de control interno;

c) De la Oficina de Planeación Municipal, el cargo de director banco de proyectos;

d) De la Secretaría de Obras Públicas, el cargo de auxiliar general de la oficina I;

e) De la Umata los cargos de director, cuatro (4) tecnólogos agropecuarios, secretaria, profesional, director homólogo proyecto Bertrand Russell y homólogo senior.

Además, en dicho acuerdo se fijaron los salarios para los funcionarios del Concejo Municipal, de la Peronería Municipal, de la Alcaldía Municipal de la Tesorería Municipal, de la Personería Municipal de las Secretarías de Gobierno y Obras Públicas, de la Oficina de Planeación Municipal, de Circulación y Tránsito, de la Oficina de Cuencas Hidrográficas y de Instrucción Pública, al igual que el jornal diario de los obreros que ocupe el Municipio.

Asi mismo, se señaló el valor de los viáticos diarios para concejales, alcaldes, tesorero, personero, secretario de obras públicas, secretario de planeción, inspector de tránsito y transporte, inspector de policía, secretario general de la alcaldía, asesor jurídico del concejo, asesor jurídico del municipio y para los demás funcionarios del Municipio.

3. El abogado *Luis Fernando Cote Peña* en ejercicio de la acción pública de nulidad, demandó la nulidad del Acuerdo número 044, por violación

de los artículos 313 numeral 6° y 315 numerales 1°y 7° de la Constitución, a cuyo efecto aduce que corresponde a los concejos municipales, a iniciativa del alcalde, crear las distintas dependencias de la Administración Municipal, asignando a cada una de las funciones generales como también determinan las distintas categorías de empleos, con los grados pertinentes, y fijar las respectivas escalas de remuneración. Al alcalde, de otra parte, le compete fijar las funciones especiales de los empleados, sus calidades y requisitos mínimos y "sobre todo, los emolumentos", obviamente, conforme a los acuerdos municipales que el concejo expida.

De lo anterior deduce el demandante que el concejo municipal "al suprimir cargos de la administración municipal y fijar los emolumentos de los empleados del municipio", mediante el Acuerdo número 044 del 5 de diciembre de 1993, violó el Artículo 313 de la Constitución, por extralimitación en sus funciones, y el Artículo 315 *ibidem*, por intromisión en la órbita funcional del alcalde.

EL FALLO IMPUGNADO

Mediante sentencia del 27 de junio de 1995, el Tribunal Administrativo de Santander denegó las pretensiones de la demanda.

Para adoptar esta decisión, el *a quo*, con vista en el numeral 6° del Artículo 313 y en los numerales 4° y 7° del Artículo 315 de la Constitución, estimó que no existía confusión sobre las competencias que en dicha materia señala la Carta a los concejos municipales y a los alcaldes, pues mientras a aquél compete determinar la estructura de la administración, lo cual implica la determinación de las diferentes dependencias de la administración, con indicación de las funciones de cada una, al alcalde le corresponde crear cargos, suprimirlos y fusionarlos, como también fijar a cada uno de los empleos sus funciones específicas y fijar la correspondiente asignación.

Sin embargo, como lo puntualiza la agente del del Ministerio Público, al término "reestructurar" utilizado en el Acuerdo 044 de 1993, según el Diccionario de la Lengua Española comprende la posibilidad no sólo de la supresión sino por igual, de la fusión, e inclusive, la creación de nuevas dependencias. Además, la facultad general asignada a los Consejos no implica limitación al ejercicio de las atribuciones específicas que la Constitución señala a los alcaldes por la Constitución, puesto que éstos con ejecución a los acuerdos correspondientes pueden crear cargos, suprimirlos o fusionarlos, y señalar a cada uno de sus empleados las funciones específicas que les corresponda realizar.

En consecuencia, "el bien el concejo con el acuerdo, dispuso la suspensión de los cargos ya relacionados, en modo alguno puede decirse que

cumplió dicha atribución usurpando la competencia que en el mismo sentido le está atribuida al alcalde. En lo que respecta a la remuneración fijada en el acuerdo es incuestionable que no está desconociendo las normas constitucionales. "Esta facultad sin importar el término empleado en los numerales 6° del Artículo 315 de la C. N. —determinar las escalas de remuneración— y 7° del Artículo 315 —"fijar sus emolumentos"— corresponde también a los concejos y a los alcaldes. En este último caso se cumplió con sujeción "a los acuerdos correspondientes" sin que de manera alguna haya usurpado competencia de éste último".

De lo anterior infiere el *a quo* los preceptos constitucionales invocados no fueron violados por el Concejo Municipal del Socorro, pues éste se limitó al ejercicio de la atribución conferida por la Carta, sin usurpar la prerrogativa que dicho ordenamiento otorga a los Alcaldes Municipales.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION

Para el impugnante salta de bulto que el Acuerdo 044 del 5 de diciembre de 1993, expedido por el Concejo Municipal del Socorro, está viciado de nulidad por usurpación de funciones que son propias de los alcaldes, con desconocimiento del principio de las competencias funcionales que regula nuestra vida jurídica nacional.

Censura que el Tribunal en un lacónico fallo, "acepta prácticamente que al concejo municipal y al alcalde, en últimas, les corresponden similares funciones, lo cual contradice el espíritu y texto de los preceptos constitucionales".

Para el impugnante, fallos como éste constituyen grave antecedente jurisprudencial, por cuanto puede desatar un caos en el adecuado funcionamiento de órganos que, antes que invadir sus espacios funcionales la Constitución Política los ha llamado a convertirse colaboradores los unos de los otros, pero dentro del adecuado ejercicio funcional que se le atribuye.

Por lo anterior, y por considerar que es manifiesta la violación de los Artículos 313 numeral 6 y 315 numerales 1 y 7 de la Constitución, solicita la revocación de la sentencia de primera instancia declarando la nulidad del acto demandado.

ALEGACIONES Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Las partes no alegaron de conclusión.

El señor Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado, en su concepto considera que es claro que la atribución dada a los concejos

municipales por el numeral 6 del Artículo 313 de la Carta, para determinar la estructura de la Administración Municipal y las funciones de sus dependencias; y para señalar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorias de empleo, es una competencia general, que le permite crear las distintas "dependencias" de la Administración Municipal (secretarías, departamentos administrativos, unidades), asignándoles las funciones de cada una. Así mismo, le permite determinar las distintas "categorías" de empleo (nivel directivo, asesor, ejecutivo, profesional, técnico administrativo, operarios, etc.) y, dentro de esas categorías los grados pertinentes, "fijando indudablemente para esas categorías y grados a las respectivas escalas de remuneración". En cambio, la competencia atribuida a los alcaldes por el numeral 7 del Artículo 315 de la Constitución es una competencia restringida, a lo que de manera general haya acordado el Concejo, en virtud de la cual se ocupa de crear, suprimir o fusionar los "empleos" de sus dependencias y de "fijar sus emolumentos", atribución que consigna, igualmente, el Artículo 91, literal d) numeral 4 de la Ley 136 de 1994.

Al resaltar los términos estructura, categorías, dependencias, empleos y fijar sus emolumentos, se busca diferenciar lo general de lo particular. Es así como la estructura administrativa es diferente de la planta de cargos a través de la cual ésta se materializa; la estructura, se refiere a las unidades administrativas, a las dependencias o a los órganos en abstracto; los cargos y los empleos son instrumentos a través de los cuales se pone a funcionar la estructura.

De la misma manera no es igual determinar la categoría y grado de remuneración de un cargo que fijar sus emolumentos.

El Acuerdo 044 del 5 de noviembre de 1993, aunque dice reestructurar la Administración, no creó en forma general dependencia alguna de la Administración Municipal, ni asignó funciones a las ya existentes, ni determinó algún tipo de categoría de empleo, ni grados de remuneración; se limitó a indicar los sueldos correspondientes a los cargos de todas las dependencias, salvo la oficina de control interno y de la Umata, las cuales desaparecen y que sería lo único que pudiera llamarse reestructuración. En otros términos se suprimen otros cargos y se asignan sueldos en la Administración Municipal fuera del contexto de una verdadera reestructuración administrativa, por lo cual el concejo se excedió en sus funciones.

Con base en lo considerado conceptúa que el Acuerdo 044 expedido por el Concejo Municipal del Socorro viola normas de carácter superior, esto es, los artículos 313 y 315 de la Constitución y por lo tanto, en aras de mantener incólume el ordenamiento jurídico, comparte las pretensiones del actor.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Por auto del dos (2) de febrero próximo pasado, llegada la oportunidad procesal para decidir, la Sala dispuso allegar certificación donde se constase el monto del presupuesto anual ordinario del Municipio del Socorro para la vigencia fiscal de 1994, habida consideración de que dicho municipio no es capital de departamento, y tal información se hacía imprescindible para poder determinar si el proceso era de única o de dos instancias.

Al proceso se trajo, entonces, una certificación expedida por el Secretario General de la Alcaldía del Socorro, conforme a la cual "el monto del presupuesto anual ordinario del Municipio del Socorro para la vigencia fiscal de 1994 fue la suma de $1.434.359.022". Este monto radica en el Tribunal Administrativo la competencia para conocer, en primera instancia, del presente proceso de nulidad, toda vez que el acto administrativo acusado fue proferido por un organismo del orden municipal que no es capital del departamento y cuyo presupuesto anual ordinarios para la vigencia fiscal de 1994, cuando se presentó la demanda, excedía de cincuenta millones de pesos ($50.000.000) o a su equivalente, la cantidad de ciento treinta y siete millones doscientos mil pesos ($137.200.000), hechos los reajustes de que trata el Artículo 265 del C.C.A., subrogado por el Artículo 4° del Decreto 597 de 1988.

2. La cuestión litigiosa entraña, en esencia, examinar y delimitar las competencias del concejo y del alcalde, en materia de organización, de empleos y salarios, en el municipio, pues pareciera que para el Tribunal que profirió el fallo impugnado, las facultades respectivas corresponden "a los concejos y a los alcaldes" sin distinción alguna.

Según la Constitución anterior, al concejo correspondía como atribución, conforme al Artículo 197 numeral 6°, "Determinar la estructura de la administración municipal, las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remunereación correspondientes a las distintas categorías de empleos". Este precepto fue reproducido en el numeral 6 del Artículo 113 de la Constitución de 1991.

Para el alcalde, la misma Constitución no preveía funciones específicas, por lo cual la ley radicó en el concejo todas las facultades normativas relativas al régimen personal.

En efecto, los artículos 288 y 289 del Código de Régimen Municipal (Decreto 1333 de 1986) asignaban al concejo municipal las siguientes funciones:

—Adoptar, a iniciativa del alcalde, "la nomenclatura y clasificación de los empleos de la alcaldía, secretarías y de sus oficinas y dependencias

y fijar las escalas de remuneración de las distintas categorías de empleos", funciones éstas que también debía cumplir "respecto de los empleados de la contraloría, auditorías, revisorías, personerías y tesorerías" (Artículo 288), pero sin la iniciativa del alcalde.

Para, todos los efectos ha de tenerse presente que la "tesorería" es ahora una dependencia de la alcaldía y que los tesoreros ya no son elegidos por el concejo sino que son de libre nombramiento del alcalde, de conformidad con los artículos 24 de la Ley 78 de 1986 y 1°de la Ley 53 de 1990.

—Expedir normas "sobre nomenclatura, clasificación y remuneración de empleos" (Artículo 299 inc. 3°), a la manera de acuerdos marco, a los cuales debía sujetarse el propio Concejo.

—Determinar. a iniciativa del alcalde, *"las plantas de personal de las alcaldías, secretarías y de sus oficinas o dependencias"* (Artículo 289 inc.1°). Así mismo, *"La creación, supresión y fusión de empleos de las contralorías, auditorías, revisorías, personerías, y tesorerías también corresponde a los concejos"* (Artículo 289 inc. 2°).

Por contraposición, al alcalde sólo se le confería la facultad de *"Nombrar y remover los empleados de su oficina"* y *"Dictar los actos necesarios para la administración de personal* que *preste sus servicios en el municipio de conformidad con el Artículo 294 de éste Código"* (Artículo 132 numerales 7 y 8). Es decir, al alcalde correspondían sólo facultades de ejecución, relativas a la expedición de actos relacionados con el nombramiento, remoción y creación de situaciones administrativas (licencias, permisos, comisiones, suspen-siones, vacaciones, etc.) del personal que prestaba sus servicios en la administración central de los municipios (Artículo 29).

Frente a este marco normativo la Constitución de 1991 introdujo en estas materias una clara distinción. Si bien reprodujo, como ya se hizo notar, el precepto contenido en el numeral 3° del Artículo 197 de la derogada Carta, señaló funciones propias al alcalde y estableció en favor de éste la facultad de crear, suprimir o fusioar empleos y de fijar los emolumentos de los empleos de sus dependencias, lo que antes estaba atribuido al concejo. En otras palabras, el concejo perdió la facultad de establecer las plantas de personal; y la de fijar los salarios, la que ahora corresponde al alcalde, dentro de los señalamientos que previamente y de manera general haya hecho el concejo en cuanto a organización administrativa, funciones generales de las dependencias, escalas salariales y categorías de empleos y presupuestos para gastos de personal. Si bien, conservó la de determinar la estructura de la administración, las funciones generales de las dependencias, las escalas de remuneración y categorías de cargos (Artículo 316-6 C.P.), como las de fijar las plantas de personal de los organismos de

control (contraloría, auditoría, revisoría, personería) y la del propio concejo (Artículo 289, inc. 2 C.R.M.), al no ser objeto estas últimas funciones de regulación en la Constitución.

Se infiere de lo expuesto que las normas legales referidas son contrarias a la delimitación de competencias que consagra la Constitución vigente. Por consiguiente, deben considerarse insubsistentes, de conformidad con el inciso segundo del Artículo 9º de la Ley 153 de 1887, según el cual "Toda disposición anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra y a su espíritu, se desechará como insubsistente".

Aunque inaplicable al *sub lite*, la Ley 136 de 1994 hace eco a la distinción que establece la Constitución, especialmente cuando señala las funciones del alcalde, en relación con la administración municipal, Artículo 91, literal B, numerales 3 y 4, lo cual avala la interpretación que se hace de las normas constitucionales vigentes sobre la materia.

Pues bien, la Constitución Política de Colombia fija la competencia que a los concejos y a los alcaldes corresponde, en el Artículo 313 numeral 6, para aquéllos, y en el Artículo 315, numeral 7, para éstos.

Dicen las normas:

"***Artículo 313*** *Corresponde a los concejos:*

(...)

6. Determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categrías de empleos..."

(...)".

"***Artículo 315.*** *Son 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".

De acuerdo con las anteriores normas y de las del Código de Regimen Municipal que no las contraríen, como los artículos 288 y 289, inciso se-

gundo, al Concejo Municipal compete determinar las escalas de remuneración de las distintas categorías de los empleos de la Administración Municipal, y determinar las plantas de personal de la contraloría, personería, auditoría, revisoría, donde existan y la del propio concejo, y fijar sus emolumentos.

Por su parte, al alcalde corresponde la determinación de las plantas de personal de su despacho de sus dependencias, lo que se manifiesta en la competencia para crear, suprimir o fusionar los empleos de la Administración Central Municipal, dentro del marco estructural y funcional adoptado previamente por el concejo; así mismo, le corresponde fijar los sueldos del personal de la Administración Central Municipal (alcaldía, secretarías, departamentos administrativos, oficinas, etc.).

Precisando más, debe decirse que el Concejo, al determinar la estructura de la Administración central Municipal puede, por ejemplo, señalar cuántas y cuáles secretarías debe tener la Administración, y al elaborar el presupuesto de rentas y gastos asignar en lo que a gastos de personal se refiere, las partidas globales que a cada una de esas secretarías corresponden. Pero la determinación de la planta del personal de cada una de ellas y la fijación de los emolumentos o salarios de los funcionarios, corresponde al alcalde, quien, al hacerlo, no podrá exceder, por concepto de sueldos, el monto total de ese renglón fijado por el concejo en el respectivo presupuesto.

Es esta una distribución de competencias, que deslindando con precisión las atribuciones del concejo y las facultades del alcalde en materia de personal, señala un marco definido de actuación para los respectivos órganos, cuyo desconocimiento origina violación de los preceptos superiores que lo delimitan, por desajuste con la regla de fondo a la cual debe sujetarse la respectiva actuación administrativa. En efecto, de los artículos 6 y 121 de la nueva Constitución emerge el principio, según el cual, a diferencia de los particulares que pueden hacer todo aquello que no les está prohibido, los funcionarios públicos y las entidades de esta naturaleza sólo pueden ejecutar aquello que expresamente les está mandado.

De este modo, la supresión de cualquier empleo de la Administración Central Municipal, excluidos los del concejo, de la Contraloría, Auditoría, Revisoría, y Personería, compete exclisivamente al alcalde; y el concejo, si se suprime uno o más cargos de la Alcaldía y sus dependencias, incurre en insurpación de competencia o extralimitación de funciones.

Lo mismo sucede si el concejo señala, mediante acuerdo, los salarios o emolumentos correspondientes a cada uno de los empleos de la alcaldía y sus dependencias, porque como se ha expresado, ello es atribución propia del alcalde, que le ha sido dada por la Constitución.

2. Al desagregar los contenidos del Acuerdo 044 en examen, se establece lo siguiente:

a) Fija la estructura organizativa del municipio: Concejo Municipal, Alcaldía Municipal, Tesorería Municipal, Personería Municipal, Secretaría de Gobierno, Planeación Municipal, Secretaría de Obras Públicas, Circulación y Tránsito, Cuencas Hidrográficas e Instrucción Pública;

b) Suprime la Oficina de Control Interno y la Umata; y los empleos de las mismas;

c) Fija la planta de personal del concejo municipal, los salarios de sus funcionarios y los viáticos a que tienen derecho los concejales y el asesor jurídico del concejo;

d) Fija la planta de personal de la personería municipal, los sueldos de sus funcionarios y los viáticos del personero;

e) Fija la planta de personal de las dependencias administrativas que integran la Alcaldía Municipal (despacho del alcalde, tesorería, secretaría de gobierno, planeación municipal, secretaría de obras públicas, circulación y tránsito, cuencas hidrográficas e instrucción pública), los salarios de sus funcionarios y los viáticos para el alcalde, tesorero, secretarios, inspector de policía, asesor jurídico del municipio, como también los jornales diarios para los obreros del municipio;

f) Suprime los empleos o cargos de contador general, auxiliar administrativos I y II y auxiliares mecanógrafos I y II de la Tesorería Municipal; de director del Banco de Proyectos de la Oficina de Planeación Municipal y de auxiliar general de oficina I de la Secretaría de Obras Públicas supresiones que no se propusieron en el proyecto de acuerdo presentado por el alcalde al concejo, es decir, no fueron de las iniciativa de este último.

De los anteriores contenidos es perceptible que los señalados por los literales a), b), c), y d) encuadran, según los lineamientos conceptuales antes expresados, dentro de la competencia del Concejo Municipal del Socorro.

No sucede igual con los distinguidos con los literales e) y f), cuya competencia es privativa del alcalde municipal. Así las cosas, al expedir el Concejo Municipal del Socorro el Acuerdo No. 044 de 1993 y fijar, como lo hizo, la planta de personal —entendiendo por tal la integrada por sus funcionarios— de las dependencias administrativas que conforman la Alcaldía Municipal: fijar los salarios de los funcionarios y los viáticos para el alcalde, tesorero, secretarios, inspector de policía, asesor jurídico del municipio, así como los jornales para los obreros, y suprimir empleos de

dependencias de la Alcaldía, se atribuye una competencia de la cual carece, con violación de las normas constitucionales invocadas por el actor.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, de acuerdo con la Agencia del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

REVOCASE la sentencia apelada de fecha 27 de junio de 1995 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander y en su lugar.

1°. DECLARASE la nulidad del Acuerdo No. 044 del 5 de diciembre de 1993, expedido por el Concejo Municipal del Socorro (Santander), para la vigencia fiscal de 1994, en cuanto: a) En el Artículo 1° fija asignaciones civiles para empleados y obreros del municipio, con excepción de las correspondientes al Concejo y Personero Municipal; b) En el Artículo 1° suprime los cargos de contador general, auxiliares administrativos I y II y auxiliares mecanógrafos I y II, de la Tesorería Municipal; del director del Banco de Proyectos, de Planeación Municipal y de auxiliar general de oficina, de la Secretaría de Obras Públicas; c) En el Artículo 2° fija el jornal diario para los obreros que ocupen el municipio; y d) En el Artículo 3° fija viáticos diarios para el alcalde, tesorero, personero, secretario de obras públicas, secretario de planeación, inspector de tránsito y transporte, inspector de policía, secretario general de la alcaldía y asesor jurídico del municipio.

2°. DENIEGANSE las demás pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y en firme de esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día trece (13) de junio de mil novecientos noventa y seis(1996).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Juan Alberto Polo Figueroa, Libardo Rodríguez Rodríguez, Manuel S. Urieta Ayola.*

SINDICO DE LA QUIEBRA - Facultades / **QUIEBRA** - Representación judicial / **SINDICO DE LA QUIEBRA** - Representante de la masa de bienes / **LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA** - Inexistencia / **FALLO INHIBITORIO** - Falta de legitimación en la causa

El apelante pretende asimilar las figuras de comunero, sucesor y acreedor, para concluir que un acreedor esta legitimado para reclamar en favor de la masa de la quiebra. Sobre el particular, la Sala estima, en total acuerdo con el fallador de primera instancia, que en efecto el síndico de la quiebra es quien tiene la facultad de otorgar poder para que la misma sea representada judicial o administrativamente, sin que sea de recibo la identificación que él pretende entre las figuras de la comunidad, sucesión y quiebra, pues esta última está expresamente regulada en el C. de Co. (artículos 1937 a 2010) y sólo remite al C.C. en lo no previsto respecto de dicha figura en el título que la regula. Los artículos 1953 a 1960 del C. de Co. regulan de manera especial la figura del síndico de la quiebra, de quien se dice (Artículo 1953) que tendrá la guarda y administración de la masa de bienes de ésta, señalándole dentro de sus funciones, entre otras, la de "sustituir al quebrado en la administración de sus bienes y en todos los asuntos que afecten o puedan afectar su patrimonio"; "recaudar los dineros que por cualquier concepto deban ingresar a la masa de la quiebra"; "intentar, con la autorización de la junta asesora, todas las acciones necesarias para la conservación y reintegración de la masa de la quiebra, lo mismo que atender y resolver las solicitudes de restitución de los bienes que deban separarse de la masa". Teniendo en cuenta los anteriores preceptos, para la Sala no queda duda alguna de que los acreedores no pueden conferir poder para que la masa de la quiebra sea representada, pues, se reitera, ello es del resorte exclusivo del síndico, quien una vez nombrado y posesionado, asume la representación de la masa de bienes de la quiebra, entendida ésta, como "...todos los bienes embargables del deudor, actuales y futuros inclusive los afectados especialmente al pago de determinadas obligaciones" (Artículo 1961 del C. de Co.). Dicha persona, en su calidad de síndico y por lo

tanto representante de la quiebra, era la única que podía otorgar poder para incoar la presente acción en nombre de la masa de la quiebra de la Sociedad Industrias Ancón Ltda. Encontrándose demostrado que al *Doctor Jairo López Morales* no le fue conferido poder de parte del síndico para representar judicialmente a la masa de la quiebra de la Sociedad Industrias Ancón Ltda. y que el poder a él otorgado lo fue por un acreedor, que carecía de facultad para representar a dicha masa, de ello se deriva la falta de legitimación en la causa por activa, circunstancia que conduce a que la sentencia inhibitoria apelada sea confirmada en la parte resolutiva de la presente providencia, sin que sea necesario entrar al estudio de las otras razones de inconformidad expuestas por el recurrente.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. - Santafé de Bogotá, D.C., trece (13) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez

Referencia: Expediente No. 3496. Actor: *Victor Manuel Lopez Páramo.*

La Sección Primera procede a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por el abogado *Jairo López Morales*, en su calidad de coadyuvante de la parte actora, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de fecha 15 de junio de 1995.

I. ANTECEDENTES

a. El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda.

Víctor Manuel López Páramo, 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 la Resolución No. 05743 de 21 de noviembre de 1988, expedida por el Administrador de la Aduana Interior de Bogotá. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho solicitó se condene a la Nación —Ministerio de Hacienda y Crédito Público— Dirección General de Aduanas a pagar, a la Sociedad Industrias Ancón Ltda. o a las personas naturales o jurídicas que la sucedan o hayan formado comunidad o sociedad dentro del proceso de quiebra, el valor que tenga a la fecha de la sentencia la mercancía depositada forzosamente en las bodegas del Fondo Rotatorio de Aduanas y de propiedad exclusiva de Industrias Ancón Ltda., de la cual dispuso inconsultamente el Fondo Rotatorio de

Aduanas. Así mismo, solicitó se condene a la demandada a reparar el daño causado a la sociedad en mención, por la no entrega de la mercancía y por su venta ilegal y arbitraria, perjuicios que se actualizarán por el valor que tenga la moneda colombiana a la fecha de la sentencia.

b. El acto acusado.

Es la Resolución No. 05743 de 21 de noviembre de 1988, expedida por el Administrador de Aduana Interior de Bogotá, por medio de la cual se niega la solicitud de entrega de mercancías, elevada por el apoderado de la firma Industrias Ancón Ltda.

c. Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación.

La parte actora considera que con la expedición del acto acusado se violaron las siguientes normas:

1. De orden constitucional: Artículos 2°, 11, 16, 17, 20, 26, 30, 32 y 39 de la Constitución Política de 1886.

2. De orden legal: artículos 70 a 82 del Decreto-ley 955 de 1970; 2° del Decreto-ley 630 de 1942, sustitutivo del Artículo 55 de la Ley 79 de 1931; 2336 y ss. del C.C.; 31 a 42 del Decreto 99 de 1981; 176 del Decreto-ley 444 de 1977; 232 y 233 del Decreto 2666 de 1984; y Decretos 3312 de 1985 y 2649 de 1989.

3. De orden reglamentario: Artículo 18 del Reglamento General de Aduanas.

Las razones que aduce como concepto de violación se expresan, bajo la forma de cargos, en forma resumida a continuación (folios 44 a 55 del Cdno Ppal.):

Primer cargo. Se violó el Artículo 2° de la Carta Política, por cuanto éste establece que la actividad pública de los funcionarios del Estado debe cumplirse en los términos precisos que les señalan las normas constitucionales y legales, sin que puedan, como ocurrió en el presente caso, extralimitarse en sus atribuciones y desconocer los derechos y garantías que corresponden a toda persona por mandato constitucional.

Segundo cargo. El Artículo 20 *ibidem* prescribe que las autoridades de la República son responsables por infracción de la Constitución y por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas, razón por la cual fue violado, al negarse los funcionarios de la Dirección General

de Aduanas a devolver una mercancía que no era de contrabando, como se demostró desde un primer momento, y venderla.

Tercer cargo. El Artículo 26 *ibidem* fue vulnerado al no seguirle el procedimiento indicado por la ley, ya que el legislador autoriza la retención y decomiso de mercancía de contrabando, pero no faculta a los funcionarios de la Aduana para decomisar y vender aquella que no ha sido declarada como tal.

Cuarto cargo. Era obligación de los funcionarios de la Dirección General de Aduanas proteger los intereses de la demandante, razón por la cual, al no hacerlo, violaron el Artículo 16 *ibidem*, que dispone que las autoridades deben proteger a las personas en su vida, honra y bienes y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales de Estado y de los particulares.

Quinto cargo. Violación del Artículo 17 *ibidem* que consagra la especial protección por parte del Estado al derecho del trabajo, por cuanto los funcionarios de la Aduana le impidieron a la demandante, al despojarla en forma indebida de la mercancía, ejercer libremente dicho derecho.

Sexto cargo. Se transgredieron los artículos 30 y 32 *ibidem*, los cuales, respectivamente, garantizan la propiedad privada y la libertad de empresa e iniciativa privada, ya que la actuación de los funcionarios de la Aduana fue ilegal, tal y como lo determinó la justicia penal aduanera.

Séptimo cargo. El Artículo 39 *ibidem* también fue desconocido, al no permitirsele al demandante escoger libremente su profesión u oficio de comerciante.

Octavo cargo. Violación del Decreto 3312 de 1985 y de los Artículos 232 y 233 del Decreto 2666 de 1984, porque la justicia penal, al no encontrar delito de contrabando y al decretar que la posible contravención estaba prescrita, colocó la mercancía importada temporalmente bajo el sistema ***"Plan Vallejo"*** (hoy importación temporal para perfeccionamiento de activo), en el mismo régimen de importación.

Noveno cargo. Falsa o errónea motivación del acto impugnado, por cuanto en forma repetida el apoderado de la quiebra de Industrias Ancón Ltda. solicitó la devolución de la mercancía retenida (ignorando que ésta había sido vendida por el Fondo Rotatorio de Aduanas), para optar por una de las dos alternativas autorizadas por la ley: su nacionalización o su reexportación. De esta manera se manifestó inequívocamente la intención y aun la promesa del importador, de cumplir con una de las dos alternativas, sabiendo que de no hacerlo quedaría sujeto a las sanciones establecidas por la ley.

No es cierto lo afirmado veladamente en el acto demandado, de que el importador "no ha tenido la intención de cumplir" con ciertas formalidades legales. Tal afirmación es infundada y temeraria, porque esta presumiendo la mala fe del importador, cuando es principio general del derecho que la buena fe se presume, mientras no se demuestre lo contrario.

Para nacionalizar la mercancía importada temporalmente con fundamento en las normas Plan Vallejo o para reexportarla, la mercancía tiene que estar en poder del importador o depositada en bodegas oficiales a disposición del mismo. Si está retenida, ninguna gestión podrá hacer el importador para nacionalizarla o reexportarla, y mucho menos si la mercancía depositada obligatoriamente en el Fondo Rotatorio, fue ilegal y arbitrariamente vendida por la entidad oficial, lo cual quiere decir que en las circunstancias en que las autoridades aduaneras colocaron a Industrias Ancón Ltda., la única gestión que les quedaba era solicitar la nulidad del acto y el consecuente restablecimiento del derecho.

Décimo cargo. Responsabilidad del Fondo Rotatorio de Aduanas por ventas de mercancías, para lo cual transcribe apartes de las sentencias de 16 de julio de 1998, de octubre de 1977 de 28 de octubre de 1976 y de 20 de septiembre de 1984, proferidas por el Consejo de Estado, las cuales hacen referencia a algunas de las normas que se consideran violadas por parte del actor, esto es, a los Artículos 71, 72, 73, 79, 80, 81, y 82 del Decreto-ley 955 de 1970; al Artículo 2° del Decreto-ley 630 de 1942 sustitutivo del Artículo 55 de la Ley 79 de 1931; y el Artículo 2363 del C.C.

Décimo Primer cargo. No existe norma legal alguna que faculte a la Dirección General de Aduanas para desconocer el derecho alternativo que tiene el importador de mercancías de nacionalizarlas o reexportarlas y mucho menos para en su lugar retenerlas y decomisarlas en forma ilegal y venderlas en forma directa.

Respecto de los Artículos 11 de la Constitución Política de 1886; 2336 y ss. del C.C.; 31 a 42 del Decreto 99 de 1981; 176 del Decreto-ley 444 de 1977; Decreto 2649 de 1989; y Artículo 18 del Reglamento General de Aduanas, que el actor cita en el acápite ***"Normas Violadas y Concepto de la Violación"***, no se expresa dicho concepto de la violación.

d. Las razones de la defensa.

El apoderdo de la Nación —Ministerio de Hacienda y Crédito Público— Dirección General de Aduanas, (folios 29 a 30 del Cdno. Ppal.), en defensa de los intereses de su representada, propuso las siguientes excepciones:

1ª. El fondo estaba autorizado para la venta de la mercancía, por cuanto de acuerdo con lo establecido en el Artículo 79 del Decreto 955 de 1970, sustituido por el Artículo 25 del Decreto 520 de 1971, las cosas, cuyo almacenamiento se presente, serán enajenadas directamente y lo más pronto posible por el fondo Rotatorio de Aduanas. En el caso que nos ocupa por tratarse de elementos cuyo almacenamiento se dificultaba, se procedió por parte del Fondo al traspaso de la mercancía, con base también en lo ordenado por el Acuerdo No. 207 de noviembre 6 de 1976, Artículos 1°y 3°.

2ª. Actuación legal de la Aduana: De acuerdo con las providencias que se anexan a la demanda, se encuentra probado que la Sociedad Industrias Ancón Ltda. celebró el contrato No. 1-748 con el Incomex, con el objeto de introducir al país mercancías con el régimen especial de importación y exportación del Plan Vallejo, es decir, teniendo la obligación de reexportar estas mercancías.

Aparece igualmente probado que la sociedad en cuestión importó bajo este régimen una cantidad de mercancía equivalente a tres millones cuatrocientos dos mil seiscientos sesenta y cuatro kilos (3.402.664), de los cuales reexportó una parte, otra fue vendida o puesta en circulación sin mediar permiso de autoridad aduanera, y otra decomisada y puesta en el Fondo Rotatorio de Aduanas.

Con dicha actitud, Industrias Ancón Ltda. violó el contrato suscrito ya referido, razón por la cual el Juzgado 6° del Distrito Penal Aduanero, en su parte resolutiva ordena dejar tales mercancías a disposición de la Aduana para lo de su cargo.

3ª. Falta de legitimación en la causa por activa, ya que el proceso de quiebra es aquel que se adelanta por un acreedor contra un comerciante que ha cesado en el pago de una o más obligaciones civiles o mercantiles.

De la normatividad que regula el proceso de quiebra se desprende que no solamente quienes pueden solicitar o iniciar tal proceso, sino que también quienes hagan parte del mismo en su calidad de acreedores, tienen derechos tales como hacer valer sus créditos y conformar una junta asesora cuya función es vigilar el decurso del proceso y el actuar del síndico.

Dentro del proceso aquí referido se dan la masa de quiebra y el síndico, correspondiéndole a éste la administración, guarda y representación de la primera.

En la normatividad legal se exige que el síndico sea el encargado de señalar y conseguir todos y cada uno de los bienes que hagan parte de la masa; por lo tanto, es el quien debe adelantar en su calidad de guardador y

representante de la masa todos los trámites, judiciales y extrajudiciales pertinentes para obtener la entrega de uno u otro bien que deba hacer parte de ésta (Artículo 1953 numeral 6). Estas funciones del síndico son indelegables.

Se concluye entonces que quien debe adelantar la presente acción es el síndico de la quiebra, cuya actuación debería ser la de otorgar poder un profesional del derecho para que actúe conforme a la ley.

El señor *López Páramo*, si bien es acreedor de la quiebra, no tiene fundamento legal para instaurar acciones judiciales respecto de bienes que deben hacer parte de la masa de ésta. Es indiscutible que como acreedor de la quiebra él se beneficia o perjudica con los bienes que la integran, pero el llamado a adelantar tales trámites es el síndico de la quiebra.

4ª. Indebida acumulación de pretensiones, por cuanto una es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y otra de la reparación directa.

En el presente caso el demandante inicia ambas acciones en contra el Ministerio de Hacienda y Crédito Público —Dirección General de Aduanas— Fondo Rotatorio de Aduanas, cuando lo cierto es que debió iniciar la nulidad y restablecimiento del derecho en contra del Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Dirección General de Aduanas y la de reparación directa contra el Fondo Rotatorio de Aduanas por la no entrega y venta posterior de las mercancías.

5ª. Falta de poder del apoderado, por cuanto éste le fue otorgado para demandadr la Resolución No. 0593 del 21 de noviembre de 1988, cuando la Resolución que se demandó es la No. 05743 de la misma fecha.

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 febrero de 1990 se admitió la demanda (folio 61 del Cdno Ppal.).

Mediante proveído de 6 de septiembre de 1991, se abrió a pruebas el proceso y se decretaron las pedidas por las partes (folio 116 del Cdno. Ppal.).

Por auto de 26 de julio de 1994 (folio 391 del Cdno Ppal.) se corrió traslado a las partes y al señor Agente del Ministerio Público para alegar de conclusión, derecho del cual hicieron uso la entidad demandada (folio

417 *ibidem*) y la señora *María Antonia Acevedo Huérfano*, en su calidad de coadyuvante de la demanda (folio 407 *ibidem*).

II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante la sentencia recurrida el Tribunal de origen se declaró inhibido para hacer un pronunciamiento de fondo, con fundamento en las consideraciones que se resuman a continuación (folios 454 a 460 del Cdno. Ppal.):

1ª. Contra la resolución que aquí se impugna se interpuso el recurso de apelación, el cual fue inicialmente rechazado mediante auto de 6 de noviembre de 1991, al considerar el Director General de Aduanas que había sido interpuesto extemporáneamente. Dicha decisión fue revocada mediante Resolución No. 3337 de 26 de julio de 1994, considerando que el recurso se interpuso al momento de la notificación, aunque se sustentó posteriormente.

2ª. La demanda fue promovida por el señor *Víctor López Páramo* a través de apoderado, invocando su condición de acreedor reconocido dentro del proceso de quiebra de la sociedad Industrias Ancón Ltda. En la demanda se solicita que las declaraciones y condenas se hagan en favor de la citada sociedad en quiebra.

3ª. La apoderada de la Nación —Ministerio de Hacienda y Crédito Público propuso como excepción la falta de ligitimación en la causa por activa, aduciendo que el acreedor de la quiebra no es el llamado a obtener trámites para la obtención de bienes, pues ello le corresponde al síndico.

4ª. La quiebra es una institución regulada en el C. de Co. en los Artículos 1937 a 2010. La masa del quebrado constituye un patrimonio autónomo sin personería jurídica, pues de conformidad con el numeral 3 del Artículo 1945 del C. de Co., uno de los efectos de la declaración de quiebra respecto de una sociedad es su disolución y, según el numeral 9 del Artículo 1946 *ibidem*, el acto que declare la quiebra debe ordenar la cancelación de la matrícula del quebrado en el registro mercantil.

5ª. La declaración de quiebra implica el nombramiento del síndico, quien es la persona encargada de la guarda y administración de la masa de la quiebra y quien de acuerdo con el Artículo 1953 *ibidem* tiene entre otras funciones especiales, la de sustituir al quebrado en la administración de sus bienes y en todos los asuntos que afecten o puedan afectar su patrimonio y es la persona que, con autorización de la Junta Asesora, debe promover todas las demandas necesarias para la conservación y reintegración de la masa de la quiebra.

6ª. En consecuencia, le asiste razón a la apoderada de la demandada, en el sentido de que un acreedor no puede promover proceso en nombre de la quiebra dado que para ello la ley ha previsto que sea el síndico. El Artículo 2009 *ibidem*, permite que el quebrado conserve su personería para coadyuvar las acciones o las oposiciones que proponga el síndico o que se promuevan contra éste, como tambien que la conserve para efectos de su defensa en el proceso penal y para impugnar los créditos.

7ª. Si bien es cierto que el demandante *Victor Manuel López Páramo* se encuentra reconocido como acreedor en el proceso de quiebra de la sociedad Industrias Ancón Ltda. que adelanta el Juzgado 3º Civil del Circuito de esta ciudad, lo evidente es que no tenía capacidad procesal para comparecer al proceso en nombre de la quiebra.

8ª. No se presenta la falta de legitimación en la causa por cuanto la sociedad en cuestión si podía actuar en el proceso para pretender los derechos sustanciales invocados en la demanda, sólo que tenía que hacerlo a través de su sustituto, esto es, el síndico de la quiebra.

9ª. De lo expuesto se concluye que faltando un presupuesto procesal de la demanda, la decisión debe ser inhibitoria.

10ª. Además de lo anterior, la Sala observa que la acción procedente para obtener la condena al pago de la mercancía retenida a Industrias Ancón Ltda. no era la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pues tal y como se relata en los hechos, la mercancía retenida fue vendida por el Fondo Rotatorio de Aduanas en el año 1982, mucho antes de que culminara la investigación penal por contrabando y de que se hiciera la solicitud de entrega que culminó con la expedición del acto acusado. Significa lo anterior, que cuando se profirió la resolución demandada ya se había producido un hecho del Fondo Rotatorio de Aduanas y, en consecuencia, la Administración de Aduanas no podía tomar una decisión distinta a la adoptada, concluyéndose por lo tanto de la acción a impetrar era la de reparación directa.

Lo anterior constituye una ineptitud sustantiva de la demanda, lo cual también hace imposible un pronunciamiento de fondo.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En la sustentación del recurso de apelación, el recurrente fundamenta su desacuerdo con la sentencia de primera instancia en las razones que se sintetizan a continuación (folios 295 a 297 del Cdno. Ppal.):

1ª. Aunque el Tribunal afirma que el único que podía otorgar poder para instaurar la presente acción era el síndico de la quiebra, afirmación

que no es compartida, se tiene que existe poder otorgado en debida forma por quienes representan la quiebra por las siguientes razones:

a) En el proceso aparece un poder otorgado por el síndico *Carlos Jacinto Córdoba Jiménez* y por el representante legal suspendido, *Alberto Chalem*, mediante el cual confieren poder al aquí apelante para reclamar la mercancía objeto de este proceso y para interponer toda clase de acciones jurisdiccionales o administrativas;

b) Tampoco puede desconocerse que si bien es cierto que el abogado que presentó la demanda utilizó un poder otorgado por uno de los acreedores de la quiebra, no lo es menos que dicho abogado fue quien con poder suficiente agotó la vía gubernativa;

c) La indebida representación sólo se presenta cuando hay ausencia total de poder para el respectivo proceso (numeral 7 Artículo 140 del C. de P.C).

2ª. El acreedor está legitimado para pedir en favor de la masa de la quiebra, por cuanto existen normas que le otorgan a éste legitimación para accionar y evitar la insolvencia o el fraude del deudor, o para aumentar el patrimonio del deudor y garantizar su crédito.

Con la declaratoria de quiebra de una persona se forma una comunidad que, según la jurisprudencia, es un cuasicontrato y se forma de hecho, sin que las personas que en ella aparecen celebren convención alguna para constituir una sociedad autónoma.

El acreedor está legitimando para reclamar en favor del deudor o la masa de la quiebra, así como el comunero puede demandar en favor de la comunidad y el heredero puede accionar en favor de la sucesión. En ninguno de estos casos quien demanda representa la quiebra, comunidad o sucesión, sino que litiga en favor de la masa, comunidad o sucesión teniendo un interes propio que se confunden con el de éstas, como lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 24 de septiembre de 1946.

Tratándose concretamente de quiebras y concordatos, la ley expresamente otorga legitimación a los acreedores para invocar la revocatoria de los actos realizados por el empresario que entorpezcan o hagan insuficientes los bienes para cubrir todos los créditos. Así por ejemplo, el Artículo 19 del Decreto-ley 350 de 1989 prescribe: "...el contralor o cualquier acreedor podrá solicitar la revocación de los siguientes actos...". De igual manera, el Artículo 27 *ibidem* autoriza a los acreedores para que objeten los créditos presentados.

3ª. La acción instauradas es la que procedía, por cuanto no podía demandarse al Fondo Rotatorio de Aduanas la entrega de la mercancía o el valor de la misma, hasta tanto la entonces Dirección General de Aduanas o al Juez competente así lo ordenase. Como la Dirección General de Aduanas se negó a acceder a la solicitud de entrega de la mercancía, legalmente el fondo no podía entregarla.

Mientras no se anule por el juez administrativo el acto demandado y mientras no se dicte otra decisión por parte de la autoridad que reemplazó a la Dirección General de Aduanas no podrá ordenarse al Fondo que devuelva el valor de las citadas mercancías. Por las razones expuestas el fallo recurrido debe ser revocado y en su lugar se debe dictar sentencia de fondo, accediendo a las pretensiones de la demanda.

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado ante el Consejo de Estado es partidario de que se confirme la sentencia apelada, considerando que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho aquí impetrada lo fue por poder otorgado por el señor *Víctor Manuel López Páramo*, como acreedor reconocido en el proceso de quiebra de Industrias Ancón Ltda., lo cual fue fundamento de la decisión inhibitoria del Tribunal.

En la primera instancia, el doctor Jairo López Morales solicitó se le reconociera como coadyuvante del demandante, en calidad de cesionario de los créditos laborales reconocidos en el proceso de quiebra.

El citado apoderado concurre ante el Consejo de Estado como apelante en nombre de la sociedad demandante, invocando las facultades conferidas por el síndico para realizar todas las gestiones jurisdiccionales y administrativas, mandato que, según se afirma, excluye la necesidad de escritos independientes para actuar ante los jueces de la quiebra y para agotar la vía gubernativa.

La anterior afirmación implica el ejercicio de un mandato para actuar en poder especial en varios procesos separados, lo cual de conformidad con los artículos 65 del C. de P.C. y 27 del C.C.A., conlleva el otorgamiento de poder por medio de escritura pública, lo cual no se dan en el presente caso.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Frente a la primera razón: Sostiene el apelante que el síndico de la quiebra y el representante legal suspendido de la sociedad Industrias Ancón Ltda. le otorgaron poder para reclamar la mercancía objeto del presente proceso y para interponer toda clase de acciones jurisdiccionales o administrativas, razón por la cual considera que no debe prosperar la excepción de indebida

representación de la parte actora declarada por el Tribunal y, en consecuencia, debe proferirse un fallo de fondo.

Obran en el expediente sendos poderes otorgados por el síndico de la quiebra y el representante legal de Industrias Ancón Ltda., al aquí apelante, de fecha de 24 de septiembre de 1985 (Folio 206 del cuaderno principal) y 8 de octubre del mismo año (Folio 82 del Anexo No. 4) dirigidos, respectivamente, al Fondo Rotatorio de Aduanas y a la Dirección General de Aduanas. El contenido de uno y otro poder es el mismo, el cual se transcribe a continuación:

"Bogotá,

Septiembre 24, de 1985 (octubre 8 de 1985)

Señores
FONDO ROTATORIO DE LA ADUANA
(DIRECCION GENERAL DE ADUANAS)
E. S. D.
Referencia: ***Poder para reclamar devolución de mercancía.***

Alberto Chalem Benattar*, mayor de edad y vecino de esta ciudad, identificado como aparece al pie de mi firma, en mi calidad de Representante Legal de la Firma «****Industrias Ancon Ltda****», con domicilio en esta ciudad, y* ***Carlos J. Córdoba Jiménez****, mayor de edad y vecino de Bogotá, identificado como aparece al pie de mi firma, en mi calidad de Síndico de la Quiebra que se tramita actualmente en el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá, con todo respeto manifestamos a ustedes que otorgamos poder especial, amplio y suficiente al doctor* ***Jairo López Morales****, abogado en ejercicio con T.P. No. 12.149 de Minjusticia, para que en nombre de '****Industrias Ancon Ltda.****, hoy en proceso de Quiebra, exija a esa dependencia la devolución de la mercancía decomisada el día 7 de septiembre de 1981, en las instalaciones de nuestra sede.*

Nuestro apoderado queda ampliamente facultado para solicitar pruebas anticipadas, interponer toda clase de recursos y gestiones tendientes a la defensa de los intereses de la empresa que representamos".

Sobre el poder en cuestión, el Consejero Ponente tuvo la oportunidad de pronunciarse mediante auto de 2 de febrero de 1996, en el cual se denegó la solicitud formulada por el aquí recurrente, en el sentido de que se le reconociera como apoderado judicial de la quiebra de las Industrias Ancón Ltda.

Por ser de recibo lo expuesto en el citado auto, la Sala se remite a lo allí expresado para denegar el reconocimiento de personería al doctor *López Morales*:

"1°. El poder en cuya virtud se solicita el reconocimiento de personería fue conferido para exigir del Fondo Rotatorio de la Aduana (léase también Dirección General de Aduanas) '...la devolución de la mercancía decomisada el día 7 de septiembre de 1981, en las instalaciones de...' Industrias Ancón Ltda. y '...para solicitar pruebas anticipadas, interponer toda clase de recursos y gestiones tendientes a la defensa de los intereses de la empresa...', y en manera alguna para 'interponer toda clase de acciones jurisdiccionales o administrativas', como lo afirma el peticionario.

2°. Precisa el Artículo 65 del C. de P.C. que 'en los poderes especiales, los asuntos se determinarán claramente, de modo que no puedan confundirse con otros'. Esta exigencia legal tiene la consecuencia de que el poder conferido para un asunto no puede utilizarse para otro, pues ello está en la naturaleza misma del mandato, que por definición es 'un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera' (Artículo 2142 del Código Civil), aparte de que el mandatario 'se ceñirá rigurosamente a los términos del mandato, fuera de los casos en que las leyes lo autoricen a obrar de otro modo', según determina el Artículo 2157 de la misma codificación".

Lo arriba transcrito es suficiente para encontrar infundada la primera razón expuesta por el recurrente, respecto de que le fue conferido el poder para instaurar la presente acción, pues es evidente que carecía totalmente de ese poder para instaurar la acción que nos ocupa.

Frente a la segunda razón: El apelante pretende asimilar las figuras de comunero, sucesor y acreedor, para concluir que un acreedor está legitimado para reclamar en favor de la masa de la quiebra.

Sobre el particular, la Sala estima, en total acuerdo con el fallador de primera instancia, que en efecto el síndico de la quiebra es quien tiene la facultad de otorgar poder para que la misma sea representada judicial o administrativamente, sin que sea de recibo la identificación que él pretende entre las figuras de la comunidad, sucesión y quiebra, pues esta última está expresamente regulada en el C. de Co. (Artículos 1937 a 2010) y sólo remite al C.C en lo no previsto respecto de dicha figura en el título que la regula.

Los artículos 1953 a 1960 del C. de Co. regulan de manera especial la figura del síndico de la quiebra, de quien se dice (Artículo 1953) que tendrá la guarda y administración de la masa de bienes de ésta, señalándole dentro de sus funciones, entre otras, la de "sustituir al quebrado en la administración de sus bienes y en todos los asuntos que afecten o puedan afectar su patrimonio"; "recaudar los dineros que por cualquier concepto deban ingresar a la masa de la quiebra"; "intentar, con la autorización de la junta asesora, todas las acciones necesarias para la conservación y reintegra-

ción de la masa de la quiebra, lo mismo que atender y resolver las solicitudes de restitución de los bienes que deban separarse de la masa".

A su turno el Artículo 1954 *ibidem* prescribe:

"El síndico podrá bajo su responsabilidad y con cargo a la masa de la quiebra, contratar los servicios de auxiliares o colaboradores ocasionales, tales como contadores y abogados...".

A más de lo anterior, se tiene que el Artículo 1946 *ibidem* contempla lo que debe ordenar el auto que declare la quiebra, dentro de lo cual se encuentra "la prevención a los deudores del quebrado de que sólo pueden *pagar al síndico*, advirtiendo la inoponibilidad a todos los que tengan negocios con el quebrado, inclusive con procesos pendientes, de del pago hecho a persona distinta" (numeral 7): "la prevención que *deben entenderse exclusivamente con el síndico* para todos los efectos legales" (numeral 8); y respecto de lo que debe informarse en el emplazamiento de todos los que se consideren con derecho a intervenir en el proceso "...la prevención a los deudores y contendientes del quebrado para que se *entiendan en lo sucesivo con el síndico...*" (numeral 11) (el destacado es del texto).

Teniendo en cuenta los anteriores preceptos, para la Sala no queda duda alguna de que los acreedores no pueden conferir poder para que la masa de la quiebra sea representada, pues, se reitera, ello es del resorte exclusivo del síndico, quien una vez nombrado y posesionado, asuma la representación de la masa de los bienes de la quiebra, entendida ésta como "...todos los bienes embargables del deudor, actuales y futuros, inclusive los afectos especialmente al pago de determinadas obligaciones" (Artículo 1961 del C. de Co.).

En el expediente obra el certificado expedido por la Cámara de Comercio, de fecha 14 de junio de 1994, donde se certifica: "Que por auto del 18 de noviembre de 1983, juzgado 3° Civil del Circuito de Bogotá, inscrito el 21 de noviembre de 1983, bajo el número 289 del libro III, se comunicó a esta Entidad, que en el proceso de quiebra de la sociedad denominada *'Industrias Ancon Ltda.'*, se nombró síndico a *Carlos Jacinto Cordoba Jimenez"* luego no cabe duda que dicha persona, en su calidad de síndico y por lo tanto representante de la quiebra, era la única que podía otorgar poder para incoar la presente acción en nombre de la masa de la quiebra de la Sociedad Industrias Ancón Ltda.

Encontrándose demostrado que al doctor *Jairo López Morales* no le fue conferido poder por parte del síndico para representar judicialmenta a la masa de la quiebra de la Sociedad Industrias Ancón Ltda., y que el poder a él otor-gado lo fue por un acreedor que carecía de facultad para representar a

dicha masa, de ello se deriva la falta de legitimación en la causa por activa, circuns-tancia que conduce a que la sentencia inhibitoria apelada sea confirmada en la parte resolutiva de la presente providencia, sin que sea necesario entrar al estudio de las otras razones de inconformidad expuestas por el recurrente.

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 y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero. CONFIRMASE la sentencia recurrida en apelación, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 15 de junio de 1995.

Segundo. De conformidad con lo previsto por los Artículos 171 del C.C.A. y 392 del C. de P.C., condénase a la parte actora en costas de la segunda instancia.

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 trece (13) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Juan Alberto Polo Figueroa, Libardo Rodríguez Rodríguez, Manuel S. Urueta Ayola*

NOTA DE RELATORIA: En auto de 18 de julio de 1996 se corrige el ordinal segundo de la parte dispositiva de esta sentencia.

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO DE ACTO PARTICULAR - Presupuestos / **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL** - Dirección Nacional del Derecho de Autor / **DIRECCION NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL** - Fecha de operancia / **DIRECCION NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR** - Régimen de procedimiento administrativo aplicable / **EXCEPCION DE FALTA DE AGOTAMIENTO DE LA VIA GUBERNATIVA** - Configuración

Sea esta la oportunidad para manifestar que en consideración que el acto fue expedido por la unidad administrativa especial de la Dirección Nacional del Derecho de Autor, no sería aplicable el Artículo 45 del Decreto No. 3116 de 1984, reglamentario de la Ley 23 de 1982, según el cual "contra la resolución que niegue el registro y reconocimiento de personería jurídica, proceden los recursos de reposición y apelación", pues si bien el Inciso 2 del Artículo 1°del C.C.A., dispone que "los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas" y "que en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta parte primera que sean compatibles" no lo es menos que el citado Artículo 45 del Decreto Reglamentario se expidió para regular una competencia de una entidad sin personería jurídica y, en esas circunstancias, era concordante con el Artículo 50 del C.C.A. El Decreto 2041 del 29 de agosto de 1992 creó la Dirección Nacional del Derecho de Autor como Unidad Administrativa Especial, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrita al Ministerio de Gobierno. El Decreto No. 812 de 26 de mayo de 1992, estableció la planta de personal de la Unidad en cuestión y mediante Decreto 1966 de 7 de diciembre de 1992, es nombrado su Director el cual se posesiona el 10 de diciembre de 1992. Visto lo anterior, no queda duda para la Sala que se acertó al declarar probada la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa, pues es evidente que si bien la Dirección Nacional del Derecho del Autor Unidad Administrativa Especial ya había sido creada como tal para la fecha de expedición del acto acusado (octubre de 1992), también lo es que no había entrado

a operar como tal en virtud de que su director general fue nombrado y tomó posesión del cargo, sólo hasta diciembre del mismo año.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. - Santafé de Bogotá, D.C., veinte (20) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 2290. Actora: Unión de Autores y Compositores de Colombia

La Sección Primera procede a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de fecha 21 de junio de 1995.

I. ANTECEDENTES

a. El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda.

La Unión de Autores y Compositores de Colombia Uniautores, 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 la Resolución No. 37 de 19 de octubre de 1992, expedida por el Director General de la Dirección Nacional del Derecho de Autor. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordene a la Dirección Nacional del Derecho de Autor reconocer personería jurídica a la demandante y registrar sus estatutos mediante resolución, con efectos a partir de la ejecutoria del acto aquí demandado. De igual manera solicitó que se repare a todos y cada uno de los compositores y autores de las obras musicales pertenecientes a Uniautores los daños a ellos producidos por la demanda, al haberles impedido recibir su dinero en forma colectiva, por sus derechos patrimoniales, desde la fecha de la resolución acusada y hasta el momento en que la Dirección Nacional del Derecho de Autor cumpla con lo ordenado en la sentencia, los cuales estiman en *cinco millones quinientos mil pesos* ($5.500.000) mensuales, debidamente actualizados. Así mismo, se condene a la demandada a pagar a todos y cada uno de los miembros de Uniautores la suma equivalente a 500 gramos oro a la fecha ejecutoria de la sentencia, por concepto de perjuicios morales; y al cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

b. El acto acusado.

Es la Resolución No. 37 de 19 de octubre de 1992, expedida por la Dirección Nacional del Derecho de Autor, por medio de la cual se niega al

reconocimiento de personería jurídica a la Unión de Autores y Compositores de Colombia Uniautores.

c. Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación.

La parte actora considera que con la expedición del acto acusado se violaron las siguientes normas:

1. De orden constitucional: artículos 1°, 2°, 6°, 90 y 121.

2. De orden legal: artículos 1°, 2°, 4°, 9°, 72, 73, 74, 76, 77, 151, 159, 161, 212, 213, 215, 216, 217, 228, 229, 231, 234, y 257 de la Ley 23 de 1982; y 3° y 50 ordinal 2° del C.C.A.

