



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C., ocho (8) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

Radicación Número: 25000-23-24-000-2009-00264-01

Actor: Luis Alirio Torres Barreto

Demandado: Club Militar

Asunto: Nulidad y Restablecimiento del Derecho – Fallo de Segunda Instancia

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte actora contra la sentencia dictada el 16 de julio de 2012 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección C en descongestión, que declaró no probadas las excepciones formuladas por la parte demandada y negó las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

Actuando en nombre propio y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo -en adelante CCA-, el señor Luis Alirio Torres Barreto, solicitó que se declarara la nulidad de los siguientes actos¹:

¹ La demanda fue presentada el 28 de abril de 2004.

- Acta 466 de 12 de diciembre de 2003 *“en lo pertinente en reunión celebrada por el Consejo Directivo del Club Militar, que en lo pertinente dice: <...**Doctor LUIS ALIRIO TORRES BARRETO**, luego de analizados los derechos de petición para ingreso de socios, el Consejo Directivo los niega por unanimidad”.*
- Oficio CM.200.02.1/1479 de 12 de diciembre de 2003, en el que se le informó al demandante que debía acercarse para ser notificado de la decisión proferida por el Consejo Directivo del Club Militar.
- Oficio CM.400.01.3/1479 de 12 de diciembre de 2003 del Club Militar, en que se afirmó: *“...que de manera atenta me permito comunicarle que el Consejo Directivo del Club Militar en reunión de fecha 12 de diciembre del presente año, por unanimidad, negó su ingreso como socio efectivo de este centro social, quedando agotada la vía gubernativa”.*
- *“El Oficio sobre notificación de fecha 23 de diciembre del 2003, donde se dice “...Notifiqué al señor **LUIS ALIRIO TORRES BARRETO**, el contenido de la decisión proferida por el Consejo Directivo del Club Militar, en reunión celebrada el día 12 de diciembre del 2003, haciéndole saber que queda agotada la vía gubernativa”...”*

Como consecuencia de la nulidad, el demandante solicitó a título de restablecimiento del derecho que:

- Se ordene al Ministerio de Defensa Nacional, Club Militar, su ingreso como socio efectivo de ese centro social, por haber ostentado el cargo de Juez Penal Militar y, por consiguiente, tener la categoría de Oficial.
- Se ordene el pago de la suma equivalente a mil salarios mínimos mensuales legales vigentes, como indemnización por el daño moral causado con el acto cuya anulación se pretende, de conformidad con el artículo 97 del Código Penal, así como *“los daños y perjuicios materiales y, desde luego, las costas y gastos del proceso”.*
- Se ordene el cumplimiento del fallo en los términos de los artículos 176 y 177 del CCA.

El demandante señaló que trabajó en la Policía Nacional desde el 22 de julio de 1967 hasta el 5 de diciembre de 1988, fecha en la cual fue retirado por tener derecho a pensión de jubilación, de acuerdo con el Decreto 2395 de 22 de noviembre de ese mismo año.

Puso de presente que en el año 2000 –no indicó la fecha- solicitó al Club Militar su afiliación como socio, petición que le fue negada por no haberse afiliado dentro del año siguiente al reconocimiento de su pensión y no haber sido socio temporal.

Manifestó que el 24 de septiembre de 2003 elevó la misma petición, la cual fue nuevamente negada porque no reunía los requisitos al no haber sido socio temporal, en los términos de los estatutos del Club Militar.

Afirmó que el 23 de diciembre de 2003 se le notificó la decisión adoptada por el Consejo Directivo del Club Militar de negar su ingreso como socio efectivo.

Aseguró que con dicha decisión se le causaron perjuicios (i) morales, derivados de la congoja, la angustia y la pena que ha sufrido desde cuando se enteró del rechazo en comento, *“hasta el punto que esto le ha causado problemas depresivos, etc”*; y (ii) patrimoniales, *“resultantes de la pérdida de oportunidad del disfrute de los sitios de esparcimiento que ofrece el Club Militar, y desde luego de sus tarifas que son más económicas”*.

Como desarrollo del concepto de la violación de la demanda, la parte actora señaló que se desconocieron las siguientes normas:

(i) Artículos 1, 2, 4, 6, 13, 16, 52, 79, 91, 121 y 122 de la Constitución Política, cuya trasgresión tiene lugar *“cuando se vulnera en (sic) Derecho adquirido de un funcionario a permanecer incólume con todos (sic) sus prerrogativas que comprende la seguridad social, la cual no es solamente el derecho a una pensión vitalicia sino que comprende la recreación y el deporte la cual le está siendo negada por el Club Militar al suscrito LUIS ALIRIO TORRES BARRETO violando de esta manera el derecho a la recreación y al medio ambiente sano, (artículo 52 y 79 C.P.)”*

