

El Derecho Procesal Administrativo después de la reforma del código según la enmienda contenida en el Decreto 01 de enero 2 de 1984

Por: GUSTAVO PENAGOS

Profesor Titular de Derecho Administrativo

VIGENCIA DEL CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

En el año de 1941, el legislador expidió la Ley 167 sobre código contencioso administrativo, la cual se basó en el proyecto redactado por el ilustre Consejero de Estado doctor Ramón Miranda (1), dicha Ley vino a representar un avance, como lo señala el Profesor Tulio Enrique Tascón, al expresar:

"La Ley 130 de 1913, antes vigente, fue expedida cuando aún no se había restablecido el Consejo de Estado como Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo; que sus disposiciones fueron tomadas de legislaciones extranjeras, principalmente la española, sin haber tenido ocasión de comprobar su adaptabilidad a las circunstancias peculiares de nuestra administración, y que respondía a las necesidades de una época en que los servicios públicos no habían alcanzado en Colombia la complejidad y el desenvolvimiento extraordinario de los últimos años..."

La observación anterior, nos indica que un Código es el resultado de la evolución de las circunstancias políticas, sociales, económicas y jurídicas de un país. A suplir la antigua legislación vino, pues, el Código Contencioso Administrativo de 1941, que en realidad es un buen

(1) TASCÓN, TULIO ENRIQUE, DERECHO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO, Comentarios al Código de la Materia, Editorial Minerva, Bogotá, cuarta edición, 1954, páginas 7ª y 8ª.

estatuto normativo, si se tiene en cuenta el momento histórico de la evolución jurídica.

Al correr del tiempo, se observaron vacíos y defectos procedimentales, los cuales eran suplidos admirablemente por la excelente tarea que cumple el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos, en materia jurisprudencial. Pero, era necesario actualizar la Ley 167 de 1941, y con tal fin se expidió la Ley 58 de 1982 sobre facultades extraordinarias al Presidente de la República para reformar el Código Contencioso Administrativo, a propósito el artículo 11 de la mencionada Ley, preceptúa:

"Revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias por el término de un año, contado a partir de la promulgación de la presente ley, para lo siguiente:

9.—Parágrafo:

"Los decretos que se dicten en ejercicio de estas autorizaciones podrán modificar las disposiciones de la Ley 167 de 1941, del Decreto-Ley 528 de 1964, las complementarias y las de la Ley 11 de 1975.

No obstante la claridad de las atribuciones contenidas en la Ley 58 de 1982, el legislador delegado, resolvió a buena cuenta expedir un nuevo Código Contencioso Administrativo, derogando por consiguiente el estatuto de 1941.

Al ser expedido el Decreto-Ley 01 de 1984, se expresa inicialmente "Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo", pero la realidad fue seguida de una tremenda contradicción, ya que se legisló sobre toda la materia y se concluyó en el artículo 268 derogando la Ley 167 de 1941.

A simple vista resalta que lo dispuesto en el artículo 268 del Decreto 01 de 1984, es totalmente anticonstitucional, al preceptuar: "DEROGASE LA LEY 167 DE 1941", pues las facultades, eran para reformar y no para derogar, como se dejó dicho, y la Corte Suprema de Justicia (2) en Sentencia de Julio 19 de 1984, al declarar inexecutable la citada expresión, argumenta en la forma siguiente:

".....La atribución la del Congreso al hacer las leyes, consagrada en el artículo 76 de la Carta, distingue expresamente entre "interpretar, reformar y derogar las leyes preexistentes". Las autoriza-

(2) CORTE SUPREMA DE JUSTICIA —Sala Plena—, Ref. Expediente N° 1140, Bogotá, D. E., julio 19 de 1984. Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Patiño Rosselli. La derogatoria del numeral 1° del artículo 16 del Código de Procedimiento Civil, relativo a la competencia de los Jueces Civiles del Circuito en primera instancia.

ciones para "modificar" corresponden a las de "reformular" y no pueden en ningún caso identificarse con las de "derogar" sin asignar al primero de los vocablos en mención significado incompatible con el que, coincidiendo con el uso ordinario, le ha dado persistentemente la legislación colombiana.

"Por consiguiente, la Corte atenderá esta parte de la acusación declarando inexecutable la expresión en referencia".

Estudiando, cuidadosamente, el alcance de la Sentencia anterior, se llega a la conclusión que el legislador-delegado se extralimitó al derogar el Código de 1941, el cual revive, en las partes que no haya sido reformado.

Cabe anotar que la labor del intérprete de hoy en adelante será la de armonizar, tanto las normas contenidas en el Código, como en su Ley reformativa, es decir las del Decreto-Ley 01 de 1984.