3. De orden reglamentario: artículos 24, 25, 29, 36, 39, 40, 41, 42, 44, 46, 47, 56, 67, 69, 77 y 81 del Decreto Reglamentario No. 772 de 1990; y 10 literal g) del Decreto Extraordinario 2041 de 1991.

Como concepto de violación aduce las siguientes razones, las cuales se expresan bajo la forma de cargos, en forma resumida, a continuación (folios 44 a 54 del Cdno. Ppal.):

Primer cargo. La resolución demandada desconoció lo dispuesto en el Artículo 50 ordinal 2° del C.C.A., al indicar que contra la misma procedían los recursos de reposición y apelación de conformidad con el citado código, pues contra las decisiones de los representantes legales de las unidades administrativas especiales que tengan personería jurídica, no habra apelación.

Con anterioridad a la expedición de la resolución demandada, el Decreto 2041 de 1992 creó la Dirección Nacional del Derecho de Autor como Unidad Administartiva Especial, con personería jurídica. Su representante legal, de acuerdo con el Artículo 5° *ibidem*, es el Director General del Derecho de Autor, quien expidió la resolución acusada.

El citado acto carece de la firma del jefe de la División Legal del Derecho de Autor, como lo exige el Artículo 10. literal g) *ibidem*.

Segundo cargo. Para realizar las finalidades (Artículo 215 de la Ley 23 de 1982) y las atribuciones (Artículo 216 *ibidem*) asignadas por la ley a las asociaciones de autores, es necesario que las mismas se organicen y funcionen conforme a lo ordenado en el Capítulo XVI, artículos 211 a 231 *ibidem*.

La Ley 23 de 1982 y el Decreto Reglamentario 772 de 1990 señalan la documentación exigida para el reconocimiento de personería jurídica y aprobación de los estatutos de las asociaciones de autores, documentación toda que fue entregada ante la Dirección Nacional del Derecho de Autor.

Tercer cargo. Se violó indirectamente el Artículo 121 de la Constitución Política, pues la observación que efectuó la Administración frente al Acta No. 1 de 1° de octubre no tiene ningun respaldo jurídico. En efecto, tanto la Constitución de 1991 como la de 1886 reconocen el derecho de asociación y le asignan a la ley de fijación de la estructura interna y el funcionamiento de las asociaciones. A la Administración no le correspondía señalar cual fue la asamblea de constitución porque ello es del fuero de los asociados, los cuales consideraron que su voluntad de asociarse se concretó el 1°de octubre de 1990, debiendo identificarse el acta correspondiente con el número 1 de esa fecha, como efectivamente sucedió.

Cuarto cargo. En cumplimiento del Artículo 228 de la Ley 23 de 1982, una vez aprobados los estatutos de las asociaciones de autores en asamblea general, se someterán al control de legalidad y una vez revisados y hallados acorde con la ley, se ordenará su registro y se procederá al reconocimiento de la personería jurídica, mediante resolución. Pese a que el oficio 6502 de 23 de diciembre de 1992 es muy claro al respecto, los estatutos en cuestión no fueron registrados.

Quinto cargo. El acto demandado considera imposible determinar los miembros del Consejo Directivo y del Comité de Vigilancia de Uniautores.

Si la demandada hubiese cumplido con lo dispuesto en el Artículo 81 del Decreto 3116 de 1984, sabría quienes son esos miembros.

En cuanto al Comité de Vigilancia, el literal c) del Artículo 42 del citado decreto, no exige el nombramiento de dicho comité, si se tiene en cuenta que éste no ejerce funciones mientras se realiza la etapa de constitución o fundación de la sociedad autoral, conforme al Artículo 77 *ibidem*.

Sexto cargo. Dice el acto demandado que el nombre del productor fonográfico que aparece en el fonograma de cinco socios de Uniautores no coincide con el que se señala en el documento allegado por dicha asociación. Dicho documento es exigido por el Artículo 1° literal a) del Decreto 772 de 1990 que prescribe que se deberán acreditar el nombre y dirección del editor musical, si lo tiene, y el nombre y dirección del productor fonográfico.

La ley autoral en su Artículo 8° literal l) define el productor fonográfico como la persona natural o jurídica que fija por primera vez los sonidos, de una ejecución u otro sonido mediante contrato previo celebrado con el autor (Artículo 74 *ibidem*).

La Dirección Nacional del Derecho de Autor no tiene clara la diferencia entre productor fonográfico como sujeto en un contrato de inclusión en fonograma, y el grabador del disco que lo hace por encargo y como propaganda

coloca su nombre sin que en momento alguno tenga aquella calidad, ni pueda reproducirlo, difundirlo o venderlo (Artículo 151 Ley 23 de 1982).

Séptimo cargo. Observa la Administración que al confrontar los libros y partidas del registro nacional del derecho de autor, se encontró que cuatro obras no presentaban partituras musicales, a lo cual debe decirse que a la solicitud de personería se anexaron las obras de cada uno de los autores.

La Ley 23 de 1982 en el Artículo 2° establece que los derechos de autor recaen sobre las obras científicas, literarias y artísticas en las cuales se comprenden todas las creaciones del espíritu en el campo científico, literario y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión y cualquiera que sea su destinación, incluida toda producción del dominio científico, literario o artístico que pueda reproducirse o definirse por cualquier forma de impresión o reproducción.

El Artículo 4° *ibidem* señala los titulares de los derechos de autor reconocidos por esa ley y el Artículo 6° dispone que la ley protege exclusivamente la forma literaria, plástica o sonora, como las ideas del autor descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas en las obras literarias, científicas y artísticas, y, finalmente, el Artículo 9° prescribe que la protección que esta ley otorga al autor, tiene como título originario la creación intelectual, sin que se requiera registro alguno.

Lo anterior lleva a concluir que de ser cierto lo expuesto en el acto demandado, no puede desvirtuarse que éstas son obras musicales que pertenecen a los autores allí enunciados.

Dichos autores no pueden cargar con el desgreño administrativo, el descuido y el irrespeto a las exigencias legales, porque el Artículo 29 del Decreto 3116 de 1984 preceptúa que para el registro de obras musicales el interesado deberá presentar una solicitud que contenga, entre otros requisitos, el título de la obra y ritmo musical; copia o fotocopia de la partitura y letra con la firma debidamente autenticada del autor.

Octavo cargo. El nombre del socio *Carlos Emilio Rodas* no coincide con el apellido que aparece en el fonograma *(Roa)*; dicha observación, como las anteriores no tiene peso alguno, pues el hecho de que por un error de imprenta aparezcan o no las letras de un apellido, no puede llevar a desconocer una obra musical creada por su titular.

Noveno cargo. Observaciones a las planillas por ejecución en vivo y por ejecución pública de fonogramas; la resolución demandada considera que las planillas señaladas en los números 14, 15 y 27, no cumplen con los requisitos del Artículo 163 de la Ley 23 de 1982, en cuanto no aparecen los nombres de los autores de las obras.

El Artículo 1° del Decreto 772 de 1990 no se refiere a ninguna formalidad de las planillas, sino a que sean "elaboradas por las personas que tengan a su cargo la dirección de la entidad o establecimiento donde se compruebe la ejecución pública en vivo".

El aparte transcrito no hace la exigencia contemplada en el acto demandado, y conforme al Artículo 3° del C.C.A., la Administración no puede hacerla *motu proprio* porque con ello viola dicho precepto.

El fin de las planillas está contemplado en la ley. Nada tiene que ver con los requisitos del Artículo 163 de la Ley 23 de 1982 que es para los efectos contemplados en el Artículo 24 del Decreto 3116 de 1984, es decir, "para determinar la utilización de las obras y producciones" y "la forma para distribuir entre los titulares las percepciones por concepto de los derechos de ejecución pública".

Conforme al principio de legalidad, la Administración tiene subordinadas sus actuaciones a la ley. De lo contrario, dichas actuaciones son nulas (Artículo 84 del C.C.A).

Décimo cargo. Perjuicios patrimoniales causados a Uniautores con la expedición del acto acusado: el Artículo 76 de la ley autoral determina las formas de utilización de una obra, musical (partitura, inclusión en película cinematográfica, en videograma, utilización mediante la ejecución pública. etc.).

La ejecución pública puede darse en vivo o a través de fonogramas (Artículo 159 *ibidem*) y tiene gran importancia como causante de derechos económicos principalmente, para los autores. Al respecto, los artículos 74 y 151 ibidem reconocen al autor los derechos patrimoniales causados en favor de éste y no al productor fonográfico.

El legislador reguló en su integridad las asociaciones autorales para recaudar en forma colectiva los derechos patrimoniales causados por la ejecución pública de obras musicales, como se desprende de los Artículos 73, 161 y 216 ordinal 3 de la Ley 23 de 1982.

La importancia que tiene para los autores la constitución de asociaciones autorales, radica en la protección económica y en el fomento de la producción intelectual, como lo contempla el Artículo 215 *ibidem*.

El derecho patrimonial del autor se causa, según el Artículo 72 *ibidem*, desde el momento que la obra o producción susceptible de estimación económica, y cualquiera sea su finalidad, se divulgue por cualquier forma o modo de expresión.

Al negarle a la demandante la Dirección Nacional del Derecho de Autor, en forma abiertamente ilegal, la personería jurídica y la aprobación de sus estatutos, dejó a la deriva el recaudo de los derechos patrimoniales que les corresponden a sus asociados por la ejecución pública de sus obras, ocasionándoles perjuicios económicos considerables sin que exista justificación, a más de que les causó a los autores con su proceder graves dificultades para atender a su subsistencia (Artículo 234 *ibidem*).

El Artículo 90 de la Constitución Política establece la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables. No hay duda de que la demandada les impidió a los autores ejercer en forma colectiva el cobro de sus derechos patrimoniales, como lo permite los artículos 73, 61 y 216 de la ley autoral. Todo apoyado en el principio de solidaridad contenido en el Artículo 1°de la Carta Política.

De igual manera, a Uniautores se le ha impedido cobrar el treinta por ciento (30%) sobre el monto de los derechos patrimoniales que se causaron por la ejecución pública de las obras musicales de los autores que ingresaron con posterioridad a la constitución de esta entidad (1°de octubre de 1990), como lo establecen los artículos 225 de la Ley 23 de 1982 y 52 del Decreto 3116 de 1984.

El apoderado de la parte actora no emite el concepto de violación de los siguientes Artículos: 2°, y 6° de la Constitución Política; 1°, 77 y 257 de la Ley 23 de 1982; y 24, 25, 36, 39, 40, 41, 44, 46, 47, 56 y 69 del Decreto Reglamentario No. 3116 de 1984.

d. Las razones de la defensa.

El apoderado de la Dirección Nacional del Derecho de Autor, Unidad Administrativa Especial, manifiesta que la parte actora, al citar la violación del Artículo 50 del C.C.A., olvida la situación en que se encontraba la demanda para la fecha de expedición del acto acusado. En efecto, en éste se señala que contra el mismo proceden los recursos de reposición y apelación, debido a que la Dirección Nacional del Derecho de Autor era una dependencia del Ministerio de Gobierno y sus funcionarios actuaban en condición de empleados del mismo.

Con la misma razón se disvirtúa la pretendida violación del literal g) del Artículo 10. del Decreto 2041 de 1991, pues al no existir persona alguna en ejercicio del cargo de jefe de la División Legal de la Unidad Administrativa Especial-Dirección Nacional del Derecho de Autor, mal habría hecho entonces el jefe de la división de la dependencia del Ministerio de Gobierno, al asumir funciones de un cargo para el cual no había sido debidamente nombrado ni posesionado.

Las normas entonces vigentes y aplicables al estudio y expedición de la resolución acusada fueron la Ley 23 de 1982 y los Decretos 3116 de 1984 y 772 de 1990, salvo los Artículos declarados nulos por el Consejo de Estado.

En el caso *sub lite* no se reunieron todos los requisitos y exigencias de las normas citadas para el reconocimiento de la personería jurídica que aquí se debate especialmente los siguientes:

Reunión de un mínimo de 25 autores que pertenezcan a la misma actividad de conformidad con el Artículo 213 de la Ley 23 de 1982, pues no todos los autores que figuran en las lista lo son de obras musicales, ya que cuatro acreditaron calidad de autoría de obras literarias. De otra parte, la firma de otros cuatro autores es presumiblemente falsa en la relación de firmas de una de las asambleas.

Además, la incertidumbre sobre la verdadera acta en que fue constituida la asociación no resulta del capricho del funcionario que expidió la resolución, sino de la misma irregularidad con que los peticionarios allegaron su documentación, con lo cual queda claro que no existe violación alguna al derecho de asociación, ni se quiere asumir por el Estado la voluntad societaria. Más bien se quería encontrar claridad en la voluntad que animaba a los peticionarios.

La apreciación de la actora de que las formalidades exigidas en el Artículo 163 de la Ley 23 de 1982 para las planillas no debían ser exigidas, es equivocada, pues el Decreto 772 hace remisión expresa a dicha norma, sin salvedad o distinción alguna, no siendo dable por tanto hacer distinciones al interprete.

Excepciones: la apoderada de la demandada propone las siguientes:

1ª. *Ineptitud sustancial de la demanda por falta de agotamiento de la vía gubernativa:* La Ley 52 de 28 de diciembre de 1990, publicada el 31 de diciembre del mismo año en el *Diario Oficial*, confirió al Presidente de la República facultades extraordinarias para suprimir la Dirección Nacional del Derecho de Autor del Ministerio de Gobierno y crearla como Unidad Administrativa Especial con funciones similares a las de la existente Dirección Nacional del Derecho de Autor.

Con fundamento en la citada ley se expidió el Decreto 2041 de 29 de agosto de 1991, por el cual se creó la Dirección Nacional del Derecho de Autor como Unidad Administrativa Especial, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrita al Ministerio de Gobierno.

El Decreto 812 de 26 de mayo de 1992 estableció la planta de personal de la Unidad en cuestión, y mediante el Decreto 1966 de 7 de diciembre de 1992, es nombrado su Director, el cual se posesionó el 10 de diciembre de 1992.

Con lo anterior se explica que dada la ausencia de implementación de los cargos en planta de personal de la Unidad a la fecha de expedición y notificación de la resolución acusada, se tiene que ésta fue expedida por el Director General de la Dirección Nacional del Derecho de Autor como dependencia que era aún del Ministerio de Gobierno, y con base en las facultades previstas en los Artículos 212 de la Ley 23 de 1982 y 36, 45 y ss. del Decreto 3116 de 1984.

Al no existir a la fecha de expedición del acto demandado funcionario alguno en la Unidad Administrativa Especial Dirección Nacional del Derecho de Autor y ante la ausencia de capacidad para el ejercicio de las funciones previstas en el Decreto 2041 de 1991, no era posible que éstas fueran asumidas por persona alguna, situación que encuentra solución el 10 de diciembre de 1992 con la posesión del Director General de la Unidad.

Igual razón cabe para el entonces jefe de la División Legal, que lo era no de la Unidad, si no de la Dirección como dependencia del Ministerio de Gobierno.

Se concluye que la parte actora no atendió la previsión de interponer los recursos de reposición y apelación conforme a los artículos 50, 63 y 135 del C.C.A., ante lo cual no puede prosperar la demanda.

De todas maneras, aun aceptando que el acto acusado hubiera sido expedido por la Unidad Administrativa Especial Dirección Nacional del Derecho de Autor, se tiene que tampoco se agotó la vía gubernativa, pues tampoco fue interpuesto el recurso de reposición, procedente conforme a los Artículos 50 y 63 del C.C.A., y necesario a efecto de demandar en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según el Artículo 135 *ibidem*.

2ª. *Caducidad*: Por cuanto la demanda fue presentada ante el Consejo de Estado, quien, por no ser competente en razón de la cuantía, la envió al Tribunal de Cundinamarca. Cuando fue remitida a aquél, la demanda había caducado.

e. La actuación surtida.

De conformidad con las normas correspondientes previstas en el C.C.A a la demanda se le dió el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto de 16 de abril de 1993 se admitió la demanda (folio 65 del Cdno. Ppal.).

Mediante proveído de 23 de agosto de 1993 se abrió a pruebas el proceso y se decretaron las pedidas por las partes (folio 151 del cuaderno principal).

Por auto de 19 de octubre de 1994 (Folio 253 del Cuaderno Principal), se corrió traslado a las partes y al señor Agente del Ministerio Público para alegar de conclusión, derecho del cual hicieron uso la parte demandante (Folio 254 del Cdno Ppal) y la entidad demandada (folio 269 *ibidem*).

II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante la sentencia recurrida el Tribunal de origen declaró probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por falta de agotamiento de la vía gubernativa propuesta por la apoderada de la entidad demandada, y denegó las súplicas de la demanda, con fundamento en las consideraciones que se resumen a continuación (folios 292 a 294 del Cdno Ppal.):

1ª. El argumento en que se basa la excepción propuesta radica en "que la previsión dispuesta en el Artículo 135, 2° de la resolución acusada acerca de la providencia de los recursos de reposición y aplicación erea correcta y no fue atendida por el actor en los términos dispuestos por los artículos 50 y 63 del C.C.A., ante lo cual no puede prosperar la demanda impetrada".

2ª. La parte interesada en el reconocimiento de la personería jurídica no interpuso los recursos de reposición y apelación a que alude el citado Artículo 2° del acto acusado.

3ª. La Ley 23 de 1992 que regula la materia sobre derechos de autor, se establece en el Artículo 212 que "...el reconocimiento de la personería jurídica de estas asociaciones será conferido por la Dirección Nacional del Derecho de Autor...".

4ª. El Gobierno Nacional expidió el Decreto 3116 de 21 de diciembre de 1984 "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 23 de 1982". El Título V se refiere a las asociaciones y el Capítulo II regula lo atinente a la aprobación y registro de estatutos y reconocimiento de personería jurídica, señalando en su Artículo 4° que "la Dirección Nacional del Derecho de Autor, revisará los estatutos, ordenará el registro y reconocerá la personería jurídica de las asociaciones, mediante resoluciones motivadas, previo el cumplimiento de los requisitos y procedimientos que se indican en los siguientes artículos". A su turno, el Artículo 45 *ibidem*, prescribe: "Contra la resolución que niegue el registro y reconocimiento de personería jurídica proceden los recursos de reposición y apelación...".

5ª. Con base en las anteriores normas se concluye que la decisión acusada era susceptible de los recursos mencionados y teniendo en cuenta que el Artículo 51 del C.C.A señala que "...el recurso de apelación, en los casos en que sea procedente, es indispensable para agotar la vía gubernativa", se declarará probada la excepción propuesta, pues en las pruebas obrantes en el proceso se observa que el recurso de apelación no fue interpuesto pese a su obligatoriedad.

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 (folios 295 a 297 del Cdno. Ppal.):

1ª. El numeral 1 del Artículo 62 del C.C.A. señala que los actos administrativos quedarán en firme cuando contra ellos no proceda ningun recurso" y, a su turno, el Artículo 63 *ibidem* prescribe que se entenderá agotada la vía gubernativa cuando contra ellos no proceda ningún recurso, norma que no tuvo en cuenta el Tribunal de Cundinamarca, pese a que en la demanda se planteó que contra la resolución demandada no procedía recurso alguno.

2ª. En efecto, contra el acto demandado no procedía recurso alguno, conforme a lo establecido en el Artículo 50 numeral 2 del C.C.A., pues fue expedido por el representante legal de una Unidad Administrativa Especial con personería jurídica: La Dirección Nacional del Derecho de Autor.

3ª. El inciso final del Artículo 51 del C.C.A. dispone que los recursos de reposición y queja no son obligatorios, lo cual debe ser concordado con el Artículo 63 *ibidem* que establece que se entiende agotada la vía gubernativa cuando el acto administrativo quede en firme por no haber sido interpuestos los recursos de reposición o de queja.

4ª. La Dirección Nacional del Derecho de Autor es una Unidad Administrativa Especial, con personería jurídica creada por el Decreto Extraordinario No. 2041 de 29 de agosto de 1991, cuyo representante legal es el Director General del Derecho de Autor Artículo 5° *ibidem*), quien expidió la resolución demandada.

5ª. En consecuencia, y en aplicación del Artículo 50 numeral 2, contra la Resolución No. 37 de 19 de octubre de 1992 no procedía recurso alguno en la vía gubernativa procediendo por lo tanto la revocatoria de la sentencia, para que de declare la nulidad del acto demandado y se acceda a las pretensiones solicitadas.

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado ante esta Corporación es partidario de la confirmación de la sentencia recurrida para lo cual expresa que no debe olvidarse que los preceptos contenidos en la primera parte del C.C.A.(entre ellos el Artículo 51 numeral 2 que señala que no habrá apelación de las decisiones de los representantes legales de las unidades administrativas especiales) regulan lo referente al procedimiento administrativo general, circunstancia que limita su aplicación a los casos en que no existan normas especiales de procedimiento o a aquellos en que, existiendo éstas, adolezcan de vacíos que deben llenar con las del procedimiento general.

Así se desprende de disposiciones tales como los artículos 1°inciso 2 de la Ley 58 de 1982, 1°inciso 2 y 81 del Decreto 01 de 1984, entre otros.

Para el caso controvertido existe norma especial de procedimiento esto es, el Artículo 45 del Decreto 3116 de 1984 precepto al que se ajusta la resolución demandada, cuando dispone que contra la misma proceden los recursos de procedimiento y apelación.

La actuación de la Administración fue correcta en cuanto señaló en la Resolución 37 de 1992 los recursos que contra la misma procedían, pues se apoyó en una norma de procedimiento especial vigente y que se acomoda a las autorizaciones que recibió el Gobierno Nacional de la Ley 52 de 1990, en cuyo Artículo 34 literal b) se le facultó para crear la Dirección Nacional del Derecho de Autor "como dependencia de un organismo de la Administración Pública Central o Descentralizada..." vale decir, bajo una organización administrativa jerárquica, que es, aparte de las expresiones legales, uno de los presupuestos del recurso de apelación.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sostiene la recurrente que la sentencia apelada debe ser revocada por cuanto la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa no se configura, dado que contra de las decisiones de las Unidades Administrativas Especiales con personería jurídica, de conformidad con el Artículo 50 inciso 2 del C.C.A., no procede el recurso de apelación.

Al respecto debe determinarse si la Resolución No. 037 de 19 de octubre de 1992 fue expedida por la Dirección Nacional del Derecho de Autor como Unidad Administrativa Especial o como dependencia del Ministerio de Gobierno, pues en el primer caso en efecto no procedería el recurso de apelación en contra de la decisión adoptada y, en consecuencia, la sentencia tendría que ser revocada, mientras que en el segundo evento dicha providencia sería confirmada en cuanto declaró probada la falta de agotamiento de la vía gubernativa.

Sea esta la oportunidad para manifestar que de considerarse que el acto fue expedido por la Unidad Administrativa Especial de la Dirección Nacional del Derecho de Autor, no sería aplicable el Artículo 45 del Decreto No. 3116 de 1984, reglamentario de la Ley 23 de 1982, según el cual "contra la resolución que niegue el registro y reconocimiento de personería jurídica proceden los recursos de reposición y apelación", pues si bien el inciso 2 del Artículo 1° del C.C.A. dispone que "los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas" y "que en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta parte primera que sean compatibles", no lo es menos que el citado Artículo 45 del Decreto Reglamentario se expidió para regular una competencia de una entidad sin personería jurídica y, en esas circunstancias, era concordante con el Artículo 50 del C.C.A.

Efectuada la anterior aclaración, procede la Sala a determinar la autoridad que expidió el acto acusado, de acuerdo con las siguientes consideraciones:

El Decreto 2041 de 29 de agosto de 1992 creó la Dirección Nacional del Derecho de Autor como Unidad Administrativa Especial, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrita el Ministerio de Gobierno.

En su Artículo 5° dispone:

*"**Representante legal.** El Director General del Derecho de Autor será el representante legal de la entidad. Su nombramiento será efectuado por el Presidente de la República o por el Ministerio de Gobierno, si se ha delegado en él esta competencia".*

A su turno, el Artículo 14 prescribe:

"Para el cumplimiento de sus funciones la Dirección Nacional del Derecho de Autor tendrá una planta de personal global en atención a la naturaleza y responsabilidades de los empleos y a las necesidades del servicio a la que se incorporaron, además, los funcionarios de que trata el Artículo 35 de la Ley 52 de 1990".

El Decreto No. 812 de 26 de mayo de 1992 estableció la planta de personal para la Dirección Nacional del Derecho de Autor, Unidad Administrativa Especial adscrita al Ministerio de Gobierno, señalando en su Artículo primero lo siguiente:

"Las funciones propias establecidas para la Dirección Nacional del Derecho de Autor, Unidad Administrativa Especial adscrita al Ministerio de Gobierno, serán cumplidas por la Planta de Personal que a continuación se establece:

Número de Cargos	*Dependencia y Denominación del Cargo*	*Código*	*Código*
Uno (1)	Director General de Ministerio	0100	10

El Director General de la Unidad Administrativa Especial Dirección Nacional del Derecho de Autor, al que alude el Artículo 1°del Decreto de 812 de 26 de mayo de 1992, fue nombrado por primera vez mediante Decreto No. 1966 de 7 de diciembre de 1992 (folio 99 del Cdno. Ppal.), tomando posesión de dicho cargo el citado funcionario, el 10 de diciembre del mismo año (folio 100 *ibidem*):

A folios 20 y siguientes del cuaderno número 2 obra el oficio número 00486 de 12 de marzo de 1996, suscrito por la Secretaría General del Ministerio del Interior, en el que después de hacer un resumen de la normatividad referente a la Dirección Nacional del Derecho de Autor como Unidad Administrativa Especial, concluye (Folio 23 *ibidem*).

"...7. En suma, si bien es cierto la Dirección Nacional del Derecho de Autor fue creada por el Decreto-ley 2041 de 1991, y su planta de personal establecida por el Decreto 812 de mayo 26 de 1992, sólo hasta la expedición del Decreto ejecutivo 1966 de diciembre 7 de 1992 que nombraba al doctor Fernando Zapata López como Director General 0100-10 de la Unidad Administrativa Especial Dirección Nacional del Derecho de Autor y su ulterior posesión en diciembre 10 de 1992, se puede afirmar que la entidad creada por el tantas veces citado Decreto-ley 2041; de 1991 tenían un representante legal habilitado para cumplir con las obligaciones emanadas del 2041 puesto que para cumplir tales obligaciones el 812 de 1992 había creado un Director General 0100-10 ***y no un Director General 0100-07 que era el cargo que desempeñaba el doctor Zapata López hasta el momento de su posesión el 10 de diciembre de 1992"*** (destacado fuera del texto).

A folio 24 *ibidem*, obra el escrito de 6 de marzo de 1996, en el que se dice:

"La Secretaria General del Ministerio Del Interior

CERTIFICA

Que en atención a lo dispuesto en el Decreto 812 del 26 de mayo de 1992, por el cual se establece la planta de personal de la Dirección Nacional del Derecho de Autor Unidad Administrativa Especial, el doctor Fernando Zapata López, mediante Decreto 1966 de diciembre 7

de 1992, fue nombrado en el cargo de Director General 0100-10 de la Dirección Nacional del Derecho de Autor Unidad Administrativa Especial, del cual tomó posesión el día 10 de diciembre de 1992.

Que mediante Resolución No. 0048 del 11 de diciembre de 1992, el Director General de la Dirección Nacional del Derecho de Autor Unidad Administrativa Especial, incorporó la planta personal de la Unidad.

Que con fundamento a lo anterior (sic), a 19 de octubre de 1992, ***aún no se encontraba organizada ni operando la Dirección Nacional del Derecho de Autor como Unidad Administrativa Especial ...***" (lo destacado no es del texto).

Visto lo anterior, no queda duda para la Sala que el *a quo* acertó al declarar probada la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa, pues es evidente que si bien la Dirección Nacional del Derecho de Autor Unidad Administrativa Especial ya había sido creada como tal para la fecha de expedición del acto acusado (octubre de 1992), también lo es que no había entrado a operar como tal en virtud de que su Director General fue nombrado y tomó posesión del cargo sólo hasta diciembre del mismo año.

En consecuencia, al haber sido expedido el acto demandado por el Director General de la Dirección Nacional del Derecho de Autor como dependencia del Ministerio de Gobierno y no como Unidad Administrativa Especial, contra aquél procedían los recursos de reposición y apelación, tal y como lo advirtió dicho acto en el Artículo 2° de su parte resolutiva.

Como quiera que la parte actora no desvirtúa la no interposición de los recursos procedentes (reposición y apelación) en contra de la Resolución No. 37 de 1992 configura la falta de agotamiento de la vía gubernativa, presupuesto procesal para ejercer la presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho, razón por la cual carece de sustento la afirmación de la apelante en el sentido de que la sentencia recurrida desconoció los artículos 50 inciso 2° y 63 del C.C.A., pues, se reitera, no es cierto que contra el acto demandado no procedía ningún recurso.

Finalmente, la Sala observa que encontrándose probada la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa, la decisión que debe adoptarse es la de declararse inhibida para fallar el fondo del asunto y no la denegatoria de las pretensiones de la demanda, como lo hizo el fallador de primera instancia, por cuanto dicha denegatoria implica un estudio de fondo que no es procedente cuando se declara probada la excepción. En tal sentido será revocada la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto del Ministerio Público y parcialmente de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero. REVOCASE la sentencia recurrida en apelación, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 21 de junio de 1995 y, en su lugar, se dispone:

DECLARASE inhibido para conocer de fondo el asunto por encontrarse probada la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa.

Segundo. De conformidad con lo previsto por los Artículos 171 del C.C.A., y 392-3 del C de P.C., condenáse a la parte actora en costas de la segunda instancia.

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 veinte (20) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Juan Alberto Polo Figueroa, Libardo Rodríguez Rodríguez, Manuel Urueta Ayola.*

ACCION DE CUMPLIMIENTO EN MATERIA AMBIENTAL - Finalidad / **MANDAMIENTO EJECUTIVO** - Improcedencia / **ESPACIO PUBLICO** - Restitución / **ACCIONES POPULARES** - Protección del medio ambiente / **ACCION POPULAR** - Regulación / **VENDEDORES AMBULANTES** - Invasión del espacio público

En primer término cabe precisar que la acción de cumplimiento en asuntos ambientales tiende a lograr "el efectivo cumplimiento de las leyes o actos administrativos que tengan relación directa con la protección y defensa del medio ambiente" (Artículo 77 Ley 99 de 1993), y que para su adelantamiento es requisito esencial la existencia de un título ejecutivo, entendido éste como el documento o documentos que constituyan plena prueba contra el demandado de la existencia a su cargo de una obligación de dar, hacer o no hacer, clara, expresa y exigible, y que por lo mismo se trata 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 el juzgador debe encontrar ese hecho suficientemente demostrado, para el éxito de las pretensiones, las cuales deben guardar necesaria relación directa con la protección y defensa del medio ambiente, la Sala considera que asistió razón al Tribunal de origen de abstenerse de librar mandamiento ejecutivo en contra del alcalde del Municipio de Ibagué y del Gerente de las Empresas Públicas Municipales, no sólo por cuanto de la simple lectura de las pretensiones de la demanda es indiscutible que la finalidad perseguida por los actores no es otra que la defensa del espacio público y de los elementos constitutivos del mismo, de que tratan los artículos 5°, 6°, 7° de la Ley 9ª de 1989, para cuyo efecto el Artículo 8° *ibidem* determina en forma expresa la procedencia de la acción popular consagrada en el Artículo 1005 del Código Civil, sino, además, por cuanto ninguna de las disposiciones y actos administrativos invocados, cuyo cumplimiento se reclama, guarda relación directa con la protección y defensa del medio ambiente, y, menos aún impone a los demandados obligaciones de dar, de hacer o no hacer, claras, expresas y exigibles y dicha materia. Sin perjuicio de lo anterior, que conducirá a adoptar la decisión de confirmar el auto apelado, la Sala considera si aun en gracia

de discusión aceptase que mediante la demanda incoada se pretendió tutelar "el medio ambiente artificial" de que hablan los recurrentes para referirse, tal vez, al Artículo 8° de la Ley 9ª de 1989, la acción a ejercer podría ser también la popular consagrada en dicha norma, como se infiere con toda claridad de los términos del Artículo 75 de la Ley 99 de 1993, al disponer en su inciso primero que "las acciones populares de que tratan el Artículo 8° de la Ley 9ª de 1989 y el Artículo 118 del Decreto 2303 de 1989, deberán ser notificadas al Ministerio del Medio Ambiente. Este o su apoderado emitirá concepto sobre cualquier proyecto de transacción sometido por las partes procesales para su aprobación al juez competente, en audiencia pública que se celebrará previamente a esta decisión". Por lo demás, cabe señalar que el Artículo 88 de la Carta Política de 1991 defirió a la ley la regulación de "...las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la solidaridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia y otros de similar naturaleza que se definen en ella...".

Consejo de Estado - Sala de lo Contenciosa Administrativo - Sección Primera. - Santafé de Bogotá, D.C., veinte (20) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Expediente No. 3837. Actor: Sindicato de Vendedores Ambulantes y Estacionarios del Tolima —Seccional Ibagué— Sindiventol y otros.

Procede la Sección Primera a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el auto de 15 de marzo de 1996, proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima, por medio del cual se resolvió "NEGAR la orden de ejecución pedida por el demandante" en contra del Alcalde del Municipio de Ibagué y del Gerente de las Empresas Públicas Municipales.

I. ANTECEDENTES

a. La demanda.

El Sindicato de Vendedores Ambulantes y estacionarios del Tolima-Seccional Ibagué, por intermedio de apoderado, y este último en su propio nombre, en ejercicio de la acción de cumplimiento en asuntos ambientales consagrada en el Artículo 77 de la Ley 99 de 1993, presentaron demanda ante el Tribunal Administrativo del Tolima, con las siguientes finalidades:

"1. *Que se ordene a los demandados desalojar de vendedores de mercado y comestibles y en general de vendedores de toda clase de productos las*

calles, andenes y retroceso de las edificaciones de los alrededores de la Plaza de la 21 de Ibagué, a 200 metros a la redonda de la misma, liberando de manera inmediata y permanente el espacio público.

2. Que se ordene a los demandados desalojar de vendedores de mercado, comestibles y en general de vendedores de toda clase de productos, los pasillos las escaleras, las plataformas y el parqueadero de la Plaza de la 21 de Ibagué, liberando de manera inmediata y permanente el espacio público.

3 . Que después del operativo de desalojo se mantenga una vigilancia permanente para que no se vuelva a producir la ocupación, so pena de incurrir en las sanciones legales.

4. Que se ordene a los demandados disponer de lo necesario para mantener un aseo permanente de la Plaza de la 21 y su área de influencia.

5. Que en general se ordene ***el efectivo cumplimiento*** *del contenido obligacional de las normas invocadas, y de los actos administrativos invocados, especialmente el Decreto 00436 de 1991 y la Resolución G-477 de 1992.*

6. Que se ordene a los demandados cumplir todas las recomendaciones de la División de Saneamiento Ambiental del Hospital Federico Lleras Acosta relativas a la Plaza de la 21 reiteradas en el Acta 01-21 del 21 de julio de 1995.

7. Que se ordene al Departamento de Policía del Tolima prestar toda la colaboración necesaria a las autoridades municipales para mantener liberado el espacio público objeto de protección en esta demanda.

8. Que se condene en costas a las entidades y a las autoridades demandadas tal como ordena el Artículo 80 de la Ley 99 de 1991".

Como fundamentos de hecho de lo peticionado, los demandantes adujeron, en resumen, lo siguiente (folios 71 a 78 del Cdno. Ppal.):

1°. La Plaza de Mercado de la 21 está ubicada en un lugar céntrico de Ibagué y los espacios públicos que integran las calles, andenes y retrocesos de las edificaciones aledañas están siendo ocupados regularmente durante el día por vendedores ambulantes del mercado. También se encuentran ocupados por dichas personas los pasillos, escaleras, plataformas y parqueaderos de la plaza, situación que se presenta desde hace más de 10 años, sin que las autoridades municipales hayan asumido una actividad diligente y responsable con el fin de recuperar para la comunidad dichos espacios públicos.

2°. La ocupación permanente de los mencionados espacios públicos no sólo ha privado a la comunidad del derecho a disfrutar y a transitar

libremente por ellos, sino que ha generado un grave problema de salud pública por el tratamiento inadecuado de los alimentos de todo tipo que allí se expenden, y por la imposibilidad de hacer una correcta disposición de las basuras y animales. Todo ello se ha debido a "...falta de autoridad, como una forma de competencia comercial, porque el mercado terminó haciéndose afuera en perjuicio de quienes siguen en el interior, en la marginalidad, sin pagar las sumas reglamentarias para el mantenimiento de la plaza y sin someterse a los controles sanitarios porque afuera es prácticamente imposible hacerlos", lo cual constituye un atentado contra el medio ambiente urbano y la salud pública.

3°. Finalmente narran los actores una serie de hechos y circunstancias que, en su criterio, son demostrativos del desgreño de la Administración Municipal de Ibagué para recuperar los mencionados espacios públicos, en detrimento de la comunidad y en perjuicio del medio ambiente urbano.

De otra parte, los demandantes consideran que las normas nacionales cuyo cumplimiento se ha omitido, son las siguientes:

Ley 9ª de 1989 (Ley de Reforma Urbana):

— Artículo 5°: Sobre bienes y elementos constitutivos del espacio público.

— Artículo 6°: Sobre el destino de los bienes de uso público.

— Artículo 7°: Sobre la responsabilidad de los municipios de administrar, desarrollar, mantener y apoyar financieramente, entre otros, el espacio público.

Ley 9ª de 1979 (Código Sanitario Nacional):

— Artículos 243, 261, 264, 289 y 576: En ellos se establecen las normas a que deben sujetarse los alimentos, su almacenamiento, empaque y expendio, y se enumeran las medidas de seguridad que pueden aplicarse para proteger la salud pública.

— Artículo 594: En el cual se señala que la salud es un bien de interés público.

— Artículo 596: En el cual se consagra el derecho de todo habitante a vivir en un ambiente sano.

Decreto 2104 de 1983:

— Artículo 77: Sobre la responsabilidad de las entidades de aseo en las labores de barrido y limpieza de vías y áreas públicas.

Los demandantes también consideran que la Administración Municipal de Ibagué ha omitido el cumplimiento de varias actas de conciliación suscritas dentro de un proceso de concertación con las organizaciones de vendedores de la Plaza de Mercado de la 21 para despejar el espacio público ocupado, e igualmente el Decreto Municipal No. 00436 de junio 26 de 1991, mediante el cual se facultó al Gerente de las Empresas Públicas Municipales para reorganizar las zonas de influencia de las plazas de mercado y ejercer el control de los espacios públicos adyacentes a ellas. Agregan que también la Resolución No. 0-477 de 4 de mayo de 1992, expedida por el Gerente de dichas Empresas Públicas, ordenó la restitución del espacio público de las zonas periféricas de las plazas de mercado de la ciudad de Ibagué.

II. EL AUTO RECURRIDO

Para adoptar la decisión apelada, el tribunal origen razonó de la siguiente manera (folios 89 a 92 Cdno. Ppal.):

"Esta Corporación advierte que los documentos en que se fundamenta la pretensión del actor no reúnen los requisitos formales, porque los títulos que contienen las obligaciones a cargo de la Administración, como lo es el Decreto Número 00436 del 25 de junio de 1991, expedido por el Alcalde Municipal de Ibagué, y por medio del cual se dictan normas que reglamentan el servicio de Plazas de Mercado, y que dispuso que a partir de esta fecha, la Secretaría de Gobierno y su Oficina de Control y Vigilancia no podrán expedir ninguna clase de permisos para ventas ambulantes o estacionarias dentro de la zona de influencia de las Plazas de Mercado de la ciudad, y la Resolución número 6-477 de mayo 4 de 1992, proferida por el señor Gerente de las Empresas Públicas Municipales de Ibagué, y 'Por medio de la cual se ordena la restitución del espacio público en las zonas periféricas de las Plazas de Mercado de la ciudad de Ibagué', documentos que se aprecian a los folios 11 y 14 del cuaderno original, no tienen '...relación directa con la protección y defensa del Medio Ambiente...', como lo exige el Artículo 77 de la Ley 99 de 1993, si se tiene en cuenta que el primero de los actos administrativos adopta medidas de Policía, con el fin de controlar la actividad que desarrollan las ventas ambulante o estacionarias dentro de la zona de influencia de las plazas de mercado, y en la resolución mencionada se ordena el desalojo de cualquier ocupación que impida el libre acceso a ella, apoyado en los artículos 5°, 6° y 7° de la Ley 9ª de 1989, preceptos legales que regulan y definen el espacio público, cuyos elementos constitutivos pueden ser defendidos mediante la acción popular consagrada en el Artículo 1005 del Código Civil cuando se pretende '...la remoción, suspensión o prevención de las conductas que comprometieren el interes público la seguridad de los usuarios...' como lo dispone el Artículo 8° de la misma Ley 9ª.

Los actos administrativos cuyo incumplimiento advierte el Actor por parte de las autoridades municipales, no tienen relación directa con la protección y defensa del Medio Ambiente, porque están dirigidos a recuperar un espacio público cuya ocupación impide la libre circulación, y que por la naturaleza de los productos que se expenden, generan olores desagradable sin que se afecte directamente el medio ambiente ni su defensa sea el fin inmediato y basta con analizar la concreción de la orden ejecutiva contenida en las pretensiones de la demanda para concluir que no existe nexo de casualidad con el manejo y aprovechamiento de recursos naturales renovables, y al advertirse que los títulos que contienen las obligaciones a cargo de la Administración no se encuentran dentro de la órbita de los que constituyen el objeto de la acción de cumplimiento consagrada en los artículos 77 y ss. de la Ley 99 de 1993, y al no prestar los documentos mérito ejecutivo para la Acción de Cumplimiento en Asuntos Ambientales no se librará mandamiento ordenando que el demando cumpla la obligación como pide".

III. LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Ellos son los siguientes (folios 93 a 94 Cdno. Ppal.):

1°. El argumento del tribunal relativo a que el asunto que se controvierte no guarda relación directa con la protección y defensa del medio ambiente sino con la recuperación del espacio público, crea "...obstáculos para el ejercicio y desarrollo de los instrumentos legales que tienen por objeto la protección de los derechos e intereses colectivos... (...) y parece partir del supuesto equivocado de que no existe un medio ambiente urbano dentro del cual el espacio público juega un importante papel". El tribunal no se percató de la existencia de un medio ambiente artificial, fuertemente intervenido o creado por el hombre, del que no sólo se han ocupado las ciencias sociales sino también la ley...(...)...y dentro de este género del medio ambiente artificial están las ciudades y pueblos que constituyen un 'medio ambiente urbano'...", del que tratan distintas normas de la Ley 99 de 1993, y, en general, los artículos 5°, 6°, 7° y 8° de la Ley 9ª de 1989.

2°. También se equivoca el tribunal "...cuando pretende restringir mi acción en defensa de los intereses colectivos a la acción popular del Artículo 1005 del Código Civil. Para empezar, no sería el primer bien jurídico que tenga posibilidades de defensa directa o indirecta por medio de varias acciones. Si utilizara la acción popular tendría que demandar a todos y cada uno de los vendedores ambulantes que ocupan el espacio público de los alrededores de la Plaza de la 21. No escogí esta acción, teóricamente viable, por obvias dificultades prácticas". El sujeto pasivo de la acción de cumplimiento es el funcionario renuente a cumplir con las leyes y los actos administrativos invocados en la demanda, y no solamente tiene por objeto

defender los derechos e intereses colectivos de un medio ambiente urbano viciado, sino el Estado de Derecho y la plena vigencia del orden jurídico.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer término cabe precisar que la acción de cumplimiento en asuntos ambientales tiende a lograr el efectivo cumplimiento de las leyes o actos administrativos que tengan relación directa con la protección y defensa del medio ambiente" (Artículo 77 Ley 99 de 1993), y que para su adelantamiento es requisito esencial la existencia de un título ejecutivo, entendido éste como el documento o documentos que constituyan plena prueba contra el demandado de la existencia a su cargo de una obligación de dar, hacer o no hacer, clara expresa y exigible, y que, por lo mismo se trata 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 el juzgador debe encontrar ese hecho suficientemente demostrado para el éxito de las pretensiones, las cuales deben guardar necesaria relación directa con la protección y defensa del medio ambiente.

Ahora bien, luego del estudio de los fundamentos del auto apelado y de los motivos de inconformidad que plantean los recurrentes, la Sala considera que asistió razón al tribunal de origen en abstenerse de librar mandamiento ejecutivo en contra del Alcalde del Municipio de Ibagué y del Gerente de las Empresas Públicas Municipales, no sólo por cuanto de la simple lectura de las pretensiones de la demanda es indiscutible que la finalidad perseguida por los actores no es otra que la defensa del espacio público y de los elementos constitutivos del mismo, de que tratan los Artículos 5°, 6° y 7° de la Ley 9ª de 1989, para cuyo efecto el Artículo 8° *ibidem* determina en forma expresa la procedencia de la acción popular consagrada en el Artículo 1005 del Código Civil, sino, además, por cuanto ninguna de las disposiciones y actos administrativos invocados cuyo cumplimiento se reclama, guarda relación directa con la protección y defensa del medio ambiente, y, menos aún, impone a los demandados obligaciones de dar. de hacer o no hacer, claras, expresas y exigibles en dicha materia.

Respecto de dichos actos administrativos cabe precisar que ellos no tienen por objeto la protección y defensa del medio ambiente sino la recuperación de los espacios públicos internos y aledaños a las diferentes plazas de mercado que funcionan en la ciudad de Ibagué mediante el desalojo de cualquier ocupación que impida el libre acceso a los mismos, como se ordena en la Resolución No. G-477 de 4 de mayo de 1992 expedida por el Gerente de las Empresas Municipales, lo cual implica la improcedencia de la acción ejercida. De ahí que si bien habría lugar a pensar que dicha orden de desalojo pudiere hecerse efectiva mediante la acción de cum-plimiento, ésta no sería de las referentes al medio ambiente reguladas

en la Ley 99 de 1993, como es la ejercida en el presente proceso, de tal manera que su procedencia está condicionada al desarrollo legal de la acción de cumplimiento en general o en especial respecto del espacio público, lo cual no ha tenido ocurrencia hasta la fecha.

Sin perjuicio de lo anterior, que conducirá a adoptar la decisión de confirmar el auto apelado, la Sala considera que si aún en gracia de discusión se aceptase que mediante la demanda incoada se pretendió tutelar el "medio ambiente artificial", de que hablan los recurrentes para referirse, tal vez, al Artículo 8° de la Ley 9ª de 1989, la acción a ejercer podría ser también la popular consagrada en dicha norma, como se infiere con toda claridad de los términos del Artículo 75 de la Ley 99 de 1993, al disponer en su inciso primero que "las acciones populares de que tratan el Artículo 8° de la Ley 9a. de 1989 y el Artículo 118 del Decreto 2303 de 1989 deberán ser notificadas al Ministerio del Medio Ambiente. Este o su apoderado emitirán concepto sobre cualquier proyecto de transacción sometido por las partes procesales para su aprobación al juez competente, en audiencia pública que se celebrará previamente a esta decisión".

Por lo demás, cabe señalar que el Artículo 88 de la Carta Política de 1991 defirió a la ley la regulación de "...las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia y otros de similar naturaleza que se definen en ella...".

En mérito de lo expuesto, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

1°. CONFIRMASE la providencia de 15 de marzo de 1996 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima.

2°. En firme esta decisión, devuélvase el expediente al tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha de veinte (20) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Juan Alberto Polo Figueroa*, ausente con permiso; *Libardo Rodríguez Rodríguez, Manuel S. Urueta Ayola.*

REGISTRO MARCARIO -Renovación / **TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL ACUERDO DE CARTAGENA** - Interpretación prejudicial / **RENOVACION DE MARCAS** - Trámite sumario

La Sala rectifica la posición que había venido adoptando al respecto, ya que en esta oportunidad la interpretación prejudicial rendida por el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena sí fija el alcance de los artículos 70 y 84 de la decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, alcance éste que es obligatorio adoptar por esta corporación al proferir la sentencia dentro del expediente de la referencia conforme a los mandatos del Artículo 31 del tratado de creación de dicho tribunal. En relación con el poder y el certificado de existencia y representación legal es preciso tener en cuenta que, salvo situaciones nuevas, si la renovación de un registro marcario no es más que la prolongación en el tiempo del derecho inicial del registro, y para éste debieron aportarse cada uno de los documentos de tipo formal que exigen las normas comunitarias y que reposan en la oficina de archivo de la División de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio, dado el trámite sumario que se pretende dar al de la renovación, resulta no sólo innecesario requerirlos nuevamente para dicho trámite, sino desproporcionado dar por desistida la petición por la carencia de los mismos, pues, conforme al alcance de la interpretación antes reseñada, ello equivale a dejar sin efectos un registro, pero por una causal no contemplada en las normas comunitarias, que son las únicas que pueden regular la renovación. No es viable acceder a la pretensión de restablecimiento del derecho en la forma solicitada, esto es, ordenando a la entidad pública demandada da a conceder la renovación del registro de la marca *Gambro*, pues los actos administrativos cuestionados no resolvieron sobre el fondo de la solicitud. Luego, como consecuencia lógica de la nulidad decretada es que las cosas vuelvan al estado anterior, lo procedente es disponer que se le dé el trámite correspondiente a la solicitud de renovación de marca de la actora.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. - Santafé de Bogotá, D.C.,veintisiete (27) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Referencia: Expediente No. 2956. Actora: Sociedad Gambro Lundia A.B. Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho.

La sociedad *Gambro Lundia A.B.*, a través de apoderada 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 27074 de 26 de noviembre de 1993 "por la cual se ordena el archivo de un expediente", expedida por la División de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio.

2ª. Es nula la Resolución número 0266 de 17 de febrero de 1994, "por la cual se resuelve un recurso de apelación", expedida por el Superintendente Delegado para la Propiedad Industrial.

3ª. Como consecuencia de las declaraciones anteriores se ordene a la Superintendencia de Industria y Comercio conceder la renovación del registro de la marca *Gambro* número 95.331 por el término legal.

I. FUNDAMENTOS DE DERECHO

En apoyo de sus pretensiones la actora adujo, en síntesis, los siguientes cargos de violación (folios 48 a 52 del cuaderno principal):

1°. La Administración violó, por falta de aplicación, el Artículo 70 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, porque esta norma exige como único requisito para tener derecho a la renovación que se demuestre la utilización de la marca en cuestión, la cual se acreditó en el presente caso con la documentación adjuntada a la solicitud.

2°. La Administración violó directamente, por aplicación indebida de los artículos 12 y 13 del C.C.A., porque los documentos necesarios para decidir la petición de renovación están expresamente contenidos en el Artículo 70 de la Dirección 85.

Tal documentación obra y se aportó al expediente oportunamente. Luego, en la medida en que la Administración se apoyó en el Artículo 12 del C.C.A., para denegar la solicitud, violó directamente la ley, por aplicación indebida.

Al no ser aplicable al caso *sub judice* el Artículo 12 del C.C.A.y no habiéndose dado cumplimiento por la Administración al Artículo11 *ibidem*, mal podría resultar aplicable el Artículo 13 *ibidem*. Por lo tanto, al haberse basado la negativa de la Administración en esta norma la violó directamente, por aplicación indebida.

Cabe mencionar que dicho Artículo no resulta aplicable cuando el interesado contesta el requerimiento de la Administración, aun en forma incompleta, pues en tal evento, se aplica la segunda parte del Artículo 12. En otros términos, sólo puede entenderse que hay desistimiento de la solicitud cuando el requerimiento de la Administración no se responde en forma alguna.

La Administración violó directamente, por falta de aplicación, los artículos 2° y 3° del C.C.A., porque no veló por la efectividad de los administrados, al exigirle a la actora un requisito que no se establece en norma alguna.

De otra parte, no observó los principios consagrados en el C.C.A. ya que presentó un retardo injustificado en la decisión, exigiendo más documentos de los estrictamente necesarios.

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.

La contestación de la demanda.

La Nación —Superintendencia de Industria y Comercio—, a través de apoderado, al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones aduciendo al efecto, en síntesis, lo siguiente (folios 109 a 113 *ibidem*):

Tal como se desprende de los documentos obrantes en el expediente número 300822 de la División de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio, la interesada se abstuvo de completar los requisitos exigidos para solicitar la renovación de la marca Gambro, entre otros, el pago de los derechos de publicación del título de renovación.

Al respecto cabe manifestar que la Sección Primera del Consejo de Estado en sentencia de 30 de octubre de 1993, proferida dentro del expediente número 2008, se pronunció sobre la aplicabilidad de los artículos 12 y 13 del C.C.A., en los procedimientos administrativos de renovación de marcas.

La orden de archivo del expediente tuvo como fundamento legal el no cumplimiento en forma completa de un requerimiento formulado por la Administración.

III.ALEGATO 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 súplicas de la demanda porque, a su juicio, considera que, con base en el Artículo 84 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, la Administración podía exigir a la actora los documentos atinentes a poderes, capacidad, existencia y representación legal, porque en relación con estos el Artículo 70 de la referida Decisión no dice nada. Además, la petición de renovación está sometida al trámite previsto en los Artículos 12 y 13 del C.C.A.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los actos administrativos acusados dispusieron el archivo de la solicitud de renovación de la marca *Gambro* formulada por la actora, con fundamento en el Artículo 12 del C.C.A., habida cuenta que la interesada se abstuvo de completar su solicitud dentro del término que se le otorgó para tal fin, motivo por el cual se entendió desistida su petición.

En algunos pronunciamientos esta Corporación consideró que el Artículo 12 del C.C.A., tenía aplicación dentro del trámite de la renovación de un registro marcario.

La Sala rectifica la posición que había venido adoptando al respecto, ya que en esta oportunidad la interpretación prejudicial rendida por el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, obrante a folios 146 a 158, sí fija el alcance de los Artículos 70 y 84 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, alcance éste que es obligatorio adoptar por esta Corporación al proferir la sentencia dentro del expediente de la referencia, conforme a los mandatos del Artículo 31 del Tratado de creación de dicho Tribunal.

En efecto, dijo el referido Tribunal:

"... El registro de la marca y la renovación de la misma son figuras jurídicas diferentes en los fines que cada una persigue; y, en tal virtud no cabe aplicarse a la renovación un trámite o un procedimiento similar o semejante al de la concesión del registro de la marca, en el cual se pueden discutir eventualmente derechos de terceros o causales de irregistrabilidad que no se presentan dentro de la renovación.

La sección segunda de la Decisión 85 (Artículos 60 a 68) contempla las disposiciones para el procedimiento de registro de una marca. Su inaplicabilidad para el trámite de renovación es evidente por consideraciones diferentes que miran al objetivo de registro y de la renovación, la que, hasta por un sentido práctico, debe tramitarse sumarísimente por cuanto el goce o la continuación del goce de un derecho no puede estar suspendido indefinidamente o sujeto a engorroso procedimiento como sucede con el registro de marcas...

...Cuando la Decisión 85 u otra norma comunitaria similar a ella, guarda silencio acerca de algún punto dentro de la materia que regula, puede ocurrir que se trate de un vacío aparente que deba ser llenado, dentro de una adecuada hermenéutica, por otras normas de la misma regulación, dada su vocación comunitaria.

Puede ocurrir también que el ordenamiento comunitario, deliberadamente, omita requisitos o requerimientos usuales en otros regímenes análogos, en procura de una mayor agilidad o simplificación.

Tales omisiones, en consecuencia, no podrían dar lugar válidamente a la pretensión de agregar regulaciones no incluidas de manera expresa en la regulación comunitaria, pretextando supuestos vacíos que en realidad no existen y tergiversando así el régimen común...

...Una marca sólo podrà extinguirse o anularse por las causales previstas en la Decisión 85 pudiendo acudir a los Países Miembros a normas supletorias del Derecho Interno, únicamente en aquellos puntos en que existan vacíos en la legislación comunitaria...

...La actora dentro del proceso interno ante el Consejo de Estado impugna la errónea aplicación que la Administración ha efectuado de los Artículos 12 y 13 del Código Contencioso Administrativo Colombiano, asunto sobre el que el Tribunal no puede pronunciarse... Sin embargo, cabe advertir que las legislaciones internas no pueden crear figuras o requisitos diferentes a los establecidos en la norma comunitaria para la concesión, renovación, nulidad o caducidad de la marca porque estas facultades no se encuentran implícitas dentro del principio de complementariedad.

La renovación de una marca, de conformidad con la Desición 85, depende de la voluntad del titular traducida en dos aspectos: la prueba de uso de la utilización de la marca y la presentación antes del vencimiento del plazo de expiración del registro de la solicitud correspondiente por parte del titular, quien podía desistir de la solicitud o renunciar al derecho que la ley marcaria le confiere.

Presumir o hacer presumir esa falta de «voluntad expresa» para la continuidad en el goce del derecho al uso exclusivo de una marca, sustituyéndola por cualquiera otra figura o institución jurídica, sería condicionar la

renovación de una marca a una causal no prevista en la norma comunitaria de la Decisión 85, hecho jurídico que contraría la interrelación o complementariedad entre el derecho comunitario y el nacional.