(ii) Acta 466 de 12 de diciembre de 2003 por la cual se reunió el Consejo Directivo del Club Militar en la que se tomó la decisión por unanimidad de no aceptar su afiliación al club como socio efectivo, la cual le fue notificada el 23 de diciembre de ese mismo año *“pero como cosa curiosa y bien extraña en su parte final se lee que dicha acta fue aprobada hasta el 23 de enero del 2004. Lo que quiere decir que se me notificó de una decisión o acto administrativo inexistente, pues a la fecha que fui notificado no había sido aprobado y por lo tanto no había nacido a la vida jurídica... como tampoco y mal puede decir el Club Militar que se encuentra agotada la vía gubernativa, cuando ni siquiera en la vía gubernativa se garantizó el derecho de defensa mediante los medios de impugnación como lo son los recursos de reposición y apelación que tiene todo acto administrativo legalmente concebido”*.

(iii) Artículo 4 de la Constitución Política fue desconocido porque el Ministerio de Defensa – Club Militar no podía negar su afiliación amparado en una disposición contenida en los estatutos, si se tiene en cuenta que la Constitución está por encima de las demás normas.

(iv) Artículo 91 de la Constitución Política según el cual no es posible hacer prevalecer una *“norma subalterna sobre la superior (sic) jerarquía porque la primera sea especial o posterior...”*.

(v) Es palpable la vulneración del derecho a la igualdad por parte del Club Militar, al estipular en el artículo 9º ordinal k) de sus estatutos que solo son oficiales quienes han egresado de las escuelas de formación, desconociendo los estatutos internacionales que establecen que los profesionales con carrera universitaria, en este caso, el que ha ostentado la categoría de Juez Penal Militar, tiene la categoría de oficial.

Añadió el demandante que se le han desconocido los derechos a la recreación, el deporte, utilización del tiempo libre y a un ambiente sano, al negarle la afiliación al Club Militar, a pesar de tener derecho a ella por haber sido Juez Penal Militar y, por tanto, ser un oficial.

(vi) La categoría de oficial fue *“adquirida en virtud de la equivalencia que se tiene de acuerdo con el Decreto 1214 de 1990 “ESTATUTO DEL PERSONAL CIVIL DEL MINISTERIO DE DEFENSA Y POLICÍA NACIONAL” artículo 10º ...”*

Sin embargo, *“la respuesta de fecha 12 de diciembre del 2003, del Club Militar al Derecho de Petición fue en forma negativa, arguyendo lacónicamente y sin fundamento alguno...”*.

Insistió en que se le ha violado de manera flagrante el derecho a la igualdad, porque fue discriminado sin razón jurídica o legal alguna al impedírsele el ingreso al Club Militar a pesar de ostentar la categoría de oficial.

Reiteró que se le ha desconocido su derecho a un ambiente sano, pues el club en cuestión cuenta con amplias zonas verdes y de recreación en las que se puede gozar de tranquilidad y seguridad.

Añadió que el pensionado debe gozar ciertas comodidades, privilegios y actividades que le permitan desarrollar su vida en un ambiente sano y decorosamente, lo cual solo es posible si tienen acceso a centros de recreación.

Por último, sostuvo que el Club Militar desconoció el verdadero sentido y objetivo de sus fundadores, esto es, permitir a los miembros de las Fuerzas Militares el acceso a un centro de recreación y especialmente sin distinciones de clase, grupo u otras circunstancias discriminatorias. Alegó que si bien es cierto no se afilió dentro de los 6 meses siguientes a su retiro, dicha omisión no autoriza al club, aun si está en los estatutos, a cercenar sus derechos.

2. Admisión de la demanda

Por auto de 7 de diciembre de 2004, la demanda fue inadmitida. El 15 de marzo de 2005 fue admitida la demanda, y se ordenaron las notificaciones respectivas. (Fl. 34 y 38 Cdno No. 1, respectivamente). Estas providencias fueron dictadas por la Subsección A de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sin embargo, como se verá en el acápite 4.1. la Sección Primera de dicho Tribunal profirió un nuevo auto admisorio.

3. Contestación de la demanda

3.1. Ministerio de Defensa Nacional

Debe precisarse que el apoderado judicial de esta entidad propuso incidente de nulidad con fundamento en que, si bien el auto admisorio ordenó la notificación al Director General del Club Militar, se surtió la notificación a dicho ministerio, *“hecho que le generó la carga de pronunciarse contestado (sic) la misma”*.

En su escrito de contestación, se opuso a las pretensiones de la demanda. Sin embargo, por no ser la entidad demandada, la Sala se abstiene de mencionar los argumentos expuestos.