Consideramos desacertada la derogatoria del numeral primero del artículo 16 del Código de Procedimiento Civil, pues el legislador no otorgó ninguna facultad para modificar la órbita de competencia de los jueces de circuito, y con toda razón la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de Julio 19 de 1984, resolvió declarar inexecutable el aparte que dice **"derógase el numeral 1º del artículo 16 del Código de Procedimiento Civil"** (3).

Cabe observar, que tanto la opinión universitaria manifestada a través de varios foros, llevados a cabo en la Universidad Libre, Colegio Mayordel Rosario, Universidad Nacional, y Externado de Colombia, fueron unánimes en señalar el error jurídico, por ser ostensiblemente violatorio de la Constitución. A propósito, merece la pena, citar el ponderado estudio del Consejo de Estado, sobre el tema, que dice (4).

"1º— Antes de que entrara en vigencia el decreto-ley 01 de 1984, mediante el cual se expidió el nuevo Código de lo Contencioso Administrativo, de las controversias de las empresas industriales y comerciales y de las sociedades de economía mixta con los particulares conocían los jueces ordinarios, según las reglas de competencia prescritas por el Art. 16, Ord. 1º del Código de Procedimiento Civil; en ellas estaban comprendidos los procesos ejecutivos que adelantaban esas entidades.

"2º— El Art. 268 del decreto-ley 01 de 1984 derogó expresamente, entre otras disposiciones, el Art. 16, Ord. 1º, del Código de

(3) CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Plena, Ref. Expediente N° 1140, Bogotá, Sentencia de julio 19 de 1984, op. cit.

(4) CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente Doctor Humberto Mora Osejo, Bogotá, D. E., Consulta, Radicación N° 2094, junio 21 de 1984.

Procedimiento Civil, que atribuía a los jueces civiles del circuito el conocimiento, en primera instancia.

"De los contenciosos en que sea parte la Nación, un departamento, una intendencia, una comisaría, un municipio, un establecimiento público, una empresa industrial o comercial de algunas de las anteriores entidades, o una sociedad de economía mixta, salvo los que correspondan a la jurisdicción contencioso administrativa".

"Sin embargo, la derogatoria expresa del precepto transcrito, que por referirse a materias civiles y no estar autorizada por la ley 58 de 1982 claramente la extralimita, no implica reforma o modificación del régimen vigente sobre la competencia de los jueces ordinarios para conocer de las controversias de las empresas industriales y comerciales y sociedades de economía mixta con particulares. En efecto, por una parte, como ha entendido el Consejo de Estado, respecto de las mencionadas entidades, el Decreto-ley 01 de 1984 no transfirió la competencia de los jueces civiles del circuito a la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, además, si el Art. 16, Ord. 1º, del Código de Procedimiento Civil fue expresamente derogado por el Art. 268 del Decreto-Ley 01 de 1984, el Art. 16, Ord. 12, del mismo Código de Procedimiento Civil suple, en el mismo sentido, el vacío producido por esa derogación en cuanto dispone, por cláusula general de competencia, que los jueces civiles de circuito conocen, además de los procesos que la ley les asigna específicamente, de todos "los demás que no estén atribuidos a otro juez". De manera que los jueces civiles del circuito actualmente conocen, en primera instancia, como antes de que se expidiera el Decreto-Ley 01 de 1984, de las controversias de las empresas industriales y comerciales y sociedades de economía mixta con los particulares: derogado expresamente el Ordinal 1º del Art. 16 del Código de Procedimiento Civil, el Ord. 12 del mismo precepto suple plenamente su falta.

3º— Respecto de las controversias de las entidades de Derecho Público: la Nación, los departamentos, las intendencias, las comisarías, los municipios y los establecimientos públicos, a que se refería el Art. 16, Ord. 1º del Código de Procedimiento Civil, el Decreto-Ley 01 de 1984 sólo transfirió a la jurisdicción de lo contencioso administrativo algunos recursos de apelación e incidentes de excepciones por jurisdicción coactiva, según lo dispuesto por el Art. 68 del estatuto últimamente mencionado, y los procesos de indemnización de perjuicios por ocupación permanente de propiedad inmueble ajena por causa de trabajos públicos (Arts. 86, 131, Ord. 10 y 132, Ord. 10 del Decreto-Ley 01 de 1984). Los demás procesos que contemplaba el precepto derogado, en cuanto no fueron transferidos a la jurisdicción de

lo contencioso administrativo, corresponden a la jurisdicción ordinaria y, de conformidad con lo prescrito por el Art. 16, Ord. 12, del Código de Procedimiento Civil, son de competencia de los jueces civiles del circuito en primera instancia".