El Artículo 70 de la Decisión 85 como único requisito para la renovación el uso de la marca, hecho que no se encuentra controvertido en el proceso interno, como tampoco lo está la oportunidad en cuanto al tiempo de presentar la solicitud según las disposiciones de la Decisión 85... Estos son los requisitos esenciales para que la autoridad nacional competente, bajo la Decisión 85, y con la presentación de la solicitud de renovación, procediera a su concesión.

Rechazada una renovación por falta de cumplimiento de los requisitos o por no haber sido presentada la misma, el efecto jurídico es la cancelación del registro o extinción del derecho y la disponibilidad de la marca para el público. Igual efecto tendría el supuesto de nulidad del registro. No así otras figuras contempladas en las normas comunitarias...." (folios 153 a 158, ibidem).

Cabe resaltar que los documentos que echó de menos la Administración para el trámite de la renovación de la marca Gambro fueron los relativos al poder, certificado de existencia y representación legal de la solicitante y la constancia de pago de derechos de la publicación del título.

En relación con el poder y el certificado de existencia y representación legal es preciso tener en cuenta que, salvo situaciones nuevas, si la renovación de un registro marcario no esmás que la prolongación en el tiempo del derecho inicial de registro, y para este debieron aportarse todos y cada uno de los documentos de tipo formal que exigen las normas comunitarias y que reposan en la oficina de archivo de la División de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio, dado el trámite sumario que se pretende dar al de la renovación, resulta no sólo innecesario requerirlos nuevamente para dicho trámite, sino desproporcionado dar por desistida la petición por la carencia de los mismos, pues, conforme al alcance de la interpretación prejudicial antes reseñada, ello equivale a dejar sin efecto un registro, pero por una causal no contemplada en las normas comunitarias, que son las únicas que pueden regular la renovación.

Frente al pago de tasas o contribuciones la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena rendida en este proceso, expresó:

"...los principios generales del derecho tributario establecen que el Estado puede exigir el cobro de los tributos por vía judicial en cualquier momento, y normalmente la falta de pago no impide la adquisición o ejercicio del derecho. La falta de pago de los derechos en tasas es considerada ahora como causal de caducidad según lo disponía el inciso segundo del Artículo 103 de la Decisión 313 y lo dispone el Artículo 114 de la 344,

caducidad que es figura jurídica distinta de la renovaciónn de la marca..." (folio 156 ibidem).

Lo precedente pone en evidencia que las pretensiones de la demanda, en cuanto a la nulidad de los actos administrativos acusados se refiere, están llamadas a prosperar por violación de los Artículos 70 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y 12 del C.C.A., este último por aplicación indebida.

No es viable acceder a la pretensión de restablecimiento del derecho de la forma solicitada, esto es, ordenando a la entidad pública demandada conceder la renovación del registro de la marca Gambro, pues los actos administrativos cuestionados no resolvieron sobre el fondo de la solicitud. Luego, como la consecuencia lógica de la nulidad decretada es que las cosas vuelvan al estado anterior, lo procedente es disponer que se le dé el trámite correspondiente a la solicitud de renovación de marca de la actora.

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

FALLA:

1°. DECRETASE la nulidad de las Resoluciones números 27074 de 26 de noviembre de 1993, expedida por el Jefe de la División de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio, y 0266 de 17 de febrero de 1994, expedida por el Superintendente Delegado para la Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio.

2°. Como consecuencia de la declaratoria anterior y a título de restablecimiento del derecho se ordena a la División de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio dar trámite a la solicitud de renovación de la marca formulada por la actora.

Devuélvase a ésta 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 de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día veintisiete (27) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Juan Alberto Polo Figueroa, Libardo Rodríguez Rodríguez, Manuel S. Urueta Ayola.*

DOCUMENTO PUBLICO - Autenticación/ **REGISTRO AERONAUTICO** - Finalidad/ **REGISTRO AERONAUTICO** - Cancelación/ **CONTRATO DE AFILIACION DE AERONAVE** - Registro / **REGISTRO AERONAUTICO** - Validez / **REGISTRO AERONAUTICO** - Cancelación / **MATRICULA DE AERONAVE** - Efectos

El Artículo 252 del C. de C.P. define como auténtico un documento cuando existe certeza de la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado. Y dispone: "El documento público se presume auténtico, mientras no se compruebe lo contrario mediante la tacha de falsedad". Con este criterio legal, la falta de requisitos de un acto o contrato sujeto a la inscripción en un registro, no destruye la presunción de legalidad de dicho acto de registro mientras no se demuestre que éste, está incurso en una causal de nulidad. El registro aeronáutico tiene por finalidad "servir de medio de tradición del dominio de las aeronaves", dar publicidad a los actos y contratos que trasladen o muden el dominio de las aeronaves, así como los que versen sobre gravámenes o limitaciones del dominio y "dar mayores garantías de autenticidad y seguridad de los títulos, actos o documentos que deban registrarse". Antes bien, en el numeral 3.3.6 se define la cancelación de un registro como el acto por el cual se declara quedar sin efecto el registro o inscripción "por haber sido cancelado el título o acto de que ésta procedía", mas sin decir quien es la autoridad competente para cancelar ese acto o título. En tratándose de un contrato entre dos particulares, es claro que esa anulación o cancelación sólo puede proceder de la justicia ordinaria. Si quienes suscribieron el documento carecían de la necesaria capacidad, ello puede generar la nulidad relativa del mismo. Pero la eventual nulidad de éste no apareja la del registro. En relación con la violación de normas del Código de Comercio por la sociedad *Lacol Ltda.*, las trangresiones alegadas, a saber, exceso en el ejercicio de sus facultades por el representante legal de Lacol Ltda. y por no actuar éste de consuno con el otro gerente, sólo pueden afectar la validez del contrato suscrito por dicha sociedad con el propietario de la aeronave, más no la del registro, mientras respecto de este acto administrativo de inscripción no se demuestre la

existencia de alguna de las causales de nulidad previstas en el Artículo 84 del C.C.A. Sobre la validez y eficacia de tal contrato, una vez efectuado el registro, sólo podría pronunciarse la jurisdicción ordinaria por tratarse de un convenio entre particulares, sin que se le sea dado a la jurisdicción contencioso administrativa proferir juicio alguno sobre su legalidad, sin invadir una esfera de competencia de la cual carece. Destruida la aeronave, como se encuentra demostrado, y habiéndose ordenado la actuación oficiosa tendiente a la cancelación de la matrícula de la misma, con fundamento en el numeral 4 del Artículo 1796 del Código de Comercio, es decir, "por destrucción o desaparecimiento debidamente comprobados", el registro o inscripción de actos o contratos sobre tal aeronave desaparece automáticamente. Porque la matrícula es el acto mediante el cual se confiere la nacionalidad colombiana a una aeronave (Artículo 1793 del C. de Co.) y desaparecida ésta y la consiguiente nacionalidad, el registro de actos y contratos respecto de tal aeronave carece de razón de ser, dado que "la cancelación de una matrícula se considera en forma definitiva" (numeral 3.4.4.6 del Manual de Reglamentos Aeronáuticos).

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Primera. - Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996)

Consejero Ponente: Doctor *Juan Alberto Polo Figueroa*

Referencia: Expediente No. 3223. Autoridades Nacionales. Actora: Unidad Administrativa Especial de Aeronautica Civil

Se decide por la Sala en relación con la demanda que, dentro del contencioso de nulidad, ha promovido la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil-Aerocivil, contra el acto de registro de fecha 10 de octubre de 1994 proferido con ocasión del contrato de afiliación de la aeronave HK-3213.

I. LA DEMANDA

1.1. Las pretensiones.

Pretende la entidad oficial demandante que por esta Corporación *"...se declare la nulidad del acto de fecha 10 de octubre de 1994 por medio del cual se registró el contrato de **afiliación** expedido por la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, a través de la Oficina de Registro Aeronáutico relacionado con el contrato de **afiliación** celebrado entre **Rolando Medina Marmolejo**, propietario de la aeronave **Douglas Modelo Dc-3 51c3g, Serie** N° HK-3213, y el señor **Jorge Antonio Rodado Amaris**, en su calidad de gerente y representante legal de **Líneas Aéreas Colombianas Limitada "Lacol Ltda."**...*

1.2. Sujetos procesales.

La demanda se dirige no sólo contra la propia entidad que promueve la acción, sino también contra "*...los representantes legales **Jorge Antonio Rodado Amaris y Myriam Palacios Gil**, gerentes de la empresa **Lacol Ltda.**, o quien haga sus veces, al igual que al señor **Rolando Medina Marmolejo** propietario de la aeronave HK-3213...", a quienes se pide notificar de la misma, "...por los efectos que pueda tener sobre la sociedad **Líneas Aéreas Colombianas Ltda.**, «**Lacol Ltda**»...*"

1.3. Hechos.

Como hechos que sirven de sustento a la demanda se aduce que el Jefe de la Oficina de Registro de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, mediante acto de fecha de 10 de octubre de 1994 registró el contrato de afiliación celebrado entre el señor *Rolando Medina Marmolejo*, propietario de la aeronave objeto del contrato (HK-3213), y *Jorge Antonio Rodado Amaris* en su condición de gerente de la empresa Lacol Ltda.

El contrato en mención señaló como plazo para su vigencia el de doce (12) meses y como valor mensual del mismo la cantidad de $80.000 para un total de $1.000.800; y para su registro, se aportó el certificado de existencia y representación de la sociedad Lacol Ltda., expedido por la Cámara de Comercio de Villavicencio, así como lo escritura de protocolización No. 6428.

Del examen de las facultades del Gerente se desprende que el contrato de afiliación de la aeronave adolecía de dos irregularidades, a saber: La primera, está firmado por un solo gerente siendo que la administración de la sociedad corresponde a dos gerentes y "... en caso de gerencia plural éstos actuarán para todos los efectos en forma conjunta"; y, segunda, que como el contrato excedía de un millón de pesos requería de la autorización de la Junta de Socios. Pese a ello, el contrato se registró.

Posteriormente a la sociedad se le introdujeron algunas modificaciones, entre ellas, la designación de un sólo Gerente, pero las actas respectivas no fueron elevadas a escritura pública.

Como el acto de registro "permite la explotación de la aeronave" y como "la entidad no puede revocarlos (sic) directamente", el acto, por los efectos legales que produce sobre los particulares y éstos, como beneficiarios del error, no han mostrado disposición para su revocación de mutuo acuerdo, es por lo que se acude a la jurisdicción de lo contencioso administrativa.

1.4. Disposiciones violadas y concepto de la violación.

Con el acto de registro cuya nulidad se pretende, se estiman violados el Artículo 252 del C. de P.C. por cuanto pese a ser un documento expedido

por funcionario competente, su contenido no se ajusta a la realidad de lo establecido en el contrato social de Lacol Ltda., es decir, "... *se está cobijando hechos anómalos, irregulares e ilegales, con la presunción de autenticidad*".

Así mismo, el numeral 3.3. "Registro Aeronáutico Nacional", 3.3.1., Funciones, literal c)" Dar mayores garantías de autencidad y seguridad de los títulos y actos que deben registrarse", del Manual de Registros Aeronáuticos, en razón de que "...*se está dando fe del registro de un acto que presenta vicios en su origen y que puede generar perjuicios y/o beneficios que no están dentro de la actividad legal de los particulares que lo suscriben*".

Se predica, además, violación del Artículo 558 numeral 5 del Código de Comercio, por parte de la sociedad Lacol Ltda., pues el gerente que suscribió el contrato carecía de la representación única de la sociedad y de la autorización de la Junta de Socios; y del Artículo 196 del mismo ordenamiento mercantil, como quiera que el representante legal de dicha sociedad excedió sus facultades sin contar con la aquiescencia del otro gerente.

II.ACTUACION PROCESAL

1. Por auto del 3 marzo de 1995 se dispuso la corrección de la demanda, en los términos que allí se indican, orden que fue atendida por el apoderado de la entidad oficial demandante. Este subsanó los defectos anotados en el sentido de señalar que el acto de registro acusado era un acto administrativo complejo integrado por la inscripción del acto en el folio de matrícula aeronáutica, la anotación que se deja en el documento inscrito, la comunicación al interesado y la constancia que se le da al mismo con la inserción del registrado.

En cuanto a la acción pretendida precisó que era la de nulidad consagrada en el Artículo 84 del C.C.A.que comprende los actos de certificación y de registro.

2. Admitida la demanda, mediante providencia del 21 de abril de 1995, con la cual se denegó concomitantemente la suspensión provisional del acto acusado, se dispuso notificar personalmente al señor *Rolando Madina Marmolejo* y al representante legal de la sociedad Líneas Aéreas Colombianas Ltda., Lacol Ltda., como personas interesadas en los resultados del proceso.

3. Estas personas fueron debidamente notificadas, mediante comisión dada al Tribunal Administrativo del Meta (folios 95 y 97), sin que se hiciesen presentes al proceso.

4. Dentro del período de apertura aprobado el Jefe de la División de Matrículas de la U.E.A. Aeronáutica Civil informó que la Oficina de Con-

trol y Seguridad Aérea había dado cuenta mediante oficio No. 101-102-644 del 30 de octubre del presente año (1995) que la aeronave marca Douglas, modelo DC-3, con matrícula HK-3213 había sufrido el día 25 de mayo de 1995 un accidente, de carácter no reparable.

Que, como consecuencia, se había ordenado una actuación oficiosa tendiente a la cancelación de la precitada matrícula, con fundamento en el numeral 4 del Artículo 1796 del Código de Comercio.

III. ALEGACIONES

1. Durante el traslado concedido a las partes, ninguna de ellas alegó de conclusión.

2. El señor Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado rindió concepto favorable a la nulidad impetrada con fundamento en que el señor *Jose Antonio Rodado Amaris*, conforme a la escritura pública No. 1249 del 5 de junio de 1992 y el certificado de la Cámara de Comercio de Villavicencio, no era representante legal único de la sociedad Líneas Aéreas Colombianas Ltda. —Lacol Ltda— y por ello no estaba facultado para suscribir el contrato que sirvió de base al registro. Por consiguiente, como el contrato que dio origen al acto de la Administración se expidió sin el lleno de los requisitos exigidos por la ley y el estatuto social, la Administración no estaba facultada para registrarlo y al hacerlo, desconoció el ordenamiento jurídico.

IV. AUTO PARA MEJOR PROVEER

En la oportunidad procesal para decidir, la Sala observó que se hacía necesario aportar al plenario el Manual de Registro Aeronáutico, con el fin de precisar los fines del registro, requisitos para efectuarlo, facultades de las autoridades aeronáuticas para rechazar los documentos con que se pretenda realizarlo y las condiciones en que la propia autoridad aeronáutica hubiere podido cancelar el acto de registro.

Fue así como se dispuso solicitar al Director de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil el envío de una copia auténtica de dicho manual; y, en efecto, por la Secretaría se cursó el oficio N° 626 del 7 de mayo de 1996 para solicitarlo.

En respuesta, la Jefe de la Oficina de Registro de la Aeronáutica Civil relacionó una serie de normas de origen legal y reglamentario, que dice haber sido publicadas "naturalmente" en debida forma, y expresa: "...en estricto sentido no existe un Manual de Registro Aeronáutico, si no que dicho Manual vendría a estar integrado por las normas enunciadas, de las cuales se anexa copia".

Tales copias pertenecen a: Del Libro Quinto del Código de Comercio, los Capítulos Preliminar, III, X, XV; la Parte Tercera del Manual de Reglamentos Aeronáuticos; y del Convenio sobre Aviación Civil, Chicago 1944, los Capítulos III y IV.

V. CONSIDERACIONES

1. La demanda, al enlistar las normas violadas y explicar el concepto de la violación, distingue las relacionadas con el acto de registro y las que se refieren al contrato que sirvió de base al registro.

1.1. Respecto a las primeras, a saber, el Artículo 252 del C. de P.C y el numeral 3.3.1 del Registro Aeronáutico Nacional, contenido en el Manual de Registros Aeronáuticos, cabe considerar:

a) El Artículo 252 del C. de P.C. define como auténtico un documento cuando existe certeza de la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado. Y dispone: *"El documento público se presume auténtico, mientras no se compruebe lo contrario mediante la tacha de falsedad"*.

Con este criterio legal, la falta de requisitos de un acto o contrato sujeto a la inscripción de un registro, no destruye la presunción de legalidad de dicho acto de registro mientras no se demuestre éste está incurso en un causal de nulidad.

En el caso que nos ocupa, el acto de registro de que da cuenta el documento visible al folio 7 y que está suscrito por *Martha Villamizar de Sayago*, como Jefe de la Oficina de Registro, y *Maritza Barrero Ordoñez*, como Jefe de la División de matrículas de la U.E.A de Aeronáutica Civil no deja dudas acerca de quienes lo realizaron, y ninguna prueba dentro del proceso tiende a demostrar lo contrario. Es, por tanto, un documento cuya presunción de autenticidad so se disvirtúa o afecta porque para efectuar el respectivo acto de registro se hubiese servido de documentos irregularmente expedidos. La presunción de autenticidad, en este caso, acompaña el acto de registro mas no los actos o contratos que fueron objeto de inscripción.

b) Según las fotocopias de lo que se denomina el Manual de Reglamentos Aeronáuticos, y cuya violación se predica "toda vez que se está dando fe del registro de un acto que presenta vicios en su origen", el registro aeronáutico tiene por finalidad de "servir de medio de tradición del dominio de las aeronaves", dar publicidad a los actos y contratos que trasladen o muden el dominio de las aeronaves, así como los que versen sobre gravámenes o limitaciones del dominio y "dar mayores garantias de autenticidad y seguridad de los títulos, actos o documentos que deban registrarse".

Dentro de los actos o documentos que deban registrarse figuran ciertamente "h. Contratos sobre aeronaves" sin especificación alguna, pero por parte alguna se otorga facultad a las autoridades aeronáuticas, después de efectuado el registro, para calificar la legalidad o para examinar los requisitos de validez de los mismos, o para cancelar un registro por carecer el documento objeto de inscripción de algún requisito.

Antes bien, en el numeral 3.3.6 se define la cancelación de un registro como el acto por el cual se declara quedar sin efecto el registro o inscripción "por haber sido cancelado el título o acto de que ésta procedía", mas sin decir quién es la autoridad competente para cancelar ese acto o título. En tratándose de un contrato entre dos particulares, es claro que esa anulación o cancelación sólo puede proceder de la justicia ordinaria.

Ahora bien, un documento es auténtico o no lo es. La autenticidad hace relación a la certeza sobre la persona que ha elaborado, manuscrito o firmado un documento (Artículo 252 C. de P.C.). Si el documento es auténtico porque lo suscribieron realmente las personas que en él se indican, no se le da "mayor autenticidad" por el hecho de figurar en un registro.

Si quienes suscribieron el documento carecía de la necesaria capacidad, ello puede generar la nulidad relativa del mismo. Pero la eventual nulidad de éste no apareja la del registro.

Por este aspecto, la demanda no está llamada a prosperar.

1.2 En relación con la violación de normas del Código de Comercio por la sociedad Lacol Ltda., las transgresiones alegadas, a saber, exceso en el ejercicio de sus facultades por el representante legal de Lacol Ltda y por no actuar éste de consuno con el otro gerente, sólo pueden afectar la validez del contrato suscrito por dicha sociedad con el propietario de la aeronave; mas no la del registro, mientras respecto de este acto administrativo de inscripción no se demuestre la existencia de alguna de las causales de nulidad previstas en el Artículo 84 del C.C.A.

En este sentido cabe observar que no se ha demostrado que el acto de inscripción del referido contrato hubiese infringido las normas a que debía sujetarse; o que quienes efectuaron el registro carecían de competencia para ello; o que hubiese habido irregularidades de dicho acto; o se hubiese desconocido el derecho de audiencia o hubiese sido realizado con falsa motivación o desviación de las atribuciones de quienes lo adelantaron, ninguna de las cuales fue alegada como fundamento de la impugnación. Las irregularidades en la suscripción del contrato de afiliación a la sociedad Lacol Ltda.,de la aeronave DC-3 de matrícula HK-3213, son precedentes y externas al acto de registro del mismo. Sobre la validez y eficacia del contrato, una vez efectuado

el registro, sólo podría pronunciarse la jurisdicción ordinaria por traterse de un convenio entre particulares, sin que le sea dado a la jurisdicción ordinaria por tratarse de un convenio entre particulares sin que le sea dada a la jurisdicción contencioso administrativa proferir juicio alguno sobre su legalidad, sin invadir una esfera de competencia de la cual carece.

Por este motivo tampoco prospera la demanda.

2. Cabe anotar que, destruida la aeronave, como se encuentra demostrado, y habiéndose ordenado la actuación oficiosa tendiente a la cancelación de la matrícula de la misma, con fundamento en el numeral 4 del Artículo 1796 del Código de Comercio, es decir, "por destrucción o desaparecimiento debidamente comprobados", el registro o la inscripción de actos o contratos sobre tal aeronave desaparece automáticamente.

Porque la matrícula es el acto mediante el cual se confiere la nacionalidad colombiana a una aeronave (Artículo 1793 del C. de Co.) y desaparecida ésta y la consiguiente nacionalidad, el registro de actos y contratos respecto de tal aeronave carece de razón de ser, dado que "la cancelación de una matrícula se considera en forma definitiva" (numeral 3.4.4.6 del Manual de Reglamentos Aeronáuticos).

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

FALLA:

NIEGANSE las pretensiones de la demanda.

DEVUELVASE a la parte actora el depósito constituído para gastos del proceso por no haberse utilizado.

Cópiese, notifíquese.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día veintisiete (27) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Juan Alberto Polo Figueroa, Libardo Rodríguez Rodríguez, Manuel S. Urueta Ayola.*

PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL - Causales / **COMPETENCIA EN UNICA INSTANCIA DE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO** - Pérdida de la investidura de concejal /**PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONGRESISTA** - Competencia Consejo de Estado / **PRINCIPIO DE DOBLE INSTANCIA** - Excepción

La pérdida de investidura de los concejales está prevista en el Artículo 55 de la Ley 136 de 1994, siguiendo los lineamientos señalados por el Artículo 183 de la Constitución en cuanto a las causas establecidas para los congresistas, a saber: la violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades y de conflicto de intereses; indebida destinación de dineros públicos; tráfico de influencias debidamente comprobado; y la aceptación o desempeño de un cargo en la administración pública, salvo que medie renuncia previa. El procedimiento de pérdida de investidura de los congresistas, al que se remite la norma, está contenido en la Ley 144 de 1994. Esta, en su Artículo 1°, señala que el Consejo de Estado conocerá "en única instancia de los procesos relativos a la pérdida de investidura, sea de congresistas, o de concejales, no viola el principio de la doble instancia, consagrado en el Artículo 31 de la Constitución, puesto que esta misma deja a "salvo las excepciones que consagran la Ley". De suerte que si la Constitución prevé la posibilidad de que existan excepciones al principio de la doble instancia, la circunstancia de que una ley consagre proceso de única instancia no puede significar violación del principio de la doble instancia, o del debido proceso ni obstrucción al acceso de la justicia.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. - Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: Doctor *Juan Alberto Polo Figueroa.*

Referencia: Expediente No. 3925 *varios* (*Recurso de Queja*). Actora: Cecilia Elena Alvarez Puerto.

Se provee en relación con el recurso de queja interpuesto por el apoderado del demandado, tendiente a que le sea concedido el recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander que le privó de su investidura de Concejal del Municipio de Chinácota.

ANTECEDENTES

El Tribunal Administrativo de Norte de Santander, mediante sen-encia del 24 de enero del año en curso, decretó "la pérdida de investidura del señor *Luis Francisco Buitrago González* como concejal del Municipio de Chinácota, Norte de Santander, ejercido durante el período de 1992-1994".

Contra esta providencia el apoderado del concejal afectado interpuso el recurso de apelación, el cual le fue negado mediante auto del 8 de febrero del presente año, bajo la consideración de que "en los términos del Artículo 17 de la Ley 144 de 1994, aplicable a la pérdida de investidura de los concejales por virtud del Artículo 55 *in fine* de la Ley 136 de 1994, la sentencia que se dicte en estos asuntos, sólo es susceptible del recurso extraordinario especial de revisión, resultando por lo mismo improcedente el incoado por el señor apoderado del demandante, lo que obliga a su denegación".

Inconforme el recurrente propuso entonces el recurso de reposición y en subsidio solicitó la expedición de copias para recurrir en queja en caso de despacho desfavorable, con el argumento de que en el Artículo 31 de la Constitución se consagra el derecho fundamental de interponer el recurso de alzada al cual no se le ha puesto límite expreso por la ley, sin que de otro lado el recurso especial de revisión previsto en el Artículo 17 de la Ley 144 de 1994 excluya el de apelación, pues conforme al C.C.A., éste último procede contra los fallos de primera instancia dictados por los Tribunales Administrativos.

El Tribunal no accedió a reponer el auto dictado el 11 (sic) de febrero de 1996 mediante el cual se rechazó el recurso de apelación contra la sentencia y ordenó la expedición de copias para efectos del trámite del recurso de queja.

SUSTENTACION DEL RECURSO

Previo el recuento histórico de la situación fáctica originada en la excepción de la sentencia dictada en su contra por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander; y de la actuación cumplida en orden a la interposición del recurso de apelación, el señor apoderado del concejal *Luis Franciasco Buitrago González* aduce, como fundamento del recurso:

El Artículo 31 de la Constitución establece el derecho fundamental de la apelación contra toda sentencia judicial, salvo las excepciones que consagre la ley. Empero, las Leyes 136 y 144 de 1994 no establecen excepciones a este derecho fundamental.

El Artículo 17 de la Ley 144 de 1994, que se aplica al proceso de pérdida de investidura, establece la procedencia del recurso extraordinario especial de revisión, pero de ninguna manera establece que "sólo" sea susceptible de ese medio impugnativo, por lo que la procedencia del recurso de revisión no excluye el recurso de apelación.

Cuando la Constitución habla de "excepciones que consagre la ley", tal excepción debe aparecer expresamente en expresiones tales como no es procedente el recurso de apelación, es un proceso de única instancia y sólo es procedente la reposición o la revisión ninguna de las cuales aparece en las normas que rigen el proceso de desinvestidura, por lo que cabe concluir que el derecho fundamental de apelación no tiene excepciones en estos procesos.

La Ley 144 de 1994 se expidió para tramitar la pérdida de investidura de los congresistas por cuya razón siendo un proceso de conocimiento del Consejo de Estado éste no tiene segunda instancia, lo cual no sucede en el caso de pérdida de investidura de los concejales porque los Tribunales Administrativos sí tienen superior siendo procedente la doble instancia. Además el proceso electoral donde se propongan los mismos hechos, sea de incompatibilidades o inhabilidades, sería un proceso de doble instancia y tendría el recurso de apelación en tratándose de la elección de un concejal de un municipio con presupuesto anual mayor de $137.200.000 para el año 1995.

CONSIDERACIONES

La pérdida de investidura de los concejales está prevista en el Artículo 55 de la Ley 136 de 1994, siguiendo los lineamientos señalados por el Artículo 183 de la Constitución en cuanto a las causas establecidas para los congresistas, a saber la violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades y de conflicto de intereses; indebida destinación de dineros públicos; tráfico de influencias debidamente comprobado; y la aceptación o desempeño de un cargo en la administración pública, salvo que medie renuncia previa.

La norma en mención, en su inciso final, dispone que "la pérdida de la investidura será decretada por el Tribunal Contencioso Administrativo de la respectiva jurisdicción *siguiendo el procedimiento establecido para los congresistas en lo que corresponda*".

El procedimiento de pérdida de investidura de los congresistas al que se remite la norma, está contenido en la Ley 144 de 1994. Esta, en su Artículo 1°, señala que el Consejo de Estado conocerá "en única instancia" de los procesos relativos a la pérdida de la investidura de los congresistas.

Si el procedimiento que debe seguirse en los Tribunales Administrativos para decretar la pérdida de investidura de los concejales es el previsto para los congresistas, surge de inmediato la conclusión de que el proceso respectivo debe ser de única instancia, así la ley no lo haya dispuesto expresamente. Así lo ha entendido la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, al afirmar que "procesos como el de la referencia son de única instancia", puesto que "aunque la Ley 136 no es explícita al indicar las instancias propias de los procesos relacionados con los concejales implícitamente se debe entender que siguen la misma suerte de los congresistas, no sólo porque donde existe la misma razón debe existir la misma disposición, sino porque, de un lado, la mencionada Ley 144 de 1994 regula sólo un proceso de única instancia; y de otro, porque el Artículo 55 de aquello al hablar de que el proceso de desinvestidura de los concejales seguirá el procedimiento de la aludida Ley 144, inequívocamente quiso que fuera de única instancia" (auto de enero 20 de 1995, M.P. doctor *Carlos Betancur Jaramillo*, expediente AC-2220).

El ser de única instancia el proceso de pérdida de investidura, sea de congresistas o de concejales, no viola el principio de la doble instancia, consagrado en el Artículo 31 de la Constitución, puesto que en esta misma deja a "salvo las excepciones que consagre la ley". De suerte que si la Constitución prevé la posibilidad de que existan excepciones al principio de la doble instancia no puede significar violación del principio de la doble instancia, o del debido proceso ni obstrucción al acceso a la justicia.

Lo anteriormente expuesto constituye razón suficiente para confirmar la improcedencia del recurso de apelación declarada por el *a quo* .

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

RESUELVE:

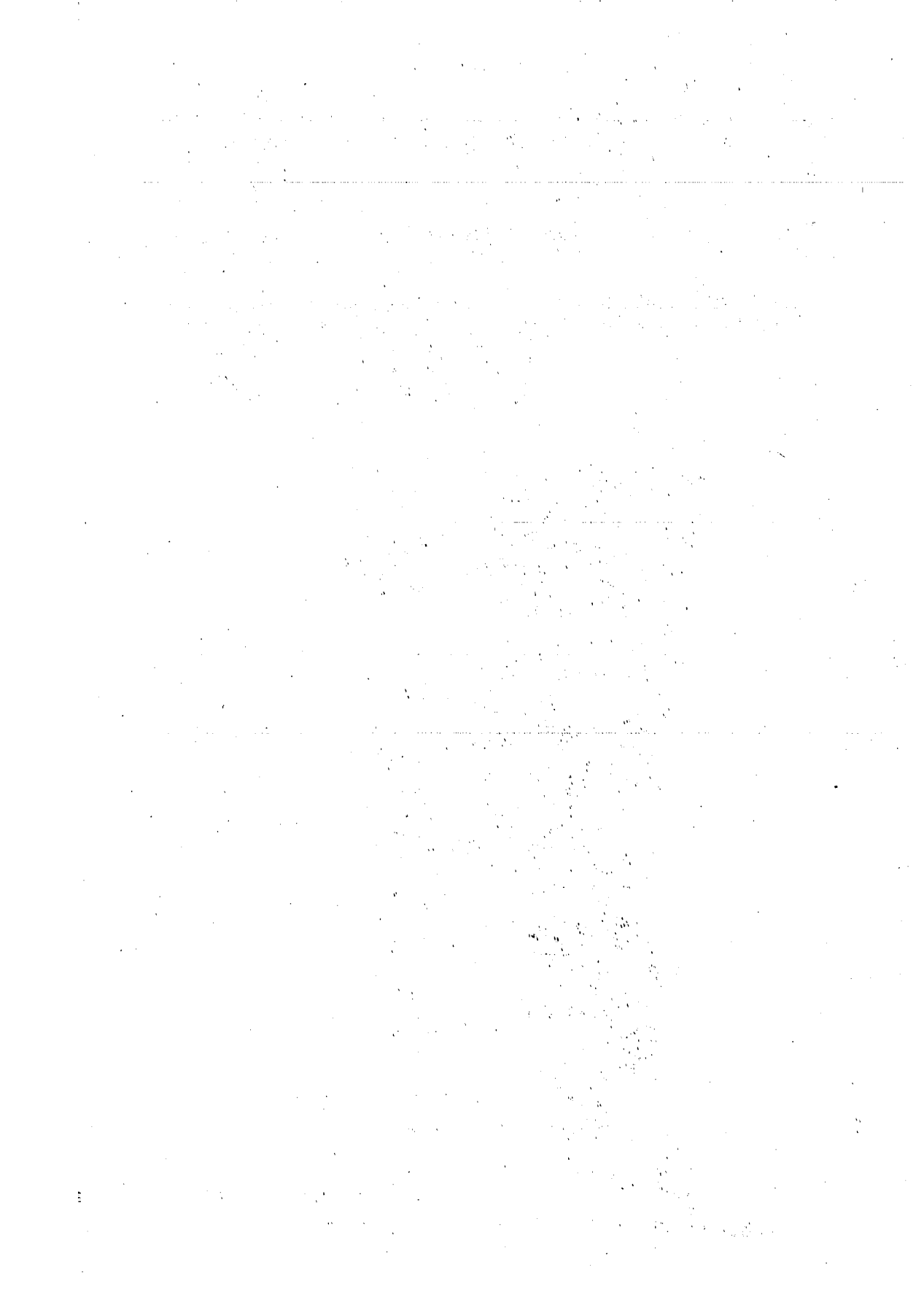
DECLARAR que estuvo bien denegada la concesión del recurso de apelación interpuesto por el demandado *Luis Francisco Buitrago González* contra la sentencia de 24 de enero de 1996, proferida por el Tribunal Administrativo del Norte de Santander.

Cópiese, notifíquese y en firme esta providencia envíese el expediente al tribunal de origen. Cúmplase.

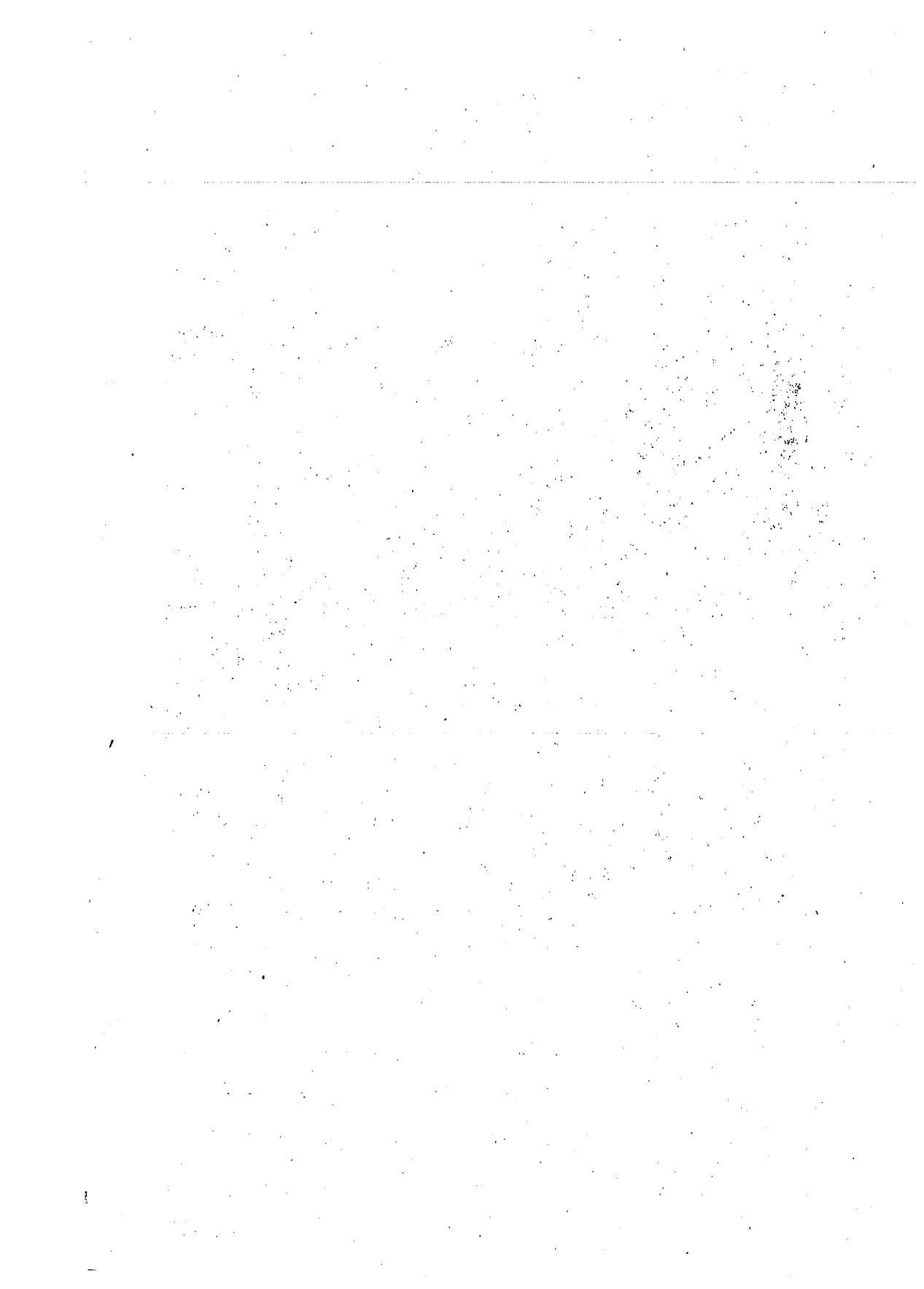
La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día veintisiete (27) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; *Juan Alberto Polo Figureoa, Libardo Rodríguez Rodríguez, Manuel S. Urueta Ayola.*

NOTA DE RELATORIA: Reiteración jurisprudencial auto de enero 15 de 1995, M.P doctor *Carlos Betancur Jaramillo,* Expediente, AC-2220.



SECCION SEGUNDA



FUNCIONARIO DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION - Régimen aplicable / **REVOCATORIA DE NOMBRAMIENTO** - Improcedencia/**REVOCATORIA DE NOMBRAMIENTO** - Oportunidad / **ACTA DE NOMBRAMIENTO** - Irregularidad en la revocatoria

El Decreto 2699 de 1991, orgánico de la Fiscalía General de la Nación, dispuso en su artículo 100, sobre "Retiro del Servicio", que el definitivo se produce, entre otras cosas, por revocatoria del nombramiento (numeral 8). Empero, en el resto de su texto no desarrolló esta previsión, por manera que resulta necesario acudir a la normatividad anterior y, en el caso específico, al Decreto 1660 de 1978. Ahora bien, este estatuto, que contiene las normas sobre administración del personal de la rama jurisdiccional, del Ministerio Público y de las direcciones de instrucción criminal, en el artículo 1° señaló que sus disposiciones se aplican, entre otros, al personal que presta sus servicios en dicha rama y en las instituciones mencionadas; y el cargo de fiscal en el que nombró al actor pertenece a la primera; de modo, que las relaciones laborales de las personas que se desempeñaban como fiscales, debían regularse por lo consagrado en este estatuto. El artículo 44 del Decreto 1660 de 1978 estipula que para los cargos que no tienen período, los funcionarios o empleados serán designados como titulares o en provisionalidad, y luego de definir en qué consisten la titularidad y provisionalidad de la designación (artículo 45), en el artículo 63 *ibidem*, sin distinguir entre las dos modalidades, prevé que la revocación del nombramiento o elección de los servidores de las instituciones o entidades a quienes se aplica ese estatuto, sólo procede antes de posesionarse el designado, como era el caso del actor que fue nombrado en provisionalidad como Fiscal 118 en Cali, por las causales mencionadas en la misma ley. Fuerza concluir que la revocación se dispuso en forma discrecional, esto es, sin que mediara alguna de las causales consagradas en el Decreto 1660 de 1978 como justificativas de esa medida; entonces, ante el incuestionable mandato legal a que se hizo referencia, precisa colegir que el acto impugnado es irregular, porque su expedidor no observó las reglas contenidas en la ley, pues no se apoyó en ninguna de las causales de revocación del nombra-

miento contempladas en el artículo 63, invocado como violado en el libelo. Respecto a la condena por salarios y prestaciones dejados de percibir como consecuencia de la desvinculación ilegal del empleado, la Sala reitera el criterio ya sentado en anteriores pronunciamientos sobre su reconocimiento con la respectiva indexación.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Santafé de Bogotá, D.C., abril ocho (8) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos A. Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 9863. Autoridades Nacionales. Actor: Alvaro Palau Aldana.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 28 de enero de 1994 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

LA DEMANDA

El doctor *Alvaro Palau Aldana,* en su propio nombre y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó al Tribunal declarar la nulidad de la Resolución No. 309 del 30 de julio de 1992 de la Dirección Seccional de la Fiscalía de Cali, por la cual se revocó el nombramiento como Fiscal Grado 18 de la Unidad de Fiscalía permanente de esa ciudad, que se había hecho por medio de la Resolución No. 273 del 22 de esos mismos mes y año y que se le restablecieran los derechos que se le conclulcaron con la expedición del acto acusado.

Relata el accionante que luego de su designación en el cargo mencionado, efectuada por la resolución citada últimamente, adelantó las gestiones para su posesión en él, lo que le demandó un esfuerzo de tiempo y dinero, pero que intempestivamente, sin motivación alguna y sin su consentimiento, tal designación fue revocada mediante el acto impugnado, contra el cual interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, los cuales fueron rechazados por extemporáneos por medio de la Resolución No. 403 del 21 de agosto de 1992 y que esta actuación de la administración le ha ocasionado un enorme daño personal y en perjuicio profesional como abogado, por ser una persona ampliamente conocida en los medios jurídicos, profesionales y cívicos de la ciudad.

Invoca como fundamento de derecho de sus pretensiones los artículos 249 de la Constitución Nacional, 4° numeral 2, 44, 50 numerales 1 y 2, 62, 63, 78, 82, y s.s., 148 inciso 3, 176, 177 y 178 del C.C.A., y como infringidos por

la resolución demandada los artículos 2°, 15, 21, 25, 53, 83 y 251 de la Carta Política, 69, 73, 74 del código citado y los concordantes con éste último, como son los artículos 28, 35 y 76 *ejusdem*, 63 del Decreto 1660 de 1978 y 6° del Decreto 888 de 1989, sobre cuya violación discurre a folios 6 y 7, 49 y 50.

LA SENTENCIA

Después de precisar que la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa propuesta por la entidad demandada no prosperaba, el Tribunal denegó las súplicas de libelo por cuanto estimó que no existe prohibición legal para revocar nombramientos en la rama jurisdiccional del poder público ni derecho adquirido del nombrado que lo haga inamovible, pues tratándose de cargos de libre nombramiento y remoción y de cargos provistos en provisionalidad —mientras se realiza el nombramiento en propiedad—, como era el caso del actor, la revocatoria de la designación resulta viable.

Igualmente el *a quo* adujo que tampoco se requería cumplir los requisitos previstos en el artículo 73 del C.C.A., para que proceda la revocación de los actos administrativos de carácter particular, por cuanto el acto de nombramiento cuestionado no creó o modificó una situación jurídica particular o reconoció un derecho individual y concreto en favor del señor *Palau Aldana*.

EL RECURSO

Al impugnar la sentencia el apelante señala que si bien la revocación de los nombramientos en la rama judicial no está expresamente prohibida, ante este vacío normativo y teniendo en cuenta que conforme al artículo 1° del C.C.A. sus disposiciones se aplican también a dicha rama del poder público, resulta procedente definir la presente contención a la luz de lo dispuesto en el artículo 73 del citado código, de tal manera que la revocación de su nombramiento como fiscal no tiene justificación, por cuanto una vez notificado el acto de su designación se produjo una situación jurídica individual a su favor, creadora de derechos sociales y laborales, de modo que el acto acusado es ilegal, pues no se contó con su consentimiento para expedirlo y, por el contrario, mediaba su aceptación.

Aduce igualmente el recurrente que al no sustentarse la revocación de su nombramiento, se actuó en contravía de lo normado en el artículo 35 del C.C.A., que regula esa situación, y que no se tuvo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional invocada en el alegato de conclusión, conforme a la cual la ausencia "de motivación ...para que un funcionario judicial no pueda ejercer el cargo a que aspira, ocasiona vulneración de los derechos fundamentales de la honra y el buen nombre del mismo..." (folio 163).

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuraduría Tercera Delegada en lo Contencioso ante esta Corporación opina que debe accederse a las súplicas de la demanda, previa revocación de la sentencia apelada, porque el nombramiento del actor como Fiscal 18 de Cali creó una situación individual y concreta en su favor, por tanto, no podía revocarse en forma directa, como se hizo, sin atender lo previsto en los artículos 69 y 73 del C.C.A. y 63 del Decreto 1660 de 1978.

Llegado el momento de decidir, a ello se procede, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

La Sala se referirá, en primer lugar, a la excepción propuesta por la entidad demandada sobre falta de agotamiento de la vía gubernativa en relación con la Resolución No. 309 de 1992, objeto de impugnación.

Al respecto, advierte que no es dable tomar como fecha de presentación del recurso de reposición y en subsidio del de apelación contra de dicho acto, el 11 de agosto de 1992, que parece en la copia del escrito que contiene dichos recursos aportados por la administración, porque si en la copia del mismo que se presentó con la demanda, el funcionario que lo recepcionó consignó como fecha de recibo el 10 del mismo mes y año, la fecha que aparece en el documento primeramente mencionado debe tomarse como la de su radicación, habida cuenta de que el sello estampado en este último documento, que no está autorizado con firma alguna, tiene un número de radicación —el 186—, por lo que se impone admitir que el día allí indicado se efectuó ésta, mas no el de su recibo que quedó estampado en el documento que el señor *Plau Aldana* adjuntó al libelo.

Así las cosas y como quiera el término para impugnar el acto acusado venció el 10 de agosto de 1992, fuerza concluir que la excepción propuesta por la demandada carece de sustento, ya que los recursos en su contra se interpusieron oportunamente y la responsabilidad por su no consideración por la administración no puede atribuirse de ninguna manera al accionante.

En cuanto al fondo del asunto, se observa que las pruebas aportadas a los autos demuestran que mediante Resolución No. 273 del 22 de julio de 1992, la Dirección Seccional de la Fiscalía de Cali designó al señor *Alvaro Palau Aldana* como Fiscal 18 de la Fiscalía permanente de esa ciudad (folios 7 y 8), designación que le fue comunicada el 27 del mismo mes y año (folio 8 vlto.).

Igualmente se establece a través de ésta, que el mismo despacho revocó dicho nombramiento por medio de la Resolución No. 309 del 30 de julio de 1992, cuyo texto es el siguiente:

"FISCALIA GENERAL DE LA NACION
SECCIONAL CALI-VALLE

RESOLUCION N° 0309
(Julio 30 de 1992)

Por la cual se revoca un nombramiento en la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación, Seccional Cali, Valle.

La Directora seccional de la Fiscalia de Cali,Valle, en uso de sus atribuciones legales,

RESUELVE:

Artículo Primero. *Revocar el nombramiento en provisionalidad como Fiscal Grado 18 de la Unidad de Fiscalía Permanente de Cali, que se hiciera al doctor* ***Alvaro Palau Aldana****, identificado con la cédula de ciudadanía No. 16.250.351 de Palmira (Valle), mediante Resolución No. 273 de julio 22 de 1992, emanada de esta Seccional.*

Artículo Segundo. *La presente resolución rige a partir de la fecha de su comunicación.*

Comuníquese y cúmplase.

La Directora,(Fdo),
Ana Milena Cerón de Valencia

La Secretaria (Fdo),
María Elsa Velasco Roldán".

El Decreto 2699 de 1991, orgánico de la Fiscalía General de la Nación, dispuso en su artículo 100, sobre "Retiro de Servicio", que el definitivo se produce, entre otras cosas, por revocatoria del nombramiento (numeral 8°). Empero, en el resto de su texto no desarrolló esta previsión, por manera que resulta necesario acudir a la normatividad anterior, y en el caso específico, al Decreto 1660 de 1978.

Ahora bien, este estatuto, que contiene las normas sobre la administración del personal de la rama jurisdiccional, del Ministerio Público y de las direcciones de instrucción criminal, en el artículo 1° señaló que sus disposiciones se aplican, entre otros, al personal que presta sus servicios en dicha rama y en las instituciones mencionadas; y el cargo de fiscal en el que se nombró al actor pertenece a la primera; de modo que las relaciones laborales de las personas que se desempeñaban como fiscales, debían regularse por lo consagrado en este estatuto.

El artículo 44 del Decreto 1660 de 1978 estipula que para los cargos que no tienen período, los funcionarios o empleados serán designados como titulares o en provisionalidad, y luego de definir en qué consiste la titularidad y provisionalidad de la designación (artículo 45), en el artículo 63 *ibidem*, sin distinguir entre las dos modalidades, prevé que la revocación del nombramiento o elección de los servidores de las instituciones o entidades a quienes se aplica este estatuto, sólo procede antes de posesionarse el designado, como era el caso del actor que fue nombrado en provisionalidad como Fiscal 118 en Cali, por las siguientes causales mencionadas en la misma ley:

"1. Cuando se ha cometido error en la persona.

2. Cuando se refiere a empleos inexistentes o que se hallen provistos en propiedad.

3. Cuando el designado manifiesta que no acepta.

4 Cuando el designado no solicite la confirmación o no aporte los documentos adicionales que se le exijan antes de vencerse los términos señalados en el artículo 66.

5. Cuando el designado no tome posesión dentro de los términos señalados en el artículo 70".

Como se indicó y se deduce de su lectura, la resolución acusada carece, de motivación; vale decir, que en ella no se expresó la causal real en que se apoyó el nominador para revocar el acto por medio del cual nombró el señor *Palau Aldana* en el cargo mencionado.

Por consiguiente fuerza concluir que la revocación se dispuso en forma discrecional, esto es, sin que mediara alguna de las causales consagradas en el Decreto 1660 de 1978 como justificativas de esa medida; entonces, ante el incuestionable mandato legal a que se hizo referencia, precisa colegir que el acto impugnado es irregular, porque su expedidor no observó las reglas contenidas en la ley, pues no se apoyó en ninguna de las causales de revocación del nombramiento contempladas en el artículo 63, invocado como violado en el libelo.

Respecto a la condena por salarios y prestaciones dejados de percibir como consecuencia de la desvinculación ilegal del empleado, la Sala reitera el criterio ya sentado en anteriores pronunciamientos sobre su reconocimiento con la respectiva indexación, para lo cual se aplicará la formula siguiente:

$$R(\text{valor presente}) = RH\ (\text{valor histórico}) \frac{\text{Indice Final}}{\text{Indice Inicial}}$$

Por tal razón se impone revocar el fallo apelado denegatorio de las súplicas de la demanda y, en su lugar, infirmar el acto acusado y ordenar el restablecimiento de los derechos lesionados.

Aunque el Consejero Ponente no comparte la tesis mayoritaria de la Sala en cuanto a que deba ordenarse el descuento de las sumas que el demandante haya recibido del Tesoro Público durante el mismo lapso, por iguales conceptos, en la medida que se considera que las mismas constituyen una indemnización por los perjuicios que le ha irrogado la ilegalidad del acto acusado y no una segunda asignación, en el sentido que consagran los artículos 64 de la Carta de 1886 y 128 de la del 1991, consignará esa disposición en la parte resolutiva por respecto a esa posición, y en virtud de que en todos los demás aspectos su pensamiento coincide plenamente con el de los demás integrantes de aquélla.

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

FALLA:

REVOCASE la sentencia de veintiocho (28) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994), proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en el proceso promovido por *Alvaro Palau Aldana* contra la Nación —Fiscalía General de la Nación — y, en su lugar, se dispone:

1. Declárase la nulidad de la Resolución No. 309 de 1992 expedida por la Dirección Seccional de la Fiscalía Permanente del Valle, por la cual se revocó el nombramiento del doctor *Alvaro Palau Aldana* como Fiscal Grado 18 de la Unidad de Fiscalía Permanente de la ciudad mencionada.

2. Como consecuencia y a título de restablecimiento del derecho se ordena a la entidad mencionada darle posesión en el cargo mencionado o en otro de igual categoría al doctor *Alvaro Palau Aldana,* en cumplimiento de lo dispuesto en la Resolución No. 273 de 1992, expedida por el mismo despacho.

3. La Nación deberá pagarle al doctor *Palau Aldana* los salarios y prestaciones sociales dejados de devengar desde el 10 de agosto de 1992, día en que acreditó el cumplimiento de todos los requisitos necesarios para tomar posesión del aludido cargo, hasta su incorporación a la Fiscalía General de la Nación.

4. Los salarios y prestaciones adeudados serán ajustados en los términos del artículo 178 del C.C.A., dando aplicación a la siguiente formula:

$$R = RH \frac{\text{Indice Final}}{\text{Indice Inicial}}$$

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 salarios y prestaciones sociales desde la fecha de su desvinculación hasta el efectivo reintegro, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente en la fecha de desvinculación, por el índice vigente al momento de reintegro.

5. De las sumas que se deben cancelar al mencionado señor por los anteriores conceptos, se les descontarán aquellas que hubiere recibido durante el lapso anotado del Tesoro Público por los mismos conceptos.

6. Declárase que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios del señor *Palau Aldana* desde el 10 de agosto de 1992 hasta el día que se produzca el reintegro a que se hizo referencia.

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 25 de enero de 1996.

Clara Forero de Castro, Presidente; *Joaquín Barrero Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas;* aclara voto; *María Eugenia Samper R.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO POR REINTEGRO AL CARGO - Improcedencia de indexación / **CONDENA** - Ajuste de valor / **INDEXACION EN SENTENCIA DE REINTEGRO** - Improcedencia

En mi sentir no es cierto que en los casos en que se condena al pago de salarios y prestaciones sociales como consecuencia de la nulidad de un acto administrativo que implicó el retiro del servicio, se pueden aplicar los mismos principios que con anterioridad han llevado a la Sala a ordenar la indexación de sumas fijas o de prestaciones o salarios debidos. Cuando se trata de obligaciones en dinero por prestaciones sociales o salarios debidos que no fueron pagados oportunamente, es indudable que tales valores sufrieron el rigor de la devaluación y resultaría injusto que la administración al cabo del tiempo pagará la misma suma, pues ello comportaría no solamente un enriquecimiento sin causa del deudor, sino un empobrecimiento correlativo del administrado. En tanto que cuando lo que ordena es el pago de salarios y prestaciones de quien sin haber prestado efectivamente sus servicios a la administración, logra la nulidad del acto y como consecuencia un restablecimiento del derecho en el que por decisión del juez surge la ficción de que el empleado no dejó de pertenecer al Estado y que todo el tiempo que permaneció separado de él debe tenerse como de servicio, la indexación resulta inequitativa, pues no sólo se está ajustando una retribución de servicios no prestados sino se están indexando unos valores que no tuvieron devaluación.

Aclaración de voto de la doctora Dolly Pedraza de Arenas - Santafé de Bogotá, D.C., abril once (11) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Referencia: Expediente No. 9863. Actor Alvaro Palau Aldana. Autoridades Nacionales. Apelación Sentencia.

Aun cuando voté afirmativamente la providencia, disiento en lo atinente a la orden del ajuste de valor de la condena, de la cual discrepo por los siguientes motivos:

En mi sentir no es cierto que en los casos en que se condena al pago de salarios y prestaciones sociales como consecuencia de la nulidad de un

acto administrativo que implicó el retiro del servicio, se pueden aplicar los mismos principios, que con anterioridad han llevado a la Sala a ordenar la indexación de sumas fijas o de prestaciones o salarios debidos.

Cuando se trata de obligaciones en dinero por prestaciones sociales o salarios debidos que no fueron pagados oportunamente, es indudable que tales valores sufrieron el rigor de la devaluación y resultaría injusto que la administración al cabo del tiempo pagara la misma suma, pues ello comportaría no solamente un enriquecimiento sin causa del deudor, sino un empobrecimiento correlativo del administrado. En tanto que cuando lo que se ordena es el pago de salarios y prestaciones de quien sin haber prestado efectivamente sus servicios a la administración, logra la nulidad del acto y como consecuencia un restablecimiento del derecho en el que por decisión del juez surge la ficción de que el empleado no dejó de pertenecer al Estado y que todo el tiempo que permaneció separado de él debe tenerse como de servicio, la indexación resulta inequitativa pues no sólo se está ajustando una retribución de servicios no prestados, sino que se están indexando unos valores que no tuvieron devaluación.

No puede olvidarse que en los primeros casos se trata indiscutiblemente de sumas debidas desde cuando la administración contrariando la ley se abstuvo de pagarlas, mientras que en el último las sumas debidas sólo se hacen exigibles desde cuando el juez mediante sentencia ordena el pago. En el primero, es de justicia no permitir que los deudores morosos de obligaciones en dinero paguen con moneda desvalorizada enriqueciéndose así en forma inequitativa, no así en el segundo, en el que la ficción de la prestación del servicio y de su compensación monetaria surge la sentencia, por lo cual no hay desvalorización que deba reconocerse; en este último evento, la indexación enriquece sin causa al administrado con menoscabo de la justicia misma, pues no puede haber desvalorización de lo que no se debía.

Dolly Pedraza de Arenas.