3.2. Club Militar

El apoderado judicial de este establecimiento público adscrito al Ministerio de Defensa, se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en los siguientes argumentos:

(i) Por medio de la Ley 124 de 1948 se creó el Club Militar como una entidad destinada a facilitar a los miembros de la Fuerza Pública, en actividad o en uso de buen retiro, *“los medios para el incremento de la cultura militar en sus diversas fases y para robustecer los vínculos de compañerismo entre sus componentes”*.

En cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto Ley 146 de 1960, el Gobierno Nacional dictó el Decreto 2105 de ese mismo año, por el cual se aprobaron los estatutos del club, en el que se establecieron 4 categorías de socios:

- Activos: son los oficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en servicio activo.
- Efectivos: son (a) los oficiales en retiro que hayan sido socios activos, siempre que manifiesten su aceptación dentro del término de 3 meses a partir de la fecha del retiro; (b) los oficiales en uso de retiro que no hayan tenido la calidad de socios activos; (c) las viudas de los oficiales; y (d) los tripulantes de empresas de aviación comercial y de la marina mercante que tengan la calidad de oficiales de reserva de la Fuerza Aérea y de la Armada Nacional.
- Temporales: requiere ser empleado civil del ramo de guerra con categoría de especialista del primer grupo, con un tiempo de servicio continuo de mínimo 5 años.

(ii) El demandante ingresó a laborar a la Policía Nacional el 22 de julio de 1967, época en la que regía el Estatuto de Socios, aprobado por los Decretos 2105 de 1960 y 676 de 1965, que en su artículo 10 establece las categorías de socios antes señaladas.

(iii) El señor Torres Barreto fue retirado de la Policía Nacional por tener derecho a pensión de jubilación, según el Decreto 2395 de 22 de noviembre de 1988, con novedad fiscal de 5 de diciembre de ese mismo año.

El Estatuto de Socios vigente era el aprobado por el Decreto 559 de 1986 que en su artículo 4 establece que son efectivos: (a) los oficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional que se retiren con un mínimo de 15 años como socios activos y gocen de

asignación de retiro, pensión militar o policial; (b) los oficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional que se retiren con menos de 15 años como socios activos y gocen de pensión militar o policial causada por invalidez adquirida por razones de orden público o por causa y razón del servicio.

El artículo 5º señala que son temporales: los empleados públicos con categoría de especialista del primer grupo, de tiempo completo al servicio del Ministerio de Defensa Nacional con un mínimo de 10 años de servicio continuo, previa solicitud aprobada por la Junta Directiva del club.

Son nominales, según el artículo 6º: (a) los profesionales que siendo socios temporales se retiren de la institución con derecho a pensión de jubilación, previa solicitud presentada a la Junta Directiva dentro de los 6 meses siguientes a la fecha de su retiro, la cual debe ser aprobada.

(iv) El demandante presentó su solicitud de ingreso como afiliado pensionado el 23 de agosto de 2003 cuando, de acuerdo a la norma vigente al momento de su retiro, tenía un término de 6 meses, contados a partir de la fecha de reconocimiento de la pensión de jubilación para hacer el trámite correspondiente, siempre y cuando hubiere sido socio temporal.

(v) El actor solicitó su ingreso como socio efectivo por considerar que es un Oficial y fundamentó su reclamo en el inciso final del artículo 10 del Decreto 1214 de 1990, que señala que los especialistas del primer grupo tienen categoría de oficial para los fines contemplados en el Código Penal Militar y para efectos protocolarios.

Ese argumento no es de recibo puesto que para ingresar como socio efectivo se requiere que haya sido Oficial de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional y que, al pasar a la condición de retiro reúnan los siguientes requisitos:

- Tener mínimo 15 años como socio activo.
- Gozar de asignación de retiro o pensión militar o policial.
- No haber sido retirado del club por las causales establecidas en el Estatuto de Socio.

- Concepto favorable del Segundo Comandante de Fuerza o del Subdirector General de la Policía Nacional.
- Ser aceptado por el Consejo Directivo.

De otra parte propuso la excepción de prescripción en los siguientes términos: *“La fundamento en el Decreto 559 de 1986, que establece un término de seis (6) meses, contados a partir de la fecha de reconocimiento de la pensión de Jubilación, para quienes aspiren a ingresar como Socios Nominales”.*

Propuso además, la excepción de pretensión infundada porque, a su juicio, el actor solicitó su ingreso como socio efectivo y para pertenecer a esta categoría se requiere que haya sido oficial de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional, con asignación de retiro o pensión militar o policial y tener concepto del Segundo Comandante o Subdirector General de la Policía Nacional, requisitos que no cumple.

4. Trámite del proceso en primera instancia

4.1 Providencias relevantes dictadas con posterioridad a la admisión de la demanda

Por auto de 17 de julio de 2006 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, ordenó la remisión del expediente a la Dirección Seccional de Administración Judicial por ser el asunto de conocimiento del circuito judicial administrativo de Bogotá. (Fl. 189 Cuad. No. 1).