Transcribábase al señor Ministro de Agricultura en copia auténtica.

HUMBERTO MORA OSEJO.— Presidente de la Sala.— OSVALDO ABELLO NOGUERA — JAIME BETANCUR CUARTAS — JAIME PAREDES TAMAYO.

INEXEQUIBILIDAD DE LOS ARTICULOS 2º DE LA LEY 11 DE 1975, Y DE LOS ARTICULOS 24 Y 29 DEL DECRETO-LEY 528 DE 1964, RELATIVOS AL RECURSO DE SUPLICA

La Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de Agosto 31 del presente año, declaró inexecutable la parte del artículo 268 del Decreto-Ley 01 de 1984, que había derogado los artículos 24 y 29 del Decreto-Ley 528 de 1964, así como el artículo 1º de la Ley 11 (once) de 1975, relativos al recurso de súplica, ya que el legislador extraordinario no tenía facultades para derogar dichas normas.

Al revivir el recurso de súplica, es bueno tener en cuenta la evolución jurisprudencial del Consejo de Estado, quien ha determinado su significado y alcance en varios fallos, los cuales se transcriben a continuación:

3.1. TERMINO Y PROCEDENCIA PARA INTERPONER EL RECURSO DE SUPLICA

Explicando el término y procedencia del "Recurso de Súplica, el Consejo de Estado, enseña lo siguiente (5):

Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Sentencia de octubre 24 de 1977.— Exp.: 10.098.— Actor: Consejero Ponente: Dr. Alvaro Pérez Vives.

Art. 2º de la Ley 11 de 1975. Art. 24 del Decreto 528 de 1964. No se pueden apreciar pruebas o documentos ya que no se trata de una 3ª instancia. Para que prospere es menester que en el fallo objeto de tal recurso se sienta una doctrina que contrarie la Jurisprudencia del Consejo de Estado. "Como lo ha dicho esta Sala, para que el recurso establecido por la Ley 11 de 1975 sea procedente, se requiere que exista contrariedad entre un fallo proferido por determinada Sección del Consejo y la jurisprudencia anterior de cualquiera de las Secciones de la Corporación o de la Sala Plena de la misma. Así lo dispuso el Art. 2º de la

(5) CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de octubre 24 de 1977. Exp. 10.098. Aparece en la obra DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO, parte especial, Librería del Profesional, Bogotá, 1984, página 1.248 a 1.249. Gustavo Penagos.

Ley 11 de 1975: 'Habrá recurso de súplica ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo respecto del auto interlocutorio o de la sentencia dictados por una de las secciones en los que, sin la previa aprobación de la Sala Plena, se acoja doctrina contraria a alguna jurisprudencia. 'En el escrito en que se proponga el recurso se indicará precisamente la providencia de donde consta la jurisprudencia que se reputa contrariada. El recurso podrá interponerse dentro de los cinco días siguientes al de la notificación del auto o del fallo'. La norma cuyo texto se acaba de transcribir constituye un desarrollo de lo preceptuado por el Art. 24 del Decreto 528 de 1964, según el cual: 'las cuatro Salas o Secciones de lo contencioso administrativo funcionarán separadamente en el conocimiento de los respectivos negocios, salvo cuando se trate de modificar alguna jurisprudencia, caso en el cual lo harán conjuntamente, previa convocatoria hecha por la Sala o Sección que est  en conocimiento del asunto'. Como puede verse de lo anterior, el art. 24 del Decreto 528 de 1964 contiene en el fondo una prohibición a las Secciones en que se divide la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de variar la jurisprudencia anterior de la Corporación sin la previa convocatoria de dicha Sala Plena (integrada por las cuatro Secciones), para que ésta apruebe el cambio de jurisprudencia. Si no obstante la prohibición en referencia, alguna de las Secciones procediere a dictar un auto interlocutorio o una sentencia en los que se varíe la jurisprudencia anterior del Consejo las partes en el respectivo proceso y el señor agente del ministerio público podrán interponer el recurso de súplica consagrado por el art. 2  de la Ley 11 de 1975. Este recurso no es una tercera instancia en la cual se puedan apreciar pruebas o documentos estimados en la sentencia material del recurso en referencia, sino un medio extraordinario de impugnación, cuyo fundamento no es otro que la prohibición en que se halla cualquiera de las Secciones en que se divide el Consejo, de variar la jurisprudencia del mismo sin cumplir previamente los requisitos determinados en el art. 24 del Decreto 528 de 1964 y en el art. 2  de la Ley 11 de 1975. Para que el recurso de súplica establecido por la Ley 11 de 1975 prospere, es, menester que en el fallo objeto de tal recurso, se siente una doctrina que contrari  la jurisprudencia del Consejo. De consiguiente, lo primero que procede de parte de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, es efectuar el examen comparativo de la providencia recurrida con la jurisprudencia que cita en su escrito el recurrente como contrariada por dicha providencia, para ver si realmente existió cambio de jurisprudencia. La conclusión afirmativa implica el reconocimiento de que la Sección que profirió esa providencia lo hizo sin competencia para ello, ya que sólo la Sala Plena ten  facultad para variar la jurisprudencia anterior de la Corporación. Si la Sala estima que no hubo cambio de jurisprudencia, decidirá que el recurso no prospera y ordenará devolver el expediente a la Sección de origen.