PENSION DE JUBILACION - Requisitos/ **PENSION DE JUBILACION** - Liquidación / **PENSION COMPARTIDA** - Concurrencia de aportes para pensión / **FUNCIONARIOS DEL ISS** - Exceso en el límite de horario

El *status* de pensionado surge de las circunstancias de haber reunido el empleado dos requisitos esenciales señalados en la ley para tener derecho a gozar de una pensión de jubilación: el tiempo de servicio y la edad. Sumados los lapsos que laboró el accionante de diversas entidades públicas, exceden los 20 años de servicios requeridos, luego hay que concluir que cumplió con el tiempo de servicios; de igual manera en cuanto el requisito de la edad consta su cumplimiento. En consecuencia tiene el actor derecho a disfrutar de una pensión vitalicia de jubilación, que se hará efectiva a partir del día 19 de abril de 1985, fecha en que se retiró definitivamente del servicio. Como son tres las entidades públicas llamadas a concurrir con aportes al pago de la pensión de jubilación, cada una deberá responder por los períodos de tiempo de servicios. Si bien se ha establecido que el accionante laboró simultáneamente en el I.S.S. - Seccional Cundinamarca (8 horas) y en Caprecundi (4 horas), no es posible tomar la suma total de estos tiempos de servicio para efectos de prorratear la prestación, por cuanto incurrió el actor en la violación de la prohibición establecida por el Decreto 1651 de 1977 sobre normas de administración de personal del Instituto de Seguros Sociales. En el último año de servicio el accionante excedió el límite horario que les fijaba la ley a los servidores del ISS y como de esta situación ilegal no pueden derivarse derechos, la mesada pensional será liquidada con el valor del salario promedio correspondiente a ocho horas diarias, es decir, sumado el salario devengado en Caprecundi y el devengado en el ISS, pero sólo por cuatro horas diarias.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrattivo - Sección Segunda - Santafé de Bogotá D.C., abril diez (10) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 12105. Actor: Fabio Paz Gartner. Autoridades Departamentales Consulta Sentencia.

Procede la Sala a desatar el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia de mayo 19 de 1995 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, dentro del proceso promovido por *Fabio Paz Gartner* contra la Caja de Previsión Social de Cundinamarca.

ANTECEDENTES

1. El accionante, a través de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca declarar nulas las Resoluciones 2629 de julio 3 de 1986 y 2238 de agosto 22 de 1988, proferidas por la entidad demandada, en cuanto le niegan el reconocimiento de la pensión de jubilación. Como consecuencia de lo anterior, solicitó se ordene el reconocimiento, liquidación y pago de dicha pensión en cuantía de $146.484.59 a partir de la fecha de retiro definitivo del servicio, teniendo en cuenta los aumentos de la ley; la liquidación de la condena deberá ajustarse como lo establece el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo; el fallo se cumplirá en los términos de los artículos 176 y 177 del citado estatuto; y las sumas reconocidas devengarán intereses comerciales durante los seis meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de dicho término.

2. El *a quo*, en la sentencia objeto de la consulta, declaró la nulidad de los actos demandados en cuanto le niegan al actor la pensión de jubilación; ordenó a la entidad demandada reconocer, liquidar y pagar dicha pensión a partir del retiro definitivo del servicio del censor, actualizando los valores correspondientes de conformidad con el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo y la parte motiva del fallo.

Estimó el Tribunal demostrado que el accionante prestó servicios del Estado por más de 20 años y cumplió la edad de los 50 años. Así mismo que el ente demandado elaboró el proyecto de resolución ordenando el reconocimiento y pago de la pensión reclamada y lo sometió a consideración de las entidades que debían concurrir a su pago y que la Caja Nacional de Previsión Social lo objetó en cuanto al monto que se le asignó y el Instituto de Seguros Sociales alegó que el reconocimiento de la prestación debía suspenderse hasta tanto concluyera una investigación disciplinaria en contra del actor por cruce de horarios. Considera que la objeción de la Caja fue extemporánea y que la del Instituto era improcedente, porque la decisión de la administración no dependía de tal investigación. Dijo además que en el proceso no se demostró el aludido cruce de horarios ni incompatibilidad alguna respecto de las asignaciones devengadas por el censor. Concluyó en consecuencia que debía accederse a las pretensiones del libelo.

3. El Instituto de Seguros Sociales, que fue citado al proceso como parte demandada, sostuvo que por haber desempeñado el actor un cargo asistencial en dicha entidad le era aplicable el Decreto 1651 de 1977, el cual dispone que no se podrá desempeñar otro cargo remunerado del tesoro cuya jornada diaria sumada exceda de ocho horas, salvo a la actividad docente, y que el actor prestó un tiempo de servicios igual al que certificó la Caja Nacional de Previsión, por lo cual sobrepasó el límite de las ocho horas.

4. La Caja Nacional de Previsión Social, igualmente citada como parte demandada, solicitó la revocatoria del fallo consultado por cuanto se ha establecido que el demandante trabajó simultáneamente tanto en dicha entidad como en el Instituto de Seguros Sociales, por lo cual "deberán proporcionar estos tiempos de servicio de acuerdo con la intensidad horaria laborada en cada entidad y de esta forma sacar el tiempo que realmente le corresponde"; agrega que según sus cómputos debe dicha entidad asumir una cuota parte inferior a la establecida en el proyecto de resolución de Caprecundi.

5. La señora Procuradora Cuarta Delegada ante esta Corporación conceptuó que se ha demostrado en el plenario que el actor cumplió 50 años de edad antes de haber formulado su petición a la administración, y que además acreditó 20 años de servicio en diversas entidades. Que no debieron ser tenidas en cuenta las objeciones formuladas a la entidad demandada por la Caja Nacional de Previsión Social por haberlas presentado en forma extemporánea, ni tampoco las formuladas por el ISS Seccional Cundinamarca, por cuanto no es legal abstenerse de reconocer la pensión hasta tanto concluyera la investigación que la Procuraduría adelantaba contra el actor; pero que además, posteriormente el inculpado fue absuelto de los cargos que le fueron formulados. En consecuencia, estima procedente confirmar la sentencia consultada.

Surtido el trámite de ley y no observándose causal de nulidad procesal, se decide previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Procede la Sala a resolver sobre el fondo de la *litis* en orden a dilucidar sobre la legalidad de los actos acusados.

1. Consta en el plenario lo siguiente:

1.1. En enero 6 de 1985 el demandante formuló al Gerente de la Caja de Previsión Social de Cundinamarca solicitud de reconocimiento y pago de una pensión vitalicia de jubilación (folio 8, c. 3). La entidad elaboró un proyecto de resolución mediante el cual se le reconoce al peticionario la citada prestación en cuyo pago deberán concurrir la Caja Nacional de

Previsión Social y el Instituto de Seguros Sociales de Cundinamarca, por cuanto en dichas entidades también laboró el accionante; se ordenó que dicho proyecto fuera enviado o las mencionadas instituciones públicas para su aprobación u objeción (folio 10 y 11 del cuaderno principal).

El proyecto se envió a la Caja Nacional de Previsión, en donde fue radicado el 21 de febrero de 1985 (folio 18, c.2). El Jefe de Pensiones Nacionales de Cajanal expresó su no aceptación de la cuota parte asignada a esa entidad, por cuanto consideró que debía asumir una cuota inferior dado que el peticionario trabajó simultáneamente en el Instituto de Seguros Sociales (folio 29, c.2).

De igual manera, el proyecto de resolución antes referido fue enviado al Instituto de Seguros Sociales-Seccional Cundinamarca, entidad que dentro del término legal expresó que no aceptaba la cuota parte asignada "por cuanto la Procuraduría Primera Regional de Bogotá está adelantado investigación por cruce de horarios" entre Caprecundi y el ISS, y por lo tanto hasta no concluir con dicha investigación no es posible ningún reconocimiento (folios 17 y 18, c.3). El ISS-Seccional Cundinamarca solicitó posteriormente le fuera remitido nuevamente el proyecto en orden a liquidar la mesada pensional "únicamente con el valor de ocho hora", en aplicación del Decreto 1653 de 1977, que le es aplicable al actor por extensión según lo ordena el Acuerdo N° 48 de 1980 emanado de la Junta Administra-tiva del ISS (folio 28, c.3).

1.2. Mediante Resolución N° 2629 de julio 3 de 1986 el Gerente de la Caja de Previsión Social de Cundinamarca negó al accionante el reconocimiento de la pensión de jubilación; consideró que "en su oportunidad las dos entidades concurrentes no aceptaron la cuota parte que les correspondía aduciendo ambas para ello que el peticionario laboró simultáneamente tanto en el Instituto de Seguros Sociales como en la Caja Nacional" (folio 2 cuaderno principal). Mediante Resolución N° 2238 de agosto 22 de 1988 el citado funcionario se abstuvo de reponer el anterior acto (folio 3,y 4 cuaderno principal).

1.3. *Tiempo laborado por el accionante:*

En el expediente aparece comprobado que:

a) De abril 1° a julio 14 de 1959 el actor prestó sus servicios al Instituto de Seguros Sociales-Seccional de Cundinamarca en jornada ordinaria (folio 25, c.2);

b) Del 1° de agosto de 1961 al 28 de agosto de 1963 laboró medio tiempo en el Ministerio de Justicia y para efectos de la pensión de jubilación cotizó a la Caja Nacional de Previsión (folios 5, 27 y 29 c.2);

c) De agosto 4 de 1965 a noviembre 1° de 1966 laboró ocho horas diarias al servicio del ISS-Seccional Cundinamarca (folio 25, c.2);

d) Del 2 de noviembre de 1966 al 6 de junio de 1972 laboró simultáneamente en el Ministerio de Justicia (Cajanal) y en el ISS-Seccional Cundinamarca, en los siguientes períodos (folio 25 y 29 c.2);

De noviembre 2 de 1966 a agosto 15 de 1968 (tiempo completo en las dos entidades).

De agosto 16 de 1968 a mayo 31 de 1970 (tres horas en el ISS y tiempo completo en el Ministerio de Justicia).

De junio 1° de 1970 a junio 6 de 1972 (tiempo completo en las dos entidades).

e) De junio 7 de 1972 a julio 29 de 1980 laboró en el ISS con un horario de ocho horas diarias (folio 25, c.2);

f) Del 30 de julio de 1980 al 17 de abril de 1985 laboró simultáneamente en el ISS—Seccional Cundinamarca (ocho horas diarias) y en Caprecundi (cuatro horas diarias) (folios 21 y 25, c 2 y 8 c. ppal.);

g) El día 18 de abril de 1985 laboró al servicio de Caprecundi durante cuatro horas diarias (folio 8, cuaderno principal).

1.4. *Edad del censor:*

Consta igualmente en el plenario que el censor cumplió 50 años de edad el 19 de abril de 1994 (folio 23, c,2);

2. Como en forma reiterada lo ha sostenido esta Corporación el *statu*, de pensionado surge de la circunstancia de haber reunido el empleado dos requisitos esenciales señalados en la ley para tener derecho a gozar de una pensión de jubilación: el tiempo de servicio y la edad.

Según el artículo 17 literal b) de la Ley 6 de 1945, invocado como violado, los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de una pensión vitalicia de jubilación cuando lleguen a 50 años de edad y cumplan 20 años de servicio continuo o discontinuo. Las prestaciones sociales de esta ley fueron extendidas a los empleados y obreros de las entidades territoriales por el artículo 1° del Decreto 2767 de 1945.

En el caso *sub judice* encuentra la Sala que sumados los lapsos que laboró el accionante en diversas entidades públicas, exceden los 20 años

de servicios requeridos, luego hay que concluir que cumplió con el tiempo de servicios; de igual manera en cuanto al requisito de la edad consta su cumplimiento. En consecuencia, tiene el actor derecho a disfrutar de una pensión vitalicia de jubilación, que se hará efectiva a partir del día 19 de abril de 1985, fecha en que se retiró definitivamente del servicio.

Ahora bien, para la liquidación de los aportes con que cada una de las entidades públicas mencionadas debe concurrir para el pago de la pensión de jubilación, se debe dar aplicación a la Ley 33 de 1985, que prescribe lo siguiente:

> "***Artículo 2°.*** *La Caja de Previsión, obligada al pago de pensión de jubilación, tendrá derecho a repetir contra los organismos no afiliados a ellas o contra las respectivas cajas de previsión,* ***a prorrata del tiempo, que el pensionado hubiere servido o aportado a ellos***" (se subraya).

Como son tres las entidades públicas llamadas a concurrir con aportes al pago de la pensión de jubilación, cada una deberá responder por los siguientes períodos de tiempo de servicios:

a) De abril 1° a julio 14 de 1959: ISS-Seccional Cundinamarca;

b) De 1° de agosto de 1961 al 28 de agosto de 1963, Cajanal;

c) De agosto 4 de 1965 a noviembre 1° de 1966: ISS-Seccional Cundinamarca;

d) De 2 de noviembre de 1966 al 6 de junio de 1972: Cajanal conjuntamente con el ISS—Seccional Cundinamarca.

e) De junio 7 de 1972 a julio 29 de 1980: ISS-Seccional Cundinamarca;

f) Del 30 de julio de 1980 al 17 de abril de 1985: ISS-Seccional Cundinamarca y Caprecundi.

Respecto de este tiempo debe precisarse que si bien se ha establecido que el accionante laboró simultáneamente en el ISS-Seccional Cundinamarca (8 horas) y en Caprecundi (4 horas), no es posible tomar la suma total de estos tiempos de servicio para efectos de prorratear la prestación, por cuanto incurrió el actor en la violación de la prohibición establecida por el Decreto 1651 de 1977 sobre normas de administración de personal del Instituto de Seguros Sociales, que prescribe lo siguiente:

> "***Artículo 21. De los requisitos adicionales para ejercer cargos asistenciales.*** *Además del lleno de los requisitos a que se refiere el artículo anterior, quienes vayan a ejercer un cargo asistencial deberán reunir los siguientes:*

*a) No desempeñar otro cargo remunerado por el Tesoro cuya **jornada diaria sumada a la del que se aspira a ejercer, exceda de ocho horas**, salvo la actividad docente*" (se subraya).

Como bien lo sostiene el ISS las funciones que desarrollaba el actor en dicha entidad eran de tipo asistencial, pues al tenor del artículo 2° del citado decreto son cargos asistenciales "aquellos cuyas funciones están directamente relacionadas con la prestación de los servicios propios de atención integral de la salud y cuyos titulares deben ser profesionales de la medicina y de la odontología" y consta en el plenario que el censor prestó sus servicios en el cargo de Coordinador Hospitalario de la Clínica de la Paz (folio 25, c.2).

En consecuencia, por el citado período de tiempo tiene razón el ISS en su pretensión de responder solamente por cuatro (4) horas diarias de servicio, las cuales se sumarán al lapso de cuatro horas diarias a cargo de Caprecundi; esto en razón de que una situación ilegal no puede generar derechos; como en reiteradas oportunidades lo ha expresado esta Corporación.

g) El día 18 de abril de 1985, Caprecundi.

En cuanto al monto de la pensión de jubilación establece el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, que éste será "equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio".

Pero como ya se vio en el último año de servicio el accionante excedió el límite horario que les fijaba la ley a los servidores del ISS y como de esta situación ilegal no pueden derivarse derechos, la mesada pensional será liquidada con el valor del salario promedio correspondiente a ocho horas diarias, es decir, sumado el salario devengado en Caprecundi y el devengado en el ISS, pero sólo por cuatro horas diarias.

En conclusión, se impone confirmar la sentencia consultada pero adicionándola en orden a precisar cuál ha de ser el salario base para la liquidación de la prestación y los períodos de servicio por los que las entidades demandadas están llamadas a concurrir a su pago.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia de mayo diecinueve (19) de mil novecientos noventa y cinco (1995) proferida por el Tribunal Administrativo de

Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, dentro del proceso promovido por el doctor *Fabio Paz Gartner* contra la Caja de Previsión Social de Cundinamarca que accedió a las súplicas de la demanda.

La pensión que se ordena liquidar y pagar en favor del accionante será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, pero limitado al que corresponda a la jornada de ocho horas diarias (cuatro Caprecundi y cuatro en el ISS).

ORDENASE a las entidades públicas que han comparecido al proceso en calidad de demandas, concurrir al pago de la prestación a prorrata del tiempo que el actor sirvió o aportó a las mismas así:

Instituto de Seguros Sociales-Seccional Cundinamarca por los siguientes períodos: Abril 1° a julio 14 de 1959, agosto 4 de 1965 a noviembre 1° de 1966 y junio 7 de 1972 a julio 29 de 1980.

Caja Nacional de Previsión Social por el siguiente período: 1° de agosto de 1961 a 28 de agosto de 1963.

Instituto de Seguros Sociales-Seccional Cundinamarca y Caja Nacional de Previsión por el período noviembre 2 de 1966 a junio de 1972.

Instituto de Seguros Sociales-Seccional Cundinamarca y Caja de Previsión Social de Cundinamarca por el período julio 30 de 1980 a abril 17 de 1985.

Caja de Previsión Social de Cundinamarca por el día abril 18 de 1985.

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriada esta providencia. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del catorce (14) de marzo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, Carmenza Arana de Ramírez, Conjuez.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SILENCIO ADMINISTRATIVO RESPECTO DE LA PETICION PRINCIPAL - Término para demandar / **CADUCIDAD DE LA ACCION** - Configuración silencio administrativo / **VIGENCIA DE LA LEY** - Observancia

Si bien antes del Decreto 2304 de 1989 no existía término para ello, no cabe duda de que señalado el del silencio administrativo para la petición principal por este nuevo ordenamiento, era imperioso que el actor formulara por las vías pertinentes su demanda judicial dentro de los cuatro (4) meses siguientes. De suyo, nadie tiene derecho a que la ley no le señale término para el ejercicio de las acciones judiciales pertinentes. Por el contrario, es privilegio del legislador fijar los términos para el ejercicio de estás; es decir que es absolutamente lícito que frente a la carencia de término para una determinada acción, el legislador llene ese vacío fijándolo. Y de allí en adelante, los particulares tienen que ajustarse al mismo para reclamar judicialmente sus derechos. Otra cosa, como ya se planteó frente a eventos similares, es que un término procesal sea cambiado por otro, situación en la cual sí podría aducirse que el particular tiene derecho al que regía en el momento de instaurar su acción, si es más favorable. Mas no cuando frente a la inexistencia del término la nueva ley sí determina uno. En este supuesto, como es lógico, el término comienza a correr a partir de la promulgación de la ley correspondiente, y como para el caso en estudio el Decreto 2304 fue promulgado el 7 de octubre de 1989, es a partir de esa fecha cuando comenzaban a contar los cuatro (4) meses para el ejercicio de la acción. O sea que ese plazo se extendía hasta el 7 de febrero de 1990, y como el actor instauró su demanda posteriormente es claro que se produjo el fenómeno de la caducidad de la acción.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Santafé de Bogotá, D.C., once (11) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos A. Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 5796. Actor: Angel Augusto Zarta. Autoridades Municipales.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 21 de marzo de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima para inhibirse fallar la demanda promovida por *Angel Augusto Zarta*

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción del artículo 85 del C.C.A., *Angel Augusto Zarta* presentó demanda pidiendo se declarara que operó el fenómeno del silencio administrativo en relación con una petición de pensión de invalidez que le formuló al Municipio de Ibagué y a la Caja de Previsión Social Municipal del mismo, así como también la nulidad de esa negativa y la condena a pagarle dicha prestación con sus aumentos (folio 6). Los hechos de los cuales deriva sus peticiones consisten en que fue desvinculado de la administración municipal el 16 de octubre de 1987, que se le dictaminó limitación de audición en el oído derecho al parecer el 25 de junio de 1988 (folios 3 y 4 vto.); que solicitó el 7 de enero de 1989 a la entidad de previsión social el reconocimiento de su pensión de invalidez y no recibió respuesta oportuna.

Adujo la parte actora violación de la ley, negación de los derechos de audiencia y defensa, y desviación de poder, a través de la infracción del literal d) del artículo 27 del Acuerdo del 31 de diciembre de 1973, emanado del Concejo Municipal de Ibagué; los artículos 23 a 25 del D.L. 3135 de 1968; los artículos 60 a 67 del D.R.1848 de 1969, y las disposiciones reguladoras del derecho de petición, especialmente el artículo 40 del D.L 2304 de 1989.

La Alcaldía Municipal no respondió la demanda, pero sí lo hizo para oponerse la Caja, alegando en primer término que al actor se le dio respuesta adversa a su petición del 24 de octubre de 1987 sobre reconocimiento de pensión, el 5 de noviembre de 1987, por lo cual existe caducidad de la acción habida cuenta de que no se demandó dentro de los cuatro (4) meses siguientes; que en esta contestación se le expresaron las razones legales por las cuales carecía de derecho, pues no se trataba de una enfermedad profesional (folio 26); que en la historia clínica del interesado que reposa en la entidad no figura la anotación que aparece original en la fotocopia que se aportó con la demanda y en todo caso no fue autorizada por el Director Científico de la entidad, y que la petición del mes de enero de 1989 es un artimaña para evadir los efectos de la caducidad, pero de todas maneras la acción estaría caducada (folios 31-37).

Cumplida la etapa probatoria se recibieron los alegatos de las partes y el concepto adverso de la Fiscalía (folios 57-61).

La sentencia impugnada declaró la caducidad de la acción y se inhibió, por ello, de decidir la demanda, para lo cual contabilizó el término a partir del 5 de noviembre de 1987, fecha de la respuesta a la solicitud del 24 de octubre de ese año, que aportó la demandada y que al compararlo con el día de presentación de la demanda, el 3 de abril de 1990, conduce inexorablemente a concluir la caducidad del derecho de acción.

En la alzada, el actor insiste en que la acción contra el acto presunto negativo podía proponerse en cualquier tiempo y finaliza solicitando la revocación de la sentencia (folios 72-73).

Para la Fiscalía, la sentencia debe confirmarse por cuanto el plazo de caducidad venció, en este caso, el 4 de marzo de 1988 (folio79).

CONSIDERACIONES

1. De conformidad con el escrito del 24 de octubre de 1987 (folio 29) dirigido por el actor al Gerente de la Caja de Previsión Social Municipal de Ibagué, recibido por ésta el 26 siguiente, la solicitud consistía, en que "se sirva ordenar a quien corresponda me sea reconocido o indemnizado el valor del órgano ya nombrado, ya que entré a trabajar sin este problema que ahora tengo y que es de incalculable valor". La entidad le respondió el 5 de noviembre de 1987 (folio 30) diferenciando sus derechos al tratamiento médico asistencial por sesenta (60) días contados a partir de la dejación del cargo, y la presunta, indemnización porque "*la novedad «no es profesional»*".

De este documento se archivaron copias en la historia clínica, en secretaría general y en el archivo de la Entidad (folio 30).

2. Como se observa, la entidad le respondió al interesado de manera expresa y negativa en cuanto a las pretensiones indemnizatorias, y favorablemente respecto de la asistencia médica.

Así las cosas, la nueva petición que posteriormente elevó el actor, con idénticos propósitos, no tiene la virtualidad de revivir el término para el ejercicio de las acciones judiciales correspondientes.

Pero aun en el supuesto de que se aceptara en gracia de discusión que la reclamación del mes de enero de 1989 constituye un nuevo hecho, no resuelto previamente por la Administración Pública, se tiene que aunque con anterioridad a la expedición del Decreto 2304 de 1989 (octubre 7) era dable demandar en cualquier tiempo cuando se presentaba el silencio administrativo respecto de la petición principal, es lo cierto que a partir de la expedición de dicho estatuto, que estableció un término para configuración del silencio administrativo en frente de aquélla, la situación cambió,

pues ya no le era posible al interesado sustraerse al mismo y pretender que podía demandar en cualquier tiempo.

Ciertamente, como lo ha señalado mayoritariamente la Sala al rectificar el pronunciamiento hecho en sentencia del 31 de julio de 1995 (Expediente No. 9665; actor *Hollman Hernández García;* Consejero Ponente doctor *Diego Younes Moreno*), si bien antes del Decreto 2304 de 1989 no existía término para ello, no cabe duda de que señalado el del silencio administrativo para la petición principal por este nuevo ordenamiento, era imperioso que el actor formulara por las vías pertinentes su demanda judicial, dentro de los cuatro (4) meses siguientes. De suyo, nadie tiene derecho a que la ley no le señale término para el ejercicio de las acciones judiciales pertinentes. Por el contrario, es privilegio del legislador fijar los términos para el ejercicio de éstas; es decir, que es absolutamente lícito que frente a la carencia de término para una determinada acción, el legislador llene ese vacío fijándolo. Y de allí en adelante los particulares tienen que ajustarse al mismo para reclamar judicialmente sus derechos. Otra cosa, como ya se planteó frente a eventos similares, es que un término procesal sea cambiado por otro, situación en la cual sí podría aducirse que el particular tiene derecho al que regía en el momento de instaurar su acción, si es más favorable. Mas no cuando frente a la inexistencia de término la nueva ley sí determina uno. En este supuesto, como es lógico, el término comienza a correr a partir de la promulgación de la ley correspondiente, y como para el caso en estudio el Decreto 2304 fue promulgado el 7 de octubre de 1989, es a partir de esa fecha cuando comenzaban a contar los cuatro (4) meses para el ejercicio de la acción. O sea, que ese plazo se extendía hasta el 7 de febrero de 1990, y como el actor instauró su demanda posteriormente es claro que se produjo el fenómeno de la caducidad de su acción.

En ese orden de ideas, se impone la confirmación de lo resuelto por el *a quo.*

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

FALLA:

Confírmase la sentencia proferida el 21 de marzo de 1991 por el Tribunal Administrativo del Tolima, en el juicio de *Angel Augusto Zarta* contra el Municipio de Ibagué y la Caja de Previsión Social Municipal del mismo.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen, publíquese en los "Anales del Consejo de Estado".

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión del día once (11) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

Clara Forero de Castro, Presidente; *Joaquin Barreto Ruiz,* salva voto; *Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, María Eugenia Samper Rodríguez,* salva voto.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: Esta jurisprudencia rectifica la jurisprudencia contenida en la sentencia del 31 de julio de 1995, Expediente 9665, Ponente doctor *Diego Younes Moreno.*

ACCION CONTRA ACTOS PRESUNTOS - Inexistencia de caducidad / **RETROACTIVIDAD DE LA LEY** - Improcedencia / **SILENCIO ADMINISTRATIVO** - Término para demandar / **VACIO NORMATIVO** - Inexistencia (salvamento de voto)

Para determinar si es o no procedente aplicar un término de caducidad para el ejercicio de una acción como la aquí propuesta, es imperioso tener en cuenta si el hecho que dio origen a ella ocurrió con posterioridad a la vigencia de la norma que señala dicho término. De no ser así se le estaría dando a la norma efectos retroactivos, lo cual sólo sería procedente en el caso en que la misma ley así lo hubiera señalado. La posición mayoritaria de la Sección expresada en el caso presente, no sólo contraría las normas y principios según los cuales las disposiciones legales prohibitivas o limitativas de las actividades de las personas deben ser interpretadas con carácter restrictivo, sino que está limitando, por vía de interpretación, el derecho al acceso a la justicia garantizado legal y constitucionalmente. Es cierto, como lo dice la sentencia, que "nadie tiene derecho a que la ley no le señale término para el ejercicio de las acciones judiciales pertinentes". Empero, aquí no se trata de determinar si el actor le asistía o no tal derecho, si no si la acción fue instaurada en tiempo o no, lo cual sí ocurrió, pues el Decreto 2304 de 1989 expresamente dice que rige a partir de la fecha de su promulgación y no dijo en forma expresa que se aplicaría a hechos anteriores a su vigencia, como el que fue objeto de este proceso. El legislador no señaló un término de caducidad para el ejercicio de la acción contra actos presuntos, razón por la cual el actor podía ejercerla en cualquier tiempo.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Santafé de Bogotá D.C., trece (13) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia: Expediente No. 5796. Actor: Angel Augusto Zarta. Asuntos Municipales.

Con el mayor respeto por la decisión adoptada mayoritariamente por la Sección, me permito consignar las razones que tuve para apartarme de ella, teniendo en cuenta que la acción instaurada se originó en el silencio administrativo respecto a la solicitud formulada por el demandante:

1. Para determinar si es o no procedente aplicar un término de caducidad para el ejercicio de una acción como la aquí propuesta, es imperioso tener en cuenta si el hecho que dio origen a ella ocurrió con posterioridad a la vigencia de la norma que señala dicho término. De no ser así, se le estaría dando a la norma efectos retroactivos, lo cual sólo sería procedente en el caso en que la misma ley así lo hubiera señalado. El anterior criterio fue el de la Sección, (ver sentencia proferida el 31 de julio de 1995 con ponencia del doctor *Diego Younes Moreno* dentro del proceso 9665), como lo es también el de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, contenido en la sentencia del 1° de marzo de 1995, Expediente S-107, actores *Arcesio Silva Gasca* y otros, cuando dicha Corporación infirmó un fallo porque "en la sentencia recurrida la Sección Tercera decidió aplicar el término señalado en la nueva norma a un hecho acaecido con anterioridad a su vigencia".

2. La posición mayoritaria de la Sección expresada en el caso presente, no sólo contraría las normas y principios según los cuales las disposiciones legales prohibitivas o limitativas de las actividades de las personas deben ser interpretadas con carácter restrictivo, si no que está limitando, por vía de interpretación, el derecho al acceso a la justicia garantizando legal y constitucionalmente.

3. Es cierto, como lo dice la sentencia, que "nadie tiene derecho a que la ley no le señale término para el ejercicio de la acciones judiciales pertinentes". Empero, aquí no se trata de determinar si el actor le asistía o no tal derecho, sino si la acción fue instaurada en tiempo o no, lo cual sí ocurrió pues el Decreto 2304 de 1989 expresamente dice que rige a partir de la fecha de su promulgación y no dijo en forma expresa que se aplicaría a hechos anteriores a su vigencia, como el que fue objeto de este proceso.

4. No es acertada la opinión de la mayoría cuando dice "que es absolutamente lícito que frente a la carencia del término para una determinada acción el legislador llene este vacío fijándolo", pues no es que con anterioridad al Decreto 2304 existiera un vacío, ya que el legislador había regulado expresamente la situación al disponer en el artículo 136 del C.C.A., que "***la acción sobre los actos presuntos*** *que resuelvan un recurso* ***podrá interponerse en cualquier tiempo***" (destacado fuera de texto).

Por las anteriores razones brevemente expuestas, considero que el legislador no señaló un término de caducidad para el ejercicio de la acción

contra actos presuntos, razón por la cual el actor podía ejercerla en cualquier tiempo. En tal virtud se imponía revocar la sentencia del *a quo* y hacer un pronunciamiento de mérito.

Atentamente,

Joaquín Barreto Ruiz.

NOTA DE RELATORIA: Reiteración jurisprudencial de la sentencia del 1° de marzo de 1995, Sala Plena. Actores *Arcesio Silva Gasca* o/y otros. Expediente S-107.

FALLO INHIBITORIO - Improcedencia / **CADUCIDAD DE LA ACCION** - Inexistencia / **SILENCIO ADMINISTRATIVO** - Inexistencia de caducidad / **LEY PROCESAL** - Aplicación

La decisión mayoritaria estimo que la caducidad de la acción surtió su efecto, toda vez que la demanda contra el acto presunto relacionado con la petición que el actor formuló en el mes de enero de 1989, fue presentada transcurridos cuatro (4) meses contados a partir de la expedición del decreto 2304 de 1989, es decir, a partir del 7 de octubre de 1989. Sin embargo, considero que dicho fenómeno no ocurrió por lo siguiente: A la luz del artículo 136 del decreto 01 de 1984, inciso quinto, vigente para aquella fecha, "la acción sobre los actos presuntos que resuelvan un recurso podrá interponerse en cualquier tiempo". En consecuencia, debió darse aplicación la mencionada disposición, pues la modificación que sobre el particular introdujo el artículo 23 del decreto 2304, entró a regir con posterioridad, es decir, el 7 de octubre de 1989. El anterior planteamiento encuentra asidero en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, cuyo tenor literal expresa: Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que se deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a corre, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación. Por lo anterior, estimo que debió revocarse la providencia del tribunal en cuanto se declaró inhibido por la caducidad de la acción y en su lugar resolver sobre el fondo de las peticiones.

SALVAMENTO DE VOTO

Doctora *María Eugenia Samper.*

Referencia: Expediente No. 5796. Actor: Angel Augusto Zarta.

Son razones de disentimiento, las siguientes:

La decisión mayoritaria estimó que la caducidad de la acción surtió su efecto, todo vez que la demanda contra el acto presunto relacionado con la petición que el actor formuló en el mes de enero de 1989, fue presentada transcurridos cuatro (4) meses contados a partir de la expedición del Decreto 2304 de 1989, es decir, a partir del 7 de octubre de 1989.

Sin embargo, considero que dicho fenómeno no ocurrió por la siguiente:

A la luz del artículo 136 del decreto 01 de 1984, inciso quinto, vigente para aquella fecha, "la acción sobre los actos presuntos que resuelvan un recurso podrá interponerse en cualquier tiempo".

En consecuencia, debió darse aplicación a la mencionada disposición, pues la modificación que sobre el particular introdujo el artículo 23 del Decreto 2304, entró a regir con posterioridad, es decir, el 7 de octubre de 1989.

El anterior planteamiento encuentra asidero en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, cuyo tenor literal expresa:

> *"Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Por los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación".*

Por lo anterior, estimo que debió revocarse la providencia del Tribunal, en cuanto se declaró inhibido por caducidad de la acción y en su lugar resolver sobre el fondo de las peticiones.

Atentamente,

María Eugenia Samper R.

Santafé de Bogotá, D.C., abril 26, 1996.

SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO - Configuración / **CADUCIDAD DE LA ACCION** - Silencio administrativo negativo / **NORMA POSTERIOR** - Vigencia

Los tres entes oficiales dejaron transcurrir el término de los tres meses previstos en el C.C.A., artículo 40, y ninguno dio respuesta al actor; por lo tanto se configuró el denominado silencio administrativo negativo. El 7 de octubre de 1989 se expidió el Decreto 2304, que en su artículo 22 subrogó el C.C.A., artículo 135 y facultó en el segundo inciso para acudir en demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo contra actos particulares cuando ha operado el silencio negativo en relación con la petición principal; norma que es de inmediato cumplimiento y aplicación por su carácter procesal; por lo tanto, en el sub judice los cuatro (4) meses hábiles para incoar la acción transcurrieron de octubre 7 de 1989 a febrero 7 de 1990 (C.C.A., artículo 136, subrogado por el Decreto 2304 de 1989, artículo 23), y como la acción solamente se instauró el 16 de abril de 1990, su formulación fue extemporánea.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Santafé de Bogotá, D.C., once (11) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos A. Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 12670. Actor: Carlos Cano Aconcha. Autoridades Nacionales.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander el 3 de agosto de 1995, mediante la cual declaró probada la excepción de caducidad y en consecuencia se inhibió para fallar de mérito.

LA DEMANDA

En el libelo demandatorio (folios 2 a 17), eleva como pretensiones el demandante que se declare para los efectos legales, que se ha contestado

negativamente la petición elevada por el demandante el 11 de noviembre de 1988 al Director del Hospital San Juan de Dios de Cúcuta, al Director del Servicio Seccional de Salud del Departamento y al Gobernador del Departamento, por haber operado el silencio administrativo negativo; y que se declare nula la anterior decisión negativa ficta.

Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad, a título de restablecimiento del derecho, como pretensión principal se solicita que la Nación, Departamento de Norte de Santander y Hospital San Juan de Dios paguen en forma solidaria al demandante los valores exigibles e inso-lutos que les corresponden por trabajo en jornadas dominicales, nocturnas y en días feriados desarrolladas en el Hospital San Juan de Dios de Cúcuta. Como primera pretensión subsidiaria solicita que los reconocimientos sean a cargo del Departamento de Norte de Santander y como segunda pretensión subsidiaria de las dos anteriores que las pretensiones sean a cargo del Hospital San Juan de Dios de Cúcuta.

Como segunda pretensión principal solicita se ordene a las demandadas solidarias el pago de los mayores valores resultantes de primas, vacaciones, cesantías, reconocimientos, bonificaciones y demás emolumentos que correspondan al actor.

Como segunda pretensión subsidiaria se eleva el pago de mayores valores resultantes de primas, vacaciones, cesantías, reconocimientos, bonificaciones y demás emolumentos, que sean a cargo del Departamento de Norte de Santander y como última súplica subsidiaria que los anteriores pagos sean a cargo del Hospital San Juan de Dios de Cúcuta.

Finalmente aspira la parte demandante a que las condenas se profieran dentro de los términos y condiciones del C.C.A., artículos 176, 177, 178.

Como disposiciones violadas se invocan: C.N., artículos 2-17-10-20-30-182.

LA SENTENCIA

El *a quo* declaró probada la excepción de caducidad y en consecuencia se inhibió para fallar de mérito; fundamenta la decisión en que al haber hecho la petición de reconocimiento el 11 de noviembre de 1988 y sólo haber presentado la demanda de 16 de abril de 1990, este acto procesal fue extemporáneo y ya había calculado la acción.

MINISTERIO PUBLICO

El Agente del Ministerio Público no emitió concepto en el caso objeto de estudio.

EL RECURSO

El apoderado del demandante, que interpuso en tiempo recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, expresó que el Tribunal en su decisión mostró indiferencia en relación con los hechos demostrados y luego de cinco años optó por declarar probada la excepción de caducidad.

CONSIDERACIONES

Hechos el estudio de fondo y el análisis de la decisión de primera instancia, encuentra la Sala que en verdad en el asunto materia de estudio se encuentra probada la excepción de caducidad de la acción por lo siguiente:

El demandante por intermedio de apoderado elevó petición de reconocimiento y pago de los valores que correspondieran por trabajo nocturno, dominical y en días feriados como profesional de la medicina en el Hospital San Juan de Dios de Cúcuta, a partir del 1° de enero de 1973 hasta el 30 de diciembre de 1987; la reclamación fue recibida el 11 de noviembre de 1988 por la Gobernación del Departamento de Norte de Santander, Hospital San Juan de Dios de Cúcuta y de Servicio de Salud de Norte de Santander (folios 19 a 24).

Los tres entes oficiales dejaron transcurrir el término de los tres meses previstos en el C.C.A., artículo 40, y ninguno dio respuesta a *Carlos Cano Aconcha, y* por lo tanto se configuró el denominado silencio administrativo negativo.

Ahora bien, dados la naturaleza y rango de los tres entes demandados: Nación (Ministerio de Salud), Departamento de Norte de Santander y establecimiento público del orden municipal (Hospital San Juan de Dios de Cúcuta), conforme a lo dispuesto en el C.C.A., artículos 50-51, no había recurso de apelación y el de la reposición era facultativo.

El 7 de octubre de 1989 se expidió el Decreto 2304, que en su artículo 22 subrogó el C.C.A., artículo 135 y facultó en el segundo inciso para acudir en demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo contra actos particulares cuando ha operado el silencio negativo en relación con la petición principal; norma que es de inmediato cumplimiento y aplicación por su carácter procesal; por tanto en el *sub judice* los cuatro (4) meses hábiles para incoar la acción transcurrieron de octubre 7 de 1989 a febrero 7 de 1990 (C.C.A., artículo 136, subrogado por el Decreto 2304 de 1989, artículo 23), y como la acción solamente se instauró el 16 de abril de 1990, su formulación fue extemporánea.

Por lo anotado deberá declararse probada la excepción de caducidad oportunamente propuesta, máxime que el apelante no expresó inconformidad sobre este tópico al interponer el recurso, con lo cual tácitamente lo aceptó.

La Sala deja constancia, por mayoría, de que este enfoque rectifica el que se acogió en sentencia del 31 de julio de 1995 dentro del expediente No. 9665, actor *Hollman Hernández García*, con ponencia del Consejero doc-tor *Diego Younes Moreno*, porque allí se invocó el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, según el cual *"los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación."*. Sin embargo en el caso de autos no se está en presencia de un término que ya hubiese empezado a correr y que pudiera compararse o enfrentarse con otro posterior, como cuando un plazo de prescripción se acorta, sino, que antes bien, la situación es la de que frente a la inexistencia de un término expreso, la norma posterior consagra una figura nueva, que lo crea o establece. Y en este supuesto resulta elemental entender que el particular tiene que ajustarse a este término, pues no existe un derecho a la inexistencia del mismo. Esto es, que el legislador tiene la potestad de señalar un término o plazo para el ejercicio de una acción que antes carecía del mismo. De suyo, esto contribuye a la seguridad jurídica, pues no es razonable que las controversias jurídicas puedan plantearse eternamente en el tiempo; y por ello mismo es importante que la comunidad y la propia Administración Pública sepan a ciencia cierta cuándo es viable una determinada acción y cuándo no, por virtud del fenómeno de la caducidad o, eventualmente, de la prescripción.

Las razones consignadas llevan a la Sala a confirmar la decisión de primera instancia.

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

FALLA:

CONFIRMASE la providencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander el tres (3) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995), mediante la cual se declaró probada la excepción de caducidad y se inhibió para fallar de mérito en el juicio de *Carlos Cano Aconcha* contra la nación (ministerio de salud), Departamento de Norte de Santander y Hospital San Juan de Dios de Cúcuta.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase 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 once (11) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

Clara Forero de Castro, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz,* salva voto; *Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, María Eugenia Samper Rodríguez,* salva voto.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: Rectifica la jurisprudencia de julio 31 de 1995 contenida en el Expediente 9665. Actor: *Hollman Hernández García*; C.P. doctor *Diego Younes Moreno.* En el mismo sentido pueden consultarse los Expedientes 12659, 12661, 12663, 12664.

FALLO INHIBITORIO - Improcedencia / **CADUCIDAD DE LA ACCION** - Inexistencia / **SILENCIO ADMINISTRATIVO** - Inexistencia de caducidad / **LEY PROCESAL** - Aplicación

La mayoría orientó la decisión inhibitoria en consideración a que el interesado presentó la reclamación el 11 de noviembre de 1988, el término para incoar la acción transcurrió entre el 7 de febrero de 1990 e instauró la acción sólo hasta el 16 de abril de 1990, para cuya fecha ya la caducidad había surtido su efecto. Sin embargo, considero que dicho fenómeno no ocurrió por lo siguiente: las peticiones que originaron el acto presunto aquí demandado, fueron presentadas el 2 y 16 de febrero de 1989. A la luz del artículo 136 del Decreto 01 de 1984, inciso quinto, que era el vigente para aquella fecha, "la acción sobre los actos presuntos que resuelvan un recurso podrá interponerse cualquier tiempo". En consecuencia debió darse aplicación a la mencionada disposición, pues la modificación que sobre el particular introdujo el artículo 23 del Decreto 2304 entró a regir con posterioridad, es decir, el 7 de octubre de 1989. El anterior planteamiento encuentra asidero en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, cuyo tenor literal expresa: "Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regiran por la ley vigente al tiempo de su iniciación".

SALVAMENTO DE VOTO

Doctora *María Eugenia Samper.*

Referencia: Expediente No. 12670. Actor: Carlos Cano Anconcha.

Son razones de disentimiento las siguientes:

La mayoría orientó la decisión inhibitoria en consideración a que el interesado presentó la reclamación el 11 de noviembre de 1988, el término

para incoar la acción transcurrió entre el 7 de febrero de 1990, e instauró la acción sólo hasta el 16 de abril de 1990, para cuya fecha ya la caducidad había surtido su efecto.

Sin embargo, considero que dicho fenómeno no ocurrió por lo siguiente:

Las peticiones que originaron el acto presunto aquí demandado fueron presentadas el 2 y 16 de febrero de 1989.

A la luz del artículo 136 del Decreto 01 de 1984, inciso quinto, vigente para aquella fecha, "la acción sobre los actos presuntos que resuelvan un recurso podrá interponerse en cualquier tiempo".

En consecuencia, debió darse aplicación a la mencionada disposición, pues la modificación que sobre el particular introdujo al artículo 23 del Decreto 2304, entró a regir con posterioridad, es decir, el 7 de octubre de 1989.

El anterior planteamiento encuentra asidero en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, cuyo tenor literal expresa:

> *"Las leyes concernientes a la sustanciación y la ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación".*

Por lo anterior, estimo que debió revocarse la providencia del Tribunal, en cuanto se declaró inhibido por caducidad de la acción y en su lugar resolver sobre el fondo de las peticiones.

Atentamente,

María Eugenia Samper R.

Santafé de Bogotá, D.C., abril 25 de 1996.

ACCION CONTRA ACTOS PRESUNTOS - Inexistencia de caducidad / **RETROACTIVIDAD DE LA LEY** - Improcedencia / **SILENCIO ADMINISTRATIVO** - Término para demandar / **VACIO NORMATIVO** - Inexistencia

Para determinar si es o no procedente aplicar un término de caducidad para el ejercicio de una acción como la aquí propuesta, es imperioso tener en cuenta si el hecho que dio origen a ella ocurrió con posterioridad a la vigencia de la norma que señala dicho término. De no ser así, se le estaría dando a la norma efectos retroactivos, lo cual sólo sería procedente en el caso en que la misma ley así lo hubiera señalado. La posición mayoritaria de la Sección expresada en el caso presente, no sólo contraría las normas y principios según los cuales las disposiciones legales prohibitivas o limitativas de las actividades de las personas deben ser interpretadas con carácter restrictivo, sino que está limitando, por vía de interpretación, el derecho al acceso a la justicia garantizado legal y constitucionalmente. No es acertada la opinión de la mayoría cuando dice "que es absolutamente lícito que frente a la carencia del término para una determinada acción el legislador llene este vacío fijándolo", pues no es que con anterioridad al Decreto 2304 existiera un vacío, ya que el legislador había regulado expresamente la situación al disponer en el artículo 136 del C.C.A. que "la acción sobre los actos presuntos" que resuelvan un recurso "podrá interponerse en cualquier tiempo".

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Santafé de Bogotá, D.C., mayo trece (13) de mil novecientos noventa y seis (1996).

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia: Expediente No. 12670. Actor: Carlos Cano Aconcha. Autoridades Nacionales.

Con el mayor respeto por la decisión adoptada mayoritariamente por la Sección, me permito consignar las razones que tuve para apartarme de ella, teniendo en cuenta que la acción instaurada se originó en el silencio administrativo respecto a la solicitud formulada por el demandante:

1. Para determinar si es o no procedente aplicar un término de caducidad para el ejercicio de una acción como la aquí propuesta, es imperioso tener en cuenta si el hecho que dio origen a ella ocurrió con posterioridad a la vigencia de la norma que señala dicho término. De no ser así, se le estaría dando a la norma efectos retroactivos, lo cual sólo sería procedente en el caso en que la misma ley así lo hubiera señalado. El anterior criterio fue el de la Sección (ver sentencia proferida el 31 de julio de 1995 con ponencia del doctor *Diego Younes Moreno* dentro del proceso 9665), como lo es también el de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, contenido en la sentencia del 1° de marzo de 1995, Expediente S-107, actores *Arcesio Silva Gasca* y otros, cuando dicha corporación infirmó un fallo porque "en la sentencia recurrida la Sección Tercera decidió aplicar el término señalado en la nueva norma a un hecho acaecido con anterioridad a su vigencia".

2. La posición mayoritaria de la Sección expresada en el caso presente, no sólo contraría las normas y principios según los cuales las disposiciones legales prohibitivas o limitativas de las actividades de las personas deben ser interpretadas con carácter restrictivo, sino que está limitando, por vía de interpretación, el derecho al acceso a la justicia garantizado legal y constitucionalmente.

3. Es cierto, como lo dice la sentencia, que "nadie tiene derecho a que la ley no le señale término para el ejercicio de las acciones judiciales pertinentes". Empero, aquí no se trata de determinar si al actor le asistía o no tal derecho, sino si la acción fue instaurada en tiempo o no, lo cual sí ocurrió, pues el Decreto 2304 de 1989 expresamente dice que rige a partir de la fecha de promulgación y no dijo en forma expresa que se aplicaría a hechos anteriores a su vigencia, como el que fue objeto de este proceso.

4. No es acertada la opinión de la mayoría cuando dice "que es absolutamente lícito que frente a la carencia del término para una determinada acción el legislador llene este vacío fijándolo", pues no es que con anterioridad al Decreto 2304 existiera un vacío, ya que el legislador había regulado expresamente la situación al disponer en el artículo 136 del C.C.A., que "la acción sobre los actos presuntos" que resuelvan un recurso "podrá interponerse en cualquier tiempo". Luego no hay vacío que llenar.

Por las anteriores razones brevemente expuestas, considero que el legislador no señaló un término de caducidad para el ejercicio de la acción contra actos presuntos, razón por la cual el actor podía ejercerla en cualquier tiempo. En tal virtud se imponía revocar la sentencia del *a quo* y hacer un pronunciamiento de mérito.

Atentamente,

Joaquín Barreto Ruiz.

SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia / **DIPUTADO** - Régimen laboral / **SALARIO DE DIPUTADO** - Tope

Aunque no es el momento procesal para que esta Sala se pronuncie sobre su conformidad o no con dichos razonamientos, lo que sí demuestra su transcripción se que la problemática que encierran no permite, de primera vista, afirmar que exista una transgresión manifiesta como para que pueda accederse a la suspensión provisoria deprecada. Si el entendimiento correcto de las normas fuera el de que la asignación de los diputados no debe exceder de la de los congresistas, y al fijarse aquella en suma igual a la establecida para la Gobernadora del Departamento de Caldas, incluyendo todos los factores salariales y prestacionales, no se excede la "limitación" legal porque no se crea asignación o régimen prestacional alguno, sino que se iguala uno que ya existe, tampoco se darían los supuestos para la prosperidad de la medida en comento.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Santafé de Bogotá, D.C., abril once (11) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos A. Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 12727. Actor: Hernán Zuluaga Aristizabal. Apelación Interlocutorios.

Decide la Sala de plano el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la entidad demandada contra el auto del 10 de agosto de 1995, proferido por el Tribunal Administrativo de Caldas, por el cual decretó la suspensión provisional del artículo 2° de la Ordenanza No. 018 del 25 de agosto de 1992, expedido por la Asamblea Departamental de Caldas.

Considera el *a quo* que de acuerdo con lo previsto en el artículo 12 de la Ley 4° de 1992, "el régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales, atribuye la competencia para su determina-

ción al Gobierno Nacional, en tanto que prohibió a las corporaciones territoriales ocuparse de este aspecto".

Concluye que sí existe contradicción entre la norma acusada y la Ley 4ª de 1992 en mención, por lo cual decreta la suspensión provisional que se invoca (folio 16).

El recurrente sustenta su apelación en que el artículo 55 del Código de Régimen Departamental (Decreto Ley 1222 de 1986), fija la asignación diaria de los diputados a las Asambleas Departamentales, que no podrá exceder de la suma total que por razón de dietas y gastos de representación perciban diariamente los miembros del Congreso; de allí que los miembros de la asamblea tengan la facultad de establecer su asignación hasta un tope que no exceda lo recibido por los congresistas.

De otro lado, argumenta que la Ley 4ª de 1992 es aplicable a los empleados públicos, miembros del Congreso y de la Fuerza Pública, y no a los diputados que, si bien son servidores públicos, no caben dentro de esa clasificación.

Cita un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, con ponencia del doctor *Javier Henao Hidrón,* donde se dijo que "con las expresadas limitaciones, es función de las Asambleas Departamentales determinar la remuneración de los diputados" (folios 21-22).

SE CONSIDERA

El artículo 152 del C.C.A. (modificado por el Decreto 2303 de 1989) exige para la viabilidad de esta clase de suspensión, que haya manifiesta violación de una norma superior, que se pueda percibir a través de una sencilla comparación o del examen de las pruebas aportadas.

En el *sub judice* las disposiciones que se invocan como violadas son la Ley 4ª de 1992, artículos 10, 11 y 12; artículo 55 del Decreto 1222 de 1986 (Código de Régimen Departamental), y como estatuto transgresor la Ordenanza No. 018 del 25 de agosto de 1992, artículo 2° en su único parágrafo.

La Ley 4ª de 1992, artículos 10, 11 y 12, dispone lo siguiente:

"***Artículo 10.*** *Todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente ley o en los decretos que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos.*

Artículo 11. *El Gobierno Nacional, dentro de los diez (10) días siguientes a la sanción de la presente ley, en ejercicio de autorizaciones previstas*

en el artículo 4°, hará los aumentos respectivos con efectos a partir de 1° de enero de 1992.

***Artículo 12.** El régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales será fijado por el Gobierno Nacional con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la presente ley.*

En consecuencia no podrán las corporaciones públicas territorales arrogarse esa facultad.

***Parágrafo.** El Gobierno señalará el límite máximo salarial de estos servidores guardando equivalencia con cargos similares en el orden nacional".*

El artículo 55 del Decreto 1222 de 1986 preceptúa: "La asignación diaria de los diputados a las Asambleas Departamentales por dietas, viáticos, gastos de representación y cualquier otro concepto en conjunto o separadamente no podrá exceder de la suma total que por razón de dietas y gastos de representación perciban diariamente los miembros del Congre-so. Las anteriores asignaciones sólo se percibirán durante las sesiones ordinarias y extraordinarias de la Corporación, según el caso".

La Ordenanza No. 018 del 25 de agosto de 1992 dispuso en el acápite acusado esto:

*"**Parágrafo.** La asignación de los diputados, incluyendo todos los factores salariales y prestaciones legales, será igual (sic) para la Gobernadora del Departamento hasta tanto el Congreso Nacional reglamente los preceptos en materia de honorarios para los diputados, contemplado en el artículo 299 de la Constitución Nacional".*

El artículo 123 de la Constitución Política determina: que "son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios".

El artículo 299 *ibidem*, en su inciso tercero prescribe: "Los diputados no tendrán la calidad de funcionarios públicos", empero es claro que sí tienen la de "servidores públicos", además, la misma Carta señaló que tendrán derecho a honorarios con las limitaciones que establezca la ley.

En concepto rendido por la Sala de Consulta y Servicio y Civil de esta corporación el 14 de mayo de 1992, con ponencia del Consejero doctor *Javier Henao Hidrón*, se dijo en relación con este tema lo siguiente:

"En desarrollo del precepto constitucional (artículo 299 C.N.), la Ley 20 de 1977 artículo 1° (incorporado al artículo 55 del Decreto 1222 de 1986), dispuso lo preceptuado en esta norma, de manera que el régimen salarial previsto para los diputados fue asimilado por la ley al que rige para los miembros del Congreso de la República. Con las expresadas limitaciones, es función de las Asambleas Departamentales determinar la remuneración de los Diputados.

El Código de Régimen Departamental codificó las disposiciones legales vigentes y en sus artículos 56 a 58 prescribió, en síntesis:

a. Que los Congresistas y Diputados gozarán de las mismas prestaciones o indemnizaciones sociales consagradas para los servidores públicos en la Ley 6ª de 1945 y demás disposiciones que la adicionen o reformen...".

De la lectura del acto acusado es claro para la Sala, que les corresponde a las Asambleas Departamentales determinar la remuneración de los diputados, tal como se hizo a través de la ordenanza que se acusa, igualando dicha asignación a la percibida por la Gobernadora hasta tanto el Gobierno Nacional reglamente los preceptos en materia de honorarios.

Dicha ley aun no ha sido expedida. Esta circunstancia implica que el régimen de honorarios todavía no ha entrado a regir, y que por tanto el régimen salarial y prestacional previsto para los diputados conserva su vigencia. Una vez el Congreso expida la ley correspondiente, cesarán los efectos jurídicos del régimen salarial y prestacional" (concepto citado).

Ahora bien, aunque no es el momento procesal para que esta Sala se pronuncie sobre su conformidad o no con dichos razonamientos, lo que sí demuestra su transcripción es que la problemática que encierran no permite, de primera vista, afirmar que exista una transgresión manifiesta como para que pueda accederse a la suspensión provisoria deprecada.

En efecto, si el entendimiento correcto de las normas fuera el de que la asignación de los diputados no debe exceder de la de los Congresistas, y al fijarse aquella en suma igual a la establecida para la Gobernadora del Departamento de Caldas, incluyendo todos los factores salariales y prestacionales no se excede la "limitación" legal porque no se crea asignación o régimen prestacional alguno, sino que se iguala uno que ya existe, tampoco se darían los supuestos para la prosperidad de la medida en comento.

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda,

RESUELVE:

1. Revócase el auto del 10 (diez) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995), proferido por el Tribunal Administrativo de Caldas, por medio del cual decretó la suspensión provisional del artículo 2° de la Ordenanza 018 del 25 de agosto de 1992.