El 14 de septiembre de 2006, el Juzgado 29 Administrativo de Bogotá ordenó la remisión del expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Fl. 193-194 Cuad. No. 1).

Por auto de 3 de julio de 2009, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, ordenó la remisión del expediente por competencia, a la Sección Primera de esa Corporación (Fl. 203–205 Cuad. No. 1). Cabe aclarar que hasta este momento el presente proceso se tramitó bajo el número 2004-02646-01, sin embargo, al ser sometido a reparto en la Sección Primera del mencionado Tribunal, se le asignó un nuevo número, esto es el que actualmente identifica al proceso y que es plenamente conocido por las partes: 25000-23-24-000-2009-00264-01.

El 27 de agosto de 2009, la Sección Primera del mencionado Tribunal, admitió la demanda respecto del Acta No. 466 de 2003 y

la rechazó respecto de los oficios CM 200.02.1/1479 y CM 400.01.3/1479 (Fl. 209-211 Cuad. No. 1).

Por auto de 25 de febrero de 2010 se decretaron las pruebas solicitadas por las partes. (Fl. 305-306 Cuad. No. 1)

A través de providencia de 5 de agosto de 2010 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión (Fl. 355 Cuad. No. 1), el cual fue objeto de recurso de reposición resuelto el 28 de octubre de ese mismo año en el sentido de confirmar el auto recurrido (Fl. 362-365 Cuad. No. 1).

4.2 Alegatos de conclusión en primera instancia

Las partes insistieron en los argumentos expuestos en la demanda y sus contestaciones por lo que la Sala se relevará de resumirlos nuevamente.

5. Sentencia recurrida

Mediante sentencia de 19 de julio de 2012, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección C en descongestión (i) declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada y (ii) negó las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, con fundamento en las consideraciones que a continuación se sintetizan:

5.1. Excepciones

Explicó el *a quo* que las excepciones propuestas hacen referencia a argumentos de defensa en contra de las pretensiones y cargos de la demanda, pero no constituyen verdaderas excepciones de fondo, razón por la cual se resolvieron en el análisis de los cargos de nulidad.

5.2. Situación previa al análisis de la nulidad

Advirtió que por auto de 27 de agosto de 2009, se admitió la demanda y se estableció que los oficios CM 200.02.1/1479 de 12

de diciembre de 2003 y CM.400.01.3/1479 de la misma fecha, “*al no ser... actos administrativos... la Sala rechaza la demanda con relación a ellos*”. En consecuencia, se circunscribió al Acta No. 466 de 12 de diciembre de 2003.

De otra parte, frente a la nulidad propuesta por el apoderado judicial del Ministerio de Defensa, puso de presente que la notificación fue dirigida al General Comandante del Ejército Nacional y en su representación contestó la demanda, sin embargo, hubo un error en la notificación, dado que el auto admisorio primigenio “*se encuentra dirigido al Director General del Club Militar, aunado a lo anterior, y una vez advertida la falta de competencia que le asistía a la Sección Segunda, Subsección B, sobre la materia bajo examen, procedió a remitir por competencia a esta Sección Primera, motivo por el cual ha de entenderse que la demanda se halla dirigida únicamente en contra del Club Militar; de suerte que la nulidad planteada en un principio, no tiene vocación de prosperar, dado que esta fue subsanada de acuerdo a lo antes señalado*”.

5.3. Análisis de los cargos de nulidad

Explicó el Tribunal que, de conformidad con el Acuerdo No. 012 de 2001, que regía para la época de los hechos, bajo el entendido que la solicitud de ingreso se efectuó el 23 de agosto de 2003, como se evidencia en el Acta No. 466 de 12 de diciembre de ese mismo año, los miembros civiles que trabajan para las Fuerzas Militares o de Policía, como lo es actor por haber sido Juez Penal Militar, tal como se desprende de las pruebas allegadas al proceso, para ser aceptado como afiliado en su condición de pensionado, debía reunir los siguientes requisitos:

“ARTÍCULO 12.- Pensionado. Tienen esta categoría:

a) Los servidores públicos a que se refiere el artículo 11, de este estatuto, que habiendo sido temporal durante cinco (5) años o más, se retiren con derecho a pensión y reúnan los siguientes requisitos:

1) Presentar la solicitud por escrito en el término de un (1) año, contado a partir de la fecha de reconocimiento de la pensión.

2) Tener concepto favorable del Comandante General de las Fuerzas Militares, comandante de la respectiva fuerza, Director General de la Policía Nacional, Secretario General del Ministerio de Defensa Nacional, Subdirector General de la Policía Nacional, director, gerente, rector o superintendente de entidad descentralizada, según el caso, y del Director General del Club.