3.2. EL RECURSO DE SÚPLICA CONSIDERADO COMO PARTE DE LA SEGUNDA INSTANCIA.

El Consejo de Estado, en Sentencia de marzo 9 de 1982, considera que el recurso de súplica (6), no obstante que sea excepcional o extraordinario es parte integrante de la segunda instancia, y en la práctica se convirtió en otra instancia procesal.

La forma antitécnica como operaba el recurso de súplica, motivó al legislador extraordinario que expidió el Decreto-Ley 01 de 1984, a derogar las normas pertinentes, ya que el Consejo de Estado, se encontraba en realidad paralizado, al convertirse "la súplica" en otra instancia, según lo ha observado nuestro máximo organismo Contencioso Administrativo, al enseñar:

"3. El recurso de súplica, prescrito por el art. 2º de la Ley 11 de 1975, aunque excepcional o extraordinario, es parte integrante de la segunda instancia, por apelación o consulta, e implica la posibilidad jurídica que se lo declare infundado o que prospere y se infirme, de contera, la providencia de la Sección y que, en esta hipótesis, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo profiera la que deba reemplazarla. Pero en todas ellas, por activa o por pasiva, mediata o inmediatamente, en relación con la providencia del Tribunal que es objeto del recurso de apelación o del grado de consulta, sobre la cual, de todos modos, repercute la decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, del mismo modo como en la jurisdicción ordinaria la sentencia de cualquiera de las Salas de Casación de la Corte Suprema de Justicia incide, necesariamente, sobre la proferida por el Juez de primera instancia, el cual por esta causa está impedido para conocer, como Magistrado de la Corte y de conformidad con el art. 142, número 2, del Código de Procedimiento Civil, del recurso de casación. Nótese que en este caso no se trata del recurso de apelación ni del grado de consulta, que se surten ante los Tribunales Superiores, sino del recurso extraordinario de casación, del conocimiento de la Corte, mientras que el de súplica, que corresponde a esta Corporación, es parte integrante a aquéllos, así tenga carácter de excepcional y extraordinario, no por violación de la Constitución y de la ley, como sucede con el de casación, sino por contrariar una jurisprudencia, que bien puede tener por fundamento la ostensible infracción de éstas.

"6. Por último, cabe advertir que el régimen del recurso de súplica, prescrito por el art. 2º de la Ley 11 de 1975, es excepcional y diferente: porque la misma norma dispone, en considera-

(6) CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Bogotá, D. E., marzo 9 de 1982. Exp. 10.815. DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO SEGUN LA JURISPRUDENCIA, parte especial, Librería del Profesional, Bogotá, 1984, páginas 1.250 a 1.255. Compilación de Gustavo Penagos.

ción a que el cambio de jurisprudencia, según el art. 24 del Decreto-Ley 528 de 1964, es de su competencia, que el recurso de súplica se interpone y surte ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; porque se trata, en consecuencia, de un precepto muy claro, cuyo tenor literal, como dispone el art. 27 del Código Civil, no se puede desconocer "a pretexto de consultar su espíritu", que atribuye competencia a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, y que, al hacerlo, instituye una excepción a las reglas generales sobre causales de impedimento y recusación, porque, de lo contrario, desde el punto de vista lógico, el art. 2º de la Ley 11 de 1975 le habría otorgado una competencia a la mencionada Sala, creando a la vez, contradictoriamente, por esto mismo, una causal de impedimento para aquellos de sus miembros que profirieron la providencia que sea objeto del recurso de súplica; porque ello implicaría que, necesariamente, los recursos de súplica deben resolverse con el concurso de Conjueces, los cuales inconstitucionalmente tendrían, en esta forma, funciones permanentes, de sustitución de los Consejeros, impedidos por el hecho de serlos; porque el recurso de súplica, así tenga un carácter especial o extraordinario, es parte integrante de la segunda instancia, mientras que en el caso que se resuelve el doctor Betancur Jaramillo conoció y decidió instancia diferente; y porque, si el recurso de súplica se debe resolver por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, con base en norma legal expresa, el art. 2º de la Ley 11 de 1975, este precepto, que por lo excepcional es de restrictiva interpretación, no puede hacerse extensivo al Consejero que por haber proferido la providencia que se revisa y conocido, por ende, del juicio en la primera instancia, está impedido para revisarlo en la segunda, incluido el recurso de súplica, o mediante cualquier recurso extraordinario que, en la hipótesis llegare a ser pertinente".