2. En su lugar, deniégase la suspensión provisional impetrada.

Notifíquese y cúmplase. Publíquese en los *Anales del Consejo de Estado.*

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la sala en su sesión del once (11) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

Clara Forero de Castro, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, María Eugenia Samper Rodríguez.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: Se hace mención al concepto del 19 de mayo de 1992. Consejero Ponente doctor *Javier Henao Hidrón.*

EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD - Improcedencia / **DERECHO DE HUELGA** - Concepto / **DERECHO DE HUELGA** - Requisistos / **SERVICIO PUBLICO ESENCIAL** - Servicio de energía / **SERVICIO DE ENERGIA ELECTRICA** - Amparo legal

En primer lugar precisa la Sala que para los efectos que persiguen los accionantes no tiene vocación de prosperidad la excepción de inconstitucionalidad de los artículos 430 y 450 del Código Sustantivo del Trabajo planteada, alegando contradicción manifiesta con el artículo 56 de la Constitución Política, pues se observa que en *sub lite* no se está frente a una huelga tal como se lo concibe en las leyes laborales, es decir, como la suspensión colectiva temporal del trabajo a la cual se ha llegado previo el agotamiento de las etapas previstas en el régimen laboral (artículos 431 y s.s. del C.S.T.). Por manera que al no darse la situación fáctica de una huelga, mal puede estimarse que con el acto acusado se conculcó el derecho de huelga que dicha preceptiva constitucional ampara e igualmente mal puede decirse sobre la aplicación preferente de ella, como se solicita en esta *lítis*. Y aun cuando al expedirse el acto acusado no había precepto que precisara que el servicio público de energía es esencial, hoy con la expedición de la Ley 142 de julio 11 de 1994 no hay duda de ello, porque el legislador dispuso en su artículo 4° que para los efectos de la correcta aplicación del inciso primero del artículo 56 de la Constitución Política, todos los servicios públicos de que trata dicha ley, dentro de los cuales está el servicio de energía, se consideran servicios públicos esenciales. En estas condiciones, como no existe un respaldo normativo que justifique el cese temporal e intempestivo de las actividades por parte de los trabajadores de la Electrificadora de Córdoba, carece de amparo legal y por lo tanto en virtud de lo dispuesto por el artículo 451 del C.S.T., el Ministerio del ramo podía declarar su ilegalidad.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda. - Santafé de Bogotá, D.C., once (11) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 8980. Actores: Argemiro Padilla Pérez y José Córdoba Galaraca, Resoluciones Ministeriales.

Los actores, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, solicitaron las siguientes declaraciones y condenas:

"1. Que es nula la Resolución No. 003545 de julio 29 de 1993, proferida por el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, por medio de la cual se resuelve declarar la ilegalidad del cese parcial de actividades realizado por trabajadores de la Electrificadora de Córdoba S.A., el día 28 de julio de 1993...',

2. Que con la anterior declaración se considera restablecido el derecho de los demandantes".

Relatan los accionantes que en el acta de constatación de cese de actividades el funcionario comisionado, para practicar la diligencia de inspección ocular, omitió verificar el nombre de los trabajadores y las secciones que estaban laborando, hechos que, en su sentir, impiden establecer responsabilidades y generan abusos en las sanciones aplicadas por el nominador.

Citan como disposiciones transgredidas los artículos 4°, 25, 29, 39, 53 y 56 de la Constitución Nacional, y 34, 35, 36 y 84 del Código Contencioso Administrativo. Alegan que con el acto acusado se desconoció el principio constitucional de la igualdad de oportunidades para los trabajadores; porque la imprecisión y omisión del acta de constatación de actividades, obstaculizaron el derecho de algunos funcionarios afectados con las sanciones, para probar su conducta frente a dicho cese; manifiestan que en forma indirecta se les dio un tratamiento discriminatorio. Solicitan además que se declare la excepción de inconstitucionalidad de los artículos 430 y 450 del Código Sustantivo del Trabajo, que fueron invocados como sustento del acto acusado, por contrariar el artículo 56 de la Constitución Nacional, ya que lo que dicha norma constitucional prohibe es la huelga en los servicios públicos esenciales y es discutible que el servicio de energía sea esencial, porque de otra manera no tendría explicación que el mismo Estado se haya arrogado el derecho de privar a la comunidad de dicho servicio.

Finalmente sostienen que el acto demandado fue expedido irregularmente, porque desconoció el trámite señalado en la Circular No. 019 de 1991 del Ministerio de Trabajo que dispone que el inspector de Trabajo al hacer la constatación del cese de actividades debe dejar constancia en el acta de los nombres de los empleados que se encuentran laborando y el nombre de los ausentes, hecho que no sucedió en el caso *sub lite*; que en razón de

que dicha acta de constatación es la única prueba que motiva la declaratoria de ilegalidad, estando ella viciada, también lo está el acto que sustenta.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Cuarta Delegada ante esta Corporación solicita se denieguen las súplicas de la demanda, considera que el acta de constatación del cese de actividades censurada por los actores, contiene los elementos necesarios para concluir que el paro existió y que parcial; que dicho documento, unido al que da cuenta el folio 7, da la certeza de los trabajadores que participaron en dicho cese, entre los cuales se encontraban los demandantes; que igualmente aparece certificación de que los actores pertenecen a la organización sindical.

Agrega la señora Procuradora que no puede estar llamada a prosperar la excepción de inconstitucionalidad formulada por los libelistas, ya que de la confrontación de los artículos 430 y 450 del C.S.T. con el artículo 56 de la Constitución Nacional no se puede colegir la violación directa ostensible del derecho subjetivo amparado por la Carta Política, toda vez que en dicha preceptiva constitucional no se señaló cuáles eran los servicios públicos esenciales, por haberse deferido su definición a la ley.

Expresa que hasta el momento no se puede afirmar si la actividad prestada por la electrificadora es un servicio esencial, por falta de definición al respecto, pero que no obstante, de conformidad con el concepto de servicio público de la O.I.T., los servicios de energía forman parte de un servicio público esencial por ser vital para la vida en comunidad; que como la actividad que desarrolla la empresa Electrificadora de Córdoba es la prestación de un servicio esencial, sus trabajadores no podían cesar en el ejercicio de sus funciones, por prohibición constitucional.

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 precisa la Sala que para los efectos que persiguen los accionantes no tiene vocación de prosperidad la excepción de inconstitucionalidad de los artículos 430 y 450 del Código Sustantivo del Trabajo planteada alegando contradicción manifiesta con el artículo 56 de la Constitución Política, pues se observa que en el *sub lite* no se está frente a una huelga tal como se concibe en las leyes laborales, es decir, como la suspensión colectiva temporal del trabajo a la cual se ha llegado previo el agotamiento de las etapas previstas en el régimen laboral (artículos 431 y s.s. del C.S.T.). Por manera que al no darse la situación fáctica de una huelga mal puede

estimarse que con el acto acusado se conculcó el derecho de la huelga que dicha preceptiva constitucional ampara e igualmente mal puede decidirse sobre la aplicación preferente de ella, como se solicita en esta *litis*.

De otra parte, los artículos 430 y 450 del Código Sustantivo del Trabajo fueron examinados por la Corte Constitucional por la vía de la acción de inconstitucionalidad y en sentencia C-473 de 23 de octubre de 1994 se concluyó que se ajustaban a la preceptiva del artículo 56 de la Constitución Política, en cuanto se refieren a los servicios públicos esenciales, toda vez que en ellos el constituyente no garantizó el derecho de huelga.

Y aun cuando al expedirse el acto acusado no había precepto que precisara que el servicio público de energía es esencial, hoy, con la expedición de la Ley 142 de julio 11 de 1994, no hay duda de ello, porque el legislador dispuso en su artículo 4° que para los efectos de la correcta aplicación del inciso primero del artículo 56 de la Constitución Política, todos los servicios públicos de que trata dicha ley, dentro de los cuales está el servicio de energía, se considerarán servicios públicos esenciales.

No entra la Sala a estudiar si antes de expedirse esta ley podía la administración mediante métodos de interpretación calificar si un servicio público era o no esencial, porque cualquier conclusión a que se llegare no sería útil para la definición de la *litis* que como ya se precisó se fundamenta en hechos ajenos a la noción de huelga, es decir, que dados tales hechos aun en empresas que no se pudieren calificar como de servicios públicos esenciales, el cese de actividades sería igualmente ilegal por no ser la culminación de un proceso fallido de negociación colectiva del trabajo.

Ahora bien, en cuanto al cargo de expedición irregular que le endilgan los demandantes al acto acusado, por no contener el acta de constatación del cese de actividades la relación de las personas que no se encontraban laborando, ha de decirse que la Sala comparte el argumento de la señora Procuradora, pues ciertamente los documentos de que da cuenta el plenario demuestran que el acta de verificación contiene los elementos necesarios para concluir que el paro existió y que fue parcial; además el documento que obra a folios 45 y 46 relaciona los trabajadores que participaron en el cese de actividades del día 28 de junio de 1993, y ostenta el visto bueno del funcionario que levantó el acta y el sello del Ministerio, como puede apreciarse de la comparación con la firma y sello que se encuentran en el documento del folio 44.

Se halla demostrado entonces, independiente de las razones que les condujeron a ello, que buen número de servidores de la institución suspendieron sus labores como lo indica el acta de constatación del cese de actividades (folio 5) lo cual es contrario a la ley, pues menoscaba la prestación adecuada y oportuna del servicio público encomendado a las empresas.

En estas condiciones como no existe un respaldo normativo que justifique el cese temporal e intempestivo de las actividades por parte de los trabajadores, fuerza concluir que el efectuado el 28 de julio de 1993 por 137 trabajadores de la Electrificadora de Córdoba carece de amparo legal y por lo tanto en virtud de lo dispuesto por el artículo 451 del C.S.T., el Ministerio del ramo podía declarar su ilegalidad.

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:

NIEGANSE las pretensiones de la demanda en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por *Argemiro Padilla Pérez* y *José Córdoba Galaraca* contra la Resolución No. 003545 de julio 29 de 1993, expedida por el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, que declaró la ilegalidad del cese de actividades realizada por algunos trabajadores de la Empresa Electrificadora de Córdoba.

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriada esta providencia archívese el expediente.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del catorce (14) de marzo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, Rafael Arturo Linares O., Conjuez

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

EMPRESA LICORERA DEPARTAMENTAL - Naturaleza jurídica / **FUNCIONARIO DE DIRECCION Y CONFIANZA** - Clasificación

Toda vez que en los acuerdos cuestionados se determinó expresamente que los cargos de Gerente, Secretaria del Gerente, Chofer de Gerencia, Secretario General, Secretaria de la Secretaría General, Chofer del Secretario General, Jefe de Producción, Jefe de Contabilidad, Director Técnico de Sistemas y Programación, el Cajero Técnico, el Técnico de Sistemas y Programación, el Cajero Pagador, Almacenista General, Asistente de Presupuesto y la Recepcionista tienen funciones de dirección o confianza y por lo tanto son empleados públicos, establecerá la Sala cuáles de estos cargos fueron legalmente clasificados así, teniendo en cuenta las características de las funciones que el manual aportado al *sub lite* les atribuye y lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto 3135 de 1968, conforme al cual las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales, salvo aquellas que de acuerdo con los estatutos por desempeñar actividades de dirección o confianza tienen el carácter de empleados públicos. En este orden de ideas dirá la Sala que todo empleo de la Administración Pública demanda para su ejercicio un determinado grado de confianza, independientemente de que sea o no desempeñado por un empleado público o por un trabajador oficial. Empero la confianza de que trata el artículo 5° del Decreto 3135 de 1968 es aquella que se requiere en los servidores que actúan en función no simplemente ejecutiva, sino de coordinación de políticas gubernamentales que ostentan facultades jerárquicas superiores a las del trabajador ordinario, o que por naturaleza de sus funciones deben guardar sigilo o reserva sobre la actividad de sus superiores. No comparte la Sala la conclusión a que llegó respecto de las funciones de los Conducto-res (Choferes) en el sentido de no catalogarlos como de confianza, porque indudablemente la confianza que se requiere en una persona encargada de transportar a un empleado de alta jerarquía como es el caso del Gerente y el Secretario General de la entidad, en principio no admite las características propias de una relación contractual,

razón por la cual quienes los ocupen deben tener la calidad de empleados públicos en aras de rodear la función del alto directivo de todas las garantías. Por ello, la sentencia recurrida deberá ser revocada parcialmente. Resta agregar que tanto la Recepcionista como el Asistente de Presupuesto desempeñan labores sujetas a las directrices trazadas por sus jefes inmediatos y no tienen ninguna autonomía, circunstancia que permite concluir que no pueden catalogarse como de confianza o manejo, y, por consiguiente, la sentencia objeto de la alzada amerita en este aspecto su confirmación.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Santafé de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos A. Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 10616. Actor: Carlos Eduardo Tobón Borrero. Autoridades Departamentales.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el proveído de fecha 19 de julio a 1994, dictado por el Tribunal Administrativo del Meta, mediante el cual declaró parcialmente nulo el Acuerdo No. 06 del 7 de octubre de 1992, expedido por la Junta Directiva de la Empresa Licorera del Meta, y el Decreto No. 1094 del 14 de octubre del mismo año, expedido por el Gobernador del Departamento del Meta, en lo relacionado con la clasificación como empleados públicos de los cargos de *chofer de gerencia, chofer del secretario general, asistente de presupuesto y recepcionista* de dicha entidad.

LA DEMANDA

Pretende la nulidad del Acuerdo No. 06 del 7 octubre de 1992, proferido por la Junta Directiva de la Empresa Licorera del Meta, que modificó el artículo 18 de los estatutos de la entidad, en el sentido de precisar qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos. Así mismo, la nulidad del Decreto No. 1094 del 14 de octubre de 1992, expedido por el Gobernador del Departamento del Meta, que aprobó el Acuerdo No. 06 de 1992, que reformó el artículo 18 de los Estatutos de la Empresa. Del mismo modo, la nulidad del Acuerdo No. 07 del 27 de octubre de 1992, proferido por la Junta Directiva de la Empresa Licorera del Meta, que modificó el artículo 2° del Acuerdo No. 06 del 7 de octubre de 1992. Como consecuencia de la declaración anterior se demanda la nulidad del Decreto 1132 del 30 de octubre de 1992, proferido por el Gobernador del Departamento, aprobatorio del Acuerdo No. 07 del 27 de octubre de 1992.

Como hechos que sirven de fundamento a las anteriores pretensiones se narran los siguientes:

La Empresa Licorera del Meta es una entidad descentralizada de carácter industrial y comercial del orden departamental, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, creada mediante Decretos Nos. 325 de mayo 23 de 1979, 387 de junio 28 de 1979 y 427 de julio 18 de 1979. Sus estatutos fueron adoptados mediante Acuerdo No. 04 de marzo 25 de 1982, expedido por la Junta Directiva.

El literal b) del artículo 16 de los referidos estatutos de la entidad faculta a la Junta Directiva para "reformar los estatutos de la Empresa Licorera del Meta por medio de acuerdos que serán aprobados por el señor Gobernador". En desarrollo de la anterior atribución, la Junta Directiva de la Empresa profirió el Acuerdo No. 06 del 7 de octubre de 1992, mediante el cual modificó los estatutos, en especial el artículo 18 y dispuso cuáles cargos deben ser desempeñados por empleados públicos.

Por Acuerdo No. 07 del 27 de octubre de 1992, la Junta Directiva de la Empresa Licorera del Meta reformó el artículo 2° del No. 06 de 7 de octubre de 1992, disponiendo que éste rige a partir de la fecha de su promulgación y que tendrá efectos fiscales a partir del 1° de enero de 1993.

NORMAS VIOLADAS

Con el acto acusado se estiman violadas las siguientes disposiciones: Artículo 5° del Decreto 3135 de 1968; artículo 233 del Decreto 1222 de 1986, por el cual se expidió el Código de Régimen Departamental.

LA SENTENCIA

El *a quo* le puso fin a la primera instancia mediante sentencia del 19 de julio de 1994 (folios 230-246), declarando parcialmente nulos el Acuerdo No. 06 de 7 de octubre de 1992 expedido por la Junta Directiva de la Empresa Licorera del Meta, y el Decreto No. 1094 del 14 octubre del mismo año, expedido por el Gobernador del Departamento del Meta, en lo relacionado con la clasificación como empleados públicos de los cargos de Chofer de Gerencia, Chofer del Secretario General, Asistente de Presupuesto y Recepcionista de la Empresa demandada.

Para ello, el Tribunal parte de la premisa legal de que las personas vinculadas a las empresas industriales y comerciales del departamento son trabajadores oficiales, y sólo tendrán la calidad de empleados públicos aquellos empleados oficiales que desarrollen actividades de dirección y confianza si los estatutos los invisten con esta categoría.

Entiende el *a quo* que no todos los empleados con actividades de dirección o confianza tienen la calidad de empleados públicos porque la noción de confianza tiene diferente grado de acentuación según la actividad de que se trate.

EL RECURSO

La parte actora interpuso en tiempo recurso de apelación argumentando que resulta contradictorio sostener que si al señalar los empleos hay certeza de las actividades que cada uno ellos cumple, en nada demerita la clasificación, y simultáneamente tener que recurrir al manual de funciones para saber si las actividades de los cargos contenidos en el acuerdo impugnado son de dirección o confianza; así es muy dudosa la clasificación, siendo indispensable auxiliarse de otros elementos, tal como lo hizo el Tribunal.

Por tal razón, no encuentra ajustado a la ley el fallo en cuanto reconoce jurídicamente válido que el acuerdo impugnado no precisa las actividades sino los cargos o puestos de manera genérica; por consiguiente considera que el fallo debe ser revocado para en su lugar declarar la nulidad del Acuerdo impugnado en los términos indicados en la demanda.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado procede la Sala a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Se trata de dilucidar en el caso *sub lite* la legalidad del acto complejo integrado por el Acuerdo No. 06 del 7 de octubre de 1992, proferido por la Junta Directiva de la Empresa Licorera del Meta, que modifico el artículo 18 de los estatutos de la entidad, y del Decreto No. 1094 del 14 de octubre de 1992, expedido por el Gobernador del Departamento del Meta, que lo aprobó. De igual manera, la nulidad del Acuerdo No.07 del 27 de octubre de 1992, proferido por la Junta Directiva de la Empresa, que modificó el artículo 2º del Acuerdo 06 del 7 de octubre de 1992; y el Decreto 1132 de 30 de octubre de 1992, que lo aprobó.

La Junta Directiva de la Empresa Licorera del Meta, en uso de sus atribuciones legales y de conformidad con el artículo 15, parágrafo, de los Estatutos (folio 83) expidió el Acuerdo 06 de 7 de octubre de 1992 por medio del cual se reformó el artículo 18 de los Estatutos en el siguiente sentido:

> *"**Artículo Primero**: El artículo 18 de los Estatutos de la Empresa Licorera del Meta quedará así: El Gerente, la Secretaria del Gerente, el Chofer de la Gerencia, el Secretario General, la Secretaria de la Secretaría*

General, el Chofer del Secretario General, el Jefe de Producción, el Jefe de Contabilidad, el Director Técnico, el Técnico de Sistemas y Programación, el Cajero Pagador, el Almacenista General, el Asistente de Presupuesto y la Recepcionista, desempeñan funciones de dirección o confianza y por lo tanto son empleados públicos sujetos al Régimen Legal correspondiente. Los demás trabajadores de la Empresa son trabajadores oficiales vinculados a ella mediante contrato escrito de trabajo.

Artículo Segundo: El presente acuerdo rige a partir de su aprobación".

Como ya se dijo, fue aprobado por el Decreto No. 1094 del 14 de octubre de 1992, expedido por el Gobernador del Departamento del Meta (folio 85).

Empero, mediante Acuerdo 07 de octubre 27 de 1992 (folio 88) la Junta Directiva de la Empresa Licorera del Meta reformó el artículo 2° del No. 06 de 7 de octubre del mismo año, así:

"El artículo 2° del Acuerdo 06 del 7 de octubre de 1992 quedará así: el presente Acuerdo rige a partir de su aprobación y tendrá efectos fiscales a partir de 1° de enero de 1993".

El Gobernador del Departamento lo aprobó el 30 de octubre de 1992, por Decreto 1132 (folio 87).

No está en discusión que la entidad departamental demandada es descentralizada, de carácter industrial y comercial, creada mediante de Decretos 325 de mayo 23 de 1979, 387 de junio 28 de 1979 y 427 de 18 de julio de 1979 (folio 110), que por regla general las personas vinculadas a ella tienen la categoría de trabajadores oficiales.

De igual manera, es sabido que el Decreto 1222 de 1986 contempla la aplicación analógica de las disposiciones del orden nacional, entre ellas el Decreto 3135 de 1968.

En el presente caso los actos acusados se cuestionan porque se estima que se desconocen lo preceptuado en el artículo 5° del Decreto 3135 de 1968, toda vez que en la reforma de los estatutos se hace una enumeración de cargos que tienen funciones de dirección o confianza, pero en modo alguno se indica, como lo exige la ley, las actividades de dirección o confianza que deben ser desempeñadas por funcionarios públicos.

La preceptiva jurídica aplicable a la materia —artículos 5° del Decreto 3135 de 1968—, señala que les compete a las juntas directivas de las empresas industriales y comerciales del Estado efectuar la clasificación del personal a su servicio. Según el artículo 26 del Decreto-ley 1050 de 1968,

corresponde a esos organismos adoptar los estatutos y cualquier reforma que a ellos se haga y someterlos a la aprobación del gobierno.

Esta misma norma determina que en las empresas industriales y comerciales del Estado, por regla general las personas que ellas prestan sus servicios tienen la categoría de trabajadores oficiales; pero en sus estatutos puede precisarse qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

Es necesario precisar que la clasificación hecha por las juntas de las entidades descentralizadas, puede ser controvertida jurídicamente como ocurre en *sub lite*, en la medida en que ella se realice por fuera de los parámetros legales indicados en el artículo 5° del Decreto-Ley 3135 de 1968; por ejemplo, si los empleos catalogados como públicos no cumplen actividades de dirección o confianza en realidad.

Toda vez que en los acuerdos cuestionados se determinó expresamente que los cargos de Gerente, Secretaria del Gerente, Chofer de Gerencia, Secretario General, Secretaria de la Secretaría General, Chófer del Secretario General, Jefe de Producción, Jefe de Contabilidad, Director Técnico, Técnico de Sistemas y Programación, Cajero Pagador, Almacenista General, Asistente de Presupuesto y Recepcionista tienen funciones de dirección o confianza y por lo tanto son empleos públicos, establecerá la Sala cuáles de estos cargos fueron legalmente clasificados así, teniendo en cuenta las características de las funciones que el manual aportado al *sub lite* les atribuye y lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto 3135 de 1968, conforme al cual las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales, salvo aquellas que de acuerdo con los estatutos por desempeñar actividades de dirección o confianza tienen el carácter de empleados públicos.

En este orden de ideas dirá la Sala que todo empleo de la Administración Pública demanda para su ejercicio un determinado grado de confianza, independientemente de que sea o no desempeñado por un empleado público o por un trabajador oficial.

Empero, la confianza de que trata el artículo 5° del Decreto 3135 de 1968 es aquella que se requiere en los servidores que actúan en función no simplemente ejecutiva, sino de coordinación de políticas gubernamentales que ostentan facultades jerárquicas superiores a las del trabajador ordinario, o que por naturaleza de sus funciones deben guardar sigilo o reserva sobre las actividades de sus superiores.

Se examinará, entonces, de acuerdo con el manual de funciones, cuáles de los cargos enunciados en el Acuerdo No. 06 reúnen esas características.

El cargo de Gerente (folio 8) no ofrece duda en cuanto a la importancia de las funciones y el grado de responsabilidad que implica, por lo que es apenas natural que sea un empleo de dirección o confianza.

Los cargos de Secretaria de Gerencia y Secretaria de la Secretaría General, cuyas funciones se encuentran determinadas a folios 30 y 33 del Manual de Funciones, respectivamente, dada la reserva estricta que deben guardar sobre los documentos relacionados con la dependencia donde laboran y el manejo de información confidencial, indudablemente suponen esa confianza.

La misma interpretación cabe para los cargos de Secretario General (fl. 9), Técnico de Sistemas y Programación (fl. 21) puesto que tienen el manejo de todo el sistema informativo de la entidad y dirigen el procesamiento de información importante; por ende es apenas normal que se constituyan como de manejo y confianza.

Sobre los cargos de Cajero Pagador, Almacenista General y Asistente de Presupuesto, comparte la Sala los argumentos esgrimidos por el *a quo* para concluir que dadas las funciones descritas en el respectivo Manual, le asiste razón a la Junta Directiva para catalogarlos como empleos Públicos.

En cambio, no comparte la Sala la conclusión a que llegó respecto de las funciones de los Conductores (Choferes) en el sentido de no catalogarlos como de confianza, porque indudablemente la confianza que se requiere en una persona encargada de transportar a un empleado de alta jerarquía, como es el caso del Gerente y el Secretario General de la entidad, en principio no admite las características propias de una relación contractual, razón por la cual quienes los ocupen deben tener la calidad de empleados públicos en aras de rodear la función de alto directivo de todas las garantías. Por ello, la sentencia recurrida deberá ser revocada parcialmente.

Resta agregar que tanto la Recepcionista como el Asistente de Presupuesto desempeñan labores sujetas a las directrices trazadas por sus jefes inmediatos y no tienen ninguna autonomía, circunstancia que permite concluir que no pueden catalogarse como de confianza o manejo, y por consiguiente, la sentencia objeto de la alzada amerita en este aspecto su confirmación.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, el diecinueve (19) de julio de mil novecientos noventa y cuatro

(1994), salvo en lo relacionado con los cargos de Chofer de Gerencia y del Secretario General que tienen la calidad de empleos públicos; y que por consiguiente, se revoca en dicho aspecto.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen. Publíquese en los *Anales del Consejo de Estado*.

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en su reunión del día veintidós (22) de febrero de mil novecientos noventa y seis (1996).

Clara Forero de Castro, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz*, Ausente; *Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, María Eugenia Samper R.*

Eneida Wadnipar Ramos. Secretaria.

DIRECTOR GENERAL DEL FONDO NACIONAL DEL AHORRO - Falcultad de contratación / **DESTITUCION DEL DIRECTOR GENERAL DEL FONDO NACIONAL DEL AHORRO** - Negligencia en la contratación

Si bien es cierto que la Junta Directiva de la entidad autorizó al Gerente para celebrar todos los actos o contratos que fueran necesarios y convenientes tanto con los constructores como con las corporaciones de ahorro y vivienda, con el Banco Central Hipotecario y demás entidades públicas, para garantizar la realización de los programas de construcción, este solo hecho no significa que el director no estuviera en la obligación de respetar las pautas de tales contratos, y en especial lograr las condiciones más beneficiarios para la entidad que representaba, estableciendo en cada uno de los contratos en que fue autorizado por la Junta Directiva la excepción de que trata el Decreto 1070 de 1983, lo que no hizo en la práctica, ya que en los casos en que el certificado era redimido antes del vencimiento no devengaba intereses sobre fracción de semestre. Ahora bien, la circunstancia de que la Superintendencia Bancaria hubiera autorizado colocar un otro sí en los textos de los contratos, no exime al actor de la obligación de velar por los intereses pecuniarios de la entidad, ni excluye la eventual responsabilidad del Superintendente Bancario por no ejercer el control y la vigilancia que por ley le estaba asignado. En ese orden de ideas, como se estableció a través del proceso que existió una conducta negligente por parte del actor y que ésta causó perjuicios a la entidad de la cual era responsable.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda-. Santafé de Bogotá, D.C., abril diecisiete (17) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos A. Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 10740. Actor: Saúl Duque Gómez, Autoridades Nacionales.

Decide la Sala la demanda presentada por el doctor *Saúl Duque Gómez,* a través de apoderado judicial, tendiente a obtener la nulidad de las provi-

dencias de la Procuraduría General de la Nación y el decreto del Gobierno Nacional, que lo destituyeron del cargo de Director General del Fondo Nacional de Ahorro.

LA DEMANDA

Pretende la nulidad de la resolución del 12 de junio de 1987, originaria del Procurador Delegado para la Contratación Administrativa, que sancionó con solicitud de destitución al actor *Saúl Duque* del cargo de Director General del Fondo Nacional de Ahorro, y la del 1° de octubre de 1987, expedida por el Procurador General de la Nación, que la confirmó en todas sus partes.

De igual modo, que se anule el Decreto No. 0254 del 5 de febrero de 1988, mediante el cual el Gobierno Nacional dio cumplimiento a la solicitud de destitución mencionada.

Y como consecuencia de las anteriores declaraciones, que se restablezca el derecho del actor, ordenando la anotación en la hoja de vida de la sentencia que culmine este proceso, declarando nulas las resoluciones sancionatorias y el decreto correspondiente.

Como hechos que sirven de sustento a las anteriores pretensiones se narran los siguientes:

Que la Procuraduría General de la Nación, por medio del Procurador Delegado para la Contratación Administrativa, mediante oficio 0225 de 17 de febrero de 1987 corrió traslado de cargos al actor porque en su condición de Director General del Fondo Nacional de Ahorro y como representante legal del mismo, en el lapso comprendido entre el 13 de abril de 1983 y el 31 de agosto de 1984, celebró contratos de promesa de constitución de depósitos a término en desarrollo de varios proyectos específicos habitacionales, que exigen por parte del Fondo la constitución de depósitos en las corporaciones de ahorro y vivienda y en el Banco Central Hipotecario.

Se le imputó al demandante que no hizo uso de la excepción consagrada en favor del Fondo Nacional de Ahorro en el parágrafo 1° artículo 2° del Decreto 1070 de 1983, ni concordó esa norma con el artículo 3° del mismo decreto para acomodar los nuevos contratos a la estipulación de los títulos en cualquier tiempo, con pago de intereses y corrección monetaria. Esta fue la causa para que la entidad dejara de recibir legal y justamente por concepto de intereses la suma de $44.869.084, discriminados en las diferentes corporaciones de ahorro y el Banco Central Hipotecario.

El actor descorrió el traslado con fecha 26 de marzo de 1987, señalando que el pliego de cargos se basaba en una equivocada interpretación del

Decreto 1070 del 13 de abril de 1983, y solicitó la práctica de algunas pruebas que fueron negadas por la Procuraduría mediante auto del 6 de mayo de 1987, por razones de improcedencia e inconducencia. Ese organismo, con fecha 12 de junio de 1987 y mediante resolución motivada decidió sancionar con solicitud de destitución al doctor *Duque* del cargo de Director General del Fondo Nacional de Ahorro.

Con la resolución de 1° de octubre de 1987 el Procurador General de la Nación resolvió el recurso de apelación interpuesto mediante escrito presentado el 26 de junio del mismo año, confirmando la resolución del 12 de junio de 1987. El 5 de febrero de 1988 el Gobierno Nacional expidió el Decreto No. 0254 de 1988, publicado en el *Diario Oficial*, por medio del cual dio cumplimiento a la providencia de la Procuraduría General de la Nación destituyendo al doctor *Saúl Duque*.

NORMAS VIOLADAS

Como disposiciones violadas se citan las siguientes:

Decreto 1070 de 1983, artículos 1°, 2° y 3°; Decreto 1059 de 1983; Código Civil, artículos 25 a 32; Constitución Nacional, artículo 26; Código de Procedimiento Penal, artículo 248; Decreto 2400 de 1968, artículo 6°; Decreto 1950 de 1973, artículo 132.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Procede la Sala a examinar las súplicas de la demanda, según los hechos probados en el proceso, a saber:

La Procuraduría General de la Nación sancionó al actor mediante proveído de 12 de junio de 1987 (folios 4-21) con base en los siguientes cargos:

a) El actor, en su condición de Director General del Fondo Nacional de Ahorro y como Representante Legal del mismo, en 1984 celebró contratos de Promesa de Constitución de Depósitos a Término, en desarrollo de los denominados "Proyectos Específicos Habitacionales, cuya implantación y operatividad exigían como presupuesto la constitución por parte del Fondo, de los mencionados depósitos en las Corporaciones de Ahorro y Vivienda y en el Banco Central Hipotecario, con Colpatria, Conavi, Las Villas, Granahorrar, Corpavi, Davivienda y el Banco Central Hipotecario".

En estas condiciones, el doctor *Duque* no hizo uso, según la Procuraduría, de la excepción consagra en favor del Fondo Nacional de Ahorro en el parágrafo primero, artículo 2° del decreto 1070 de 1983, que entró a regir el 13 de abril de 1983 y que a la letra dice:

"Los depósitos que efectúe el Fondo Nacional de Ahorro en el Banco Central Hipotecario y las corporaciones de ahorro y vivienda para la ejecución de los proyectos específicos a que se refiere el numeral 2° del artículo 1° del Decreto 1059 de 1983 y los créditos contemplados en este artículo, se regirán exclusivamente de acuerdo con los términos de los correspondientes contratos que, para el efecto, suscriben dichas entidades".

Además, el demandante no aplicó la excepción consagrada en favor del Fondo, ni concordó esa norma con el artículo 3° del mismo decreto para acomodar los nuevos contratos a la estipulación de los títulos en cualquier tiempo con pago de intereses y de corrección monetaria.

La regla general vigente sobre plazos e intereses en los certificados de ahorro de valor constante se encuentra en el artículo 8° del Decreto 1298 de 1980, que dice:

"Las corporaciones de ahorro y vivienda podrán convenir libremente con los depositantes la tasa de interés sobre el valor expresado en unidades de poder adquisitivo constante (UPAC) que reconocerán sobre los depósitos constituidos a partir del 1° de junio de 1980, bajo la modalidad de Certificados de Ahorro de Valor Constante, los cuales se continuarán expidiendo con plazos de seis (6) meses y doce (12) meses.

El certificado de ahorro de valor constante será expedido por sumas superiores a 100 UPAC y con plazo no inferior a seis (6) meses. Si no se cancelare a su vencimiento, se entenderá que el certificado queda automáticamente prorrogado por períodos sucesivos iguales al inicialmente pactado. Las corporaciones de ahorro y vivienda podrán redimir el certificado en cualquier momento, pero en tal caso no reconocerán intereses por fracciones de semestres".

Por lo anterior la única excepción a esta norma la estableció el legislador en favor del Fondo Nacional de Ahorro, con el fin de que éste, mediante la diligencia y prudencia del representante legal, estipulara para los depósitos los intereses, corrección monetaria y demás condiciones tales como la redención anticipada de los títulos de depósito a término, con pago de intereses y corrección monetaria proporcional hasta la fecha de la redención.

A lo anterior se agrega el hecho de haber redimido los títulos de depósitos antes del vencimiento del término, pero sin el tratamiento de excepción

para el Fondo, para recibir intereses y corrección monetaria proporcionales al tiempo que habían estado vigentes los certificados. Con esta conducta se dejó al Fondo Nacional en el plano general que tanto el banco como las corporaciones dan a los ahorradores comunes del sistema CDT, a quienes no reconocen intereses sobre fracciones de semestre.

Esta conducta, sumada a la determinación de redimir los títulos antes de su vencimiento, fue la causa para que dicha entidad dejara de percibir legal y justamente por concepto de intereses la suma de $44. 869.084.oo.

Como normas transgredidas con este proceder, además de las ya anotadas, se le citaron al doctor *Duque* el Decreto 2400 de 1968, artículo 6°; artículo 20 de la Constitución Nacional; artículo 132 del Decreto 1950 de 1973, todo lo cual conlleva una sanción de esa misma naturaleza, como lo contempla el artículo 14 de la Ley 25 de 1974.

El demandante, mediante escrito de 26 de marzo de 1987 descorrió el traslado dando respuesta al oficio de cargos (folio 191 cuaderno No. 3) aduciendo que se ha dado una errónea interpretación del Decreto 1070 de 13 de abril de 1983, porque el Fondo Nacional de Ahorro utilizó en forma cabal el parágrafo del decreto en mención para convenir con todas y cada una de las corporaciones de ahorro y vivienda una serie de negocios jurídicos en los cuales se lograban numerosos beneficios para sus afiliados, rebajas ostensibles de precio de las viviendas y, sobre todo, trasladar los riesgos de la financiación a las corporaciones.

En lo que tiene que ver con la redención de los títulos antes del vencimiento explica que no dependía de la voluntad del Director ni de ninguno de los funcionarios del Fondo Nacional, sino que coincidía exactamente con la entrega real y efectiva de la posesión material de la solución de vivienda por parte de cada uno de los afiliados, pues una vez terminada y entregada la vivienda, el constructor de la misma, acogiéndose al contrato de mandato gratuito entre la corporación de ahorro y vivienda y el Fondo Nacional, exigía de ella el pago del valor de la vivienda terminada o entregada, hecho que determinaba el registro de la correspondiente nota débito contra el saldo de los recursos que el Fondo manejaba para otorgar crédito a los afiliados y que poseía en la corporación.

Aclara además que las negociaciones de la colocación de los CDT por parte de la entidad se llevaron a cabo con la presencia simultánea de los diez (10) representantes legales de las entidades o sus delegados. De folios 40 a 60 del cuaderno No. 3 se observa el documento mediante el cual el Subdirector Financiero de Cartera envía a la Procuraduría Delegada para la Contratación Administrativa el listado de los certificados de Depósito a Término constituidos por el Fondo Nacional de Ahorro en las diferentes

corporaciones de ahorro y vivienda durante el período comprendido entre marzo de 1983 y 31 de agosto de 1984.

Con el fin de verificar qué dineros se habían colocado en las corporaciones de ahorro y vivienda y el Banco Central Hipotecario, y el pago de intereses recibido por esas colocaciones, se nombró una Contadora por parte de la Procuraduría para la Contratación Administrativa, que realizó esta labor (folios 69-79) haciendo un estudio de la regla general por la que se rige la constitución de certificados de depósito en cuanto a plazos e intereses, consagrada en el Decreto 1298 de 1980, artículo 8°, transcrito antes.

La funcionaria expresa que existe una excepción a esa regla general que se refiere a los depósitos que efectúa al Fondo Nacional de Ahorro para la ejecución de proyectos específicos, siendo a estos a los que se refiere la queja. Porque en tratándose del Fondo las condiciones económicas generales de los depósitos (intereses, plazos, etc) se acordaban por las partes y debían plasmarse en los respectivos contratos. Una vez realizado el cuadro de los certificados de depósito en cada una de las Corporaciones de Ahorro y Vivienda se llegó a la conclusión de que los intereses dejados de devengar por el Fondo durante el período comprendido entre marzo de 1983 y agosto 31 de 1984 fueron de $ 45.123.354.

Esa probanza no fue objetada ni tachada por la parte actora, razón por la cual tiene pleno valor, si se tiene en cuenta que el *a quo* fue insistente en pedir los diferentes contratos celebrados por el doctor *Duque G.* con las corporaciones de ahorro y vivienda y el Banco Central Hipotecario sin que se atendiera su solicitud; a más de lo anterior, la parte actora pidió el cierre del debate probatorio por considerar que no era necesario practicar más pruebas, y porque a folio 249 obra el oficio del 30 de mayo de 1983, del Superintendente Bancario, autorizando al doctor *Duque* efectuar las operaciones por las que fue objeto de sanción disciplinaria.

Si bien es cierto que la Junta Directiva de la entidad autorizó al Gerente para celebrar todos los actos o contratos que fueran necesarios y convenientes tanto con los constructores como con las corporaciones de ahorro y vivienda, con el Banco Central Hipotecario y demás entidades públicas, para garantizar la realización de los programas de construcción, este solo hecho no significa que el Director no estuviera en la obligación de respetar las pautas que tales contratos, y en especial lograr las condiciones más beneficiosas para la entidad que representaba, estableciendo en cada uno de los contratos en que fue autorizado por la Junta Directiva la excepción de que trata el Decreto 1070 de 1983; lo que no hizo en la práctica, ya que en los casos en que el certificado era redimido antes del vencimiento no devengaba intereses sobre fracción de semestre.

Ahora bien, la circunstancia de que la Superintendencia Bancaria hubiera autorizado colocar un otro sí en los textos de los contratos, no exime el actor de la obligación de velar por los intereses pecuniarios de la entidad, ni excluye la eventual responsabilidad del Superintendente Bancario por no ejercer el control y vigilancia que por ley le estaban asignados (folios 152 siguientes, cuaderno No. 3).

En ese orden de ideas, como se estableció a través del proceso que existió una conducta negligente por parte del actor y que ésta causó perjuicios a la entidad de la cual era responsable, es incuestionable que deben denegarse 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:

DENIEGANSE las pretensiones de la demanda formuladas por *Saúl Duque Gómez* contra las resoluciones del 12 de junio de 1987, expedida por el Procurador Delegado para la Contratación Administrativa, y del 1° de octubre de 1987, expedida por el Procurador General de la Nación, y el Decreto No. 0254 de febrero 5 de 1988, expedido por el Gobierno Nacional.

Cópiese, notifíquese, cúmplase, publíquese en los *Anales del Consejo de Estado.*

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión del día siete (7) de marzo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Clara Forero de Castro, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz,* ausente; *Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, María Eugenia Samper R.,* ausente.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CADUCIDAD DE LA ACCION - Improcedencia / **TRASLADO DEL CARGO DE DOCENTE** - Acto definitivo / **COMUNICACION DE TRASLADO DE CARGO** - Término de caducidad

Es errado el criterio expresado en la resolución, pues el acto que dispone un traslado no es de trámite ni preparatorio; es un acto definitivo que regula una situación administrativa del educador. Por tanto, no siendo improcedente el recurso, la caducidad debe contarse a partir de la comunicación de la última resolución y siendo ello así resulta que la demanda fue presentada en tiempo.

PERSONAL DOCENTE - Traslado del cargo / **ACTO DE TRASLADO** - Falsa motivación

El artículo 49 del C.C.A. consagra la improcedencia de los recursos por la vía gubernativa contra los actos administrativos de carácter general o de trámite y el 50 del mismo estatuto, la viabilidad de los mismos contra aquellos que ponen fin a una actuación administrativa. Mediante el Decreto 180 de 1982, la Presidencia de la República reglamentó lo concerniente a los traslados del personal docente contemplados en el artículo 61 del Decreto extraordinario 2277 de 1979, en virtud de la autorización de esta misma norma le concedió para fijar los criterios respecto a las necesidades del servicio. Para este caso de traslado por necesidades de servicio, el artículo 5° del Decreto 180 citado indicó cuándo se estaba frente a ellas y ordenó que se comunicará al educador la causal aplicable, para que expresara su concepto. De manera que es esta norma la que indica claramente que contra la decisión de traslado no proceden recursos por la vía gubernativa cuando previamente se ha oído la opinión del educador; pero si esto no ha sucedido, es obvio que debe aplicarse la norma general del C.C.A., que hace viable el agotamiento de la vía gubernativa. Explica la violación del artículo 61 del Decreto 2277 de 1979 diciendo que, según esta norma, el traslado que implique para el educador cambio de domicilio sólo procederá por solicitud personal,

por permuta libremente convenida o por manifiestas necesidades del servicio. Que evidentemente el traslado no se produjo a solicitud suya ni por permuta, sino alegando necesidades del servicio. Que siendo ello así, y habiéndose invocado el literal c) del artículo 5° del Decreto 180 de 1982, ha debido motivarse el acto indicado en qué consistía la desadaptación al sitio de trabajo, si ésta originaba deficiencia en el proceso educativo o un desajuste en la armonía que debe reinar entre el docente y los directivos del plantel, la comunidad escolar y la comunidad circunvecina. Estima la Sala que en verdad el acto carece de motivación; el señor ministro se limitó a mencionar unas normas que, según él, lo facultaban por hacer el traslado, pero no se especificó a qué obedecía esa medida en cada uno de los casos.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.

Magistrada Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 6846. Actor: Héctor Bueno González. Resoluciones Ministeriales.

Por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., el señor *Bueno González* solicitó al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca declarar la nulidad de las Resoluciones números 200 y 4318 del 17 de enero y 19 de abril de 1990, expedidas por el Ministro de Educación Nacional, en cuanto por la primera se dispuso su traslado del cargo de Coordinador de Disciplina del Colegio Nacional Académico de Cartago (Valle) a igual cargo en el Instituto Técnico Industrial de Santuario (Antioquia); y, por la segunda, se rechazó el recurso de reposición interpuesto contra aquélla.

Relata el libelista que se había vinculado al Colegio Nacional Académico de Cartago (Valle) desde hace más de 20 años; primero, como profesor de ciencias biológicas, y posteriormente como coordinador de disciplina; que el 16 de enero de 1990 recibió el oficio número 001105, calendado el 11 del mismo mes y año, originario de la División de Personal del Ministerio de Educación Nacional, en donde se le indicaba que en cumplimiento del literal c) del artículo 5° del Decreto 180 de 1982, sería trasladado al Instituto Técnico Industrial de Santuario (Antioquia), pero sin especificar las causas concretas por las que se le tipificaba como desadaptado y sin señalar que tal desadaptación originaba deficiencia en el proceso educativo o desajuste en la armonía entre el docente y los directivos en la comunidad escolar o en la comunidad circunvecina; que en comunicación fechada el 19 del mismo mes manifestó su no aceptación del traslado, pero que el ministerio antes de producirse tal pronunciamiento lo ordenó por medio de la resolución No. 200 del 17 de enero, expresando que se basaba en la norma del

artículo 5° del Decreto 180 de 1982 a que se ha hecho referencia, pero sin motivar la providencia y sin indicar las razones fácticas de esa determinación, que fue confirmada por la Resolución No. 4318 de 1982.

Finalmente acota que desde el 1° de febrero hasta el 19 de abril de 1990 se presentó ante el alcalde de la municipalidad manifestando su disponibilidad para desempeñarse como coordinador de disciplina del citado colegio.

DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION

Invoca como violados los artículos 16, 17, 20, 30 y 62 de la Constitución de 1886; 1°, 3°, 26 y 61 del Decreto 2277 de 1979, 5° y 7° del Decreto 180 de 1982 y 35, 49 y 50 del Código Contencioso Administrativo exponiendo a continuación el concepto sobre su infracción.

En sentencia fechada el 14 de febrero de 1992 el Tribunal del conocimiento declaró la inhibición para proferir fallo de mérito por caducidad de la acción (folios 84 a 89); impugnada esta decisión por la parte actora a través del recurso de apelación, no se dio trámite al recurso porque en su lugar se declaró nulo lo actuado en razón de que se trata de un proceso de restablecimiento del derecho que carece de cuantía, cuyo conocimiento compete en única instancia a esta Corporación (folios 103 y 104). Mediante providencia del 16 de octubre de 1992 se admitió la demanda y se ordenó la fijación del negocio en lista por el término de ley (folio 106).

Surtido el trámite se procede a decidir, previas estas.

CONSIDERACIONES

En primer término decidirá la Sala la excepción de caducidad propuesta por la apoderada del Ministerio de Educación Nacional, fundamentada en que cuando se incoó la acción, el término previsto en el artículo 136 del C.C.A. había fenecido, ya que éste debe contarse desde la fecha en que le fue comunicada al actor la resolución de traslado —26 de enero de 1990— y no desde aquella en que lo fue la número 4318 de ese año, por cuanto por esta providencia se rechazó por improcedente el recurso de reposición interpuesto contra la primera, y sabido es que un inciso improcedente no interrumpe el término de caducidad; de suerte que para el 22 de agosto de 1990, día en que se presentó la demanda, dicho término ya había vencido.

Por la Resolución No. 4318 de 13 de abril de 1990 (folios 5 y 6), el Ministerio de Educación Nacional efectivamente rechazó el recurso de apelación interpuesto por el señor *Bueno González* contra la No. 200 de ese año, por la cual se dispuso su traslado como coordinador de disciplina del Colegio Nacional Académico de Cartago (Valle) al Instituto Técnico Industrial de Santuario (Antioquia), en virtud de que conforme con lo preceptuado en

el artículo 49 del C.C.A., no hay recurso contra los actos de carácter general, los de trámite, preparatorios o de ejecución, excepto en los casos previstos en normas expresas, y que tal recurso sólo procede contra los actos que ponen término a una actuación administrativa, que no era el caso de la resolución impugnada, puesto que el acto de traslado carece de esa condición.

El artículo 49 del C.C.A. consagra la improcedencia de los recursos por la vía gubernativa contra los actos administrativos de carácter general o de trámite, y el 50 del mismo estatuto, la viabilidad de los mismos contra aquellos que ponen fin a una actuación administrativa.

Mediante el Decreto 180 de 1982, la Presidencia de la República reglamentó lo concerniente a los traslados del personal docente contemplados en el artículo 61 del Decreto extraordinario 2277 de 1979, en virtud de la autorización que esta misma norma le concedió para fijar los criterios respecto a las necesidades del servicio. Para este caso de traslado por necesidades del sevicio, el artículo 5° del Decreto 180 citado indicó cuándo se estaba frente a ellas y ordenó que se comunicara al educador la causal aplicable para que expresara su concepto.

Y luego, en el artículo 7° dispuso: "oída la opinión del educador la autoridad nominadora decidirá lo que corresponda y su determinación no estará sujeta a recurso alguno por la vía gubernativa".

De manera que es esta norma la que indica claramente que contra la decisión de traslado no proceden recursos por la vía gubernativa, cuando previamente se ha oído la opinión del educador; pero si esto no ha sucedido, es obvio que debe aplicarse la norma general del C.C.A, que hace viable el agotamiento de la vía gubernativa.

Es errado el criterio expresado en la Resolución No. 04318 de 19 de abril de 1990, pues el acto que dispone un traslado no es de trámite ni preparatorio; es un acto definitivo que regula una situación administrativa del educador. Por tanto, no siendo improcedente el recurso, la caducidad debe contarse a partir de la comunicación de la última resolución y siendo ello así resulta que la demanda fue representada en tiempo.

Procede entonces el estudio de fondo de la cuestión planteada. El actor pretende la nulidad del acto de traslado por considerarlo violatorio de los artículos 16, 17, 20, 30 y 62 de la Constitución Nacional; 1°, 3°, 26 y 61 del Decreto 2277 de 1979; 5° y 7° del Decreto Reglamentario 180 de 1992 y 35, 49 y 50 del Código Contencioso Administrativo.

Explica la violación del artículo 61 del Decreto 2277 de 1979 diciendo que según esta norma, el traslado que implique para el educador cambio de domicilio sólo procederá por solicitud personal, por permuta libremente

convenida o por manifiestas necesidades del servicio. Que evidentemente el traslado no se produjo a solicitud suya ni por permuta, sino alegando necesidades del servicio. Que siendo ello así, y habiéndose invocado el literal c) del artículo 5° del Decreto 180 de 1982, ha debido motivarse el acto indicando en qué consistía la desadaptación al sitio de trabajo, si ésta originaba deficiencia en el proceso educativo, o un desajuste en la armonía que debe de reinar entre el docente y los directivos del plantel, la comunidad escolar y la comunidad circunvecina.

En cuanto al artículo 7° del Decreto 180 de 1982 manifiesta que no se cumplió, porque si bien se le envió un oficio indicándole la causa del traslado, no fue oído como lo ordena la norma, pues éste fue recibido solamente el 16 de enero y como se le daban tres días para manifestarse, lo hizo el 19 de enero y el traslado se ordenó el día 17 de ese mismo mes.

Estima la Sala que en verdad el acto carece de motivación; el señor ministro se limitó a mencionar unas normas que según él lo facultaban para hacer el traslado, pero no se especificó a qué obedecía esa medida en cada uno de los casos.

Además, equivocadamente se dijo también que se hacía a solicitud de los interesados, cuando en el caso del actor está demostrado que abiertamente se opuso a ser trasladado.

Sin embargo, como la decisión se tomó antes de oírlo, esa equivocación repercutió en esta errada manifestación que quedó consignada en el acto.

Es claro entonces que para efectuar ese traslado no se cumplieron las formalidades previstas en los artículos 5°, 6° y 7° del Decreto 180 de 1982; la administración en ningún momento ha explicado por qué decidió ordenarlo antes de conocer la opinión del docente, como lo prevé el artículo 6°, ni se cuidó siquiera de verificar que éste hubiera recibido el mencionado oficio No. 001105 de 11 de enero de 1990, remitido desde Bogotá a Cartago, Valle, el cual obra en el expediente al folio 11 pero sin fecha de recibo.

Lo anterior indica quebranto de las disposiciones citadas en la demanda y, en consecuencia, habrá de accederse a las súplicas impetradas.

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:

1°. Declárese nulo el artículo 1° de la Resolución No. 00200 de 17 de enero de 1990, mediante el cual se trasladó al señor *Héctor Bueno González,*

identificado con la cédula de ciudadanía No. 6.348.888 de la Victoria, del cargo de Coordinar de Disciplina del Colegio Nacional Académico de Cartago, Valle, a igual cargo en el Instituto Técnico Industrial de Santuario, Antioquia.

2°. Declárase nula la Resolución No. 04318 de 19 de abril de 1990, mediante la cual se rechazó el recurso de reposición interpuesto por el señor *Héctor Bueno González* contra la Resolución No. 00200 de 17 de enero de 1990.

3°. Como consecuencia de la anterior nulidad y a manera de restablecimiento del derecho, la Nación-Ministerio de Educación Nacional ordenará la reubicación del señor *Héctor Bueno González* en el cargo de Coordinador de Disciplina del Colegio Nacional Académico de Cartago, Valle.

4°. La Nación-Ministerio de Educación Nacional dará cumplimiento al presente fallo dentro del término señalado en el artículo 176 del C.C.A.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y una vez ejecutoriada esta providencia archívese el expediente.

Está providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día dieciocho (18) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

Carlos A. Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz, ausente; *Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, María Eugenia Samper R.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

EMPLEADO DE CARRERA - Inexistencia / **INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION** - Anotación en la Hoja de vida / **EMPLEADO PUBLICO** - Embargo de salario / **CREDITO A EMPLEADO PUBLICO** - Autorización escrita del jefe

El demandante no estaba escalafonado aunque ocupaba un cargo de carrera administrativa; que no se escalofonó por hechos imputables al servidor mismo y no a la entidad; por tanto estaba clasificado como de libre nombramiento y remoción. El artículo 26 del Decreto-ley 2400 de 1968 y los posteriores, así como los reglamentos expedidos hasta el momento del acto acusado señalan que el nominador puede desvincular del servicio a quien no esté amparado por los derechos de la carrera administrativa, sin motivar expresamente el acto, no obstante "que deberá dejar constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida". La jurisprudencia de la Corporación ha precisado que la insubsistencia no es de suyo inmotivada porque resultaría ser un hecho incausado, y todos los hechos jurídicos lícitos están inspirados en un motivo legal, porque de lo contrario se convertirán en la vía para el ejercicio arbitrario de los poderes públicos otorgados al nominador; por consiguiente, estos deben aplicarse dentro de los límites constitucionales y legales específicos, y aunque no es menester expresar sus motivos en el acto, su conducta está condicionada a la finalidad legal de esa facultad, o sea a una discrecionalidad relativa puesta al buen suceso del servicio público. Es conveniente recalcar, de igual manera, que si bien el empleado tiene derecho a mantener dentro de un clima de reserva y sigilo sus problemas de orden doméstico, no lo es menos que la función pública que le ha sido encomendada comporta un deber ético de observar habitualmente una conducta que no comprometa la dignidad de la administración pública (artículo 8° Decreto-ley 2400 de 1968). Aunque la iniciativa privada es libre dentro de los límites del bien común, entre los deberes genéricos del empleado público (artículo 1° Decreto-ley 3074 de 1968) figura el que no puede comprometerse con organismos de crédito sin la autorización escrita

y previa del respectivo jefe o de su delegado. De otro lado en el contexto de las relaciones de la Superintendencia Bancaria y los entes a los cuales debe vigilar resulta particularmente sensible la exigencia del buen comportamiento económico de sus empleados en esencia más rigurosa que para otras entidades, por la misión administrativa que tal organismo cumple en beneficio del bien general; y aunque la sala no puede desconocer ni desestimar las dificultades que en este terreno puedan padecer los asalariados de cualquier orden, es obvio que los desbordamientos en este aspecto, frente a los entes vigilados, comprometen subjetiva y objetivamente el servicio. El proceso de endeudamiento del demandante, si bien autorizado como se observa en su hoja de vida, involucra, a las entidades vigiladas por el organismo nominador y como el crédito no fue atendido con el rigor contractual pactado, como que se hizo necesario el cobro coercitivo, no cabe duda de que ello afectaba la imagen del servicio público de vigilancia encomendado a esa Superintendencia. En ese orden de ideas, la remoción del actor no resultaba contraria al buen suceso público, ni supone la desviación de los fines que justifican la existencia de la facultad discrecional respecto del empleado que no pertenece al sistema de carrera.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos A. Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 5771. Actor: Rafael Quijano Vanegas. Autoridades Nacionales.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 8 de febrero de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la demanda de *Rafael Quijano Vanegas.*

ANTECEDENTES

1. ***La demanda.*** La demanda se dirigió contra la Resolución 4055 del 28 de junio de 1979 (folio 2) mediante la cual el Superintendente Bancario declaró la insubsistencia del nombramiento de *Rafael Quijano Vanegas* como Jefe de Sección de la Sección Bancos en la División de Bancos.

De primer momento la acusación se limitó a la circunstancia de haber procedido el nominador sin razones ni motivos concretos, ni inspirado por la finalidad del servicio público no obstante la amplia trayectoria del empleado, y porque no dejó anotaciones en la hoja de vida (artículo 26

D.L. 2400 de 1968), ni remitió informes al Departamento Administrativo del Servicio Civil (folio 5-1).

Sin embargo, al adicionarla introdujo estos otros elementos: respecto de los hechos expresó que había perdido oportunamente su inscripción en carrera administrativa y la Superintendencia omitió cumplir con sus obligaciones por lo cual estima hallarse amparado por los derechos de la carrera, entre ellos la estabilidad; y aduce que el Superintendente procedió a removerlo cuando llegó el oficio 5705 del 15 de junio de 1979 sin brindarle la oportunidad de la apertura de una investigación para ejercer su derecho de defensa. Y respecto de las pretensiones, incluyó la solicitud sobre reparación de los daños (folio 25-34).

2. ***La actuación.*** La entidad demandada fue notificada (folio 21) y pidió pruebas, de donde se desprende el propósito, que luego se hizo palmario, de centrar su defensa en el ejercicio de la facultad de libre remoción porque el servidor no pertenecía a la carrera administrativa.