3) Ser aceptado por el Consejo Directivo.”

Indicó el *a quo* que el señor Torres Barreto debía no solo certificar su condición de pensionado y el tiempo de servicio en la institución, sino también acreditar que fue socio temporal, por un

período de 5 años continuos, del Club Militar, así como, presentar su solicitud dentro del plazo de 1 año contado desde la fecha del reconocimiento de la pensión, todos estos, requisitos contemplados para la época en que presentó la solicitud de afiliación.

Señaló que el Decreto 559 de 1986 era la norma que regía la solicitud de afiliación al Club Militar, dado que para el momento en que le fue concedida la pensión de jubilación al demandante, esto es, el 22 de noviembre de 1988 y bajo los parámetros del artículo 6º de dicho decreto, la petición de afiliación debió haberse solicitado dentro de los 6 meses siguientes a la fecha del retiro o del reconocimiento de la pensión de jubilación, además, era un requisito, como lo es aún ahora, el haber sido socio temporal del club, sin que exista en el plenario prueba que lo demuestre.

Respecto a la categoría de Oficial otorgada por el Decreto 1214 de 1990, por haber sido Juez Penal Militar, el Tribunal advirtió que dicha norma establece esta equivalencia para efectos de *“Los especialistas del Primer Grupo tienen categoría de oficial para los fines contemplados en el Código Penal Militar y para efectos protocolarios”*, lo que significa que la categoría de Oficial no lo hace *per se* miembro del Club Militar, sino que debe solicitar su ingreso conforme a los requisitos contemplados en sus estatutos.

Frente a la violación del derecho a la igualdad por cuanto a otras personas que trabajaron con las Fuerzas Militares se les afilió al club, estimó el Tribunal que dicha afirmación es infundada, pues no hay prueba en el expediente que lo demuestre, *“evento en el cual existiera esta circunstancia es clara la procedencia a declarar la nulidad del acto administrativo demandado, sin embargo, al no existir tal sustento probatorio es por demás inocuo dicho argumento”*.

El Tribunal también se pronunció sobre de la presunta violación a los derechos fundamentales a la salud y el medio ambiente sano para desestimarla porque el demandante no estableció la conexidad entre la decisión adoptada por el Consejo Directivo del Club Militar y la presunta conculcación a estos derechos.

Acerca de la alegada trasgresión de los artículos 121 y 122 de la Constitución, el Tribunal sostuvo que *“basta comentar que en cuanto a las vías de hecho se refiere, esta hace alusión a una actuación grosera por parte de la Administración que violenta los derechos de sus Administrados... en este descorrer, se puede establecer que dentro del plenario brilla por su ausencia las pruebas*

tendientes a demostrar y soportar lo manifestado en la demanda, por el contrario, en el expediente existen pruebas contundentes de hecho y de derecho que afincan la decisión adoptada por el Club Militar en el sentido de no permitir la afiliación; por lo cual no se evidencia que esta determinación haya conculcado derecho fundamental alguno al demandante”.

En cuanto a la supuesta notificación de un acto administrativo inexistente, el *a quo* consideró que no es de recibo porque, de una parte, no hay prueba de ello; y de otra, de acuerdo con el artículo 50 del CCA el acta demandada es un acto definitivo en el que se plasma una decisión directa, esto es, la negación de la afiliación al Club Militar. Otra situación sería que en el acta posterior se modificara o revocara la determinación inserta en el Acta No. 466 de 2003, *“eventualidad que daría lugar a una nueva situación jurídica frente al accionante”.*

Añadió que si bien es cierto, en el Acta No. 466 de 2003 no se estableció la procedencia de recursos, no es menos cierto que el demandante pudo interponerlos o instaurar, como en efecto lo hizo, la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme lo establece el artículo 135 del CCA.

6. Recurso de apelación

Inconforme con la sentencia de 16 de julio de 2012, la parte actora presentó recurso de apelación en el que solicitó que se revocara la sentencia de primera instancia, y en su lugar, se accediera a las pretensiones de la demanda.

A su juicio, el Tribunal negó las pretensiones de la demanda *“con el argumento simplista y muy olímpico de que el demandante no se afilió al Club Militar dentro del año siguiente de haberse retirado de la institución policial por tener derecho a pensión de jubilación. Sin mirar por el juzgador que en este asunto se están violando derechos fundamentales consagrados en la Carta Política, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por los Estatutos de dicha entidad social...”.*

Se refirió a la primacía de la Constitución Política y a la consagración en dicho texto del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia impartida por los funcionarios públicos, garantes de este principio a través de sus actuaciones, en las cuales se les exige la efectividad de dicho derecho.