"Salvaron entonces sus votos los Consejeros Bernardo Ortiz Amaya, por estimarse que, aún en la hipótesis contemplada por la providencia, no se daba causal alguna de impedimento, y Jorge Valencia Arango y Carlos Portocarrero Mutis, quienes afirmaron que "resulta, cuando menos, inexplicable, sostener que quien dictó la sentencia de primera instancia esté impedido para conocer del recurso extraordinario de súplica, que mira la legalidad del fallo de segunda instancia, y que no lo esté quien dictó un fallo que es objeto preciso, directo, concreto e inmediato de tal recurso extraordinario, sólo porque la ley dijo que de él conocería la Sala Plena de la Corporación, como si dicha Sala, formada por Conjueces, dejara de ser Sala Plena".

"Recientemente la Sala tuvo la oportunidad de volver a pronunciarse sobre el mismo asunto con ponencia del doctor Mario Enrique Pérez (Auto de 9 de dic./81), en los siguientes términos:

3.3. LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO RELATIVA AL RECURSO DE SÚPLICA.

Enseña el Consejo de Estado, en la Sentencia que se viene comentando, lo siguiente:

“En la conocida sentencia proferida por esta Sala el 25 de marzo de 1981, cuyo contenido doctrinario ha sido ratificado en muchos fallos dictados por la misma, se precisó que la jurisprudencia que tutela el recurso de súplica de que trata el art. 2º de la Ley 11 de 1975, es la emanada de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y no la de las Secciones en que éste se haya dividido a partir de la vigencia del Decreto Extraordinario 528 de 1964.

“En consecuencia, sobre la base de que el mencionado recurso tiene por objeto la unificación de la jurisprudencia de la Sala Plena y en que ésta tiene competencia exclusiva para conocer de él, reiteradamente ha sostenido la misma que la causal de recusación invocada por la parte actora resulta inaplicable en tratándose del recurso extraordinario de súplica, tanto para los Consejeros como para los Conjueces. En este sentido se transcribe a continuación lo sostenido por esta Sala en el Auto de 24 de noviembre último:

“Es por la consideración de que la jurisprudencia contrariada debe ser de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, y que es ésta la que puede modificarla ya sea por proposición de una Sección o al decidir el recurso de súplica instituido en la Ley 11 de 1975, que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación, ha reiterado en distintas oportunidades, que en la decisión de este recurso especial de súplica pueden participar los magistrados que intervinieron en la redacción y aprobación de la sentencia suplicada, criterio que en esta oportunidad se reitera y por ello la decisión de la recusación propuesta se resolverá de plano, puesto que la Corporación ha tenido que esa causal no existe legalmente en la decisión del recurso especial de súplica de la Ley 11 de 1975” (Exp. 10.694, actores Luis Felipe Díaz Rodríguez y otros, Ponente doctor Carmelo Martínez Conn).

“En esta ocasión la Sala reafirma su tradicional criterio, porque considera que no se ha dado un argumento nuevo que pueda quitarle validez jurídica a los que ella ha expuesto para sostener que en el caso del recurso extraordinario mal llamado de súplica pueden conocer de éste los Magistrados de la Sección que haya dictado la providencia recurrida.

“Dice el Conjuez Morales M., que el impedimento establecido en la causal 2º del art. 102 del C. C. A. “busca evitar que una misma persona revise la providencia que profirió, vale decir que

se constituye en Juez en dos grados de competencia funcional, en este caso de única instancia y del recurso extraordinario, mal llamado de súplica”.