A instancias del actor, se le pidió al Superintendente explicar las razones de su proceder y el 20 de octubre de 1981 expresó:

> *"...Le manifiesto que en virtud del artículo 107 del Decreto 1950 de 1973, que me confiere la facultad discrecional de nombrar y remover libremente a los empleados de la entidad, fue declarado insubsistente el nombramiento del señor Rafael Quijano Vanegas.*
>
> *Además, le informo a usted, que en el momento de ser declarado insubsistente el nombramiento del citado funcionario, se encontraba embargado su sueldo por el Juzgado... y en turno estaban para seguir el mismo trámite, órdenes de embargo impartidas por los siguientes juzgados.... (aquí ellos, nueve más).*
>
> *Con el anterior proceder el señor Rafael Quijano observó una conducta contraria a la condición de funcionario público, incumpliendo de esta forma lo dispuesto en el artículo 8° del Decreto 2400 de 1968, en concordancia con el artículo 132 numeral c) del Decreto 1950 de 1973"* (folios 98-99).

El Departamento Administrativo del Servicio Civil respondió que "por aplicación del artículo 14 del Decreto 432 de 1970, el actor, aunque había sido inscrito en período de prueba, no solicitó su escalafonamiento en la carrera" (folios 90-91), coincidente con su manifestación a la Secretaria de la entidad demandada del día 28 de agosto de 1974, cuando dijo que "en una ocasión, si mi memoria no me falla, solicité el ingreso al Servicio Civil, pero por no presentar los papeles a tiempo no me aceptaron. Agradecería

su intervención para poder ingresar a la Carrera Administrativa" (folio 127, Cuad. No.2).

En el período probatorio se recibieron los testimonios de *Hernando Noguera Vidales*, para quien el retiro del demandante obedeció a la política del Superintendente relacionada con el endeudamiento de los empleados, "sacar de la entidad a todos los funcionarios con problemas económicos... no tuve conocimiento específico de cuántos funcionarios fueron desvinculados pero estoy seguro que el señor *Quijano* no fue el único" (folio 132); de *Antonio Francisco Hernández Gamarra* (folios 176 y 204) que en la segunda oportunidad refirió cómo, cuando era el Subgerente de la Caja Agraria, únicamente remitió a la señora *Irma Acosta de Quijano* a la oficina de San Victorino de la misma entidad, para que dentro de los reglamentos institucionales le atendieran una petición de crédito y que en ella no intervino *Rafael Quijano*, "que yo recuerde" (folio 205); y la versión de *Alberto Alvarez Velásquez* (folio 196) sobre la calidad del servicio del demandante y de cómo una oportunidad vio sus calificaciones satisfactorias.

3. ***La sentencia.*** La proferida el 8 de febrero de 1991, cuya adición y complementación fueron denegada, el 15 de marzo siguiente, desestimó las observaciones de la Agencia Fiscal y denegó las peticiones de la demanda y declaró la inhibición respecto de las reparatorias.

El Ministerio Público había solicitado fallo inhibitorio por indebida acumulación de peticiones en cuanto a la pretensión indemnizatoria de los daños, y el Tribunal invocando la jurisprudencia decidió inhibirse respecto de las resarcitorias por falta de competencia.

Para negar lo pedido partió de la inexistencia del derecho de estabilidad porque el demandante en verdad no se hallaba inscrito en carrera así el destino que servía lo fuera; que la insubsistencia no es una sanción disciplinaria; y porque encontró que la causa expuesta por el Superintendente, las medidas cautelares sobre los ingresos del empleado y su familia, "no se estableció con ella fuerza probatoria necesaria que aquella declaratoria de insubsistencia del actor se hubiera efectuado por motivos diferentes al buen servicio público" (folio 260).

4. ***El recurso.*** En segunda instancia el actor recalca que si el motivo del acto es de aquellos que suponen conductas que son reprochables *prima facie*, esto es, que son faltas disciplinarias, la pregunta es si la administración puede escoger entre adelantar o no el respectivo proceso disciplinario, y la respuesta positiva la dio la sentencia del 10 de septiembre de 1985 de la Sala Plena en el expediente No. 11064. Actuar de modo diferente es un desvío del procedimiento, que desconoce la sentencia de la Sección Segunda en que se apoya la sentencia recurrida (folios 277-283).

En su intervención la Delegada del Ministerio Público solicita revocar la inhibición, porque las pretensiones no son excluyentes, según el artículo 85 del C.C.A., como lo podría solicitar en vigencia de la Ley 167 de 1941 y en la del Decreto 528 de 1964 en las de plena jurisdicción, cosa diferente es que no tengan vocación de prosperidad y deban negarse las condenas pedidas; y confirmar la sentencia en lo demás, pues cuando en casos como el presente no se formulan cargos concretos a un empleado entre los cuales está el de observar habitualmente una conducta que puede comprometer la dignidad de la administración pública, es deber de ésta retirarlo del servicio mediante la declaración de insubsistencia (folio 299).

CONSIDERACIONES

1. La redacción del artículo 67 de la Ley 1941 "podrá pedir que además de la anulación del acto se le restablezca en su derecho", que la jurisprudencia denominó "contencioso de plena jurisdicción" y que la ley posteriormente llamó "plana jurisdicción de carácter laboral" —(literal g) del artículo 30 del Decreto 528 de 1964; artículo 26 de la Ley 16 de 1986, entre otras)—, planteó la controversia sobre la posibilidad de pedir, junto con la anulación del acto acusado y las consecuencias salariales y prestacionales propias de ello, la reparación de los daños que eventualmente hubiera sufrido el demandante por virtud de la ilegalidad de aquél.

Por eso, para la época de presentación de la demanda, el texto del artículo 85 del C.C.A. señalaba que "si se demanda el restablecimiento de un derecho, deberán indicarse las prestaciones que se pretenden, ***ya se trate de indemnizaciones o de modificaciones o reforma del acto demandado*** o del hecho u operación administrativa que causa la demanda" (se destaca).

A su vez, la legalidad vigente en el momento de dictar la sentencia dispone en el artículo 85 del C.C.A., modificado por el artículo 15 del Decreto-ley 2304 de 1989, que "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 faculta a la parte para acumular pretensiones de restablecimiento del derecho y reparación de los daños originados por el acto cuestionado. (se destaca)

En todo caso, es evidente que si la pretensión no encaja dentro del ámbito de la acción que se incoa, esto no genera la ineptitud de la demanda, sino que incide en sus posibilidades de prosperidad.

2. Se demostró en autos que el demandante no estaba escalafonado aunque ocupaba un cargo de carrera administrativa; que no se escalofonó por hechos imputables el servidor mismo y no a la entidad; por tanto, estaba clasificado como de libre nombramiento y remoción.

El artículo 26 del Decreto-ley 2400 de 1968 y los posteriores, así como los reglamentos expedidos hasta el momento del acto acusado, señalan que el nominador puede desvincular del servicio a quien no esté amparado por los derechos de la carrera administrativa, sin motivar expresamente el acto, no obstante que "deberá dejar constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida".

La jurisprudencia de la Corporación ha precisado que la insubsistencia no es de suyo inmotivada porque resultaría ser un hecho incausado, y todo los hechos jurídicos lícitos están inspirados en un motivo legal, porque de lo contrario se convertirían en la vía para el ejercicio arbitrario de los poderes públicos otorgados al nominador; por consiguiente, éstos deben aplicarse dentro de límites constitucionales y legales, específicas y aunque no es menester expresar sus motivos en el acto, su conducta está condición da a la finalidad legal de esa facultad, o sea una discrecionalidad relativa puesta al buen suceso del servicio público.

Ahora bien, si la administración procede discrecionalmente y declara la insubsistencia y luego recoge o consigna los motivos de esa determinación en la hoja de vida del empleado, o inclusive los presenta racionalmente ante el juez, de modo que esta pueda determinar su validez y eficacia jurídicas, no se contraría el principio traído a colocación, pues de lo que se trata es de evitar la arbitrariedad mas no de atar a los entes oficiales por manera que no puedan buscar, válidamente, el mejoramiento del servicio público.

3. Para la época en que se instauró la demanda estaba en boga la tesis según la cual el poder discrecional no podía ejercerse cuando el hecho causal de la remoción constituyera falta disciplinaria; empero, posteriormente se atemperó este criterio porque se concluyó que normalmente son competencias distintas —la nominadora y la disciplinaria—, que normalmente se aplican separadamente y con independencia.

Así las cosas, no es dable aceptar el cargo que le atribuye al acto acusado una "desviación de procedimiento". En efecto, el nominador expuso en el decurso del proceso que su voluntad se orientó en dicho sentido por la circunstancia de que al actor se embargó su sueldo y fuera de ello, tenía otras nueve (9) órdenes judiciales en el mismo sentido. Es claro que el hecho no generaba, imperiosamente, la necesidad de adelantarle un proceso disciplinario al empleado; sin embargo, es ostensible que un funcionario afectado por esas situaciones no estaba en condiciones de cumplir a cabalidad con el propósito del buen servicio oficial.

Es conveniente recalcar, de igual manera, que si bien el empleado tiene derecho a mantener dentro de un clima de reserva y sigilo sus problemas de orden doméstico, no lo es menos que la función pública que le ha

sido encomendada comporta un deber ético de observar habitualmente una conducta que no comprometa la dignidad de la administración pública (artículo 8° Decreto-ley 2400 de 1968). Aunque la iniciativa privada es libre dentro de los límites del bien común, entre los deberes genéricos del empleado público, artículo 1° Decreto-ley 3074 de 1968 figura el de que no puede comprometerse con organismos de crédito sin la autorización escrita y previa del respectivo jefe o de su delegado.

De otro lado, en el contexto de las relaciones de la Superintendencia Bancaria y a los entes a los cuales debe vigilar resulta particularmente sensible la exigencia del buen comportamiento económico de sus empleados, en esencia más rigurosa que para otras entidades, por la misión administrativa que tal organismo cumple en beneficio del bien General; y aunque la Sala no puede desconocer ni desestimar las dificultades que en ese terreno pueden padecer los asalariados de cualquier orden, es obvio que los desbordamientos en ese aspecto, frente a los entes vigilados, comprometen subjetiva y objetivamente el servicio.

En el caso de autos el proceso de endeudamiento del demandante, si bien autorizado, como se observa en su hoja de vida, involucraba a las entidades vigilada por el organismo nominador y como el crédito no fue atendido con el rigor contractual pactado, como que se hizo necesario el cobro coercitivo, no cabe duda de que ello afectaba la imagen del servicio público de vigilancia encomendado a esa Superintendencia. En ese orden de ideas, la remoción del actor no resultaba contraria al buen suceso público, ni supone la desviación de los fines que justifican la existencia de la facultad discrecional respecto del empleado que no pertenece el sistema de carrera.

Por consiguiente, la nulidad deprecada no tiene vocación de prosperidad.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia del 8 de febrero de 1991, proferida en este asunto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en cuanto por el ordinal segundo (2°) de la parte resolutiva denegó las pretensiones de la demanda; y modificase en lo que hace con el ordinal primero (1°) que declaró la inhibición para resolver de fondo sobre los perjuicios morales, para en su lugar denegar también dicha pretensión.

Cópiese, notifíquese, cúmplase, 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 su reunión del dieciocho (18) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

Clara Forero de Castro, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz,* ausente; *Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, María E. Samper Rodríguez, Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

FUNCION NOTARIAL - Naturaleza / **ESTATUTO DE NOTARIADO** - Violación / **ESCRITURA PUBLICA** - Obligatoriedad de presentación / **NOTARIO** - Funciones / **DESTITUCION DE NOTARIO** - Procedencia

El Acto legislativo No. 1 de 1931 calificó la función notarial como un servicio público organizado y reglamentado por la ley; así lo recogía el artículo 188 de la Carta Política de 1886, vigente por la época de los actos cuestionados. El Decreto-ley 960 de 1970 y las disposiciones posteriores que lo modificaron integran el Estatuto del Notariado y regulan la función notarial, su ejercicio, la organización de los círculos correspondientes y lo atinente a la carrera notarial. La ley ha definido cuáles declaraciones de voluntad deben constar en instrumento público, también llamado escritura pública, como requisito *ad substantiam actus* y *ad probationem* "que contiene declaraciones en actos jurídicos, emitidos ante el notario, con los requisitos previstos en la ley y que se incorpora al protocolo", tales como los actos y contratos de disposición o gravamen de bienes inmuebles, por lo cual ha regulado su proceso de perfeccionamiento, que consta de las etapas de recepción, extensión, otorgamiento y autorización (artículo 13 D.L. 960 de 1970). El artículo 40 del estatuto notarial señala que "el notario autorizará el instrumento una vez cumplidos todos los requisitos formales del caso y presentados todos los comprobantes pertinentes suscribiéndolo con firma autógrafa en último lugar"; el artículo 23, *ibidem*, reza que "la escritura se distinguirá con el número de orden que le corresponda expresado en letras y cifras numerales. Se anotarán el municipio, departamento y república, el nombre y apellidos del notario o de quien haga sus veces y el círculo que delimita su función". Y finalmente se protocolizará, para atender el mandato del artículo 22 *ejusdem*. El notario aparece aseverando hechos que no sucedieron en esa fecha ni en su presencia, tales como la comparecencia, extensión y otorgamiento del instrumento y, por consiguiente, no debió autorizar el acto como a la postre lo hizo. Si bien el perfeccionamiento del instrumento comprende varias etapas, la fe pública que reside en el notario por mandato legal, para estos efectos se circunscribe al otorgamiento,

su fecha y las declaraciones que el funcionario hace en el documento, puesto que el valor de las declaraciones de los comparecientes se lleva por lo preceptuado en el artículo 258 del C. de P. Civil, y lo cierto es que bajo esa perspectiva la escritura pública no refleja la realidad histórica, con grave compromiso de la función pública ejercida por el demandante, quien omitió requisitos sustantivos ínsitos a su labor. No es de recibo, por tanto, la eximente alegada por el demandante con apoyo en que la muerte de la otorgante configura fuerza mayor y caso fortuito, porque para el 7 de julio 1983, momento en que se ubica su declaración como notario en cuanto al otorgamiento del acto y lo que consta en el documento, porque el hecho que se alega como irresistible no le ocurrió a él como deudor de la obligación de prudencia y cuidado que compete a los funcionarios, y precisamente, por descuido o confianza no atendió al deber de fidelidad pública respecto de los hechos y actos que supuestamente ocurrían en su presencia.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda -. Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 6788. Actor: Miguel Robledo Robledo. Autoridades Nacionales.

Se decide la apelación propuesta por la parte actora contra la sentencia del 5 de febrero de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas que denegó las peticiones de la demanda promovida por *Miguel Robledo Robledo.*

LA DEMANDA

Pretende la nulidad de las Resoluciones No. 0326 del 1° de febrero de 1985, mediante la cual la Superintendencia de Notariado y Registro impuso al actor la sanción de destitución del cargo como Notario Cuarto del Círculo de Manizales y No. 0930 del 13 de marzo de 1985, que confirmó la anterior al resolver el recurso de reposición contra la primera. Como consecuencia, se piden el restablecimiento al cargo y los reconocimientos económicos correspondientes.

El hecho por el cual se impuso la sanción disciplinaria ahora debatida, consistió fundamentalmente en que "dio fe que (sic) la señora *Blanca Estela Castrillón de Zuluaga* compareció ante usted el 7 de julio de 1983, a otorgar la escritura número 1431 de esa fecha, cuando la citada señora había falle-

cido el 18 de mayo del mismo año" (considerando primero de la Resolución 0326 de 1985, folio 1°).

Citó como violados, por interpretación equivocada, los artículos 198, 204, 22 y 40 del Decreto 960 de 1970, y por falta de aplicación, los artículos 6°, 13, 14, 24, 30, 35, 38, 43, 44 y 205 del mismo ordenamiento. Acusa error de hecho en la etapa gubernativa porque se estableció que la mencionada otorgante firmó la escritura antes del 18 de mayo de 1983, lo que no tuvo en cuenta la Superintendencia al imputarle falta grave en el desempeño de sus funciones. También "porque la Superintendencia confundió dos fechas: la de comparecencia ordenada en el artículo 24 del Decreto 960 de 1970, que debe ser anterior a la fecha de la autorización que es el acto de aprobación de la escritura por el Notario, mencionada en el artículo 40 del mismo Decreto". Que hubo violación de los derechos contemplados en el estatuto notarial al inscrito en la carrera respectiva, máxime cuando el deceso de la otorgante es un hecho de fuerza mayor por el actor (folios 53-64).

POSICION DE LA DEMANDADA

La demandada adujo que los actos administrativos impugnados fueron consecuencia de una conducta irregular y negligente del actor, y que el proceso disciplinario se cumplió de acuerdo con lo establecido en el Decreto—Ley 960 de 1970. La fe pública cuya guarda le compete en alto grado al notario le brinda un carácter especial a lo que esta clase de funcionarios haga o deje de hacer en el ejercicio de sus funciones, y en el presente caso el demandante dio fe pública de que la señora *Blanca Estella Castrillón de Zuluaga* había comparecido el 7 de julio de 1983, cuando ésta había fallecido desde el 18 de mayo del mismo año (folios 3—5 Cdno. No. 3)

LA SENTENCIA

El *a quo*, luego de recalcar la importancia de la función notarial, hace un análisis sobre las declaraciones de voluntad contenidas en la escritura pública No. 1431 del siete (7) de julio de 1983, cuya fotocopia autenticada aparece en el cuaderno No. 4 (folios 192-196), y la fotocopia autenticada del registro civil de defunción de ***Blanca Estella Castrillón de Zuluaga*** (folio 200 Cuad. N° 4), para concluir la comisión de la falta atribuida al actor.

LA SEGUNDA INSTANCIA

Al sustentar la apelación el demandante critica al fallo no haber tenido en cuenta el dictamen grafológico practicado sobre la escrituras números 149 del 3 de febrero de 1983 y 1431 del 7 de junio del mismo año, que concluye en su autenticidad. Ataca, así mismo, el error de apreciación en cuanto a la declaración de la representante legal de la acreedora hipotecaria,

porque le habría permitido establecer qué sucedió desde el momento en que la señora *Castrillón de Zuluaga* firmó la escritura hasta el momento en que la Corporación la devolvió firmada por la gerente y así la decisión hubiera sido otra. Afirma, también, que no era preciso que para la autorización del acto compareciera la otorgante.

Por su parte, la Superintendencia demandada califica como denodado el esfuerzo del demandante para demostrar que no incurrió en evidente y palmario desvió de la función notarial, habida cuenta que no podían haber sucedido en su presencia —el día 7 de julio de 1983— las declaraciones que se atribuyen el notario y a las partes, especialmente cuando la otorgante había fallecido desde el 18 de mayo anterior. Señala que esa conducta atenta contra la fe pública y el asunto no consiste en saber si la firma es auténtica o no, sino si el instrumento público fue otorgado e incorporado al protocolo como se indica en la ley; además, son evidentes la negligencia, imprudencia o impericia del notario para permitir la gestación del acto escriturario, que califica como nulo (folios 202-205).

El Ministerio Público no intervino, y como no se observa causal de nulidad procede desatar la alzada previas las siguientes

CONSIDERACIONES

El Acto Legislativo No. 1 de 1931 calificó la función notarial como un servicio público organizado y reglamentado por la ley; así la recogía el artículo 188 de la Carta Política de 1886, vigente por la época de los actos cuestionados. El Decreto-ley 960 de 1970 y las disposiciones posteriores que lo modificaron integran el Estatuto del Notariado y regulan la función notarial, su ejercicio, la organización de los círculos correspondientes y lo atinente a la carrera notarial.

La imputación disciplinaria consistió en que el demandante como notario **"dio fe que la señora *Blanca Estela Castrillón de Zuluaga* compareció ante usted el 7 de julio de 1983, a otorgar la escritura número 1431 de esa fecha, cuando la citada señora había fallecido el 18 de mayo del mismo año"** (considerando primero de la Resolución 0326 de 1985 folio 1°).

Ahora bien, como el Superintendente del ramo consideró que esa imputación no pudo ser desvirtuada, a través de providencia debidamente motivada le impuso la sanción de destitución.

La demanda se apoya en la acusación genérica de la violación de los derechos del notario escalafonado, y de modo particular en los errores de hecho y de derecho en que presuntamente incurrió la Superintendencia

de Notariado y Registro —cuya competencia no discute—, al estudiar la conducta del actor en lo que hace con la escritura 1431 del 7 de julio de 1983, y por desatender los resultados de pruebas practicadas en el transcurso del proceso disciplinario que culminó como se dejó dicho.

Tanto en el trámite disciplinario como en este juicio se demostró que ante el demandante, Notario 4° del Círculo de Manizales, comparecieron a solicitar servicios notariales la sociedad mercantil "Circuito Jozamé y Cía Ltda". representada por *Nayib A. Jozame Taleb*, y la señora *Blanca Estalla Castrillón de Zuluaga;* que convinieron en el negocio jurídico —compraventa con garantía hipotecaria—, vertido en el acto que se cifró como escritura No. 149 del 3 de febrero de 1983; igualmente que por esa misma época firmaron los documentos de otra escritura mediante el cual la compradora, *Castrillón de Zuluaga*, constituiría garantía hipotecaria en favor de la Corporación de Ahorro y Vivienda "Colmena", pero que este acto no culminó con la autorización del notario; así mismo, que la defunción de quien respondía al nombre de ***Blanca Estella Castrillón de Zuluaga*** ocurrió el 18 de mayo de 1983, y que el 7 de julio de 1983 se autorizó la escritura 1431 que recogió irregularmente esa declaración de voluntad para constituir el gravamen hipotecario mencionado.

La ley ha definido cuáles declaraciones de voluntad deben constar en instrumento público, también llamado escritura pública, como requisito *ad substantiam actus y ad probationem* "que contiene declaraciones en actos jurídicos, emitidos ante el notario, con los requisitos previstos en la ley y que se incorpora al protocolo", tales como los actos y contratos de disposición o gravamen de bienes inmuebles por lo cual ha regulado su proceso de perfeccionamiento, que consta de las etapas de recepción, extensión, otorgamiento y autorización (artículo 13, Decreto-ley 960 de 1970).

El artículo 40 del estatuto notarial señala que "el notario autorizará el instrumento una vez cumplidos todos los requisitos formales del caso y presentados los comprobantes pertinentes, suscribiéndolo con firma autógrafa en último lugar". El artículo 23, *ibidem*, reza que "la escritura se distinguirá con el número de orden que le corresponda expresado en letras y cifras numerales. Se anotarán el municipio, departamento y república, el nombre y los apellidos del notario o de quien haga sus veces y el círculo que delimita su función", y finalmente se protocolizará, para atender el mandato del artículo 22 *ejusdem*.

Situados en ese contexto legal, debe decirse que el tenor literal de la escritura pública número 1431 del 7 de julio de 1983, expresa que ese día concurrieron a la Notaría 4a. del Círculo de Manizales los otorgantes, una persona natural y una persona jurídica, a formalizar un contrato de hipoteca y que ese día se cumplieron cabalmente las formalidades para que el notario autori-

zara el acto con su firma puesta en último término, pasos previos para su protocolización. Dicha literalidad hace fe de su otorgamiento, fecha y de las declaraciones que hace el funcionario que autoriza (artículo 264, C.P.C), pero ocurre que ese día la persona natural no pudo haber concurrido ni expresado su voluntad u otorgado la escritura, pues había fallecido; esto es, que el notario aparece aseverando hechos que no sucedieron en esa fecha ni en su presencia, tales como la comparecencia, extensión y otorgamiento del instrumento, y por consiguiente, no debió autorizar el acto como a la postre lo hizo.

Si bien el perfeccionamiento del instrumento comprende varias etapas, la fe pública que reside en el notario por mandato legal, para estos efectos se circunscribe al otorgamiento, su fecha y las declaraciones que del funcionario hace en el documento, puesto que el valor de las declaraciones de los comparecientes se lleva por lo preceptuado en el artículo 258 del C. de P. Civil, y lo cierto es que bajo esa perspectiva la escritura pública no refleja la realidad histórica, con grave compromiso de la función pública ejercida por el demandante, quien omitió requisitos sustantivos ínsitos a su labor.

La circunstancia de que se haya probado la autenticidad de la firma atribuida a la compareciente *Castrillón de Zuluaga*, no desvirtúa el hecho disciplinario cuestionado, que se subsume en que ésta no podía comparecer el 7 de julio de 1983 a otorgar la escritura, pues si había fallecido con anterioridad a esa fecha no podía hacer tales declaraciones de voluntad, que son la esencia de dicho instrumento público.

No es de recibo, por tanto, la eximente alegada por el demandante con apoyo en que la muerte de la otorgante configura fuerza mayor y caso fortuito, porque para el 7 de julio de 1983, momento en que se ubica su declaración como notario en cuanto al otorgamiento del acto y lo que consta en el documento, porque el hecho que se alega como irresistible no le ocurrió a él como deudor de la obligación de prudencia y cuidado que compete a los funcionarios, y precisamente, por descuido o confianza no atendió al deber de fidelidad pública respecto de los hechos y actos que supuestamente ocurrían en su presencia.

Así pues, como no se demostraron los errores endilgados al *a quo* ni los yerros legales del agente disciplinario en el análisis de la conducta investigada y fuera de ello los restantes extremos no fueron discutidos, la sentencia apelada 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 y por autoridad de la ley,

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia del cinco (5) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992) proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, para denegar las peticiones de *Miguel Robledo Robledo* contra los actos de la Superintendencia de Notario y Registro que lo destituyeron como Notario 4° del Círculo de Manizales.

Cópiese, notifíquese, cúmplase, publíquese en los *Anales del Consejo de Estado* y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en su sesión del día dieciocho (18) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

Clara Forero de Castro, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz*, ausente; *Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, María E. Samper Rodríguez, Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CADUCIDAD DE LA ACCION - Improcedencia / **VIA GUBERNATIVA** - Agotamiento

No aparece demostrado que el demandante haya sido legalmente notificado de la decisión de la administración de no acceder a su petición, tomada en agosto 18 de 1992, sino que vino a tener conocimiento de la misma a raíz de la comunicación que la entidad profirió en septiembre 7 de 1992, pero como tampoco hay constancia que demuestre en qué fecha recibió dicha comunica-ción ha de estimarse que se enteró de ella el 28 de septiembre de 1992, día en que el actor formuló al mismo funcionario que le negó la solicitud, una segunda petición para que su caso fuera nuevamente estudiado. Esta segunda petición, si bien no contiene indicación expresa de que se trata de un recurso de reposición respecto de la decisión negativa, sí puede interpretar como tal y dio lugar a que la entidad produjese la decisión gubernativa definitiva, consignada en el Oficio No. SSS 4054 de octubre 15 de 1992. En este orden de ideas, estima la Sala que no se ha operado el fenómeno de caducidad de la acción, por cuanto la demanda fue presentada el 15 de febrero de 1993 dentro del término legal contado a partir del segundo acto impugnado.

SEGURIDAD SOCIAL - Cobertura / **SERVICIOS MEDICOS EN EL EXTERIOR** - Pago

En el orden constitucional y legal la vida es un bien jurídico fundamental, en cuyo reconocimiento, promoción y efectiva protección finca el Estado su legitimidad. La inviolabilidad del derecho a la vida constituye el presupuesto básico que hace posible la vigencia de los demás derechos el artículo 49 de la Carta prescribe que la atención de la salud constituye un servicio público a cargo del Estado y en este sentido se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. En algunos casos, como el que ocupa a la Sala, la seguridad social de los servidores públicos se presta a través de entidades como el Insti-

tuto de Seguros Sociales. Pero cuando se presentan situaciones que requieran la realización de procedimientos de atención a la salud que no se practiquen en el país, o cuando el riesgo suceda en el exterior y no haya el tiempo necesario para el traslado a Colombia, la Ley 20 de 1987 autoriza en su artículo 1° al Instituto de Seguros Sociales para que disponga que dichos servicios se hagan en una institución del exterior cuya eficiencia esté científicamente acreditada. Para ello se deben cumplir precisos requisitos que aparecen establecidos en los Decretos reglamentarios 1307 de 1988 y 237 de 1989. En el caso *sub judice* el actor demostró el cumplimiento de los requisitos consagrados en el artículo 2° del Decreto 1307 de 1988, que le daban derecho a ser remitido al exterior, como son : ser afiliado de la entidad, que no haya mora en el pago de los aportes obrero-patronales al instituto, haber cotizado un mínimo de 150 semanas para enfermedad general, y tener concepto favorable del Comité *ad hoc* de Remisiones al Exterior, conforme al procedimiento legal. Respecto al último requisito, aparece plenamente establecido que se cumplieron los diversos trámites administrativos señalados en el artículo 6° y siguientes del citado Decreto 1307 de 1988, cuyo punto culminante fue el concepto del Comité *ad hoc* de Remisiones del Exterior en donde sus integrantes expresaron encontrarse de acuerdo en que el accionante fuera enviado al exterior.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Santafé de Bogotá, D.C., abril dieciocho (18) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 9517. Actor: José María Larrañaga Echeverry. Autoridades Nacionales. Apelación Sentencia.

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de noviembre 12 de 1993 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sección segunda, en el proceso promovido por ***José Manuel Larrañaga Echeverry*** contra el Institutos de Seguros Sociales "I.S.S.".

ANTECEDENTES

1. El accionante, a través de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca declarar nulo el acto administrativo contenido en el Oficio SSS - No. 2444 de agosto 18 de 1992, suscrito por el Subdirector Nacional de Servicios de Salud del I.S.S., mediante el cual se le negó el reco-

nocimiento y pago de los gastos que sufragó por concepto del tratamiento de rescate con quimioterapia y transplante autólogo de médula ósea realizado en el exterior. De igual manera la nulidad del acto contenido en el Oficio SSS- No. 4054 de octubre 15 de 1992, emanado del mismo funcionario, por el cual se resolvió negativamente un recurso contra el primer acto.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó se ordene a la entidad demandada le reconozca y pague el total de las sumas de dinero que sufragó para viajar a Estados Unidos a la etapa final del tratamiento, incluido el transplante autólogo de médula ósea en el "U.A.B. Hospital" de la Universidad de Alabama, ciudad de Birmingham; se ordene que sobre las sumas anteriores se le reconozcan los ajustes de valor de conformidad con los índices de precios al consumidor o al por mayor, según el artículo 178 del C.C.A., y que el fallo se cumpla en el término prescrito por el artículo 176 *ibidem*, en caso contrario que pague intereses comerciales, como lo prevé el artículo 177 del mismo estatuto.

2. El tribunal en la sentencia objeto de apelación guardó silencio sobre la nulidad impetrada, declaró no probada la excepción de inexistencia de la obligación de reembolso propuesta por la parte demandada; reconoció al actor el derecho que tenía de ser remitido al "U.A.B. Hospital de Birmingham, Alabama, U.S.A.," condenó *in genere* al ente demandado al pago de las sumas que se determinen en el trámite incidental de liquidación, según solicitud del actor dentro de los 60 días siguientes a la ejecutoria del fallo; ordenó que la condena se cumplirá en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A., y declaró la caducidad del acto administrativo contenido en el oficio No. 2444 de agosto 18 de 1992.

Consideró el *a quo* respecto al Oficio No. 2444 de agosto 18 de 1992, que "no será apreciado al resolver sobre la pretensión anterior de la demanda; en primer lugar por tratarse de una comunicación interna no dirigida al demandante; lo segundo por encontrarse caducado el acto para el momento de presentarse la demanda". Dijo que "tampoco se tendrá en cuenta el no agotamiento de la vía gubernativa por parte del actor", "en razón de que el Instituto, en el oficio por medio del cual le negó el reconocimiento de los valores sufragados, en ningún momento le hizo saber qué clase de recursos cabían contra el susodicho acto, tal como lo ordena el artículo 47 del C.C.A.".

Estimó el *a quo* que el demandante padeció la enfermedad de "Hodgkin", ante lo cual era necesario el transplante de médula ósea "autólogo" en un centro altamente especializado del exterior. Como el actor se encontraba afiliado a la entidad demandada, ésta se encontraba obligada a prestarle en forma oportuna la atención médica que requería, pero ante la imposibilidad de hacerlo directamente por no practicarse el procedimiento indicado

en el país, debió autorizar su remisión inmediata al exterior, por cuanto se daban las condiciones previstas en el Decreto 1307 de 1988. Pero como la entidad no resolvió con prontitud la solicitud de remisión médica, deberá reconocer y pagar los gastos médicos, hospitalarios y de transporte que sufragó el actor por dicho tratamiento.

La condena se hizo *in genere* por cuanto la documentación y facturas no se encuentran traducidas al castellano, y se ordenó que el monto se determinara mediante incidente.

3. La entidad demandada expresa su inconformidad por la anterior sentencia con las siguientes alegaciones:

3.1. *Caducidad de la acción*:

Mediante Oficio SSS 622 de marzo 16 de 1992 la entidad instruyó al accionante sobre los requisitos a seguir en relación a su tratamiento médico; sin embargo, acudiendo a las vías de hecho, viajó a los Estados Unidos en abril de 1992. Luego, mediante comunicación SSS 1822 de junio 15 del mismo año, se le informó que por falta de requisitos legales no era procedente la autorización de remisión al exterior. En este mismo sentido, mediante Oficio SSS 2444 de agosto 18 de 1992 (acto demandado), se le negó el reconocimiento de los gastos médicos efectuados por el actor, porque no reunía los requisitos del artículo 2° del Decreto 1307 de 1988.

Transcurrido más de un mes de la anterior negativa el accionante solicitó nuevamente el estudio de su caso, cuando ya habían precluido los términos para el agotamiento de la vía gubernativa. En consecuencia, su solicitud constituyó en realidad una petición de revocatoria directa, por cuanto de acuerdo con el artículo 72 del C.C.A., no es posible revivir términos ya precluidos. Así las cosas el censor tenía oportunidad para accionar válidamente contra el citado Oficio SSS 2444 hasta diciembre 18 de 1992, pero se comprueba que la demanda fue instaurada posteriormente, con lo que se produjo la caducidad de la acción. De allí que el Tribunal haya declarado la caducidad del acto administrativo contenido en el oficio antes mencionado.

Falta a la verdad la afirmación del libelo de que la comunicación SSS 4054 de octubre 15 de 1992 (segundo acto demandado) resolvió los recursos propuestos por el accionante contra el primer acto demandado, debido precisamente a que ya habían precluido los términos para impugnarlo como antes se anotó.

Además, pese a la equivocación del *a quo*, la comunicación SSS 2444 acto administrativo y así lo estima el accionante, el cual reúne todos los

elementos para ser considerado como tal. En conclusión, se ha producido en el presente negocio caducidad de la acción.

3.2. *Facultad reglada de la administración*:

Tanto la administración como el actor estaban obligados a llenar todos los requisitos legales respecto a la cuestión debatida, pero al haber acudido el accionante a las vías de hecho, cerró la posibilidad del reconocimiento de los dineros invertidos.

El Tribunal en su fallo interpretó con largueza las peticiones de la demanda, por cuanto se edificó con base en una simbiosis de nulidad y restablecimiento del derecho, acción de reparación directa y acción de tutela, y además dejó vivos los actos acusados, porque no hubo ningún pronunciamiento en su parte resolutiva sobre su nulidad. En cambio, respecto de la excepción formulada por la entidad demandada de inexistencia de la obligación de reembolso, dijo que no constituye una verdadera defensa.

3.3 *Presunción de legalidad de los actos administrativos*:

Ninguno de los eventos previstos por la ley para declarar la nulidad de un acto administrativo se presentó ni existe ninguna prueba que la sustente. Además, en el libelo no se expresó cuales fueron las normas que se consideran violadas.

4. En su escrito de alegatos la parte demandante sostiene que el Tribunal en el fallo apelado no apreció el Oficio 2444 demandado por cuanto consideró que se trataba de una comunicación interna y que además estaba caducada. Que de lo anterior se desprende que dicho acto no fue considerado válido para agotar la vía gubernativa, por ser precisamente un acto no dirigido al accionante; pero que si se estimara que fue el primer acto que negó al accionante el derecho reclamado no se notificó legalmente como lo dispone el artículo 47 del C.C.A. Y si se sostuviera que fue notificado por conducta concluyente, la solicitud formulada en septiembre 28 de 1992 se presentó oportunamente y en consecuencia, no ha caducado la acción.

Respecto a la alegación de la entidad sobre que el fallo no declaró la nulidad de los actos demandados, dice que no es exacta por cuanto si bien no existe una afirmación explícita sobre la nulidad del segundo acto demandado, esa declaración es tácita porque, en primer término, al no declarar probada la excepción propuesta por la entidad, está significando que carece de validez y legitimidad la denegación de lo solicitado por el actor, y en segundo lugar, porque al reconocer el derecho reclamado está rechazando y determinando como inválida la respectiva denegación. Sin embargo, para mejor entendimiento y precisión, solicita se aclare o complemente el fallo apelado en dicho punto.

Sufrido el trámite legal y no observándose causal de nulidad, se decide, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

1. Caducidad de la acción.

En su escrito de apelación la entidad demandada sostiene la existencia de caducidad de la acción en el presente proceso. Esta alegación no fue formulada como excepción en la contestación de la demanda y en consecuencia constituye un tema nuevo que el demandante no tuvo la oportunidad de controvertir, por lo cual no debería realizarse pronunciamiento alguno; sin embargo, como la caducidad de la acción hace referencia a un presupuesto procesal de ella, se dispone la Sala a definir sobre su existencia.

Consta en el plenario que el accionante en febrero 17 de 1992 solicitó a la entidad demandada le costeara un tratamiento médico consistente en un transplante de médula ósea en el Hospital "U.A.B." en Birmingham, Estados Unidos (folio 10 c. ppal).

Mediante Oficio SSS. 898 de julio 14 de 1992 el Subgerente de Servicios de Salud, Seccional Valle del Cauca, solicitó al accionante formular una petición de reembolso de los dineros sufragados, en razón de que ya le habían practicado la citada intervención quirúrgica (folio 31 c. ppal.)

El actor mediante comunicaciones de julio 23 y 28 de 1992 solicitó al funcionario anteriormente citado se estudie la posibilidad de reembolso en razón del tratamiento recibido (folio 14 a 16, c. 2).

Mediante Oficio SSS. 1160 de septiembre 7 de 1992 el Subgerente informó al demandante que el Subdirector Nacional de Servicios de Salud consideró "que no es procedente dicho reconocimiento", según comunicación que le dirigió este funcionario, distinguida con el N° SSS 2444 de agosto 18 de 1992 (primer acto demandado) cuya copia adjunto (folios 10 y 11, c. 2). No hay constancia de cuándo recibió el actor el Oficio SSS. 1160.

Mediante comunicación de septiembre 28 de 1992 el censor solicitó al Subgerente Nacional de Servicios de Salud que su caso fuera nuevamente estudiado, manifestó lo siguiente: "La última contestación de Bogotá me dice que no cumplo con la norma para reembolso porque el agravamiento de mi enfermedad y su urgente tratamiento no ocurrió en el exterior y que debí esperar la remisión para viajar" (folios 3 y 4, c. ppal.).

Mediante Oficio SSS No. 4054 de octubre 15 de 1992 (segundo acto demandado), el Subdirector de Servicios de Salud niega la petición de reembolso de los gastos médicos producidos en el tratamiento quirúrgico practicado al accionante (folio 9, c. ppal).

De lo anterior resulta que no aparece demostrado que el demandante haya sido legalmente notificado de la decisión de la administración de no acceder a su petición, tomada en agosto 18 de 1992, sino que vino a tener conocimiento de la misma a raíz de la comunicación que la entidad profirió en septiembre 7 de 1992, pero como tampoco hay constancia que demuestre en qué fecha recibió dicha comunicación ha de estimarse que se enteró de ella el 28 de septiembre de 1992, día en el que el actor formuló al mismo funcionario que le negó la solicitud, una segunda petición para que su caso fuera nuevamente estudiado.

Esta segunda petición, si bien no contiene indicación expresa de que se trata un recurso de reposición respecto de la decisión negativa, sí puede interpretarse como tal y dio lugar a que la entidad produjese la decisión gubernativa definitiva, consignada en el Oficio N° SSS 4054 de octubre 15 de 1992. En este orden de ideas, estima la Sala que no se ha operado el fenómeno de caducidad de la acción, por cuanto la demanda fue presentada el 15 de febrero de 1993 dentro del término legal contado a partir del segundo acto impugnado.

2. Respecto al fondo de la litis, encuentra la Sala lo siguiente:

Según el artículo 1° de la Ley 20 de 1987, invocado como violado, el "Instituto de Seguros Sociales podrá autorizar la atención de la salud de sus beneficiarios en instituciones del exterior y cuya eficiencia esté científicamente acreditada, sólo para la realización de procedimientos que no practiquen en el país...".

Por su parte el Decreto reglamentario 1307 de 1988 prescribe en su artículo 2°:

"De las condiciones para autorizar una remisión o para reconocer servicios prestados en el exterior.

Para que proceda la remisión de un beneficiario al exterior o el reconocimiento de gastos por atención médica de urgencias en el exterior, se requiere:

1°. Que el beneficiario esté afiliado al ISS.

2°. Que tanto el patrono como el afiliado estén al día en el pago de los aportes obrero-patronales al Instituto.

3°. Que el afiliado haya cotizado al ISS un mínimo de 150 semanas para enfermedad general y maternidad en cualquier tiempo (reformado por artículo 1° del Decreto 237 de 1989).

4°. En caso de que la urgencia suceda en el exterior y no haya tiempo para su traslado a Colombia, el número de semanas para tener derecho a las prestaciones médico-asistenciales, serán las que exijan los reglamentos pertinentes.

5°. Concepto favorable del Comité ***ad hoc*** *de Remisiones al Exterior, acerca de que el procedimiento no se practica en el país y conforme al procedimiento señalado en este reglamento".*

Respecto del cumplimiento de los anteriores requisitos en el proceso se pudo verificar:

Afiliación: consta en el plenario que el accionante en la época de los hechos se encontraba afiliado al Instituto de Seguros Sociales, Seccional Valle del Cauca (folio 22, c. ppal).

Pago de Aportes: obra constancia según la cual en la época de los hechos el empleador. Unidad Regional de Salud, se encontraba a paz y salvo por concepto de aportes obrero-patronales con el ISS-Seccional Valle (folio 34 c. ppal).

Cotización semanas: en la historia laboral del actor consta que a marzo 25 de 1992 registró un total de 179 semanas facturadas en la entidad demandada (folio 33, c. ppal).

Cumplimiento del procedimiento para remisión: al respecto obra en el proceso lo siguiente:

a) Mediante comunicación de febrero 17 de 1992 dirigida al Subgerente de Servicios de Salud del I.S.S., Seccional Valle del Cauca, el actor solicitó se autorizará la cancelación del valor de un tratamiento médico consistente en transplante de médula ósea en el Hospital "UAB" en Birmingham (Estados Unidos), al cual tiene que ser sometido debido a la gravedad de su enfermedad (folio 10, c. ppal.);

b) En comunicación de febrero 20 de 1992, el médico oncólogo *Diego Noreña López* informa al anterior funcionario, que desde 1989 viene tratando al actor a quien se le diagnosticó "enfermedad de Hodgkin, tipo esclerosis nodular". Hace una descripción del tratamiento médico efectuado a instancias de un centro especializado en Birmingham (Estados Unidos) a donde el accionante acudió en consulta y en el cual conceptuaron sobre la necesidad de practicarle un transplante de médula ósea. Y luego agrega:

"El paciente ha recibido 2 ciclos de esta nueva quimioterapia; recibirá otro en marzo de 1992 y deberá presentarse en Birmingham en abril para evaluación pretransplante. Es importante que este transplante se haga en un centro altamente calificado, como el de Birmingham, y su permanencia en él será de aproximadamente dos meses. En Colombia no estamos en condiciones de realizar este tipo de manejo..." (folios 11 y 12 c. ppal);

c) El Subgerente de Servicios de Salud remitió la solicitud del censor al Coordinador de Servicios Asistenciales UPI. R.U.U. de la misma Seccional, "para que sea estudiado urgentemente" (folio 13, c. ppal);

d) Un Comité Médico *ad hoc* integrado para estudiar la petición del demandante, luego de analizar la documentación presentada, concluyó:

> *"1°. Que el procedimiento del transplante de médula ósea autólogo, en el caso del doctor* ***José Manuel Larrañaga*** *está perfectamente indicado como parte del tratamiento de su problema.*
> *2°. Que está de acuerdo con el doctor* ***Diego Noreña López*** *en que el transplante se haga en un centro altamente calificado, cuya experiencia en este tipo de pacientes dé una adecuada garantía de éxito, como seria el caso de la División de Hematología y Oncología del Departamento de Medicina de la Universidad de Alabama EE.UU.*
> *3°. Que hasta donde llega su conocimiento, no sabe de (sic) que exista en Colombia un centro o entidad con la adecuada experiencia para realizar este tipo de tratamiento"* (folio 14, c. ppal).

Este concepto fue ratificado posteriormente por el mismo Comité en reunión de ampliación del mismo, en donde se concluyó: *"...por lo tanto estamos de acuerdo en que el paciente debe ser enviado al exterior para recibir el tratamiento mencionado"* (folio 18 c. ppal.);

e) El Comité *ad hoc* de Remisiones al Exterior, constituido para analizar el caso del accionante, rindió el siguiente concepto:

> *"Teniendo en cuenta las consideraciones del Comité Ad hoc de Medicina Interna, reunido el 12 de mayo de 1992 para ampliar conceptos emitidos por la Junta de Medicina Interna el 26 de febrero de 1992,* ***esté Comité está de acuerdo en que el doctor José Manuel Larrañaga, sea enviado al Departamento de Hemato—Oncología de la Universidad de Alabama, Birmingham, Alabama U.S.A.*** *La permanencia del doctor José Manuel LarraÒaga, en el mencionado Centro será de (sic) aproximadamente de dos meses"* (folio 19, c. ppal.).

f) En comunicación de julio 14 de 1992 el Subgerente de Servicios de Salud de la Seccional Valle del Cauca solicita al actor formular una petición

de reembolso de los dineros invertidos en el transplante de médula ósea, y agrega: *"Lamentablemente algunas interpretaciones de las normas, involuntariamente equivocadas, hicieron que su solicitud fuera devuelta por el nivel nacional, quien da la autorización de remisión"* (folio 31 c. ppal);

g) Mediante comunicaciones de julio 23 y 28 de 1992, dirigidas por el actor al anterior funcionario, solicita el reembolso de lo invertido en el tratamiento quirúrgico que le fue practicado en el exterior en abril del citado año, debido al agravamiento de su enfermedad (folios 14 a 16, c.2);

h) En comunicación de julio 29 de 1992 del Subgerente de Servicios de Salud, Seccional Valle, al Subdirector Nacional de Servicios de Salud de la entidad, al remitir las solicitudes del actor informa lo siguiente:

> *"**El proceso de la enfermedad del doctor Larrañaga se agudizó, se presentó un deterioro del estado general y la recomendación de los médicos tratantes fue la necesidad urgente de practicar el procedimiento de transplante como única alternativa de posibilidad de vida.** El paciente se trasladó al Hospital de la Universidad de Birmingham, Alabama, centro altamente especializado en este procedimiento.*
>
> *En la actualidad los documentos están debidamente presentados para autorizar la remisión, esta ya no es oportuna, el doctor **Larrañaga** solicita entonces el reintegro por atención de situación crítica de tratamiento inmediato que por razón de su alta tecnología **y complejidad en el manejo se realizó en el exterior (...) Actualmente el doctor Larragaña, se encuentra en buenas condiciones de salud gracias al oportuno tratamiento**"* (folio 25 y 26, c. ppal.) (subrayas fuera del texto).

i) Mediante Oficio SSS No. 2444 de agosto 18 de 1992 el Subgerente Nacional de Servicios de Salud negó el reembolso de los gastos médicos solicitados, por cuanto el actor viajó al exterior "por su cuenta y riesgo" antes que se aprobara su remisión (folio 60, c. ppal);

j) Mediante Oficio SSS No. 4054 de octubre 15 de 1992 el Subdirector de Servicios de Salud informa al accionante que no hay lugar a ningún tipo de reconocimiento, puesto que esto sólo es permitido cuando el paciente haya sido remitido o suceda una urgencia en el exterior y no haya tiempo para el traslado a Colombia (folio 9, c. ppal).

Lo anterior lleva a la Sala a realizar las siguientes consideraciones:

1°. En el orden constitucional y legal la vida en un bien jurídico fundamental, en cuyo reconocimiento, promoción y efectiva protección finca el Estado su legitimidad. La inviolabilidad del derecho a la vida constituye

el presupuesto básico que hace posible la vigencia de los demás derechos. El artículo 49 de la Carta prescribe que la atención de la salud constituye un servicio público a cargo del Estado y en este sentido se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

En algunos casos, como el que ocupa a la Sala, la seguridad social de los servidores públicos se presta a través de entidades como el Instituto de Seguros Sociales. Pero cuando se presentan situaciones que requieran la realización de procedimientos de atención a la salud que no se practiquen en el país, o cuando el riesgo suceda en el exterior y no haya el tiempo necesario para el traslado a Colombia, la Ley 20 de 1987 autoriza en su artículo 1° al Instituto de Seguros Sociales para que disponga que dichos servicios se hagan en una institución del exterior cuya eficiencia esté científicamente acreditada. Para ello se deben cumplir precisos requisitos que aparecen establecidos en los Decretos reglamentarios 1307 de 1988 y 237 de 1989.

2°. En el caso *sub judice* el actor demostró el cumplimiento de los requisitos consagrados en el artículo 2° del Decreto 1307 de 1988, que le daban derecho a ser remitido al exterior, como son: ser afiliado de la entidad, que no haya mora en el pago de los aportes obrero-patronales al Instituto, haber cotizado un mínimo de 150 semanas para enfermedad general y tener concepto favorable del Comité *ad hoc* de Remisiones al Exterior, conforme al procedimiento legal.

Respecto al último requisito, aparece establecido que se cumplieron los diversos trámites administrativos señalados en el artículo 6° y siguientes del citado Decreto 1307 de 1988, cuyo punto culminante fue el concepto del Comité *ad hoc* de Remisiones del Exterior en donde sus integrantes expresaron encontrarse de acuerdo en que el accionante fuera enviado al exterior, concretamente al "Departamento de Hemato-Oncología de la Universidad de Alabama, Birmingham. Alabama U.S.A.", allí se expresa que se tienen en cuenta las consideraciones del Comité *ad hoc* de Medicina Interna (folio 19, c. ppal.), que ya había conceptuado que del "transplante de médula ósea autólogo" que requería el censor como procedimiento adecuado, no se tenía conocimiento que se hiciera en Colombia, y en tal virtud debía realizarse en un centro del exterior altamente calificado, como era la institución antes mencionada (folio 14 y 18, c. ppal).

Las objeciones que el nivel nacional de la entidad expuso al trámite administrativo desarrollado por su Seccional Valle del Cauca, mediante comunicaciones de marzo 16 y junio 25 de 1992 (folios 23 y 24, 78 y 79, c. ppal.), fueron debidamente desvirtuadas por la citada Seccional mediante comunicaciones de junio 25 y julio 29 de 1992 (folios 25 y 26 y 30, c. ppal.).

Por otra parte se demostraron la necesidad y urgencia de la intervención quirúrgica que requería el actor. En efecto, según la declaración rendida por el médico *Diego Noreña López*, especializado en oncología, trató al demandante desde 1989 debido a la presencia de la enfermedad de "***Hodgkin***"; luego de habérsele practicado varios tratamientos convencionales de quimioterapia y radioterapia, se consideró que no respondía a ellos, por lo cual se recomendó una quimioterapia intensiva con transplante de médula ósea. Y agregó:

> *"Como este procedimiento apenas si estaba empezando a ensayarse en Colombia, se recomendó hacerlo en el exterior y se seleccionó la clínica del Centro de Cáncer del Hospital de Birmingham, Alabama, para considerar dicho procedimiento.* ***La razón o la justificación del transplante de médula se explica porque las dosis elevadas de quimioterapia que tenía que recibir, destruían por completo la médula ósea...***" (folio 122 rev., c. ppal. Se subraya).

Según comunicación del Subgerente de Servicios de Salud de la Regional Valle, el proceso de la enfermedad del actor se agudizó:

> *"Se presentó un deterioro del estado general y la recomendación de los médicos tratantes* ***fue la necesidad urgente de practicar el procedimiento de transplante como única alternativa de posibilidad de vida***" (subrayas fuera del texto).

Es decir, que mientras cursaba el engorroso trámite administrativo que debía culminar con la remisión al exterior del afectado, éste sufrió una agudización de su enfermedad por lo cual los facultativos consideraron de suma urgencia que fuera intervenido. Estima la Sala entonces que es perfectamente comprensible que el actor hubiera tomado la determinación de someterse a la intervención en forma inmediata pues de lo contrario su vida se exponía a un grave peligro, y no es razonable, como pretende la entidad demandada, negar el reembolso de unos gastos a los que, de haber esperado la culminación del trámite, hubiera tenido derecho, pues cumplió el actor con las exigencias legales que le daban derecho al tratamiento médico en el exterior.

En conclusión, se impone acceder a las súplicas de la demanda, para lo cual habrá de revocarse la sentencia apelada, toda vez que el Tribunal, haciendo caso omiso de las pretensiones de la demanda, resolvió, sin previa anulación de los actos acusados, ordenar el restablecimiento del derecho conculcado, declarando derechos y condenando al pago de las sumas adeudadas que se determinen en proceso incidental, resoluciones que no corresponden a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que fue la incoada.

Habrá por lo tanto que declararse la nulidad de los Oficios SSS 2444 y 4054 demandados, y como restablecimiento del derecho se ordenará que el Instituto de Seguros Sociales reconozca que sí hay lugar al reembolso de gastos negado al actor, para lo cual se procederá de acuerdo con los reglamentos de la entidad, en especial el decreto 237 de 1989, previa presentación por parte del accionante de los comprobantes y certificaciones pertinentes; esto en razón de que los que obran en el plenario se encuentran en idioma extranjero y no han sido traducidos como lo ordena el artículo 260 del C.P.C.

Ahora bien, no obstante que la Consejera Ponente no comparte la tesis del ajuste al valor cuando no ha sido decretada por el Tribunal y la parte demandada es apelante único, en atención a la posición mayoritaria de la Sala incluirá en la parte resolutiva la indexación de las sumas que la entidad deba reintegrar. Para ello acudirá al sistema y fórmula según los cuales el valor presente (R) se determinará multiplicando el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente en la fecha en que se produzca el pago) por el índice inicial (vigente en la fecha ejecutoria del último acto acusado), así:

$$R = Rh \times \frac{\text{Indice Final}}{\text{Indice Inicial}}$$

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

FALLA:

REVOCASE de la sentencia de noviembre doce (12) de mil novecientos noventa y tres (1993), proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sección Segunda, en el proceso promovido por el doctor *José Manuel Larrañaga Echeverry* contra el Instituto de Seguros Sociales "I.S.S."

En su lugar SE DISPONE:

DECLARASE la nulidad de los actos administrativos contenidos en los Oficios SSS 2444 de agosto 18 de 1992 y SSS 4054 de octubre 15 de 1992 emanados del Subdirector de Servicios de Salud del Instituto de Seguros Sociales, mediante los cuales negó al demandante el reembolso de los gastos en que incurrió por el tratamiento quirúrgico que le fue practicado en el exterior, según los hechos de la demanda.

Como restablecimiento del derecho, la entidad demandada reembolsará al actor los gastos por él efectuados con ocasión de su tratamiento

médico practicado en el exterior, para lo cual se procederá de acuerdo con la reglamentación de la entidad, en especial el Decreto 237 de 1989 previa presentación por el accionante de los comprobantes y certificaciones pertinentes. El valor de la suma líquida que resulte se ajustará conforme a la parte motiva de este fallo y de acuerdo con la fórmula que aparece en ella.

Se dará cumplimiento a esta sentencia dentro de los términos previstos en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada, aprobada y ordenada su publicación por la Sala en sesión celebrada el día dieciocho (18) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruiz, ausente; *Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, María Eugenia Samper R.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

AGOTAMIENTO DE VIA GUBERNATIVA - Improcedencia / **SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO** - Control directo del acto / **CADUCIDAD DE LA ACCION** - Configuración / **SERVICIO NACIONAL DE ERRADICACION DE LA MALARIA** - Viáticos

El artículo 135 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 22 del Decreto-ley 2304 de 1989, establece que para demandar la declaratoria de la nulidad de un acto particular que ponga término a un proceso administrativo y el restablecimiento del derecho, el actor debe agotar previamente la vía gubernativa mediante la obtención de acto expreso o presunto por silencio negativo. Agrega que el silencio negativo en relación con la primera petición también agota la vía gubernativa. En consecuencia ante el contencioso administrativo no se puède acudir sino con base en la existencia de un acto administrativo expreso o ficto que agote la vía gubernativa. En el caso examinado se solicita la nulidad de la Resolución 006502 de agosto 18 de 1992 y la declaración de que ha operado el fenómeno del silencio administrativo en relación con el recurso de reposición interpuesto contra ésta. En el expediente se encuentra el documento suscrito por el apoderado del actor, presentado el 22 de julio de 1992, por el cual se solicitó ordenar el reconocimiento y pago de las diferencias adeudadas por concepto de viáticos devengados en cumplimiento de comisiones en el Servicio Nacional de Erradicación de la Malaria. Tratándose del reclamo de un mayor valor de viáticos reconocidos y pagados durante el período comprendido entre 1981 y 1991, es evidente que el accionante debió en su oportunidad impugnar ante la misma administración los actos que hicieron el reconocimiento de viáticos por menor valor y agotada la vía gubernativa ahí sí demandar los respectivos actos administrativos que en su opinión no se ajustaban al ordenamiento legal y no presentar, pasado el tiempo, una petición para hacer producir un nuevo pronunciamiento que reviviera los términos ya vencidos para acudir la jurisdicción contencioso administrativa. Es claro entonces que la petición presentada en julio de 1992 no era útil para que nuevamente empezara a contarse el término de caducidad

al que están sometidas las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos de contenido particular, y ni la Resolución 006502 de agosto 18 de 1992 ni el silencio que tuvo origen en la no resolución del recurso interpuesto contra ésta, eran los actos demandables en orden a obtener el correspondiente restablecimiento del derecho.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 12823. Actor: Julio Gentil Saldaña Correcha. Resoluciones Ministeriales, Apelación Sentencia.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Meta el 25 de septiembre de 1995.