Seguidamente hizo mención del artículo 1º de la Ley 270 de 1996 y transcribió apartes de la sentencia T-442 de 1994 acerca del poder del juzgador en la valoración del material probatorio.

Expresó su disentimiento *“por ser la valoración jurídica desatinada y contraria a la realidad que ella emerge...”*, y fundó la alzada en los siguientes aspectos:

(i) El artículo 5 de la Ley 153 de 1887 habla del espíritu de la ley o del que el legislador quiso decir al expedirla cuando señala: *“dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar le (sic) pensamiento del legislador y aclarar o armonizar las disposiciones legales oscuras o incongruentes”*.

(ii) La Ley 124 de 1948, que creó el Club Militar dispone en su artículo 2º: *“Créase el “Club Militar” de las Fuerzas Militares de la República, como entidad destinada a facilitar a los miembros de las mismas, en actividad o en uso de buen retiro, los medios para el incremento de la cultura militar en sus diversas fases y para robustecer los vínculos de compañerismo entre sus componentes.”*

Agregó que *“Y en desarrollo e interpretando el espíritu de la ley se dijo posteriormente: ‘para garantizar el bienes del personal de las FFMM Policía Nacional y el personal civil, concentrados mejorar la salud, la educación, la vivienda, la recreación y la seguridad social’.”*

Afirmó el actor que la limitante de un año como término para la afiliación al Club Militar de una persona con categoría de Oficial y con derecho a pensión de jubilación, como él, viola abiertamente el espíritu o lo que quiso el legislador al dictar la Ley 124 de 1948.

Aseguró que los derechos fundamentales no se pueden limitar en el tiempo.

(iii) Indicó que *“las normas constitucionales y que amparan derechos fundamentales, y por lo cual le solicito atentamente al señor juzgador de segunda instancia se sirva tenerlas en cuenta, ya que el juzgador de primera instancia paso (sic) por encima de las mismas dejando de lado el principio consagrado en la Norma de Normas que el juez en su (sic) decisiones esta (sic) sujeto a la Constitución y a la ley; pero además cuando hay una contradicción entre la norma constitucional y una legal prima la constitucional...”*.

Mencionó los artículos 1º y 13 de la Constitución Política y señaló que no se le ha respetado el principio de igualdad puesto que, a pesar de tener la calidad de Oficial por haber sido juez y adscrito

a la Policía Nacional y, además, haber sido retirado por tener derecho a jubilación, no se le permite ser socio efectivo del Club Militar, por no haberse afiliado dentro de los 6 meses siguientes a su retiro de la institución policial.

Aludió al artículo 6º de la Constitución Política *“al decir que todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”*.

También se refirió al artículo 46 constitucional sobre los derechos de las personas de la tercera edad y concluyó que el *a quo* *“hace todo lo contrario como ve que el suscrito Torres Barreto a sus 64 años de edad lo protege en sus derechos este artículo de la Norma de Normas, antes que proteger mis derechos de integración a la vida activa y comunitaria con su sentencia me saca de la sociedad en todo sentido”*.

Añadió que el artículo 48 de la Carta Política consagra el derecho a la seguridad social, como un servicio público obligatorio que, por un lado prestará el Estado, y de otro, que las entidades privadas o públicas de conformidad con la ley, ampliarán su cobertura a los colombianos. A su juicio, esta disposición no se está cumpliendo por la entidad demandada que, antes de ampliar el acceso a la citada sede social, lo restringen en su caso *“que pese a haber sido retirado por tener derecho a pensión y haber trabajado para el Mindefensa por mas (sic) de 23 años, pero además observado buena conducta se me pretenda dar un tratamiento de tercera”*.

7. Trámite en segunda instancia

El recurso propuesto fue admitido por el Despacho Ponente el 12 de agosto de 2013² (Folio 4 cuad. No. 2).

8. Alegatos de conclusión en segunda instancia

Dentro del lapso concedido para alegar se presentaron las siguientes manifestaciones:

8.1. Club Militar

A través de apoderado judicial y mediante escrito de 17 de septiembre de 2013, la parte demandada reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

² En ese momento fungía como ponente la Consejera María Elizabeth García González.

8.2. Luis Alirio Torres Barreto

Con escrito radicado el 30 de septiembre de 2013, presentó *“adición al escrito de sustentación del recurso de apelación...”*, en el que, en términos generales, reiteró lo expuesto en la alzada y añadió que: (i) el Ministro de Defensa, el Alcalde Mayor de Bogotá, *“entre otros políticos y dignidades como los llaman, que se encuentran en cargos temporalmente automáticamente quedan enlistados como socios o beneficiarios por decirlo de alguna manera en el Club Militar”*; (ii) *“se violan los principios básicos como son los derechos mínimos que habla la Constitución Nacional y la ley laboral, los cuales no se pueden desconocer o vulnerar bajo ningún título o pretexto alguno”*, (iii) se tenga en cuenta el precedente jurisprudencial que anexó, esto es, el fallo de 20 de mayo de 1992, dictada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, con número de radicación 3790.