“Con el respeto debido al criterio jurídico expresado por el señor Conjuez, la Sala estima que en el caso del recurso extraordinario de súplica no se da la mencionada causal porque la revisión de que aquí se trata es diferente de la prevista en la causal 2ª del art. 102 del C. C. A., puesto que cuando éste se expidió sólo podía referirse a los recursos ordinarios entonces existentes. Por otra parte no es cierto que la prohibición de la causal 2ª del art. 102 del C. C. A. sea absoluta, puesto que el recurso de reposición está instituido para que el mismo Juez que ha dictado una providencia pueda revisarla en los casos señalados por la ley, sin que ello quiera significar que en este caso ha desaparecido la posibilidad del amor propio.

“De lo expuesto se desprende la necesidad de examinar el texto mismo del art. 2º de la Ley 11 de 1975, que estableció el recurso extraordinario de súplica para las sentencias y autos interlocutorios proferidos por las Secciones de la Sala Contenciosa del Consejo de Estado, el cual es del siguiente tenor:

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

“La anterior disposición, como bien lo dice el título de la Ley 11, tiene por objeto aclarar y adicionar el art. 24 del Decreto-Ley 528 de 1964, que dispone que “las cuatro Salas o Secciones de lo Contencioso Administrativo funcionarán separadamente en el conocimiento de los respectivos negocios, salvo cuando se trate de modificar alguna jurisprudencia caso en el cual **lo harán conjuntamente**, previa convocatoria de la Sala o Sección de la Sala que esté conociendo del asunto” (subraya la Sala).

“Entonces se tiene que, armonizando lo dispuesto por el art. 24 transcrito y el 2º de la Ley 11, las cuatro Secciones deben concurrir para cambiar las doctrinas de la Sala Plena contencioso, lo cual debe ser lo normal por ser lo legal, pero si por inadvertencia o cualesquiera otras circunstancias una Sección lo hace sustituyendo así dicha Sala, surge entonces un medio para que sea la Sala Plena la que pronuncie como lo ordena el art. 24 del Decreto-Ley 528 de 1964, medio que no es otro que el recurso extraordinario de súplica. No se ve entonces cómo pueda ser excluida una de las Secciones que conforman la Sala Plena de la elaboración de la nueva doctrina, o de la confirmación de la existente, cuando así lo dispone expresamente el art. 24 citado.

"Por otro lado debe tenerse en cuenta, y ello es incontrovertible, que cuando la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo infirma un fallo de una Sección por estimar que contraría la jurisprudencia vigente sobre la materia que ella ha sentado, el fallo que entonces dicha Sala debe dictar será siempre de única o segunda instancia como lo son los fallos de las Secciones, razón por la cual el sentido del voto de los Consejeros de la Sección de la providencia suplicada puede ser el mismo, sin que ello ofenda a nadie, del que antes habían emitido al dictar la providencia objeto del recurso.

"Las consideraciones anteriores son suficientes para concluir que en el presente caso no se ha dado la causal de impedimento invocada por el Conjuez doctor Hernando Morales M.

"Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, no admite el impedimento manifestado por el señor Conjuez doctor Hernando Morales M., quien, por lo mismo, debe continuar conociendo de este proceso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase".

INEXEQUIBILIDAD PARCIAL DEL ARTICULO 80 DEL DECRETO 01 DE 1984 SOBRE PROCEDIMIENTO DE EJECUCION DE POLITICAS MONETARIAS, CAMBIARIAS Y DE CREDITO

La Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de julio 19 de 1984, declaró inexecutable los numerales primero y segundo del artículo 80 del Decreto-Ley 01 de 1984, los cuales disponían lo siguiente:

"Procedimiento de ejecución de políticas monetarias, cambiarias y de crédito.

1. Las citaciones a terceros, las notificaciones y las publicaciones se surtirán mediante comunicaciones con las formalidades y por los medios consagrados por la costumbre;

2. La motivación de tales actos consistirá en la cita de las normas aplicables".

En realidad, fue una ligereza establecer como norma aplicable en derecho público los "medios consagrados por la costumbre", fenómeno que es propio del derecho privado que es más consensual, y no está sometido al rigor normativo, pues es bien sabido que los funcionarios públicos, y las entidades estatales tienen definidas sus obligaciones y determinados sus derechos en la Constitución y Leyes.

La Corte Suprema de Justicia (7), al analizar la norma que venimos comentando, expresó que "El artículo 80, aunque redactado en

(7) Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia de julio 19 de 1984.

forma que parece aplicable a varias instituciones financieras, se refiere a actos administrativos de una sola institución, el Banco de la República, única, entre las que el capital de Estado es mayoritario, que hoy "actúa como ejecutora en forma directa de las normas y políticas monetarias, cambiarias y crediticias, desempeñando facultades de naturaleza única o diferentes a las que las leyes y reglamentos confieren a las demás instituciones del mismo género".