ANTECEDENTES

1. El actor, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, solicitó declarar que es nulo el acto administrativo contenido en la Resolución No. 006502 de 18 de agosto de 1992 emanada del Ministerio de Salud, por la cual se negó el reconocimiento, liquidación y pago de las diferencias de viáticos adeudados por el Servicio Nacional de Erradicación de la Malaria, de conformidad con la petición directa en interés particular presentada el 22 de julio de 1992 y que ha operado el fenómeno del silencio administrativo en relación con el recurso de reposición interpuesto contra la resolución antes citada.

Como consecuencia de lo anterior pide se condene a la demandada al pago de las sumas que haya dejado de devengar, de conformidad con los criterios de liquidación expuestos en las planillas insertas en el libelo conforme a las tarifas correspondientes a cada escala por período reclamado.

2. El actor fundamenta su *petitum* alegando que el Director de Campañas Directas del Ministerio de Salud decidió por su cuenta y riesgo, transgrediendo ordenamientos constitucionales y legales, modificar, rebajar, sustituir y suprimir los valores de las escalas de salarios y viáticos de los empleados del Servicio Nacional de Erradicación de la Malaria —SEM—, dictando tarifas caprichosas y arbitrarias por concepto de viáticos, procedimiento a todas luces ilegal que ocasionó perjuicios al demandante.

Agrega que la Dirección de Campañas Directas del Ministerio de Salud no es un establecimiento público, tampoco es una unidad administrativa especial, careciendo en consecuencia de autonomía total para expedir cualquier tipo de reglamentación referida a salarios y viáticos de sus empleados.

3. El Tribunal Administrativo del Meta negó las peticiones de la demanda por considerar, en primer lugar, que en el Decreto 121 de 1976 se encuentra la Dirección de Campañas Directas que es una unidad administrativa especial y que al tenor del artículo 20 ésta ejerce la funciones del Servicio de Erradicación de la Malaria y por lo tanto su jefe está autorizado para fijar la tarifa de viáticos de sus funcionarios dentro de la escala anual dispuesta por el Presidente de la República.

Agrega que la administración fijó los viáticos del actor dentro del rango correspondiente, lo que no implicaba que debieran señalarse los más altos dentro del nivel previsto como quiera que el Decreto pertinente establece una variante dentro de la cual se puede mover el funcionario que lo señala.

SUSTENTACION DE LA APELACION

Alega el recurrente que afirmar contra derecho que el Director de Campañas Directas del Ministerio de Salud, por el hecho de que esa dependencia una unidad administrativa especial, es el facultado legalmente para fijar los viáticos para cada funcionario, atendiendo los parámetros establecidos..." es una aseveración flagrantemente violatoria de los artículos 20, 63 y 120 numeral 3° de la Constitución de 1886, vigente al momento de presentar la demanda, porque son dos situaciones diferentes, una la calidad del Director de Campañas Directas, quien como jefe de la Unidad asigna tarifa de viáticos, de acuerdo con los límites señalados en el respectivo decreto-ley que anualmente expide el gobierno, y otra, la facultad de reglamentar esos decretos leyes para la fijación de tarifas de viáticos con criterio caprichoso y arbitrario, desconociendo la potestad reglamentaria que es propia del Presidente de la República. Al hacerlo así el Director de Campañas Directas invadió el ámbito restringido de la facultad reglamentaria, que el Tribunal no quiso dilucidar".

ALEGATOS DEL PROCURADOR TERCERO DELEGADO

Expresa el señor Procurador Delegado que analizado el fallo apelado se observa que se ajusta a los elementos de juicio que obran dentro del proceso, a la preceptiva jurídica que gobierna la materia y a las directrices jurisprudenciales trazadas por la Sección Segunda del Consejo de Estado.

ALEGATOS DE LA PARTE DEMANDADA

Dice la demandada que la resolución acusada fue expedida bajo los parámetros legales señalados por el Gobierno Nacional, pues los decretos anuales que se expiden confieren a entidades como la del caso, la atribución de fijar el valor de los viáticos, que oscilan entre el mínimo y el máximo señalado. Cita en apoyo jurisprudencia de esta Corporación sobre la materia y solicita se confirme la sentencia de primera instancia. Agotado el trámite procesal y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

El artículo 135 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 22 del Decreto-ley 2304 de 1989, establece que para demandar la declaratoria de nulidad de un acto particular que ponga término a un proceso administrativo y el restablecimiento del derecho, el actor debe agotar previamente la vía gubernativa mediante la obtención de acto expreso o presunto por silencio negativo. Agrega que el silencio negativo en relación con la primera petición también agota la vía gubernativa.

En consecuencia ante el contencioso administrativo no se puede acudir sino con base en la existencia de un acto administrativo expreso o ficto que agote la vía gubernativa.

En el caso examinado se solicita la nulidad de la Resolución 006502 de agosto 18 de 1992 y la declaración de que ha operado el fenómeno del silencio administrativo en relación con el recurso de reposición interpuesto contra ésta.

A folios 2 a 9 se encuentra el documento suscrito por el apoderado del actor, presentado el 22 de julio de 1992, por el cual se solicitó ordenar el reconocimiento y pago de las diferencias adeudadas por concepto de viáticos devengados en cumplimiento de comisiones oficiales por los años 1981 a 1991.

Tratándose del reclamo de un mayor valor de viáticos reconocidos y pagados durante el período comprendido entre 1981 y 1991, es evidente que el accionante debió en su oportunidad impugnar ante la misma administración los actos que hicieron el reconocimiento de viáticos por menor valor y, agotada la vía gubernativa, ahí sí demandar los respectivos actos administrativos que en su opinión no se ajustaban al ordenamiento legal, y no presentar, pasado el tiempo, una petición para hacer producir un nuevo pronunciamiento que reviviera los términos ya vencidos para acudir a la jurisdicción contencioso administrativa.

Es claro entonces que la petición presentada en julio de 1992 no era útil para que nuevamente empezara a contarse el término de caducidad a la que están sometidas las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos de contenido particular, y ni la Resolución 006502 de agosto 18 de 1992 ni el silencio que tuvo origen en la resolución del recurso interpuesto contra ésta, eran los actos demandables en orden a obtener el correspondiente restablecimiento del derecho.

En estas condiciones, la demanda resulta inepta y por ello en la Sala ha de inhibirse para proferir sentencia de mérito.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República y por la autoridad de la ley,

FALLA:

REVOCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Meta el veinticinco (25) de septiembre de mil novecientos noventa y cinco (1995), por la cual se negaron las pretensiones de la demanda y, en su lugar, DECLARESE INHIBIDA la Sala para proferir decisión de mérito.

RECONOCESE PERSONERIA al doctor *Enrique Bernal Pulido* para actuar en representación de la Nación—Ministerio de Salud, en los términos y para los efectos del poder obrante a folio 273.

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 celebrada el día dieciocho (18) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruiz, ausente; *Alvaro Lecompte Luna, Carlos Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, María Eugenia Samper R.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: En el mismo sentido pueden consultarse las providencias de fechas 18 de abril de 1996, radicadas bajo los números, de Expediente 12826,12828, 12829 con ponencia de la doctora *Dolly Pedraza de Arenas;* 25 de julio de 1996, Expedientes números. 12820, 12839, 12897, 12944, 12948, 12953, 12957, 12975, 13087, con ponencia del doctor *Javier Díaz Bueno* y 11 de julio de 1996, Expedientes números. 12952, y 12954, Consejera Ponente: doctora *Clara Forero de Castro.*

CONTRATO DE TRABAJO - Incumplimiento / **JURISDICCION ORDINARIA** - Competencia

No es a través de la acción incoada de nulidad y restablecimiento del derecho que se pueden resarcir los perjuicios que surjan para los trabajadores oficiales por el incumplimiento de sus contratos de trabajo, pues por tratarse de una relación contractual, cuyos litigios han sido expresamente excluidos del conocimiento de esta jurisdicción por el numeral 6° de los artículos 131 y 132 del C.C.A., en concordancia con el artículo 2° del C. S. del T., a quien corresponde dirimirlos es a la jurisdicción ordinaria.

CONCEJO MUNICIPAL - Facultades / **ADMINISTRACION MUNICIPAL** - Estructura / **SUPRESION DE ENTIDADES DE LA ADMINISTRACION MUNICIPAL** - Facultad del alcalde

El numeral 6° del artículo 313 de la C.N. faculta a los concejos para "determinar la estructura de la administración municipal...." y el numeral 4° del artículo 315 atribuye al alcalde la facultad de "suprimir o fusionar entidades o dependencias municipales, de conformidad con los acuerdos respectivos". Se trata de dos atribuciones distintas que tienen que ver con el mismo tema y cuyo alcance, que resultará de la interpretación que el juez haga de ellas, determinará si es cierta la violación de estos preceptos por parte del acto acusado expedido por el concejo municipal, que el accionante hace consistir en la incompetencia del concejo para suprimir la Secretaría de Obras Públicas Municipales. No surge por tanto *prima facie* la violación de estas normas, alegada por el accionante.

MOVIMIENTOS PRESUPUESTALES - Facultad del alcalde / **CONCEJO MUNICIPAL** - Facultades / **CELEBRACION DE CONTRATOS POR ALCALDES** - Autorización del Concejo

El artículo 105 facultó al alcalde para que dentro de los ciento ochenta días siguientes a la publicación del Acuerdo 016 efectuara los movi-

mientos presupuestales, dictara las reglamentaciones necesarias para el cumplimiento del mismo y para la consecución de los recursos internos o externos a través de mecanismos de crédito, ayudas nacionales e internacionales y cofinanciación. La norma citada como conculcada establece como función de los concejos municipales la de dictar las normas orgánicas del presupuesto y expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos". Sin embargo y aun cuando se aceptara que todas las funciones a que se refiere el artículo 105 acusado correspondan al concejo municipal, no ve la Sala la violación flagrante del precepto, porque de la lectura del artículo se deduce que se trata de una "autorización" al alcalde para la celebración de contratos y para ejercer *"pro tempore"* precisas funciones, para lo cual están facultados los concejos municipales según el numeral 3° del artículo 313 de la C.N., también señalado como violado.

REFORMA ADMINISTRATIVA - Indemnizaciones / **PLANTA DE PERSONAL DE LA ALCALDIA MUNICIPAL** - Reestructuración

La norma acusada autorizó al alcalde para que dentro de los ciento ochenta días siguientes a la aprobación del Acuerdo 016 efectuara, conforme a los trámites legales, las indemnizaciones necesarias para viabilizar la reforma administrativa y la reestructuración de la planta de personal. Y si ha de entenderse por reestructuración como un cambio o modificación en la estructura de la administración, bien podía el alcalde hacer las modificaciones necesarias para adoptarlas a las nuevas circunstancias. No aparece, por tanto, claro que esta autorización de ordenar las indemnizaciones a que haya lugar implique la fijación de "gastos y egresos del municipio". Para llegar a esta conclusión deberá examinarse si el acuerdo que fijó las rentas y gastos del municipio incluyó partida presupuestal para tal efecto. Luego no basta la simple comparación del acto acusado con los artículos 313-5 y 3 y 345 de la Constitución. Pero es más, habiendo autorizado al alcalde para "efectuar los movimientos presupuestales" necesarios para el cumplimiento del Acuerdo, cabria analizar si no obstante que el Acuerdo de presupuesto no contuviera el rubro en mención, podría ser creado por el alcalde en ejecución de tal autorización y ello excede los límites del estudio de una suspensión provisional.

ADMINISTRACION MUNICIPAL - Reestructuración / **CONCEJO MUNICIPAL** - Facultades de reestructuración / **PLANTA DE PERSONAL DE LA ALCALDIA** - Determinación por el alcalde / **ALCALDE MUNICIPAL** - Facultades pro tempore

La disposición acusada autorizó al alcalde para efectuar las indemnizaciones necesarias con el objetivo de viabilizar la reestructuración de

la planta de personal, pero ello no quiere decir que haya sido el alcalde quien hizo la reestructuración. Cabe aquí anotar que aceptando que la función de determinar la planta de personal de las alcaldías corresponda al concejo municipal, según el artículo 289 del Decreto 1333 de 1986, la norma acusada contiene una autorización precisa y pro tempore, luego cabría dentro de las atribuciones que el artículo 313 numeral 3 de la C.N. otorga a los concejos municipales.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda. -. Santafé de Bogotá D.C., abril dieciocho (18) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 13242. Actor: Nora Inés Polanco. Apelación Interlocutorio.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el auto de 4 de diciembre de 1995, por medio del cual el Tribunal Administrativo del Caquetá denegó la solicitud de suspensión provisional del acto acusado.

Dijo el Tribunal que se demanda la nulidad del parágrafo del artículo 10 y de los artículos 105 y 106 del Acuerdo No. 016 de mayo 8 de 1995, por el cual fue reestructurada la administración municipal, se organizaron todas sus dependencias y fueron definidas sus diferentes funciones, normas frente a las cuales se solicitó la suspensión provisional por considerarlas violatorias de los artículos 313, 315 y 345 de la Constitución Nacional; los artículos 467 del C.S del T., 293 y 289 del Decreto 1333 de 1986.

Agregó el *a quo* que siendo la acción impetrada la de nulidad y restablecimiento del derecho, el accionante no demostró aunque fuera sumariamente el perjuicio causado y que de las pretensiones se establece que éste se traduciría en la terminación de los contratos individuales de los trabajadores al servicio de las Obras Públicas Municipales, pero que como ello no se ha llevado a cabo, el perjuicio no es inmediato sino contingente.

LA APELACION

Solicita el recurrente se revoque el auto del Tribunal y se acceda a la suspensión provisional y, para demostrar la existencia del perjuicio inmediato, pide se tenga en cuenta al estudiar y decidir la medida solicitada, prueba documental que acompaña.

Expresó que el oficio 2594 de octubre 30 de 1995 de la Alcaldía Municipal de Florencia, por el cual se dio por terminado el contrato de trabajo desde el

31 siguiente es demostrativo del perjuicio sufrido y que no se aportó con la demanda porque para entonces no había sido proferido, pero que existía a la presentación un perjuicio contingente que se tradujo en un perjuicio presente.

Allega para efectos de demostrar el perjuicio sufrido, el escrito de "agotamiento de la vía gubernativa" que presentó solicitando su reintegro; la proposición 01 de la sesión del Concejo Municipal de 2 de noviembre de 1995, mediante la cual se solicitó al alcalde efectuar el reintegro; la proposición 02 aprobada por la Asamblea Departamental que ordenó la suspensión del proceso de destitución masiva de los trabajadores y su reintegro; la comunicación dirigida por el personero municipal al alcalde para efectos de que se revisaran los procedimientos de retiro de los obreros sindicalizados; la convención colectiva de trabajo y la resolución de convocatoria del tribunal del arbitramento obligatorio.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Se demanda en el *sub lite* la nulidad de un acuerdo municipal y se solicita a título de restablecimiento del derecho, se declare que "el Alcalde Popular de Florencia, señor *Héctor Orozco Orozco* o quien haga sus veces, está obligado a cumplir mi contrato de trabajo y la convención colectiva de trabajo vigente".

Como reiteradamente lo ha sostenido esta Sección, no es a través de la acción incoada de nulidad y restablecimiento del derecho que se pueden resarcir los perjuicios que surjan para los trabajadores oficiales por el incumplimiento de sus contratos de trabajo, pues por tratarse de una relación contractual, cuyos litigios han sido expresamente excluidos del conocimiento de esta jurisdicción por el numeral 6° de los artículos 131 y 132 del C.C.A., en concordancia con el artículo 2° del C. S. del T., a quien corresponde dirimirlos es a la jurisdicción ordinaria.

En este orden de ideas, excluidos los perjuicios cuya resolución no corresponde a esta jurisdicción, se tiene que, como la demanda se dirige contra un acto de carácter general y abstracto, la acción no es otra que la de simple nulidad, de conocimiento en primera instancia por el Tribunal y en segunda por esta Corporación, conforme con los dictámenes del numeral 2° del artículo 132 del C.C.A., en concordancia con el numeral 1° del artículo 131 *ibidem*, por lo cual la razón que motivó al Tribunal para denegar la suspensión provisional pierde fundamento y procede estudiar en el fondo el asunto.

PRIMER Y SEGUNDO CARGOS

El parágrafo del artículo 10 del Acuerdo 016 de mayo 8 de 1995, al suprimir la Secretaría de Obras Públicas, viola los artículos 313 numeral 6°, 315 numeral 4° y 122 de la C.N.

Solicita el accionante la suspensión provisional del parágrafo del artículo 10 del Acuerdo 016 de mayo 8 de 1995 que suprimió la Secretaría de Obras Públicas, por considerarlo violatorio del numeral 6° del artículo 313 de la Carta Política, ya que el concejo desbordó el ámbito de su competencia, por cuanto su función es la de determinar la estructura de la administración municipal, las funciones de sus dependencias y las escalas de remuneración, pero no la de suprimir sus dependencias, facultad que le está atribuida al alcalde, según el numeral 4° del artículo 315 *ibidem*, que también estima conculcado.

Expresa que el yerro aparece *prima facie* por cuanto el concejo jamás acordó la suspensión de la Secretaría de Obras Públicas, máxime cuando el artículo 10 no precisó las funciones de los órganos administrativos del municipio, apareciendo, en consecuencia, también la violación del artículo 122 de la Constitución Nacional.

El numeral 6° del artículo 313 de la C.N. faculta a los concejos para "determinar la estructura de la administración municipal..." y el numeral 4° del artículo 315 atribuye al alcalde la facultad de "suprimir o fusionar entidades y dependencias municipales, de conformidad con los acuerdos respectivos". Se trata de dos atribuciones distintas que tienen que ver con el mismo tema y cuyo alcance, que resultará de la interpretación que el juez haga de ellas, determinará si es cierta la violación de estos preceptos por parte del acto acusado expedido por el concejo municipal, que el accionante hace consistir en la incompetencia del concejo para suprimir la Secretaría de Obras Públicas Municipales. No surge por tanto *prima facie* la violación de estas normas, alegada por el accionante.

Por otra parte, frente a la violación del artículo 122 de la C.N. que se alega, por considerar que el Concejo de Florencia no precisó las funciones de los órgamos administrativos del municipio, es preciso anotar que los artículos 2° a 5° del Acuerdo señalan las funciones de las dependencias de la alcaldía y más adelante establecen en forma precisa y específica las que corresponden a cada uno de los órganos, por lo que no se observa *prima facie* la violación constitucional.

TERCER CARGO

El artículo 105 del Acuerdo 016 del 8 de mayo de 1995 es violatorio del artículo 313 numerales 5° y 3° de la C.N.

Alega que el artículo 105 del Acuerdo 016 vulnera el numeral 5° del artículo 315 de la Carta Política porque no es el alcalde sino el concejo municipal el que está facultado para realizar movimientos presupuestales y dictar reglamentaciones sobre la materia y que conforme al numeral 3° del artículo

313 el concejo sólo puede autorizar al alcalde para la celebración de contratos y el ejercicio *pro tempore* de precisas funciones de las que le corresponden.

El artículo 105 facultó al alcalde para que dentro de los ciento ochenta días siguientes a la publicación del Acuerdo 016 efectuara los movimientos presupuestales, dictara las reglamentaciones necesarias para el cumplimiento del mismo y para la consecución de los recursos internos o externos a través de mecanismos de crédito, ayudas nacionales e internacionales y cofinanción.

La norma citada como conculcada establece como función de los concejos municipales la de "dictar las normas orgánicas del presupuesto y expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos". Sin embargo y aun cuando se aceptara que todas las funciones a que se refiere el artículo 105 acusado correspondan al concejo municipal, no ve la Sala la violación flagrante del precepto, porque de la lectura del artículo se deduce que se trata de una "autorización" al alcalde para la celebración de contratos y para ejercer "*pro tempore*" precisas funciones, para lo cual están facultados los concejos municipales según el numeral 3° del artículo 313 de la C.N. también señalado como violado.

CUARTO CARGO

El artículo 106 del Acuerdo 016 contraría los artículos 313 numerales 5° y 3° y 345 de la C.N.

Predica igualmente la violación de los numerales 3° y 5° del artículo 313 y del artículo 345 de la Constitución Nacional porque no puede el ejecutivo a nivel local fijar los gastos y egresos del municipio; porque no son funciones precisas las de autorizar al alcalde para efectuar indemnizaciones, lo que implica hacer caso omiso de los mandatos de planeación territorial que obligan a ceñirse al artículo 340 inciso 3° de la Carta.

Agrega que además el artículo 345 *ibidem* fue desconocido, por cuanto cualquier régimen de indemnización debía ser decretado por el concejo de manera privativa.

La norma acusada autorizó al Alcalde para que dentro de los ciento ochenta días siguientes a la aprobación del Acuerdo 016, efectuara conforme a los trámites legales, las indemnizaciones necesarias para viabilizar la reforma administrativa y la reestructuración de la planta personal.

Y si ha de entenderse por reestructuración como un cambio o modificación en la estructura de la administración, bien podía el alcalde hacer las modificaciones necesarias para adaptarlas a las nuevas circunstancias.

No aparece por tanto claro que esta autorización de ordenar la indemnizaciones a que haya lugar implique la fijación de "gastos y egresos del municipio". Para llegar a esta conclusión deberá examinarse si el Acuerdo que fijó las rentas y gastos del municipio incluyó partida presupuestal para el efecto, luego no basta la simple comparación del acto acusado con los artículos 313-5 y 3 y 345 de la Constitución; pero es más, habiendo sido autorizado el alcalde para "efectuar los movimientos presupuestales" necesarios para el cumplimiento del Acuerdo, cabría analizar si no obstante que el Acuerdo de presupuesto no contuviera el rubro en mención, podría ser creado por el alcalde en ejecución de tal autorización y ello excede los límites del estudio de una suspensión provisional.

QUINTO CARGO

El artículo 106 del Acuerdo 016 conculcó el artículo 467 del C.S. del T. y el artículo 293 del Decreto 1333 de 1986.

Alega que fueron conculcados las normas del Decreto 1333 de 1986 y del C.S. del T. antes señaladas, porque en la convención colectiva celebrada entre el municipio y sus trabajadores se garantizó la estabilidad en el trabajo y porque la competencia para fijar la planta de personal está radicada en cabeza exclusiva del concejo, luego no podía éste autorizar al alcalde para que aprobara la reestructuración de la planta de personal.

El artículo 467 del C.S. del T., que señala lo relacionado con la convención colectiva de trabajo, no viene al caso pues no es esta jurisdicción la encargada determinar si tal convención entre la entidad y los trabajadores existe y si ésta fue desconocida o no y por consiguiente tampoco cabría establecer la violación del artículo 293 del Decreto 1333 de 1986.

SEXTO CARGO

El artículo 106 del Acuerdo 016 es violatorio del artículo 289 del Decreto 1333 de 1986.

Alega que la norma citada señaló de manera expresa la competencia en cabeza del concejo para determinar la planta de personal de la alcaldía, luego no podía válidamente el Concejo de Florencia autorizar al alcalde hasta por ciento ochenta días para que aprobara la reestructuración de la planta de personal.

La disposición acusada autorizó al Alcalde para efectuar las indemnizaciones necesarias con el objeto de viabilizar la reestructuración de la planta de personal, pero ello no quiere decir que haya sido el alcalde quien hizo la reestructuración. Cabe aquí anotar que aceptando que la función

de determinar la planta de personal de las alcaldías corresponda al concejo municipal, según el artículo 289 del Decreto 1333 de 1986, la norma acusada contiene una autorización precisa y *pro tempore*, luego cabría dentro de las atribuciones que el artículo 313 numeral 3 de la C.N. otorga a los concejos municipales. La violación, por tanto, tampoco la encuentra la Sala flagrante.

SEPTIMO CARGO

El artículo 105 del Acuerdo 016 contraría el artículo 289 inciso final del Decreto 1333 de 1986 y el artículo 315 numeral 7° de la C.N.

La primera norma señalada como transgredida, relacionada con la competencia del concejo para la determinación de la planta de personal a nivel municipal, precisa que "la función a que se refiere este artículo se cumplirá con sujeción estricta a las normas que expidan los concejos sobre nomenclatura, clasificación y remuneración de empleos, y sin que se puedan crear a cargo del tesoro municipal obligaciones que superen el monto fijado en el presupuesto inicialmente aprobado para el pago de servicios personales, es decir, que para estos efectos no se pueden hacer traslados ni adiciones presupuestales".

El argumento de la accionante consiste en que se facultó al alcalde para hacer erogaciones sin control y que éstas debían hacerse sin que superan el monto fijado en el presupuesto inicialmente aprobado para el pago de servicios personales no procediendo realizar traslados ni adiciones presupuestales no previstos en el aprobado.

Al respecto caben idénticas consideraciones a las expuestas al momento de considerar el tercer cargo.

En consecuencia, no encuentra la Sala que aparezca flagrante la violación alegada y por lo tanto habrá de confirmar el auto apelado, aunque por razones distintas a las aducidas por el *a quo*.

Por lo expuesto, la Sala

RESUELVE:

CONFIRMASE el auto de 4 de diciembre de 1995, proferido por el Tribunal Administrativo del Caquetá, dentro del presente proceso.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del dieciocho (18) de abril de mil novecientos noventa y seis.(1996).

Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruiz, ausente; *Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, María Eugenia Samper R.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: En el mismo sentido pueden consultarse las providencias de fechas 25 de abril de 1996, expedientes 13233, 13285, 13286, 13386, 13534, 13537; 30 de mayo de 1996, expedientes 13672, 13668. Consejera Ponente, doctora *Clara Forero de Castro;* 2 de mayo de 1996, expedientes 13733, 13533, 13284; 30 de mayo de 1996, expedientes 13664, 13663, 13671, y 13679. Consejera Ponente, doctora *María Eugenia Samper;* 30 de mayo de 1966, expedientes 13681, 13670, 13662, 13680, Consejera Ponente, doctora *Dolly Pedraza de Arenas;* 16 de mayo de 1996, expediente 13374; 30 de mayo de 1996, expedientes 13676, 13669, 1366. Consejero Ponente, doctor *Carlos Orjuela Góngora;* 16 de mayo de 1996, expediente 13387. Consejero Ponente, doctor *Alvaro Lecompte Luna;* 30 de mayo de 1996, expedientes 13667, 13535, 13682, 13665, 13372, 13678, 13287. Consejero Ponente, doctor *Joaquín Barreto Ruiz.*

INSUBSISTENCIA - Asesor jurídico / **CONCEPTO JURIDICO DE ASESOR** - Inexistencia de nexo causal para la insubsistencia

De esta declaración no se deduce lo afirmado en la demanda, es decir, que la razón para declarar la insubsistencia hubiera sido dicho concepto jurídico, pues bien es cierto que el mismo fue transmitido a varias autoridades de la Gobernación y expuesto ante el gobernador, por ningún lado el afirma que su autor fuera el demandante. Es decir, hecha de menos la Sala el nexo de causalidad entre el concepto que emitió el demandante en la reunión con los inspectores, con la expedición del acto de insubsistencia. El documento de solicitud de revocatoria del Decreto 1202 de 1985 del Gobernador de Cundinamarca, dirigido a esta entidad por parte de los inspectores, no demuestra que la causa del retiro del actor haya sido su opinión sobre el mismo. En efecto ni allí se citan concepto ni opinión de demandante ni este funcionario lo suscribe. A la misma conclusión se llega en relación con la aformación del demandante, que hace consistir en que la declaratoria de insubsistencia fue expedida con desviación de poder, por haber sido proferida al día siguiente de la reunión que sostuvieron los inspectores con el gobernador. Frente a esta apreciación, ni este funcionario lo suscribe. A la misma conclusión se llega en relación con la afirmación del demandante al igual que las anteriores argumentaciones se presenta ausencia del nexo causal que demuestre que la razón que movió al nominador a la expedición del acto de retiro del servicio, hubiera sido el supuesto criterio jurídico del demandante pues como se hizo claridad esta circunstancia no fue probada en el curso de proceso, pues no obra en autos que el concepto jurídico hubiera sido conocido por el gobernador y a los testigos no les consta tal afirmación.

DIRECTIVA PRESIDENCIAL - Alcance / **PLANTA DE PERSONAL** - Congelación / **AUTORIDAD TERRITORIAL** - Facultad de remoción

Las directivas presidenciales sobre congelación de planta de personal, no tienen el alcance de hacerle perder la facultad de remoción que tiene el nominador, por la sencilla razón de que mediante un

decreto ejecutivo no se puede suprimir la facultad que sobre esta materia les confiere la ley a las autoridades territoriales.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejera Ponente: *Doctora María Eugenia Samper R.*

Referencia: Expediente No. 7402. Actor: José Manuel Fula Torres. Autoridades Departamentales.

José Manuel Fula Torres solicita se *declare nulo el Decreto Departamental No. 1417 de 1985,* mediante el cual fue *declarado insubsistente* su nombramiento del cargo de Asesor Jurídico, clase V, categoría 64 del Despacho del Secretario, por estimar que su retiro se produjo como consecuencia de un concepto jurídico que él rindió sobre la calidad de docentes que tendrían unos funcionarios.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda por considerar que el actor en el curso del proceso no desvirtúo la presunción de legalidad del acto acusado y, por lo tanto, de acuerdo con las declaraciones de *Rafael Delgado* y *Ana Elvira Vega Murcia* no se desprende que el retiro del actor se debiera a un abuso de desviación del poder.

EL RECURSO

El actor interpuso el recurso de apelación contra el anterior fallo, por considerar que con su retiro no se deseaba mejorar el servicio público y en cambio con dicho acto se hacía imponer el innoble sentimiento de ira por el concepto jurídico que él había proferido respecto de que los docentes que pasaran a desempeñar cargos administrativos no perdían su condición de docentes.

Señala el recurrente que en estas condiciones se violan el derecho al trabajo y los artículos 53 y 123 de la Carta Política, entre otras disposiciones.

Considera igualmente que el Tribunal no examinó adecuadamente los testimonios de *Rafael Delgado* y *Ana E. Vega M.*, cuando de acuerdo con estas versiones se puede concluir que su retiro se debió a las apreciaciones jurídicas sobre el contenido del Decreto 1202 y en esta forma desconoce los indicios que surgen de estos medios probatorios y la congelación de la planta de personal (folio 175).

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Cuarto Delegado en lo Contencioso solicita se revoque el fallo y en su lugar se acceda a las súplicas de la demanda, por estimar que le asiste razón al demandante en sus peticiones. Dijo el Procurador Delegado:

> *"Si bien las pruebas en comentario no son contundentes, por así llamarlas, sí conforman indicios serios de que el motivo que tuvo el señor Gobernador del Departamento para prescindir de los servicios del demandante fue su opinión sobre el Decreto 1202 suyo, lo que cobra más fuerza si se tiene en cuenta que era un empleado que ya llevaba varios años en la Administración, que estaba bien calificado y contra el cual no había queja alguna ni registraba antecedentes disciplinarios de ninguna índole".*

CONSIDERACIONES

El actor afirma que el acto acusado se expidió en abuso del poder, en virtud de haber expresado su concepto jurídico con una reunión con los inspectores de educación sobre el Decreto Departamental No. 1202 de 1985 (el cual no reposa en el expediente), relacionado con los derechos del personal docente, el día 4 de julio de 1985 a las 10:00 a.m., o sea un día antes de reunirse los interesados con el gobernador. Pretende demostrar su aserto con las siguientes pruebas:

a) Testimonio de *Ana Elvira Vega Murcia*, inspectora de educación de Cundinamarca, y *Rafael Delgado Salguero*, educador de profesión y quien trabajó con el demandado en la oficina jurídica de la Gobernación de Cundinamarca, y

b) El documento dirigido por los inspectores al gobernador, solicitando la revocatoria del Decreto 1202 de 1985 (folio 68);

De acuerdo con la declaración del señor *Delgado* (folios 108 y ss.), se llevó a cabo una reunión con algunos docentes afectados por el Decreto 1202 de 1985, a la cual asistió el actor, expresando su inconformidad jurídica sobre el mismo. Así lo expresó:

> *"**Al Quinto Punto:** Indique al Juzgado si usted tuvo conocimiento de que el día 4 de junio de 1985 el señor José Manuel Fula se hubiese reunido con un grupo de inspectores en la Oficina y por insinuación de éstos últimos al ser consultado en relación del Decreto 1202 y cual fue (sic) la respuesta del doctor **Fula** (sic)? **Contestó**: sí, nosotros citamos al doctor **Fula** al primer piso de la oficina 104 y le hicimos la consulta respecto al Decreto que nos declaraba como personal administrativo y él pues lógicamente expresó que era una situación que no tenía ni pie ni cabeza, que no tenía fundamento de orden legal ninguno. En vista de eso expresé yo personalmen-*

te a la reunión que eso era un esperpento jurídico y así se lo expresamos a todos los funcionarios de la Gobernación, empezando por el Inspector de Vigilancia del departamento, a los Asesores del señor Gobernador, al señor Secretario General del Departamento que era el doctor ***Armando Contreras****, y por último en la audiencia que tuvimos con el señor Gobernador que entre otras cosas se puso disgustado y trató de presionarnos a que lo estábamos haciendo nosotros lo estábamos haciendo fuera de la ley pero le demostramos que somos conocedores de nuestra tarea y de las disposiciones legales que rigen en la materia docente. De ahí el señor Gobernador ordenó que nos entendiéramos directamente con el doctor* ***Contreras*** *que era el Secretario General y fue así que se elaboró conjuntamente el Decreto por medio del cual nos devolvían a las características de orden docente.*

(...).

Al Décimo Punto*: Indíquele al Juzgado si usted conoce las razones que posiblemente tuvo el señor Gobernador para emitir el decreto que declaró insubsistente al señor* ***José Manuel Fula*** *con posterioridad a la Audiencia que sostuvo con los señores Inspectores?* ***Contestó:*** *Nosotros saliendo de la Audiencia con el señor Gobernador expresamos con mucha claridad que lo que le habíamos dicho del alto funcionario que nos había contado que el señor Gobernador había llamado a la Jefe de la Oficina Jurídica para preguntarle* ***sobre el alboroto*** *que había en la oficina jurídica de la secretaría de algunos funcionarios y que ésta le había contestado que eran cuatro pelagatos* ***dijimos van a votar al doctor Fula****; seguro y preciso al otro día apareció el decreto destituyéndolo, esta es la razón que* ***nosotros suponemos***" (folio 11. ***Se destaca***).

Sin embargo, de esta declaración no se deduce lo afirmado en la demanda, es decir que la razón para declarar la insubsistencia hubiera sido dicho concepto jurídico, pues si bien es cierto que el mismo fue transmitido a varias autoridades a la Gobernación y expuesto ante el Gobernador, por ningún lado se afirma que su autor fuera el demandante. Es decir, echa de menos la Sala el nexo de causalidad entre el concepto que emitió el demandante en la reunión con los Inspectores, con la expedición del acto de insubsistencia. Corrobora esta afirmación la parte pertinente de la prueba testimonial que a continuación se transcribe:

— *Ana Elvira Vega,* quien trabajó con el actor en la Oficina de la Secretaría de Educación de Cundinamarca, dijo al respecto lo siguiente:

"*...Diga si hubo alguna relación entre la expedición del Decreto Departamental 1202 del 23 de mayo 1985, por medio del cual se les quitaba el carácter de docentes a los educadores que desempeñaran cargos administrativos y la declaración de insubsistencia del cargo de Asesor Jurídico que*

de la Secretaría de Educación desempeñaba el doctor ***Fula. Contestó:*** *Efectivamente, la Gobernación de Cundinamarca produjo esas dos decisiones a que usted hace referencia* ***pero no estoy yo en condiciones de aseverar qué clase de relación pudo existir entre las dos, pues ese fue un pensamiento directo del Gobernador de Cundinamarca y una determinación tomada por él,*** *pero que laboralmente y humanamente* ***puede*** *analizarse como en realidad se analizó en ese entonces y se comentó entre todos los estamentos que conocieron las disposiciones de que la disposición que declaraba insubsistente a* ***José Manuel Fula,*** *tenía una marcada relación con la disposición que declaraba el carácter administrativo para el grupo de docentes"* (se destaca).

Los declarantes, por razón de su cargo, eran personas ajenas en la toma de decisiones en el manejo del recurso humano de la Gobernación, y tienen una concepción sobre el hecho en sí mismo, u opinión personal que de ninguna manera pueden ser factores determinantes para demostrar la desviación de poder aludida.

El documento de solicitud de revocatoria del Decreto 1202 de 1985 del Gobernador de Cundinamarca dirigido a esta entidad por parte de los inspectores no demuestra que la causa del retiro del actor haya sido su opinión sobre el mismo. En efecto, ni allí se cita concepto ni opinión del demandante, ni este funcionario lo suscribe.

A la misma conclusión se llega en relación con la afirmación del demandante, que hace consistir en que la declaratoria de insubsistencia fue expedida con desviación de poder, por haber sido proferida al día siguiente de la reunión que sostuvieron los inspectores con el Gobernador. Frente a esta apreciación, al igual que en las anteriores argumentaciones, se presenta ausencia del nexo causal que demuestre que la razón que movió al nominador a la expedición del acto de retiro del servicio, hubiera sido el supuesto criterio jurídico del demandante, pues como se hizo claridad esta circunstancia no fue probada en el curso de proceso, pues no obra en autos que el concepto jurídico hubiera sido conocido por el Gobernador y a los testigos no les consta tal afirmación.

Igualmente conviene señalar que la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, ha señalado que las directivas sobre congelación de plantas de personal no tienen el alcance de hacerle perder la facultad de remoción que tiene el nominador, por la sencilla razón de que mediante un decreto ejecutivo no se puede suprimir la facultad que sobre esta materia les confiere la ley a las autoridades territoriales.

En estas condiciones, se considera que las pruebas allegadas al proceso y examinadas en conjunto, teniendo en cuenta su objeto, concordancia y

convergencia con la causa de retiro del servicio del actor y su relación con lo expresado en el libelo demandatorio, no demuestran lo allí afirmado, y por lo tanto no están llamadas a prosperar, debiéndose confirmar el fallo apelado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley y en desacuerdo con el concepto del Ministerio Público,

FALLA:

CONFIRMASE el fallo de 29 de mayo de 1992, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en demanda promovida por *José Manuel Fula Torres*, y mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase, y una ejecutoriada devuélvase al Tribunal de origen.

Discutida y aprobada por la Sala en sesión de dieciocho (18) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruiz, ausente; *Carlos Orjuela Góngora, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, María Eugenia Samper R.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

EMPLEADO DE LA DIAN - Destitución / **RESERVA TRIBUTARIA** - Violación / **DESTITUCION DE EMPLEADO DE LA DIAN** - Causales

En sentir de la sala y como es apenas elemental, la reserva tributaria se viola desde el momento en que se obtienen, por medios no usuales ni establecidos legalmente, documentos, cifras u otros datos que, como las declaraciones de renta y patrimonio, están resguardadas por tal reserva, independientemente del uso que luego pueda hacerse de esas informaciones. Como lo prescribe el Decreto 1651 en cita, los funcionarios de Impuestos Nacionales pueden utilizar informaciones sometidas a la absoluta reserva *solamente* para control, recaudo y cobro de los impuestos nacionales, y para informaciones impersonales de estadística. Desde el momento mismo en que el demandante solicitó y obtuvo copias de la declaración de renta de terceras personas, con el fin de entregárselas a un amigo suyo, es claro que se configuró la falta por infracción de la reserva, así no hubiera llegado a materializarse su entrega a la persona que le solicitó el favor y que era a su vez un tercero frente a los declarantes. A juicio de la Sala, siempre que se obtenga información contenida en las declaraciones de renta, para fines distintos de los señalados en la norma, se incurre en la violación de la reserva, y esa fue la conducta asumida por el funcionario destituido; luego la gravedad de la falta cometida es incuestionable. Por tal razón y en contra de lo que sostiene el actor, la sanción de destitución —impuesta tras el adelantamiento de un disciplinario con ajuste a derecho—fue proporcionada a la falta cometida y la gravedad de la misma no se aminoraba por la confesión del inculpado. No puede aceptarse que una garantía consagrada en favor de los ciudadanos como es la reserva tributaria sea transgredida, así ese acto no hubiera producido efectos prácticos; y tal conducta que desdice de la pulcritud y la prudencia a que están obligados los funcionarios en el desempeño de sus labores, amerita sanción. Por último, no es tampoco de recibo el argumento según el cual la conducta del demandante no ameritaba destitución porque la violación de la reserva tributaria no figura como sancionable con esa medida en el artículo 15 de la Ley 13 de 1984.

Como lo sostiene el Tribunal, las conductas allí relacionadas son enunciativas, no taxativas y es claro que una falta notoriamente grave, como la que en este caso se probó, amerita imponer la destitución.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejera Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 7461. Actor: Franco Hidalgo Delgado. Resoluciones Ministeriales.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 29 de mayo de 1992 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

ANTECEDENTES

Por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, el señor *Franco Hidalgo Delgado* pidió al Tribunal anular las Resoluciones 00464 (febrero 19) y 00946 (marzo 30), ambas de 1987, expedidas por el Ministro de Hacienda y Crédito Público y mediante las cuales se le destituyó del cargo de Profesional Universitario 3020-06 de la División de Cobranzas de la Subdirección de Recaudo de la Dirección General de Impuestos Nacionales de ese Ministerio.

Como consecuencia de tales nulidades solicitó el restablecimiento del derecho.

Alegó que él no incurrió en violación de la reserva tributaria y que la administración interpretó equivocadamente lo que significa esa figura y actúo con falsa motivación, pues de haber entendido bien el alcance de la reserva no lo habría destituido.

LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal denegó las súplicas de la demanda y para ello sostuvo que la violación de la reserva tributaria se concreta sin que sea necesario utilizar de modo indebido el documento al cual se accede por medios ilegales. Que del proceso disciplinario se establece que la violación de la reserva por parte del actor sí ocurrió. Que no se da en este caso la violación de Ley 13 de 1984 ni de su Decreto reglamentario 482 de 1985. Que tampoco se da la violación de los artículos constitucionales invocados como tales en la demanda pues éstos sólo pueden ser transgredidos a través de las normas legales que los desarrollan.

LA APELACION

Argumenta el apelante que para que exista la violación de la reserva tributaria establecida en el artículo 2° del Decreto 1651 de 1961 es preciso que se dé la utilización indebida de las informaciones contenidas en una declaratoria de renta. Que no realizó tal conducta. Que el Tribunal no dice con claridad en qué consiste la violación de la misma. Que racionalmente la situación supone revelar o dar conocer de alguna manera la información. Que jamás se le demostró que hubiera revelado información de declaraciones de renta. Que el hecho de haber solicitado unas fotocopias fue una falta pero no violación de la reserva tributaria.

ALEGATOS

Dice la parte demandada que en la apelación el recurrente en verdad no aporta ningún argumento nuevo al manifestar su inconformidad con la sentencia apelada y solicita su confirmación (folios 88-89 cd.1).

El demandante reitera sus puntos de vista sobre de lo que entiende por ***utilizar*** la información tributaria (cd. 1, folios 94-95).

La doctora Procuradora Quinta Delegada ante la Corporación guardó silencio.

Se decide, previas estas

CONSIDERACIONES

De establecerse en este caso si la sanción de destitución que se le aplicó al actor, desvinculándolo en tal forma del Ministerio de Hacienda y Crédito Público e inhabilitándolo por un (1) año para desempeñar cargos públicos, se ajusta, o no, a derecho.

La destitución es una forma de retiro del servicio público, pero simultáneamente es la máxima sanción que se aplica a un empleado o funcionario. Como tal—como pena—su imposición no es discrecional ni libre sino que está sometida al previo cumplimiento de un debido proceso como resultas del cual—y con apego a las normas que amparan la legítima defensa del inculpado—se obtenga la certidumbre de que la falta o faltas cometidas son graves y aparecen tan debidamente probadas que se impone, necesaria y consecuentemente, esa sanción.

En el presente caso al demandante, señor Hidalgo Delgado, se le acusó de violación a la reserva tributaria establecida en el artículo 2° del Decreto 1651, que dice:

"La declaración de renta y patrimonio tiene por objeto principal servir de base para la liquidación del impuesto de renta y complementarios, de los recargos y otros impuestos que la ley tiene establecidos para liquidar conjuntamente. Las informaciones que contiene, así como las que se produzcan oficialmente en relación con ellas, están amparadas por las más absoluta reserva y pueden ser utilizadas por los funcionarios de la División de Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público solamente para control, recaudo y cobro de los Impuestos Nacionales, y para informaciones impersonales de estadísticas".

La violación de la reserva tributaria de la cual se acusó al señor *Hidalgo Delgado,* según la administración, consistió en que él a instancias de un amigo suyo y por hacerle un favor a éste, solicitó la declaración de renta y patrimonio por los años gravables de 1980 y 1981 presentadas por los contribuyentes Editorial Universitaria de América Latina Ltda. y *Hugo Alberto Niño Caro.*

La comisión de la falta fue debidamente establecida en el curso disciplinario adelantado con tal propósito y el empleado incurso en ella nunca negó que la hubiera cometido sino que admitió el hecho.

Empero, según la demanda, la infracción a la prohibición contemplada en la ley que se citó sólo se da cuando haya utilización indebida de los documentos de que se trate. En este caso—se dice en el libelo—no se demostró que el demandante hubiera utilizado indebidamente las declaraciones de renta que pidió en las dependencias donde laboraba ni tampoco se comprobó—agrega—que hubiesen sido conocidas por terceros.

Este argumento no resiste ningún análisis y sólo significa una muy particular interpretación de la ley, pues ésta en ningún momento subordinada la violación de la reserva tributaria a la utilización que se haga de las informaciones por ella amparadas, con posterioridad al levantamiento irregular de ese sigilo; solamente indica en qué casos se pueden válidamente utilizar.

En sentir de la Sala y como es apenas elemental, la reserva tributaria se viola desde el momento en que se obtienen, por medios no usuales ni establecidos legalmente, documentos, cifras u otros datos que, como las declaraciones de renta y patrimonio, están resguardadas por tal reserva, independientemente del uso que luego pueda hacerse de esas informaciones.

Como lo prescribe el Decreto 1651 en cita, los funcionarios de Impuestos Nacionales pueden utilizar informaciones sometidas a la absoluta reserva ***solamente*** para control, recaudo y cobro de los Impuestos Nacionales, y para informaciones impersonales de estadísticas. Desde el momento

mismo en que el demandante solicitó y obtuvo copias de la declaración de renta de terceras personas, con el fin de entregárselas a un amigo suyo, es claro que se configuró la falta por infracción de la reserva, así no hubiera llegado a materializarse su entrega al señor Luis Miguel Jiménez Moreno quien fue la persona que le solicitó el favor y que era a su vez un tercero frente a los declarantes.

A juicio de la Sala, siempre que se obtenga información contenida en las declaraciones de renta para fines distintos de los señalados en la norma, se incurre en violación de la reserva, y esa fue la conducta asumida por el funcionario destituido; luego la gravedad de la falta cometida es incuestionable.

Por tal razón y en contra de lo que sostiene el actor, la sanción de destitución —impuesta tras el adelantamiento de un disciplinario con ajuste a derecho—fue proporcionada a la falta cometida y la gravedad de la misma no se aminoraba por la confesión del inculpado. No puede aceptarse que una garantía consagrada en favor de los ciudadanos como es la reserva tributaria sea transgredida, así ese acto no hubiera producido efectos prácticos; y tal conducta que desdice de la pulcritud y la prudencia a que están obligados los funcionarios en el desempeño de sus labores, amerita sanción.

Por último, no es tampoco de recibo el argumento según el cual la conducta del demandante no ameritaba destitución porque la violación de la reserva tabutaria no figura como sancionable con esa medida en el artículo 15 de la Ley 13 de 1984. Como lo sostiene el Tribunal, las conductas allí relacionadas son enunciativas, no taxativas y es claro que una falta notoriamente grave, como la que en este caso se probó, amerita imponer la destitución.

No está por demás recordar, como lo hace el *a quo*, que la violación de las normas constitucionales que cita la demanda sólo es posible en la medida en que se demuestre transgresión de las disposiciones legales que las desarrollen, no de manera directa.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada, proferida el 29 de mayo de 1992 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso entablado por *Franco Hidalgo Delgado* contra la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día veinticinco (25) abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruiz, ausente, *Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas,* ausente; *María Eugenia Samper R.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ADMINISTRACION MUNICIPAL - Reestructuración / **SECRETARIA DE OBRAS PUBLICAS MUNICIPAL** - Supresión

El acuerdo acusado reestructura la administración municipal y los artículos cuya nulidad y suspensión provisional se solicita suprimen la Secretaría de Obras Públicas Municipales y facultan al primer mandatario local para el cumplimiento de obligaciones inherentes a esa reforma administrativa. Tal decisión nada tiene que ver con el principio de la separación de los poderes públicos, artículo 113 de la C.P. Y si el asunto se plantea por el aspecto de las competencias propias del Alcalde y del concejo municipal, es claro que al Concejo corresponde determinar la estructura de la Administración municipal. Será entonces materia del estudio de fondo que corresponde hacer en la sentencia, el determinar si la supresión de toda una dependencia puede hacerla el concejo según el numeral 6 del artículo 313 de la Constitución, o el alcalde municipal. Por otra parte, y en relación con el artículo 122 de la Constitución, cree la Sala que no hay violación flagrante pues no se están creando empleos sin funciones ni proveyendo cargos. En cuanto al numeral 3 del artículo 313 *ibidem*, examinar si la autorización concedida al alcalde fue o no precisa, o si el Concejo podía delegar, exige un estudio de fondo que no corresponde a un auto de suspensión provisional. En relación con la prohibición de crear obligaciones que superen el monto global fijado para gastos de personal en el presupuesto inicialmente aprobado (artículo 315 numeral 7 de la C.N), sería necesario analizar la ley orgánica del presupuesto y los presupuestos aprobados y no es este el momento; ello corresponde de la sentencia. La misma observación cabe respecto del artículo 345 de la C.N.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrada Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 13537. Actor: Alirio Zarate Ariza. Apelación Interlocutores.

Se procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por el señor *Alirio Zárate Ariza* contra el auto de 22 de febrero de 1996, proferido por el Tribunal Administrativo del Caquetá, por el cual se negó la suspensión provisional solicitada.

La demanda se dirige a obtener la suspensión provisional y, mediante sentencia, la nulidad de las siguientes disposiciones del Acuerdo No. 016 del 8 de mayo de 1995 expedido por el Concejo Municipal de Florencia —Caquetá—; *"por el cual se reestructura la Administración Municipal, se reorganizan todas las dependencias, se definen las funciones de las diferentes dependencias y se dictan otras disposiciones".*

Parágrafo único del artículo 10 que reza:

"En virtud de lo anteriormente acordado, suprímase la Secretaría de Obras Públicas Municipales.

Artículo 105:

Autorízase al alcalde para que en un término no mayor de 180 días, contados a partir de la fecha de la publicación del presente Acuerdo, para que efectúe los movimientos presupuestales y dictar las reglamentaciones que sean necesarias para el cumplimiento del presente Acuerdo, así mismo para la consecución de recursos internos o externos a través de mecanismos de crédito, ayudas nacionales, internacionales o cofinanciación.

Parágrafo Unico. *Previa autorización de la capacidad de endeudamiento expedida por la Secretaría de Hacienda"*

Artículo 106:

Autorízase al Alcalde Popular de Florencia, hasta 180 días a partir de la aprobación del presente Acuerdo para que dentro de los trámites de ley proceda a efectuar las indemnizaciones que se consideren necesarias y viables a efecto de viabilizar la reforma administrativa y la reestructuración de la planta de personal".

Para sustentar la medida provisoria el accionante, en extenso escrito, estima violadas las siguientes normas:

De la Constitución Nacional los artículos: 53; 113; 122; numerales 3° 5° y 6° del artículo 313; numerales 4° y 7° del artículo 315; 340; y 345.

Del Código Sustantivo del trabajo el artículo 467.

Y del Decreto 1333 de 1986 el artículo 289, inciso final del mismo, y el artículo 293.

Manifiesta el solicitante que el concejo municipal desbordó el ámbito de su competencia al suprimir la Secretaría de Obras Públicas Municipales, porque dentro de sus atribuciones constitucionales no se encontraba ésta, siendo exclusiva del alcalde de conformidad con los artículos 313 numeral 6° y 315 numeral 4° de la C.N. Que si bien el Concejo, mediante el artículo 10 del acuerdo demandado, determinó la estructura de la administración, por ello y a manera de conclusión, podía dar por suprimida la Secretaría de Obras Públicas. Reafirma que la facultad de suprimir esa dependencia era del alcalde, pero condicionada al control previo del órgano legislativo y que éste, al haberse arrogado funciones que no le eran propias, transgredió el artículo 122 de la C.N.

Señala que en materia de supresión de entes municipales el concejo y el alcalde realizan funciones separadas pero armónicas, que el funcionario local suprime previo acuerdo expedido por el órgano local que determine las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se llevará a cabo la supresión del ente, pero que en este caso se invirtieron las funciones porque fue el concejo quien lo hizo y el Alcalde guardó silencio, por lo que considera que se viola el artículo 113 de la C.N.

Que el artículo 105 infringe el numeral 5° del artículo 313 de la C.N., al facultar al alcalde para efectuar movimientos presupuestales y dictar la reglamentación necesaria para el cumplimiento del Acuerdo 016, cuando ello no era posible por ser una atribución exclusiva del órgano local, que tampoco podía delegarla en ese funcionario. Que dicha facultad se otorgó en forma general y sin considerar lo dispuesto en el numeral 3°. del artículo 313 de la C.N., donde se exige que las funciones encomendadas al alcalde deben ser precisas de las que le corresponden al concejo municipal y dentro de un tiempo determinado.

Que el alcalde municipal no es el competente para efectuar las indemnizaciones que menciona el artículo 106, atribución legítima del concejo de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 313 de la C.N. y que ellas sólo pueden figurar en el acuerdo contentivo del presupuesto, al cual debe sujetarse el funcionario local para proceder de conformidad y no ir en contra del precepto constitucional. Que las facultades dadas al alcalde fueron generales, vagas e imprecisas y no como lo ordena el numeral 3° del mismo artículo. Que otorgar esta facultad significa emprender una reforma administrativa, omitiendo lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 340 del C.N., relacionado con los consejos de planeación que deben existir en las entidades territoriales,

sin permitir el control y la participación técnica de estos entes en la distribución de los recursos y evitar la desviación de los mismos. Que tratándose de indemnizaciones esta función no podía ser delegada, porque el concejo no está facultado para fijar esta clase de regímenes inherentes a las reformas administrativas que emprenda, y al hacerlo transgredió el artículo 345 de la C.N.

Considera que el artículo 106 del Acuerdo 016 infringió el artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo, porque quebranta el régimen legal en materia de estabilidad de los trabajadores de la Secretaría de Obras Públicas consagrado en la cláusula 2ª de la convención colectiva de trabajo de 1967; que no pueden ser indemnizados por los efectos de la reforma administrativa debido a que su situación laboral es diferente, sujeta a lo previsto en esta cláusula que informa los causales por las cuales pueden ser licenciados. Que igual viola el artículo 293 del Decreto 1333 de 1986 que obliga tanto al concejo como al alcalde a respetar el régimen jurídico y las condiciones laborales de los trabajadores oficiales del Municipio de Florencia, quienes se encuentran vinculados mediante contrato de trabajo y a la convención colectiva que es la ley para las partes. Cita una sentencia proferida por la Corte Constitucional relacionada con el derecho colectivo del trabajo, transcribe unos apartes y dice que también fue vulnerada.

Estima igualmente como violados por los artículos 105 y 106 del mencionado acuerdo, el artículo 289 e inciso final del mismo, del Decreto 1333 de 1986, según el cual el concejo determina la planta personal de la alcaldía, las secretarías y de sus dependencias, a iniciativa del alcalde, e igualmente crea, suprime o fusiona empleos de los órganos de control, fiscalización y manejo, ceñido a las normas que el mismo expida sobre nomenclatura, clasificación y remuneración de empleos sin poder crear a cargo el tesoro municipal obligaciones que superen el monto fijado en el presupuesto inicialmente aprobado para el pago de servicios personales; y que en consecuencia, el concejo no podía delegar en el alcalde municipal la función de aprobar la reestructuración de la planta de personal y menos la de expedir una nueva, a efecto de reorganizar la administración municipal; que el Alcalde tiene la iniciativa pero no la competencia para ello.