9. Concepto del agente del Ministerio Público en segunda instancia

En esta instancia no intervino el Ministerio Público.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Corresponde a la Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de esta Sección, conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada el 16 de julio de 2012 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección C en Descongestión, en los términos del artículo 129 del CCA, en concordancia con lo decidido en el Acuerdo de Descongestión No. 357 de 5 de diciembre de 2017, suscrito entre las Secciones Primera y Quinta de esta Corporación.

2. Acto demandado

Acta 446 de 12 de diciembre de 2003, correspondiente a la Reunión del Consejo Directivo del Club Militar, en la que, entre

otros aspectos, se analizó la solicitud de ingreso como socio del señor Luis Alirio Torres Barreto. Sobre este aspecto se dijo que:

- a) Presentó solicitud de ingreso como Afiliado Pensionado el 23 de Agosto de 2003.*
- b) Al solicitante, el Ministerio de Defensa le reconoció derecho a pensión de jubilación, mediante Decreto 2395 del 22 de Noviembre de 1988.*
- c) Es de anotar que el solicitante no fue afiliado Temporal del Club Militar, durante cinco (5) años o más como lo dispone el Artículo A, Literal A del Estatuto de Socios del Club Militar.*
- d) Mediante oficio del 24 de Septiembre de 2003, con base en el artículo 23 de la Constitución Nacional, hace su solicitud para ingresar como Afiliado en la categoría de Pensionado.*

Luego de analizados los derechos de petición para el ingreso de socios, el Consejo Directivo los niega por unanimidad.” (Negrilla del texto original)

En este punto resulta pertinente traer a colación una providencia dictada por la Sección Primera de esta Corporación acerca de la naturaleza este acto, en un caso similar al presente en el que se demandó la nulidad de un acta del Consejo Directivo del Club Militar, en cuanto negó el ingreso como socio efectivo del Club Militar a un mayor retirado, y del oficio suscrito por el Director General (e) del Club:

“...la decisión que consta en el acta parcialmente transcrita, adoptada por el Consejo Directivo del Club Militar, sí constituye un acto administrativo debido a que el artículo 33 de sus estatutos, Acuerdo 012 de 2001, aprobados mediante Decreto 39 de 1992, proferido por el Presidente de la República, le imprime ese carácter a los actos que profiera el Club para el cumplimiento de sus funciones; amén de que fue proferido en respuesta a un derecho de petición en interés particular cuya atención o satisfacción le corresponde al Estado a través de un organismo suyo como lo es Club en mención.

Es así una declaración unilateral que en ejercicio de su función administrativa atinente a velar por la efectividad de tal derecho profirió ese organismo a través de su Consejo Directivo, que resolvió o puso fin a la petición del actor, no sujeta a otra formalidad o a plasmarse en otra forma determinada distinta al acta (v. gr. resolución), por lo cual cabe considerar que el acta de la respectiva reunión es prueba o instrumentación de dicho acto.

Mientras que los oficios de 11 de agosto de 2000 y de 12 de Marzo de 2002 sucritos por el Director del Club fueron simples medios de información, aunque inadecuados, sobre la decisión cuestionada, no obstante que en el último pareciera que el Director estuviera tomando la Decisión, pues ella ya había sido tomada por el Consejo Directivo como se ha reseñado, luego esos oficios no constituyen actos administrativos”.³

3. Problema jurídico

³ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 30 de abril de 2009, expediente número 11001-03-25-000-2002-00164-01, demandante: Miguel Porras Hernandez, demandado: club militar, C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

Corresponde a la Sala determinar si procede confirmar, modificar o revocar la sentencia de primera instancia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección C en descongestión que declaró no probadas las excepciones formuladas por la parte demandada y negó las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

4. Caso concreto

4.1. La Sala debe advertir que en el libelo presentado por el demandante durante el término para alegar de conclusión en segunda instancia, por medio del cual “adicionó el escrito de sustentación de apelación”, contiene argumentos nuevos, esto es, distintos de los expuestos en este, como se vio en el acápite 8.2. de los antecedentes de esta providencia.

En consecuencia, dichos reproches fueron planteados por fuera del término legal concedido para apelar el fallo de primera instancia por lo que resultan extemporáneos, lo que impide pronunciarse sobre ellos.

4.2. El actor afirmó que *“...se están violando derechos fundamentales consagrados en la Carta Política, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por los Estatutos de dicha entidad social...”*.