No se puede afirmar, continúa la Corte "que eventualmente tal artículo no sea aplicable a otras instituciones financieras de capital público mayoritario, ya que las siempre cambiantes condiciones de la economía nacional pueden determinar el ejercicio, por parte de algunas de aquéllas, de las tareas descritas, de modo no muy nítido, en el inciso primero del artículo en referencia".

La amplitud a que se refiere la norma quebranta el artículo 26 de la Constitución Nacional, el cual consagra el debido proceso, que para serlo, dice la Corte "debe estar constituido por elementos preestablecidos".

En lo que respecta al numeral 2 del artículo 80, no fue afortunado el legislador extraordinario, pues la doctrina de los Actos Administrativos ha rechazado que la motivación consista en citación de fórmulas de comodín, por ejemplo citar un artículo, o ley simplemente, sin ninguna motivación que indique las razones por las cuales se profiere una decisión.

Y la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia de julio 19 de 1984, es muy enfática al expresar:

"También el numeral 2 pugna con el artículo 26 de la Carta. Omitir al menos la mención de los hechos en virtud de los cuales son aplicables las normas de que se trate es correr el riesgo de que sean desconocidos derechos que por serlo deben ser protegidos. La simplicidad procedimental acordada al Banco de la República deja en este numeral de ser útil y por extremada resulta germen de arbitrariedades".

INEXEQUIBILIDAD PARCIAL DEL ARTICULO 91 DEL DECRETO-LEY 01 DE 1984 RELATIVA A LA PRUEBA DE LAS CALIDADES PARA SER CONSEJERO DE ESTADO

El artículo 91 del Decreto 01 de 1984, disponía en su inciso primero:

"La persona que fuere elegida Consejero de Estado en propiedad deberá acreditar que reúne las calidades constitucionales, ante el Presidente de la República, al tomar posesión del cargo".

Nada más absurdo, pues contradice la más elemental lógica jurídica que una persona que sea elegida Consejero de Estado, deba acreditar que reúne las calidades constitucionales, ante el Presidente de la República, ya que debe ser ante la misma corporación que la eligió, y bien lo establece el artículo 63 de la Constitución: "No habrá en Colombia ningún empleo que no tenga funciones detalladas en Ley o reglamento", y a su turno el artículo 20 de la Carta establece que los funcionarios públicos son responsables por infracción de la Constitución y de las leyes, y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas.

Conforme a los preceptos constitucionales, no existe norma que disponga que la persona elegida para Consejero de Estado deba acreditar sus cualidades ante el Jefe de Estado.

La disposición, por tanto, la consideramos claramente anticonstitucional.

INEXEQUIBILIDAD PARCIAL DEL INCISO SEGUNDO DEL ARTICULO 127 DEL DECRETO 01 DE 1984: OBJETO DE LA ACTUACION DEL MINISTERIO PUBLICO

La Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de julio 19 de 1984, declaró inexecutable la expresión "Y PROCESOS", en el inciso 2º del artículo 127 del Decreto-Ley 01 de 1984.

Observa a propósito la Corte, en la Sentencia de julio 19 de 1984 (8):

"El artículo 143 de la Carta establece que a los funcionarios del Ministerio Público corresponde "defender los intereses de la nación, promover la ejecución de las leyes, sentencias judiciales y disposiciones administrativas, supervigilar la conducta de los empleados oficiales, y perseguir los delitos y contravenciones que turben el orden social".

"Al considerar la acusación del demandante contra las frases "y, para ello, podrá actuar como parte", del inciso primero del artículo 127 del Código Contencioso Administrativo, e "y él decidirá en cuales actuaciones o procesos se requiere su intervención" del inciso segundo del mismo, conviene tener en cuenta el encabezamiento de tal artículo: "En las actuaciones y procesos que se sigan ante el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos, el Ministerio Público intervendrá en interés del orden jurídico".

"Es del todo imperativo, por tanto, que el Ministerio Público intervenga en interés del orden jurídico en las actuaciones y procesos que

(8) CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Plena, Sentencia de Julio 19 de 1984. Magistrado Ponente Dr. Alfonso Patiño Rosselli. Expediente N° 1140.

se sigan ante el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos. No por ello, sin embargo, se requiere que en toda actuación o proceso ante dichas corporaciones el Ministerio Público **"actúe como parte"**. Por ejemplo, puesto que de acuerdo con el artículo 151 del Código Contencioso Administrativo "las entidades públicas deberán estar representadas mediante abogado titulado e inscrito en los procesos que promuevan o se adelanten contra ellas, y en aquellos en que intervengan" no es pertinente que en tales procesos el Ministerio Público se haga **"parte"**, aunque haya de intervenir en ellos **"en interés del orden jurídico"**. Así mismo, en algunos recursos extraordinarios, como el de anulación (capítulo XXIII del Código Contencioso Administrativo), puede no ser indispensable que el Ministerio Público **"actúe como parte"**.