Finalmente dice que los actos acusados violan el numeral 7° del artículo 315 de la C.N., al facultar al alcalde para efectuar erogaciones sin control ni sujeción alguna al presupuesto que ya se había fijado mediante Acuerdo 052 de diciembre 9 de 1994, donde no se previó suma alguna para efectos de movimientos presupuestales por la reestructuración administrativa, como tampoco en la adición que se hizo mediante Acuerdo 012 de abril 21 de 1995, para lo cual compara los dos acuerdos mediante un cuadro que anexa. Que la nueva Constitución Política previendo esa situación prohibió al alcalde crear obligaciones que excedan el monto global fijado para gastos de personal en el presupuesto inicialmente aprobado.

EL AUTO APELADO

El Tribunal negó la suspensión provisional luego de considerar que para deducir la infracción de las normas constitucionales y legales invocadas, así como de las reglamentarias y convencionales, es necesario un profundo y detenido estudio, pues no surge en forma manifiesta, y porque la solicitud no cumplió con uno de los requisitos exigidos por el artículo 152 del C.C.A., como lo es la demostración, aunque sea sumaria, del perjuicio que los actos impugnados causan al demandante, siendo la acción intentada la nulidad y restablecimiento del derecho.

LA APELACION

Manifiesta el apelante que el perjuicio ocasionado mediante los actos acusados se traduce en la terminación del contrato de trabajo por la supresión de la Secretaría de Obras Públicas Municipales, que si bien para la fecha de presentación de la demanda esto no había sucedido, se trataba de una contingencia, pues ésta se vislumbraba con la desaparición del ente municipal.

Para sustentar lo dicho, se apoya, en el oficio No. 2615 de octubre 30 de 1995 mediante el cual la Alcadía da por terminado el contrato de trabajo; en un escrito en el que afirma haber agotado la vía gubernativa; en dos proposiciones, la una del concejo municipal y la otra de la asamblea departamental, relacionadas con los despidos; en un comunicado del personero municipal en el mismo sentido; en la convención colectiva de trabajo; en la convocatoria del tribunal de arbitramento para la fecha de retiro; y en que la causal de retiro no se ajustó a lo previsto en los artículos 48 y 49 del Decreto 2127 de 1945.

Además, fundamenta su petición en los conceptos de violación formulados en la demanda.

Se decide, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

La Sala reitera una vez más que de conformidad con el artículo 152 del C.C.A., la procedencia de la suspensión provisional esta condicionada a los requisitos en él señalados, siendo uno de ellos la violación manifiesta de las normas invocadas.

El actor indica como violado el artículo 53 de la C.N., que faculta al Congreso de la República para expedir el estatuto del trabajo y señala ciertos principios fundamentales que deben ser tenidos en cuenta. La Sala no encuentra en este momento en qué forma el acuerdo municipal desconozca esta disposición.

El acuerdo acusado reestructura la administración municipal y los artículos cuya nulidad y suspensión provisional se solicita suprimen la Secretaría de Obras Públicas Municipales y facultan al primer mandatario local para el cumplimiento de obligaciones inherentes a esa reforma administrativa. Tal decisión nada tiene que ver con el principio de la separación de los poderes públicos, artículo 113 de la C.P. Y si el asunto se plantea por el aspecto de las competencias propias del alcalde y del concejo municipal, es claro que al concejo corresponde determinar la estructura de la Administración Municipal. Será entonces materia del estudio de fondo que corresponde hacer en la sentencia, el determinar si la supresión de toda una dependencia puede hacerla el Concejo según el numeral 6 del artículo 313 de la Constitución, o el alcalde municipal. Por otra parte, y en relación con el artículo 122 de la Constitución, cree la Sala que no hay violación flagrante, pues no se están creando empleos sin funciones ni proveyendo cargos.

En cuanto al numeral 3 del artículo 313 *ibidem*, examinar si la autorización concedida al alcalde fue o no precisa, o si el concejo podía delegar, exige un estudio de fondo que no corresponde a un auto de suspensión provisional.

Se observa que en el presente caso, el concejo municipal utilizó erróneamente el término "suprímase" para referirse a la Secretaría de Obras Públicas Municipales luego de fijar la estructura de la administración municipal, pero en realidad lo que hizo fue suprimirla en ejercicio de la facultad que le concedé el numeral 6 del artículo 313 de la C.P.

En relación con la prohibición de crear obligaciones que superen el monto global fijado para gastos de personal en el presupuesto inicialmente aprobado (artículo 315 numeral 7° de la C.N.), sería necesario analizar la ley orgánica del presupuesto y los presupuestos aprobados y no es este el momento; ello corresponde a la sentencia. La misma observación cabe respecto del artículo 345 de la C.N.

El peticionario de la suspensión, al explicar la violación flagrante de la disposición contenida en el artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo, se refiere no directamente a los actos impugnados que demanda, sino a la convención colectiva celebrada entre el Sindicato de Trabajadores Municipales y el Municipio de Florencia, es decir, que no se hace una confrontación directa entre los artículos acusados y la norma considerada como infringida, sino entre ésta y lo pactado en la mencionada convención colectiva de trabajo. Además, esta jurisdicción carece de competencia para conocer de conflictos que tengan origen en contratos individuales de trabajo.

En cuanto al artículo 289 del Decreto 1333 de 1986, cabe la misma consideración que se hizo con relación al artículo 313 numeral 6 de la C.N., sobre las atribuciones de los concejos municipales. Respecto al artículo 293 del mismo decreto, es una disposición que señala por cuáles normas

se rigen los empleados públicos y los trabajadores oficiales y no se encuentra en qué forma los artículos acusados puedan infringirla *prima facie*.

En este orden de ideas la Sala concluye que no se ha demostrado la violación flagrante de las normas en que se sustenta la petición de Suspensión Provisional y por tanto no es posible decretarla.

En consecuencia, la Sala confirmará la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo del Caquetá.

Por lo expuesto se

RESUELVE:

Confirmar la providencia proferida por el Tribunal Administrativo del Caquetá el 22 de febrero de 1996, que negó la suspensión provisional impetrada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día veinticinco (25) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruiz, ausente; *Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas,* ausente; *María E. Samper Rodríguez.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: En el mismo sentido pueden consultarse las providencias de fecha 25 de abril de 1996, expedientes 13233, 13285, 13286, 13386, 13534; 30 de mayo de 1996, expedientes 13672, 13668. Consejera Ponente, doctora *Clara Forero de Castro;* 2 de mayo de 1996, expedientes 13753, 13533, 13284; 30 de mayo de 1996, expedientes 13664, 13663, 13671 y 13679. Consejera Ponente, doctora *María Eugenia Samper;* 18 de abril de 1996, expediente 13242; 30 de mayo de 1996, expedientes 13681, 13670, 13662, 13680. Consejera Ponente, doctora *Dolly Pedraza de Arenas;* 16 de mayo de 1996, expediente 13374; 30 de mayo de 1996, expedientes13387. Consejero Ponente, Alvaro Lecompte Luna; 30 de mayo de 1996, expedientes 13676, 13669, 13666. Consejero Ponente, doctor *Carlos Arturo Orjuela Góngora;* 16 de mayo de 1996, expedientes 13667, 13535, 13682, 13665, 13372, 13678, 13287. Consejero Ponente doctor *Joaquín Barreto Ruiz.*

ADMINISTRACION MUNICIPAL - Reestructuración / **SECRETARIA DE OBRAS PUBLICAS MUNICIPAL** - Supresión / **EMPLEADO DEL DISTRITO CAPITAL** - Insubsistencia / **EMPLEADO DE CARRERA** - Estabilidad / **ACTO ADMINISTRATIVO** - Elementos

La circunstancia de que aparezcan tachadas las firmas de la Directora y la Jefe de la Asesoría Jurídica, quienes suscribieron la Resolución N° 363 y de que ésta tenga sello de "anulado", no significa que ello corresponda a un mecanismo legal de la administración para invalidar el acto, porque al haber creado una situación jurídica particular, debía procederse a revocarlo previa anuencia del titular del derecho subjetivo o demandar su nulidad en procura de la defensa del orden jurídico, si la administración creía había incurrido en error; admitir esta conducta equivaldría a patrocinar el quebrantamiento de principios básicos del ordenamiento jurídico y fomentar la arbitrariedad. De otra parte, no le hacen falta elementos esenciales a la Resolución No. 363, la cual dados su contenido, forma y el ente que la profirió no podría pensarse que correspondiera a un simple proyecto, porque esta clase de asuntos se caracterizan por una cierta informalidad que se refleja en su falta de numeración, de fecha y de firmas; en cambio la providencia que resolvió el recurso e inscribió en carrera administrativa a la demandante, tiene toda la verdadera estructura formal y de fondo de un acto administrativo. Aunque en verdad la Resolución No. 363 sólo tiene dos firmas y un tercer espacio sin rúbrica, esta es otra omisión que tampoco afecta la validez del acto; primero porque no se allegó manual o disposición que indique cuáles firmas debía llevar el acto, y segundo, porque si en verdad se presentó una omisión, ello no puede acarrearle perjuicios al administrado, máximo cuando en el evento de autos la resolución en comento ostenta las firmas de la Directora y el Asesor Jurídico; y porque en su ratificación, que se produjo mediante la Resolución No. 0055 de febrero 2 de 1992, sí aparecen todas las firmas. Se concluye que la demandante sí estaba inscrita en Carrera Administrativa y por ende gozaba del amparo de estabilidad, según lo preceptuado en la C.N., artículo 125, y en el Decreto 2400 de 1968, Ley 27 de 1992, Acuerdo

No. 12 de 1987 y Decreto (Distrital) 0281 de 1988; por tanto, al habérsele desconocido esa prerrogativa de estabilidad y ser declarada insubsistente sin motivación alguna y sin que se diera ninguno de los eventos previstos en los estatutos mencionados es claro que se vulneraron las disposiciones del orden constitucional y legal invocadas por la actora, por manera que se impone declarar la nulidad del acto acusado.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., abril veinticinco (25) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: Doctor *Carlos A. Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 11700. Actora: Elizabeth Alonso González. Autoridades Municipales.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 14 de diciembre de 1994, mediante la cual denegó las pretensiones de la demanda incoada por *Elizabeth Alonso González.*

LA DEMANDA

En el libelo demandatorio (folios 18 a 29), eleva como pretensiones la demandante que se declare la nulidad de la Resolución No. 2032 del 8 de noviembre de 1991, expedida por el Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá, mediante la cual fue declarada insubsistente del cargo de Profesional Universitario IX B - Arquitecto, de la planta de personal del Departamento Administrativo de Planeación Distrital.

Como consecuencia de la declaración de nulidad, el ente demandado deberá restablecer a la demandante al cargo de Profesional Universitario IX B - Arquitecto, procederá al pago de sueldos, primas prestaciones sociales y en general todos los emolumentos dejados desde percibir de la insubsistencia hasta cuando sea efectivamente reintegrada; el reconocimiento de las condenas será con la corrección monetaria correspondiente e intereses, de acuerdo con el C.C.A., artículos 176-178 y se declarará que no hubo solución de continuidad en la prestación del servicio.

El soporte fáctico de las súplicas, en síntesis, afirma: la demandante fue designada mediante Resolución No. 0514 del 20 de noviembre de 1986 como arquitecta del Departamento Administrativo de Planeación Distrital; por méritos profesionales fue inscrita en carrera administrativa mediante Resolución No. 0363 del 6 de junio de 1991 proferida por el Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital. Pero pese a tener esta calidad fue declarada insubsistente por Resolución No. 2032 del 8 de noviembre

de 1991 y posteriormente se le notificó la Resolución No. 0055 de febrero 12 de 1992, mediante la cual se vuelve a ordenar su inscripción en carrera administrativa, pese a que ya estaba inscrita.

Como disposiciones violadas se invocan: Acuerdo No. 12 de 1978, artículo 33; Decreto 991 de julio 21 de 1974, artículo 59; C.N., artículos 25-29-91-125; C.C.A., artículo 84.

LA SENTENCIA

El *a quo* denegó las pretensiones, para lo cual consideró que la demandante no se encontraba inscrita en carrera administrativa, porque la Resolución No. 363 no tiene vida al tener sólo dos firmas tachonadas y faltar una, que el Decreto 0281 de mayo 3 de 1988 es ilegal e inconstitucional porque viola en estricto sentido la carrera administrativa, y la Resolución No. 0055 de febrero 12 de 1992 no puede tener efectos retroactivos y finalmente anota que no se demostraron la falsa motivación ni la desviación de poder.

EL RECURSO

La parte demandante interpuso en tiempo recurso la apelación, con el objeto de que se revoque la decisión del Tribunal y se acceda a las súplicas de la demanda; los fundamentos del recurso son: la Resolución No. 363 es un verdadero acto administrativo; la ausencia de notificación sólo incidía frente al interesado y la falta de la firma del jefe de Reclutamiento tampoco la invalida porque no era funcionario competente y concluye afirmando que en el caso de estudio el acto de inscripción en carrera no ha perdido su validez, al no haberse presentado ninguna de las situaciones previstas en el C.C.A., artículo 66.

MINISTERIO PUBLICO

El agente del Ministerio Público no emitió concepto en el caso objeto de estudio.

CONSIDERACIONES

Según lo expuesto en el libelo demandatorio, sentencia de primera instancia y fundamentos del recurso de alzada, debe establecerse de manera prioritaria si *Elizabeth Alonso González* se encontraba o no inscrita en carrera administrativa, para de esta conclusión derivar la legalidad y validez del acto de insubsistencia objeto de ataque en este juicio.

Se tiene que la confirmación del folio 17 indica la vinculación inicial de la actora como "Supernumerario-Arquitecto" del 20 de noviembre de 1986 al 31 de agosto de 1987; luego fue designada en "propiedad" como

profesional universitario el 28 de abril de 1987 y declarada insubsistente mediante Resolución No. 2031 del 8 de noviembre de 1991.

Inicialmente, la Directora del Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital profirió la Resolución No. 0290 de abril 17 de 1991 (folios 7-8), mediante la cual se negó la inscripción en carrera administrativa de la demandante; en tiempo—el 25 de abril de 1991—*Elizabeht Alonso González* interpuso contra la referida resolución los recursos de reposición y subsidiario de apelación; para resolver sus pedimentos se profirió la Resolución No. 363 de junio 6 de 1991 (folios 12-13-114-115), en la cual se dice que dada la "omisión en el estudio de los requisitos", se revoca la decisión inicial y se ordena "inscribir en carrera administrativa" a la demandante; esta resolución ostenta un sello de *Anulado* las firmas de la Directora y del jefe de Asesoría Jurídica presentan tachaduras y en el espacio para la firma de Jefe de Reclutamiento y Selección no aparece ésta; con contenido idéntico tanto en la parte motiva como en la resolutiva la Directora del Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital profirió un nuevo acto, la Resolución No. 0055 del 12 de febrero de 1992 (folios 15-16-67-68).

Así las cosas, frente a la conducta del Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital es imperioso dilucidar si *Elizabeth Alonso González* gozaba o no de la estabilidad propia de la carrera administrativa al momento de su insubsistencia en noviembre 8 de 1991.

La Resolución No. 363 de junio 6 de 1991 muestra todos los rasgos de un verdadero acto administrativo, porque contiene una manifestación de la voluntad que le reconoce a *Elizabeth Alonso González* la calidad de "inscrita en carrera administrativa", decisión adoptada por órgano competente, pues fue proferida por la Directora del Departamento Administartivo del Sevicio Civil Distrital en forma regular, según lo dispuesto por el Acuerdo No. 12 de 1987 (folios 117 a 143), con el objeto de resolver un recurso de reposición y por lo tanto es un acto válido; el hecho de que no exista constancia de notificación personal a la interesada no es requisito para su validez máxime cuando la destinataria tiene copia del referido acto, la que presentó como prueba en el proceso, lo cual revela su conocimiento y aquiescencia (C.C.A., artículo 48); además, el acto administrativo no es nulo en sí mismo por falta de promulgación, pues tal omisión no está contemplada elevada como causal de nulidad del mismo.

El interrogante que se presenta sobre la validez de la Resolución No. 363 de junio 9 de 1991, es el de si haciendo caso omiso del sello de "anulado" y de los tachones en la firmas de Directora y Jefe de Asesoría Jurídica, la respuesta deba ser la misma que la de la administración al expedir la Resolución No. 0055 de febrero 2 de 1992, con idéntico contenido y efectos a la anterior, es decir, entender convalido lo actuado inicialmente.

Ahora bien, la circunstancia de que aparezcan tachadas las firmas de la Directora y la Jefe de Asesoría Jurídica, quienes suscribieron la Resolución No. 363 y de que ésta tenga sello de "anulado", no significa que ello corresponda a un mecanismo legal de la administración para invalidar el acto, porque al haber creado una situación jurídica particular, debía procederse a revocarlo previa anuncia del titular del derecho subjetivo o demandar su nulidad en procura de la defensa del orden jurídico, si la administración creía había incurrido en error; admitir esta conducta equivaldría a patrocinar el quebrantamiento de principios básicos del ordenamiento jurídico y fomentar la arbitrariedad.

De otra parte, no le hacen falta elementos esenciales a la Resolución No. 363, la cual dados su contenido, forma y el ente que el profirió no podría pensarse que correspondiera a un simple proyecto, porque esta clase de asuntos se caracterizan por una cierta informalidad que se refleja en su falta de numeración, de fecha y de firmas; en cambio, la providencia que resolvió el recurso e inscribió en carrera administrativa a la demandante tiene toda la verdadera estructura formal y de fondo de un acto administrativo; debe destacarse que el mismo Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital certificó lo siguiente (folio 113):

> *"...c. La resolución debidamente firmada y numerada es un acto administrativo, pues precisamente la firma de la autoridad competente le da tal calidad y lo diferencia de lo que son simples proyectos..."* (se destaca).

De otro lado, aunque en verdad la Resolución No. 363 sólo tiene dos firmas y un tercer espacio sin rúbrica, esta es otra omisión que tampoco afecta la validez del acto; primero, porque no se allegó manual o disposición que indique cuáles firmas debía llevar el acto, y segundo, porque si en verdad se presentó una omisión, ello no puede acarrearle perjuicios al administrado, máxime cuando en el evento de autos la resolución en comento ostenta las firmas de la Directora y el Asesor Jurídico; y porque en su ratificación, que se produjo mediante la Resolución No. 0055 de febrero 2 de 1992, sí aparecen todas las firmas.

Es incuestionable que la actora elevó regularmente su solicitud de inscripción en carrera administrativa el 31 de mayo de 1988 (folios 4-5); es decir, que la Resolución No. 0783 de octubre 27 de 1989 se profirió tardí-mente si se toma en cuenta el plazo de sesenta (60) días contemplados para ello en el Acuerdo No. 12 de 1987, artículo 61; el recurso de reposición contra esa negativa se desató el 6 de junio de 1991 con la Resolución No. 363, y lo resuelto se reiteró en la Resolución No. 0055 de febrero 2 de 1992; en ese orden de ideas, las demoras o equivocaciones en que haya incurrido el Departamento Administrativo del Servicio Distrital en cuanto a la inscripción en carrera de la demandante, no deben incidir negativamente en quien tuvo que padecerlas.

Por último, debe ponerse de presente que el Acuerdo No. 12 de 1987 y el Decreto 0281 de 1988, del orden distrital, que son los soportes de los actos proferidos para inscribir en carrera a la actora, no han sido invalidados jurídicamente.

Así las cosas, se concluye que *Elizabeth Alonso González* sí estaba inscrita en Carrera Administrativa y por ende gozaba del amparo de estabilidad, según lo preceptuado en la C.N., artículo 125 y en el Decreto 2400 de 1968, Ley 27 de 1992, Acuerdo N° 12 de 1987 y Decreto (Distrital) 0281 de 1988; por tanto, al habérsele desconocido esa prerrogativa de estabilidad y ser declarada insubsistente sin motivación alguna y sin que se diera ninguno de los eventos previstos en los estatutos mencionados, es claro que se vulneraron las disposiciones del orden constitucional y legal invocadas por la actora, por manera que se impone declarar la nulidad del acto acusado.

En gracia de lo anterior, se revocará la sentencia apelada y, en su lugar, se accederá a las pretensiones del libelo demandatorio.

En lo que atañe con la autorización, para que se le descuente a la demandante de las condenas impuestas las sumas que hubiere recibido del Tesoro Público (C.N., artículo 128) durante el mismo lapso por el desempeño de cargos públicos, el magistrado ponente aclara, como ya lo ha hecho en anteriores oportunidades, que disiente del criterio mayoritario de sus colegas porque las sumas acá reconocidas no corresponden a la remuneración de servicios sino a indemnización de perjuicios tasados por su equivalente salarial y prestacional, como dos conceptos enteramente compatibles; empero, por respeto a dicha mayoría y habida cuenta de que el resto de la Sala comparte las demás argumentaciones de esta providencia, con la presente aclaración se dispondrá el descuento referido si hubiere lugar a ello.

Respecto a la condena de salarios y prestaciones dejados de percibir como consecuencia de la desvinculación ilegal de la empleada, la Sala acoge el criterio ya sentado en anteriores pronunciamientos sobre su reconocimiento con la respectiva indexación, para lo cual se aplicará la fórmula siguiente:

$$R \text{ (valor presente)} = RH \text{ (valor histórico)} \frac{\text{Indice Final}}{\text{Indice Inicial}}$$

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

FALLA:

Primero. REVOCASE la sentencia apelada, dictada el catorce (14) de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994) por el Tribunal

Contencioso Administrativo de Cundinamarca, en el proceso incoado *Elizabeth Alonso González.*

Segundo. DECLARASE la nulidad de la Resolución No. 2032 de noviembre 8 de 1991, mediante la cual se declaró insubsistente a *Elizabeth Alonso González.*

Tercero. En consecuencia y, conforme a lo anotado en la parte motiva de esta providencia, ordénase al Municipio de Santafé de Bogotá. D.C., reintegrar a *Elizabeth Alonso González* en el cargo de "Profesional Universitario IXB - Arquitecto", y cancelarle los sueldos, primas, vacaciones, viáticos y demás emolumentos, correspondientes al cargo últimamente mencionado, desde la fecha en que se produjo su separación del servicio hasta aquella en que sea reintegrada, con los respectivos incrementos.

Cuarto. Los salarios y prestaciones adeudados serán ajustados en los términos del artículo 178 del C.C.A., dando aplicación a la siguiente 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 salarios y prestaciones sociales desde la fecha de su desvinculación hasta el efectivo reintegro por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente en la fecha de desvinculación, por el índice vigente al momento del reintegro.

Cópiese, notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en sesión celebrada el veinticinco (25) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

Clara Forero de Castro, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz,* Ausente; *Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas,* ausente; *María Eugenia Samper R.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO PUBLICO CON FUERO SINDICAL - Improcedencia / **PLAN DE RETIRO COMPENSADO** - Empleado con fuero sindical / **JURISDICCION LABORAL** - Improcedencia de solicitud de retiro de empleado público miembro de directiva sindical / **RETIRO DEL SERVICIO DE EMPLEADO PUBLICO MIEMBRO DE DIRECTIVA SINDICAL** - Justa causa

Como el actor no solicitó su retiro del servicio, y en sentido contrario advirtió a la Administración de que el gozaba de fuero sindical, garantía de que está investida la organización sindical, y este hecho quedó probado en el expediente, y dentro del proceso de modernización, el organismo no fue suprimido y no existía justa causa para separarlo de la entidad mediante resolución motivada, se concluye que están llamadas a prosperar las súplicas de la demanda. La jurisdicción laboral ordinaria no conoce de la solicitud de permiso para retirar del servicio a un empleado público miembro de la directiva sindical, en razón del fuero que tutela a la organización sindical, y por lo tanto el retiro será procedente si existe justa causa expuesta mediante acto administrativo debidamente motivado.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda. - Santafé de Bogotá, D.C., dos (2) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Referencia: Expediente No. 7908. Actor: Ramón Vicente Ebratt Solano. Resoluciones ministeriales.

Ramón Vicente Ebratt Solano, solicita se *declare nula la Resolución No. 888 de 25 de marzo de 1992, proferida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público,* mediante la cual fue *declarado insubsistente* su nombramiento con indemnización, dentro del plan colectivo de retiro compensado, en el empleo de Técnico Administrativo, por estimar que existió desviación de poder en virtud de que no se deseó el buen servicio público ya que él era dirigente sindical, y en esta forma la Administración violó el fuero sindical del cual era titular.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Cesar denegó las súplicas de la demanda, por estimar que el retiro del servicio del actor por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se ajustó al Decreto-Ley 1660 de 1991. Dijo el Tribunal al respecto:

> *"Es cierto a **Ramón Ebratt** se le invitó a acogerse al plan colectivo de retiro compensado y que éste no aceptó tal invitación, pero esa negativa en manera alguna coartaba la discrecionalidad del nominador para declararle insubsistente.*
>
> *No cabe ninguna duda acerca de la legalidad de la resolución acusada, porque tanto el procedimiento previo, como la decisión de desvincular al actor de la administración, se ciñeron en todo a las preceptivas legales"* (folio 225).

EL RECURSO

El actor interpuso el recurso de apelación por estimar que su retiro del servicio fue abusivo, y fue así como el Decreto 1660 de 1991 fue declarado inconstitucional en su totalidad, fuente legal que tuvo en cuenta el Tribunal para denegar las súplicas de la demanda.

En un pormenorizado análisis del fallo de inexequibilidad del Decreto 1660 de 1991, y de los diferentes textos constitucionales, el actor concluye que con su retiro se lesionó el derecho al trabajo, a la estabilidad y al ejercicio de los derechos sociales. Dijo el actor:

> *"Al retirárselo perdió su derecho a la asistencia social (que es irrenunciable en la nueva Carta), la posibilidad de obtener su jubilación, la estabilidad que constitucionalmente se protege y el derecho al trabajo"* (folio 236).

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuradora Novena Delegada en lo Contencioso ante esta Corporación, en un detenido examen de las disposiciones constitucionales y legales, estima que el fallo apelado debe revocarse y accederse a las súplicas de la demanda. En uno de sus apartes expresa:

> *"Pero la situación que se presenta en el **sub lite** es diferente. A pesar de los efectos, también irretroactivos de la sentencia de inexequibilidad —**ex nunc**— debe darse aplicación a la teoría del decaimiento del acto administrativo, porque desaparecieron los fundamentos de derecho. La consecuencia no es otra que la pérdida de fuerza ejecutoria y la extinción*

*del mismo, homologada judicialmente, mediante su declaración de nulidad, a través de una sentencia, que, ésta sí, tiene efectos retroactivos —**ex tunc**—"* (folio 302).

CONSIDERACIONES

En esencia la impugnación al acto acusado se dirige a señalar que existe abuso o desviación de poder en virtud de que el actor gozaba de fuero sindical conforme a lo dispuesto en el artículo 39 de la Carta Política, y por lo tanto no podía ser declarado insubsistente en desarrollo del Decreto 1660 de 1991.

El demandante señala que sobre el fuero sindical, él le planteó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público la no procedibilidad de su retiro, con ocasión de la invitación que dicho organismo cursó a los empleados para acogerse al Plan Colectivo de Retiro Compensado de Naturaleza Mixta (folio 22 a 25).

Igual planteamiento efectuó en el libelo demandatorio (folio 43).

Sobre su condición de sindicalista allegó la certificación del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de 9 de abril de 1992, visible a folio 27, y según la cual el demandante hace parte de la Junta Directiva de la Organización Sindical, de acuerdo con la providencia de 15 de noviembre de 1991, como miembro suplente.

Igualmente, la Dirección Regional de Trabajo y Seguridad Social, a través del Inspector del Trabajo, con fecha 2 de abril de 1992 certifica que el demandante, según Resoluciones 0007 de 28 de febrero de 1989 y 0019 de 9 de junio de 1990, proferidas por la Inspección Nacional del Trabajo, figura como Presidente de la Junta Directiva del Sindicato de Trabajadores del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Seccional Valledupar (folio 28).

Conforme a lo antes expuesto, se concluye que el actor pertenecía al personal directivo de la organización sindical de la entidad a la cual prestaba sus servicios por la fecha de su retiro.

Sobre el fuero sindical, el artículo 406 del Código Sustantivo del Trabajo señala que el personal directivo sindical está asistido por él. Igualmente el artículo 405 de dicha obra lo regula así:

*"**Artículo 45.** Se denomina «fuero sindical» la garantía de que gozan algunos trabajadores **de no ser despedidos**, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa a un municipio distinto, sin justa causa, **previamente** calificada por el juez de trabajo".*

*"**Artículo 406. Trabajadores amparados por el fuero sindical. Están amparados por fuero sindical:***

a) Los fundadores de un sindicato, desde el día de su constitución hasta dos (2) meses despues de la inscripción en el registro sindical, sin exceder de seis (6) meses.

b) Los trabajadores que, con anterioridad a la inscripción en el registro sindical, ingresen al sindicato, para quienes el amparo rige por el mismo tiempo que para los fundadores.

*c) **Los miembros de la junta directiva y subdirectivas de todo sindicato**, federación o confederación de sindicatos, **sin pasar de cinco (5) principales y (5) cinco suplentes**, y los miembros de los **comités seccionales** sin pasar de un (1) principal y un (1) suplente. Este amparo se hará efectivo por el tiempo que dure el mandato y seis (6) meses más;*

d) Dos de los miembros de la comisión estatutaria de reclamos, que designen los sindicatos, federaciones o confederaciones sindicales, por el mismo período de la junta directiva y por seis (6) meses más, sin que pueda existir en una misma empresa más de una (1) comisión estatutaria de reclamos. Esta comisión será designada por la organización sindical que agrupe el mayor número de trabajadores" (se subraya).

Aunque el artículo 409 del Código Sustantivo del Trabajo exceptuaba del fuero sindical a los empleados oficiales, dicha disposición entró en clara contraposición con el artículo 39 de la Constitución Política de 1991, mediante el cual se creó el fuero sindical para los empleados oficiales del orden nacional y territorial que fueran representantes de los respectivos sindicatos. Textualmente expresa el artículo 39 de la Carta:

"Los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado. Su reconocimiento jurídico se producirá con la simple inscripción del acta de constitución.

La estructura interna y el funcionamiento de los sindicatos y organizaciones sociales y gremiales se sujetarán al orden legal y a los principios democráticos.

La cancelación o la suspensión de la personería jurídica sólo procede por la vía judicial.

Se reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión.

No gozan del derecho de asociación sindical los miembros de la fuerza pública".

Demandado el artículo 409 del Código Sustantivo del Trabajo, la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad del inciso primero. Dijo dicha Corporación lo siguiente:

"Es claro para la Corte, que la sola circunstancia de ser empleado público, no es óbice para que una persona goce de fuero sindical. No obstante, la concurrencia de otras circunstancias sí puede inhibir la existencia de fuero. Tal sería el ser funcionario o empleado que ejerza jurisdicción, autoridad civil o política, o cargos de dirección administrativa.

En tal caso, la limitación al fuero está justificada por la siguiente poderosa razón: ***en principio, el fuero se reconoce*** *a los representantes sindicales, es decir, a quienes de algún modo* ***son voceros naturales de la organización,*** *en defensa de sus intereses.*

Tal es el caso de la comisión de reclamos y de los fundadores del sindicato. Ahora bien, ***los funcionarios o empleados públicos*** *que se encuentran en la circunstancia atrás descrita,* ***encarnan la autoridad estatal*** *y personifican de manera directa los intereses que el Estado está encargado de tutelar. Sus actuaciones deben, pues, siempre estar informadas por la persecución de esos intereses específicos y particulares que un momento dado la organización sindical persiga.*

La inexequibilidad del inciso primero, que la Corte habrá de declarar, se cifra en el hecho evidente de que prohíbe el fuero, de modo general, para quien sea empleado público y por esa sola circunstancia.

En principio, a la luz de la Constitución de 1991, como atrás se dijo, no hay restricción al fuero para los representantes de la organización sindical. Tal circunstancia abona la inconstitucionalidad del ordinal 2° del artículo 426 demandado. No obstante, para esta categoría de trabajadores podría el legislador válidamente introducir restricciones excepcionales y específicas, en cuanto puedan verse avocados a un conflicto de intereses sindicales y patronales, derivado de su particular posición en la empresa" (C. Const., sent. diciembre 14 de 1993, C. 593. M.P. Carlos Gaviria Díaz) (Negrillas fuera de texto).

Igualmente conviene señalar que la Corte Constitucional, al declarar inexequible el Decreto 1660 de 1991, dijo lo siguiente:

"La Corte Constitucional encuentra deseable y, más aún, imperativo, a la luz de los retos y responsabilidades que impone el Estado Social de Derecho, que se prevean mecanismos institucionales aptos para alcanzar

la modernización y eficiencia de los entes públicos, capacitando a sus trabajadores, estructurando adecuadamente el conjunto de funciones que les corresponde cumplir, reduciendo la planta de personal a dimensiones razonables y separando de sus cargos a los empleados cuya ineptitud o inmoralidad sean debidamente comprobadas.

***Pero, claro está**, ello únicamente puede hacerse partiendo de la plena observancia de los principios y disposiciones constitucionales, en especial de aquellos que reconocen los derechos fundamentales de la persona y los que corresponden de manera específica a los trabajadores".*

Por consiguiente, como el actor no solicitó su retiro del servicio, y en sentido contrario advirtió a la Administración de que él gozaba de fuero sindical, garantía de que está investida la organización sindical, y este hecho quedó probado en el expediente, y dentro del proceso de modernización, el organismo no fue suprimido y no existía justa causa para separarlo de la entidad mediante resolución motivada, se concluye que están llamadas a prosperar las súplicas de la demanda, debiéndose revocar al fallo apelado.

La jurisdicción laboral ordinaria no conoce de la solicitud de permiso para retirar del servicio a un empleado público miembro de la directiva sindical, en razón del fuero que tutela a la organización sindical, y por lo tanto el retiro será procedente si existe justa causa expuesta mediante acto administrativo debidamente motivado.

Finalmente, conviene señalar que esta Corporación declaró la nulidad del acto de insubsistencia con indemnización de un funcionario de carrera administrativa, en virtud de que dicho decreto fue declarado inexequible, y además, el acto de retiro se impugnó ante esta jurisdicción con anterioridad a que la Corte declarara la referida inexequibilidad, alegando motivos de inconstitucionalidad en la toma de la decisión administrativa.

Dijo esta Corporación, en fallo aprobado el día 20 de octubre de 1994, expediente 8201, con ponencia de la doctora *Dolly Pedraza de Arenas*, lo siguiente:

*"En el **sub lite**, sin embargo, a pesar de que la insubsistencia atacada fue proferida antes de la sentencia de inexequibilidad, no se puede afirmar que se trata de una situación jurídicamente consolidada, como quiera que la interesada oportunamente impugnó el acto ante la jurisdicción contencioso administrativa, alegando precisamente la contrariedad del decreto con la Constitución Política y la Decisión sobre su juridicidad se encontraba **sub judice** al momento de proferirse la declaración de inexiquibilidad.*

En este orden de ideas y habida consideración de que por ser contrario a los postulados constitucionales contenidos en el artículo 125 de la Carta

Política, el Decreto No. 1660 de 1991 fue declarado inexequible por la Corte Constitucional y que este decreto fue el sustento jurídico del acto acusado, no puede menos que concluirse que la declaratoria de insubsistencia de la demandante infringió normas superiores de derecho que amparaban su estabilidad, porque como se probó en el proceso, se hallaba escalafonada en la carrera administrativa".

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el concepto del Ministerio Público,

FALLA:

REVOCASE el fallo de 9 de diciembre de 1992 proferido por el Tribunal Administrativo del Cesar en demanda promovida por *Ramón Vicente Ebratt Solano,* y en su lugar se dispone:

DECLARASE la nulidad de la Resolución No. 888 de 25 de marzo de 1992 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en cuanto declaró en su artículo primero insubsistente el nombramiento de *Ramón Vicente Ebratt Solano,* en el empleo de Técnico Administrativo 4065-09 de la Regional Valledupar.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público reintegrará a *Ramón Vicente Ebratt Solano* a un cargo de igual o superior categoría, debiéndole cancelar los salarios y demás prestaciones dejados de percibir entre el día 1° de abril de 1992 fecha de retiro efectivo del servicio, y la fecha en que sea reintegrado.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público descontará al señor *Ramón Vicente Ebratt Solano,* en aplicación del artículo 128 de la C.N., cuanto haya recibido del erario público o de entidades en que tenga parte principal el Estado, por ese mismo concepto, en virtud de una vinculación laboral desde cuando fue retirado del servicio, hasta cuando se produzca su reintegro efectivo.

Igualmente, se deducirá de dicha suma el valor de la indemnización recibida por el actor con ocasión de su retiro del servicio.

Para todos los efectos legales se entenderá que no existe solución de continuidad entre la fecha del retiro y su reintegro.

La condena se ajustará al valor en los términos del artículo 178 del C.C.A.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y 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 celebrada el día dos (2) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruiz, ausente; *Carlos A. Orjuela Góngora,* aclara voto; *Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas,* aclara voto; *María Eugenia Samper R.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: Se menciona la providencia C-593 de la Corte Constitucional de diciembre 14 de 1993. Ponente, doctor *Carlos Gaviria Díaz,* también se reitera la providencia de 20 de octubre de 1994. Expediente 8201, Ponente, doctora *Dolly Pedraza de Arenas.*

RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO POR REINTEGRO AL CARGO - Improcedencia de indexación / **CONDENA** - Ajuste de valor / **INDEXACION EN SENTENCIA DE REINTEGRO** - Improcedencia

Cuando se trata de obligaciones en dinero por prestaciones sociales o salarios debidos que no fueron pagados oportunamente, es indudable que tales valores sufrieron el rigor de la devaluación y resultaría injusto que la administración al cabo del tiempo pagara la misma suma, pues ello comportaría no solamente un enriquecimiento sin causa del deudor, sino un empobrecimiento correlativo del administrado. En tanto que cuando lo que se ordena es el pago de salarios y prestaciones de quien sin haber prestado efectivamente sus servicios a la administración, logra la nulidad del acto y como consecuencia, un restablecimiento del derecho en el que por decisión del juez surge la ficción de que el empleado no dejó de pertenecer al Estado y que todo el tiempo que permaneció separado de él debe tenerse como de servicio, la indexación resulta inequitativa, pues no sólo se está ajustando una retribución de servicios no prestados, sino que se están indexando unos valores que no tuvieron devaluación.

ACLARACION DE VOTO

Doctora: *Dolly Pedraza de Arenas.*

Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Referencia: Expediente No. 7908. Actor: Ramón Vicente Ebratt Solano, Resoluciones Ministeriales, Apelación Sentencia.

Aún cuando voté afirmativamente la providencia, disiento en lo atinente a la orden del ajuste de valor de la condena, de la cual discrepo por los siguientes motivos:

En mi sentir no es cierto que en los casos en que se condena al pago de salarios y prestaciones sociales como consecuencia de la nulidad de un

acto administrativo que implicó el retiro del servicio, se pueden aplicar los mismos principios que con anterioridad han llevado a la Sala a ordenar la indexación de sumas fijas o de prestaciones o salarios debidos.

Cuando se trata de obligaciones en dinero por prestaciones sociales o salarios debidos que no fueron pagados oportunamente, es indudable que tales valores sufrieron el rigor de la devaluación y resultaría injusto que la administración al cabo del tiempo pagara la misma suma, pues ello comportaría no solamente un enriquecimiento sin causa del deudor, sino un empobrecimiento correlativo del administrado. En tanto que lo que se ordene es el pago de salarios y prestaciones de quien sin haber prestado efectivamente sus servicios a la administración, logra la nulidad del acto y, como consecuencia, un restablecimiento del derecho en el que por decisión del juez surge la ficción de que el empleado no dejó de pertenecer al Estado y que todo el tiempo que permaneció separado de él debe tenerse como de servicio, la indexación resulta inequitativa, pues no sólo se está ajustando una retribución de servicios no prestados, sino que se están indexando unos valores que no tuvieron devaluación.

No puede olvidarse que en los primeros casos se trata indiscutiblemente de sumas debidas desde cuando la administración contrariando la ley se abstuvo de pagarlas, mientras que en el último las sumas debidas sólo se hacen exigibles desde cuando el juez mediante sentencia ordena el pago. En el primero, es de justicia no permitir que los deudores morosos de obligaciones en dinero paguen con moneda desvalorizada, enriqueciéndose así en forma inequitativa, no así en el segundo, en el que la ficción de la prestación del servicio y de su compensación monetaria surge de la sentencia, por lo cual no hay desvalorización que deba reconocerse; en este último evento, la indexación enriquece sin causa al administrado con menoscabo de justicia misma, pues no puede haber desvalorización de lo que no se debía.

Dolly Pedraza de Arenas.

PROVIDENCIA DE CONDENA - Improcedencia de descuento / **EMPLEADO PUBLICO** - Inexistencia / **DOBLE ASIGNACION DEL TESORO PUBLICO** - Inexistencia / **ANALOGIA** - Improcedencia

Las sumas a que se condena en la sentencia, para las cuales se toma en cuenta la equivalencia de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir entre la fecha de la desvinculación y la del reintegro, no tienen el carácter de otro "empleo público" u otra asignación que provenga del "tesoro público", sino que en verdad vienen a resarcir el perjuicio que el acto ilegal, declarado nulo, le generó al respectivo demandante. No existe norma expresa que le ordene a la jurisdicción contencioso administrativa esta clase de pronunciamientos; y como bien lo aduce la providencia transcrita, en esta materia no es procedente la aplicación analógica. El juez no puede crear normas, y al hacer este pronunciamiento en la parte resolutiva de la sentencia y ordenar tales descuentos, está creando una disposición que no está prevista de esa manera en el texto constitucional, ni consignadas en esos términos en la ley.

ACLARACION DE VOTO

Consejero: *Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

A la sentencia dictada el 2 de mayo de 1996 en el juicio de Expediente No. 7908. Actor: Ramon Vicente Ebratt Solano. Resoluciones ministeriales.

Santafé de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

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 proponga 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 Prevención 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 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. Devenga simultáneamente sueldo e 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 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 a esa relación de servicio..." (Providencia del 28 de agosto de 1984, con ponencia del H. Magistrado doctor Darío Sánchez Herrera, en el proceso de Camilo Cortés B, contra la Caja de Prevención Social de Cundinamarca) ***(Esta tesis se reiteró en el expediente No. 40.878, Ponente: H. Magistrado doctor Alberto Rodríguez R., marzo 11 de 1987; de igual manera, en el expediente No. 29.629, Ponente: H. Magistrada doctora Alba Luz Mossos G., junio 5 de 1984; en el expediente No. 35.949, Ponente: H. 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 en frente 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.

Es claro que 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.

De otro lado, como en el caso de autos se trata de un empleado público que fue removido pese a estar amparado por el fuero sindical, considero que a falta de norma expresa sobre el particular cabe la aplicación analógica del artículo 408 del Código Sustantivo del Trabajo, que se refiere al contenido de la sentencia en los procesos de fuero sindical propios de los trabajadores particulares y de los trabajadores oficiales, según el cual las condenas correspondientes se producen *"a título de indemnización"*, de donde se desprende la conclusión lógica de que esas sumas no son una segunda asignación de origen estatal y, por ende, no son incompatibles con otros ingresos que tengan o hayan tenido esa naturaleza.

En ese orden de ideas, resulta claro para mí que esa clase de descuentos no son procedentes y representan una disminución o limitación injustificada del restablecimiento del derecho.

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.

DOCENTE DE UNIVERSIDADES PUBLICAS - Régimen salarial y prestacional / **GOBIERNO NACIONAL** - Competencia para la fijación del régimen salarial y prestacional / **AUTONOMIA UNIVERSITARIA** - Improcedencia de fijación de régimen salarial de los empleados públicos docentes

El espíritu de los artículos 114 y 150 de la Constitución Nacional es el de que la competencia normativa radica en el Congreso por corresponderle hacer las leyes; en ejercicio de esta facultad se expidió la Ley 4ª de 1992 que consagra los objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos en sus diferentes órdenes y estamentos. El Gobierno Nacional, en desarrollo de la Ley 4ª de 1992, expidió el Decreto No. 910 de 1992, regulando la materia salarial y prestacional, el que fue derogado a partir del 1° de enero de 1993 por el Decreto No. 1444 del 3 de septiembre de 1992, artículo 52, contentivo de las disposiciones en materia salarial y prestacional para los empleados públicos docentes de las Universidades Públicas del orden nacional. Esta normatividad se estableció dos regímenes salariales y prestacionales, a saber; a) El que se reconoció y pagó a 31 de diciembre de 1991, con un reajuste del 26,8%. b) El establecido en el Decreto 1444 de 1992, para los antiguos que expresaran voluntad de acogerse al mismo, hasta el 30 de junio de 1993, que se vincularan con posterioridad a su vigencia. De esta perspectiva constitucional y legal se concluye que la autonomía universitaria no genera la facultad para establecer o modificar el régimen salarial de los empleados públicos docentes. En ese orden de ideas, se impone declarar la nulidad del Acuerdo No. 071 de septiembre 16 de 1993, porque los poderes de los directivos universitarios estatales no abarcan los de señalar el régimen salarial y prestacional, porque ello implica el desconocimiento de la ley cuadro sobre la materia, lo mismo que los decretos expedidos por el Gobierno Nacional en su desarrollo.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Santafé de Bogotá, D.C., mayo nueve (9) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos A. Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente No. 9748. Actor: Néstor Angel Giraldo. Autoridades Departamentales.

Procede la Sala a desatar la demanda que en ejercicio de la acción de nulidad instauró el ciudadano *Néstor Angel Giraldo* contra el Acuerdo No. 071 del 16 de septiembre de 1993, expedido por el Consejo Superior de la Universidad del Cauca.

LA DEMANDA

En el escrito correspondiente (folios 3-12), se pide la nulidad del Acuerdo No. 071 del 16 de septiembre de 1993, proferido por el Consejo Superior de la Universidad del Cauca.

HECHOS

Se afirma que la Universidad dictó el acuerdo sin explicar con fundamento en qué facultades legales actuaba para tomar medidas sobre la aplicación del régimen salarial consagrado en el artículo 32 del Decreto No. 1444 de 1992 y en artículo 78 de la Ley 30 de 1992; y en él se autorizó al rector para reconocer y pagar con los reajustes legales el salario que los profesores disfrutaban en 31 de julio de 1993, en los casos en que dicha remuneración les fue desmejorada por la aplicación del Decreto 1444 de 1992.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION

El ciudadano *Néstor Angel Giraldo* enuncia como preceptos violados: C.N. artículos 3, 150, numeral 19, literal e); Ley 4ª de 1992, artículo 10; Ley 30 de 1992, artículos 65, 77; Decreto No. 1444 de 1992, artículo 50 y Decreto 26 de 1993.

Sustenta el concepto de violación así:

La C.N., artículo 3°, establece que todos los poderes constituídos derivan sus competencias regladas según la Carta; sobre el tema de salarios y prestaciones sociales de los servidores públicos la competencia para su fijación, según la C.N., artículo 150 numeral 19, literal e), radica en el Congreso Nacional a través de leyes marco, y en ejercicio de esta facultad se expidió la Ley 4ª de 1992.

Dentro de los parámetros trazados por la Ley 4ª de 1992 se expidió en el Decreto No. 1444 de 1992, por el cual se dictan disposiciones en materia salarial y prestacional para los empleados públicos docentes de las universidades públicas del orden nacional, norma aplicable a la Universidad del Cauca por tener ese rango; dicho decreto señaló la competencia de los

consejos superiores universitarios y no contempla la expedición de normas sobre salario.

Por tanto, el Consejo Superior, al expedir una reglamentación de salarios en el Acuerdo No. 071, obró en contravía de lo dispuesto en los Decretos No. 1444 de 1992 y 26 de 1993, artículo 3°, al impedirles a los profesores escoger entre el régimen salarial y prestacional que se le había reconocido y pagado a 31 de diciembre de 1991 y el nuevo sistema fijado en el decreto, y de modo arbitrario estatuyó que los profesores que en virtud de lo señalado en el artículo 50 del Decreto No. 1444 de 1992 se acogieran al nuevo sistema, podrían continuar devengando la remuneración causada a 31 de julio de 1993 con los reajustes ordenados por el Gobierno Nacional, cuando su remuneración hubiere sido desmejorada por la aplicación del Decreto No. 1444 de 1992; tal regulación no tiene validez por falta de competencia, y por razón de lo preceptuado en la Ley 4ª de 1992, artículo 10; Decreto 1444 de 1992, artículo 44 y Ley 30 de 1992, artículo 77.

CONCEPTO FISCAL

La Procuradora Cuarta Delegada en lo Contencioso conceptuó que debe decretarse la nulidad del Acuerdo No. 071 del 16 de septiembre de 1993, del Consejo Superior de la Universidad del Cauca, según lo dispuesto en la Constitución Nacional, artículo 150, numeral 19, literal e); Ley 4ª de 1992, artículo 2°; Decreto No. 1444 de 1992, artículo 50; Ley 30 de 1992, artículo 77; Decreto Ejecutivo No. 55 de 1994, pues el acuerdo demandado autorizó al rector de la Universidad del Cauca para seguir reconociendo y pagando el régimen salarial y prestacional vigente a diciembre 31 de 1991 y dejó de lado la posibilidad de optar por el régimen del Decreto No. 1444 de 1992 o el antiguo sistema.

CONSIDERACIONES

El punto a dilucidar lo constituye si el Acuerdo No. 071 de septiembre 16 de 1993, proferido por el Consejo Superior de la Universidad del Cauca, por el cual se imparte una medida para la aplicación del régimen salarial, se ajusta a derecho o no; al respecto se analiza:

La Constitución Nacional, artículo 150, numeral 19, literal e) preceptúa:

*"**Artículo 150.** Corresponde al Congreso hacer la 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 las siguientes efectos...

e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública...".

El espíritu de los artículos 114 y 150 de la Constitución Nacional es el de que la competencia normativa radica en el Congreso por corresponderle hacer las leyes; en ejercicio de esta facultad se expidió la Ley 4ª de 1992, que consagra los objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos en sus diferentes órdenes y estamentos, según reza el artículo 1° a saber:

"El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:

a) Los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico;

b) Los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República;

c) Los miembros del Congreso Nacional, y

d) Los miembros de la Fuerza Pública".

El Gobierno Nacional, en desarrollo de la Ley 4ª de 1992, expidió el Decreto No. 910 de 1992 regulando la materia salarial y prestacional, el que fue derogado a partir del 1° de enero de 1993 por el Decreto No. 1444 del 3 de septiembre de 1992, artículo 52, contentivo de las disposiciones en materia salarial y prestacional para los empleados públicos docentes de las Universidades Públicas del orden nacional, que en lo pertinente consagra:

*"**Artículo 44.** Ninguna autoridad, a excepción del Gobierno Nacional, podrá establecer o modificar el régimen salarial y prestacional señalado en las normas del presente decreto de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 4ª de 1992".*

*"**Artículo 50.** Los empleados públicos docentes de las Universidades Públicas del orden nacional, excepto los de la Universidad Nacional de Colombia, vinculados a la fecha de expedición del presente decreto, continuarán gozando del régimen salarial y prestacional que efectivamente se les reconoció y pagó hasta el 31 de diciembre de 1991, con el reajuste del 26.8% fijado para el año de 1992. Sin embargo, podrán acogerse al régimen salarial y prestacional establecido en el presente decreto, mediante manifestación escrita e irrevocable dirigida al rector de la universidad, dentro de los noventa (90) días calendario siguientes*

a la publicación del Estatuto de Personal Docente de la respectiva universidad, a que se refiere el artículo 47 del presente decreto.

***Parágrafo I.** A todos los empleados públicos docentes y a los contratados por hora cátedra que se vinculen o reincorporen a partir de la fecha de promulgación del presente decreto, se les aplicará el régimen salarial y prestacional establecido en él .*

***Parágrafo II.** El nuevo régimen salarial y prestacional fijado por el presente decreto produce efectos y será obligatorio para todos los empleados públicos docentes de la Universidad Nacional de Colombia y para los empleados públicos docentes de las universidades públicas del orden nacional que opten por él desde el primero (1°) de enero de 1993...".*

El anterior decreto fue modificado en lo relacionado con los plazos por el artículo 4° del Decreto 26 de enero 7 de 1993, que reza.

*"**Artículo 4°.** El régimen salarial y prestacional establecido en el presente decreto y en el Decreto No. 1444, será aplicable al personal de empleados públicos docentes de las Universidades Públicas del orden nacional que opten por este sistema hasta el 30 de junio de 1993...".*

De suyo, esta normatividad estableció dos regímenes salariales y prestacionales, a saber:

a) El que se reconoció y pagó a 31 de diciembre de 1991, con el reajuste del 26.8%;

b) El establecido en el Decreto 1444 de 1992, para los antiguos que expresaran su voluntad de acogerse al mismo, hasta el 30 de junio de 1993, y que se vincularan con posterioridad a su vigencia.

De esta preceptiva constitucional y legal se concluye que la autonomía universitaria no genera la facultad para establecer o modificar el régimen salarial de los empleados públicos docentes; en efecto:

a) La C.N., artículo 69, textualmente dispone:

"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 precepto supralegal transcrito prevé la autonomía de las Universidades del Estado para "darse sus directivas" y expedir sus "estatutos, de acuerdo a la ley".

b) La Ley 30 de 1992, que organizó el Servicio Público de la Educación Superior, en su artículo 28 enuncia la cobertura de la autonomía universitaria, así:

"...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".

Sin embargo, es obvio que ni los estatutos ni los regímenes a que se refiere la disposición legal puedan ocuparse de lo relacionado con salarios y prestaciones porque estos temas no son de su incumbencia.

Estos parámetros se reiteran en el artículo 57 sobre la naturaleza de las universidades estatales y posteriormente en el artículo 65, al señalar las funciones de su máximo organismo de dirección, el Consejo Superior Universitario.

Es decir, que la atribución de fijar salarios y prestaciones no es de los órganos directivos de las Universidades Estatales; por ello, la misma Ley 30 de 1992, artículo 77, consagra:

"El régimen salarial y prestacional de los profesores de las Universidades Estatales u Oficiales se regirá por la Ley 4ª de 1992, los decretos reglamentarios y las demás normas que la adicionan y complementan".

En ese orden de ideas, se impone declarar la nulidad del Acuerdo No. 071 de septiembre 16 de 1993, porque los poderes de los directivos universitarios estatales no abarcan los de señalar el régimen salarial y prestacional, porque ello implica el desconocimiento de la ley cuadro sobre la materia, lo mismo que los decretos expedidos por el Gobierno Nacional en su desarrollo.

Es evidente, entonces, que el Acuerdo No. 071 de septiembre 16 de 1993 representa el ejercicio de una facultad no atribuida constitucional ni legalmente al Consejo Superior de la Universidad del Cauca, 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 y por autoridad de la ley,

FALLA:

DECLARASE la nulidad del Acuerdo No. 071 del 16 de septiembre de 1993, expedido por el Consejo Superior de la Universidad del Cauca.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala, en sesión celebrada el día nueve (9) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Clara Forero de Castro, Presidente; *Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, María Eugenia Samper R.,* ausente.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SUSPENSION PROVISIONAL AUTOMATICA - Improcedencia / **DERECHO DE PETICION** - Improcedencia en procesos judiciales / **REPRODUCCION DE ACTO SUSPENDIDO** - Inexistencia

Frente a las situaciones judiciales, esto es, en el trámite de los procesos de esta índole, no es dable invocar el derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Nacional, toda vez que el ámbito del mismo es el de las actuaciones administrativas y no el de las judiciales, pues que éstas tienen su propio espacio y procedimiento, además de que están sometidas a las disposiciones de los códigos sobre la materia y demás normas que los modifican y complementan. Por consiguiente, yerra el peticionario cuando se apoya en este texto constitucional. Ahora bien, en lo que dice relación con la medida invocada, es menester recordar que el artículo 158 del C.C.A. exige, para que pueda aplicarse la suspensión provisional automática, lo siguiente: a) Que se esté tramitando un proceso contra un acto administrativo determinado; b) Que en este proceso se haya dispuesto la suspensión provisional del acto que se impugna; c) Que la autoridad administrativa haya reproducido, en lo esencial, el acto suspendido; d) Que se pida la suspensión del nuevo acto; e) Que se allegue copia de éste. El Acuerdo 034 de 1994 fue expedido el 13 de abril de dicho año, o sea, antes de que se decretara la suspensión provisional del Acuerdo 087 de 1993; por consiguiente, no es dable afirmar que sea un acto nuevo que reproduzca otro suspendido. Y en cuanto al Acuerdo 052, expedido el 19 de mayo de 1994, regula una materia específica, esto es, un concurso de méritos "destinado a la conformación del Registro Nacional de Elegibles para los cargos de Magistrados de Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativos", en tanto que el No. 087 establecía reglas y pautas para todo el sistema de carrera judicial. Así las cosas, es incuestionable que no se dan los supuestos necesarios para que proceda la medida impetrada y que, por ende, solamente en la sentencia, como lo prevé el artículo 158 del C.C.A." se resolverá si se declara o no la nulidad de estos actos". De otro lado, no sobra recordar que la Sala sentó un criterio en estas materias mediante el auto 3 de marzo de 1995, proferido para resolver una situación similar a ésta respecto a los Acuerdos