Sobre este argumento, basta a la Sala advertir que constituye un reproche respecto de un acto distinto del acusado, esto es, el Acta No. 466 de 2003, toda vez que, conforme lo transcrito, el actor criticó los Estatutos del Club Militar. Por consiguiente, no es posible efectuar ningún pronunciamiento.

4.3. En cuanto al desconocimiento del espíritu de la Ley 124 de 1948, porque en su caso se aplicó la limitante de un año como término para la afiliación al Club Militar de una persona con categoría de Oficial y con derecho a pensión de jubilación.

Al respecto, considera la Sala que el hecho de que la ley en cuestión haya creado el Club Militar *“como entidad destinada a facilitar a los miembros de las mismas, en actividad o en uso de buen retiro, los medios para el incremento de la cultura militar en sus diversas fases y para robustecer los vínculos de compañerismo entre sus componentes.”*, no supone la inexistencia de unas normas para su funcionamiento y administración -máxime cuando se trata de un establecimiento

público-. Normas, que entre otras cosas, regulen los requisitos para ingreso y los criterios para el retiro de quienes se hayan afiliado.

Es decir, la creación del Club Militar no supone el acceso incondicional de los miembros activos o retirados de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. Ahora, ello no significa una autorización para la arbitrariedad.

De este modo, no se advierte que la fijación de parámetros y procedimientos para ingreso al club desconozca el espíritu de la ley.

Debe mencionarse que en el artículo 4° de dicha ley, se facultó al Gobierno Nacional para reglamentarla y dictar las normas estatutarias del mencionado Club, lo cual se efectuó mediante el Decreto 1132 de 1963.

Esos primeros estatutos rigieron hasta 1987 cuando se modificaron con el Decreto 1083 que en la actualidad se encuentran vigentes, con excepción de los artículos 22, 25 y 26 modificados por los Decretos 2649 de 18 de julio de 2008 y 3970 de 15 de octubre de 2009.

El cumplimiento o aplicación de los estatutos no fue cuestionado por el actor, es decir, no alegó que él sí reúne los requisitos para ingresar o ser afiliado al Club Militar.

Debe resaltarse que en la apelación el actor no afirmó que, contrario a lo dicho por la entidad que expidió el acto, o por el Tribunal, él sí cumple los requisitos.

Lo que en realidad el demandante no comparte es el hecho mismo de que existan dichos parámetros, aspecto sobre el cual la Sala no puede pronunciarse, pues las normas estatutarias no fueron objeto de la demanda que dio origen al presente proceso.

4.4. En cuanto a la violación de varias normas constitucionales por parte del acto acusado, la Sala pone de presente que en la demanda no se hizo ninguna referencia a la eventual trasgresión de los artículos 46 –protección y asistencia a las personas de la tercera edad- y 48 –seguridad social-, razón por la cual son cargos nuevos respecto de los cuales la parte demandada no

pudo pronunciarse. Por consiguiente, la Sala, en aras de garantizar el debido proceso, se abstendrá de pronunciarse sobre ellos.

Respecto de los artículos 1º y 13 de la Constitución Política, el actor señaló en la apelación que no se le ha respetado el principio de igualdad puesto que no se le permite el ser socio efectivo del Club Militar, por no haberse afiliado dentro de los 6 meses siguientes a su retiro de la institución policial.

Para la Sala, el desconocimiento de dichas normas superiores no se demostró en el presente caso, toda vez que el actor no probó que personas en su misma situación hayan tenido un trato distinto, esto es, que se les haya permitido la afiliación al club a pesar de no haber elevado la solicitud dentro de los 6 meses siguientes a su retiro.

Frente al supuesto desconocimiento del artículo 6º de la Constitución Política el actor se limitó a decir en el escrito de apelación que: *“...todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”*.

Sin embargo, no formuló ningún reproche respecto del fallo de primera instancia atinente al desconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad; tampoco en la demanda se advierte el desarrollo de un cargo en este sentido, que permita dar alcance a este argumento de la apelación. Ello impide a la Sala su estudio pues recuérdese que debe circunscribirse a lo planteado en la apelación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil.

5. Otras decisiones

La Sala observa que a folio 47 del cuaderno No. 2 del expediente obra poder por parte del Vicealmirante (RA) Daniel Iriarte Alvira Director General del Club Militar al abogado Wilson Gómez Higuera, sin que dicha apoderada haya sido reconocida. En este orden de ideas, se reconocerá al citad profesional del derecho, como apoderado de la entidad demandada.

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

III. FALLA

Primero: Confirmar la sentencia de 16 de julio de 2012 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección C en descongestión.

Segundo: Devolver el expediente al Tribunal de origen.

Tercero: Reconocer personería al abogado Wilson Gómez Higuera como apoderado del Club Militar en los términos del poder obrante a 47 del cuaderno No. 2 del expediente.

Notifíquese y Cúmplase

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

Continúan firmas...

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO

Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