"El carácter opcional de la frase: **"y, para ello, podrá actuar como parte"** no infringe, dado lo expuesto, el artículo 143 de la Constitución.

"Con respecto a la otra frase acusada, **"y él decidirá en cuáles actuaciones y procesos se requiere su intervención"**, es necesario distinguir entre "actuaciones" y "procesos". Las primeras pueden o no efectuarse dentro de un proceso, y por su naturaleza algunas de ellas pueden no requerir la intervención específica del Ministerio Público. La justificada abstención de éste puede en tales casos contribuir a aminsonar el excesivo recargo de labores en la Procuraduría General y en las Fiscalías correspondientes.

"Es entendido, por supuesto, que el artículo 143 exige la intervención del Ministerio Público en **todo proceso** contencioso administrativo, aunque no en todas y cada una de las actuaciones que se cumplan en ellos o independientemente de los mismos; por esa razón se ajusta a tal mandato constitucional la opción dada al Ministerio Público para decidir en qué actuaciones procesales interviene, pero lo contrario en cuanto le permite escoger en qué procesos quiere actuar.

"La Corte procederá en consecuencia, a declarar exequible la frase **"y, para ello, podrá actuar como parte"** del inciso primero del artículo 127, así como en el inciso segundo del mismo las expresiones **"y él decidirá en cuales actuaciones"** y **"se requiere su intervención"** y a declarar inexecutable en el referido inciso segundo los términos **"y procesos"**.

Finalmente, cabe observar (9) conforme lo hicimos en nuestra obra Código Contencioso Administrativo:

"En lo que respecta al artículo 127, la Corte se limitó a declarar inexecutable la expresión **"Y PROCESOS"**, contenida en el numeral 2°.

(9) PENAGOS, GUSTAVO, Profesor de Derecho Administrativo, CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (Decreto 01 de enero 2 de 1984), Ley de autorización-Exposición de motivos y comentarios-Estatuto Contractual-Interpretación y Jurisprudencia, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, D. E., Agosto de 1984, introducción, página 11.

No obstante que la Corte se pronunció por la exequibilidad de las expresiones que dicen: "Y, PARA ELLO, PODRA ACTUAR COMO PARTE", en el inciso 1º; "Y EL DECIDIRA EN CUALES ACTUACIONES" y "SE REQUIERE SU INTERVENCION", consideramos que subsisten las normas generales no derogadas sobre intervención obligatoria del Ministerio Público, pues es bien sabido que los Fiscales del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos, intervienen en forma oficiosa en interés general y en salvaguardia del orden jurídico".

Propiciar por la tesis de que los fiscales pueden escoger a su libre voluntad la intervención en los procesos administrativos, nos parece es contrario al orden jurídico, en el cual se pretende la protección del interés general, aún en los asuntos más ínfimos del Estado, y de quienes solicitan la recta administración de justicia.

3.3. La Jurisprudencia del Consejo de Estado relativa al recurso de nulidad.

INEXEQUIBILIDAD DEL ARTICULO 244 DEL DECRETO 01 DE ENERO 2 DE 1984: RELATIVA A PENAS DE INTERDICCION CUANDO SE DECRETA LA NULIDAD DE UNA ELECCION

Consideramos que el artículo 244 del Decreto-Ley 01 de 1984, es inconstitucional, ya que la pena de interdicción para el ejercicio de cualquier cargo público, a consecuencia de la nulidad de la elección porque los candidatos no reunían los requisitos y calidades exigidos por la Constitución Política y la Ley, o porque violaron prohibiciones contenidas en las mismas normas.

No sobra advertir, que la consecuencia de un proceso administrativo, es la declaración de validez, o la nulidad, en su caso del acto impugnado, finalidad que se cumple en la respectiva sentencia por la jurisdicción contenciosa administrativa.

Pero al establecer el artículo 244 del Decreto-Ley 01 de 1984, que se puede imponer la pena de interdicción a los afectados con la declaración de nulidad en un proceso electoral, equivaldría a erigir como delito específico, la pérdida de una demanda, lo cual a nuestro juicio contraría el orden jurídico y la organización constitucional del Estado, que tiene casualmente definidas las conductas delictivas en el Código Penal, y corresponde a la rama penal conocer por el respectivo quebrantamiento.