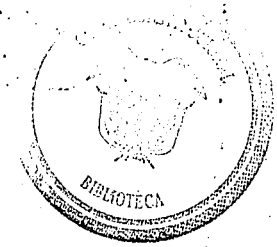
REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO



TOMO CV

AÑO LVIII

NUMEROS 479 Y 480

SEGUNDO SEMESTRE 1983

VOLUMEN 1

RELATORAS:

Dra. NUBIA GONZALEZ CERON Dra. MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ

CONSTITUCIÓN DE COLOMBIA

CONSEJO DE ESTADO

1 9 8 3

SEGUNDO SEMESTRE

SALA PLENA

Presidente:

Doctor Humberto Mora Osejo

Vicepresidente:

Doctor Samuel Buitrago Hurtado

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

CONSEJEROS:

SECCION PRIMERA

Doctor Roberto Suárez Franco
Doctor Samuel Buitrago Hurtado
Doctor Mario Enrique Pérez Velasco
Doctor Jacobo Pérez Escobar

SECCION SEGUNDA

Doctor Joaquín Vanín Tello
Doctor Ignacio Reyes Posada
Doctor Alvaro Orejuela Gómez
Doctora Aydée Anzola Linares

SECCION TERCERA

Doctor Carlos Betancur Jaramillo
Doctor Jorge Valencia Arango
Doctor Jorge Dangond Flores
Doctor Eduardo Suescún Monroy

SECCION CUARTA

Doctor Bernardo Ortiz Amaya
Doctor Enrique Low Murtra
Doctor Carmelo Martinez Conn
Doctor Gustavo Humberto Rodríguez

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

CONSEJEROS:

Doctor Jaime Betancur Cuartas
Doctor Jaime Paredes Tamayo
Doctor Humberto Mora Osejo
Doctor Osvaldo Abello Noguera

FISCALES:

1º *Doctor Alvaro León Cajiao*
2º *Doctora Edné Cohen Daza*
3º *Doctor Carlos Octavio Rodríguez*
4º *Doctor Euclides Londoño Cardona*
5º *Doctora Clara Forero de Castro*
6º *Doctora Dolly Pedraza de Arenas*

RELATORAS:

Doctora Nubia González Cerón
Doctora María Elena Giraldo Gómez

SECRETARIO GENERAL:

Doctor Darío Quiñones Pinilla

PROPOSICIONES DEL CONSEJO DE ESTADO

El Consejo de Estado en su sesión de la fecha, registra con profundo pesar el fallecimiento del señor Expresidente de Colombia Doctor RAFAEL AZUERO MANCHOLA quien con sus inigualables condiciones de hombre público sirvió con nobleza y elevado sentido del deber los más caros valores de la República y su vida fue constante ejemplo de pulcritud y dignidad.

Transcríbase en nota de estilo a su esposa doña BEATRIZ BORRERO DE AZUERO y a sus hijos.

Publíquese en los Anales de esta Corporación.

PROPOSICION

La Sala Plena del Consejo de Estado, en su sesión de la fecha, registra con profundo pesar la sensible desaparición del distinguido jurista, doctor JORGE A. VELASQUEZ DOMINGUEZ, quien desempeñó, durante varios años, con excepcional consagración, honestidad y competencia, los cargos de Magistrado del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca y Consejero de Estado.

Esta Corporación al deplorar su fallecimiento y exaltar la memoria de tan noble compañero, ejemplar ciudadano y entrañable amigo, envía a la señora viuda del extinto y demás familiares, su sentida expresión de condolencia.

Transcríbase en nota de estilo y publíquese.

Señora

Cecilia Jácome de Velásquez y familia

Dirección: Carrera 9ª Nº 74-08 Of. 404

PROPOSICION

La Sala Plena del Consejo de Estado, ante la sensible renuncia que del cargo de Consejero ha presentado el doctor IGNACIO REYES POSADA, expresa su reconocimiento por la brillante y meritoria labor desempeñada por tan ilustre jurista, quien durante el tiempo en que permaneció como integrante de la Sección Segunda, se distinguió por su competencia, honorabilidad y compañerismo, contribuyendo, además, a fortalecer la jurisprudencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, con el invaluable aporte de sus acertadas e inteligentes providencias que servirán de referencia y orientación a las decisiones que en adelante le corresponda adoptar a esta Corporación.

Transcríbase en nota de estilo al doctor Reyes Posada y publíquese en los Anales de la Entidad.

PROPOSICION

El Consejo de Estado en Sala Plena, consternado ante la confirmación del secuestro del doctor JAIME BETANCUR CUARTAS, ilustre integrante de la Corporación, repudia ese hecho abominable, contrario al derecho y a la dignidad humana; se solidariza con el dolor y la angustia que afligen a su familia y a Colombia entera; con vehemencia reclama respeto de su integridad personal y solicita su inmediata libertad.

Asimismo, la Corporación exalta ante el país la personalidad del Consejero de Estado, jurista eminente, esposo y padre ejemplar, sobresaliente catedrático universitario e intachable ciudadano.

Transcríbase la presente Proposición al doctor BELISARIO BETANCUR CUARTAS, Presidente de la República; a su señora esposa Doña IFIGENIA DE BETANCUR y publíquese en la prensa hablada y escrita.

PROPOSICION

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en la sesión de la fecha, deja expresa constancia de su cordial y sincero reconocimiento para con el actual Presidente doctor SAMUEL BUITRAGO HURTADO, por la manera eficaz e imparcial como supo manejar los destinos de la Corporación, principalmente en lo relacionado con el oportuno y activo diligenciamiento de los numerosos asuntos que los Consejeros tuvieron a su estudio y fueron totalmente decididos por la Sala.

Transcríbase en nota de estilo al Consejero doctor Buitrago Hurtado y publíquese en los Anales de la Corporación y por la prensa.

ROBERTO SUAREZ FRANCO

PRIMERA PARTE

FUNCION CONSULTIVA

CAPITULO UNICO

CONSULTAS DEL GOBIERNO

CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR. — La Universidad Nacional de Colombia es un establecimiento Público, por tanto es de carácter obligatorio la afiliación de dicha universidad a una Caja de Compensación Familiar (Ley 21 de 1982. Artículo 7º). SUBSIDIO FAMILIAR. PAGO. El mínimo de derechos y garantías consagradas a favor de los Trabajadores Oficiales lo fija la ley, el máximo puede ser libremente estipulado en pactos o convenciones colectivas de trabajo. En consecuencia al afiliarse la Universidad Nacional a una Caja de Compensación Familiar si el subsidio reconocido por ella es inferior a lo pactado en las convenciones colectivas vigentes, la Universidad estaría en la obligación de cubrir la diferencia entre lo pagado por la Caja de Compensación y lo previsto en la Convención Colectiva.

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., mayo veinticuatro de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctor Osvaldo Abello Noguera*)

Referencia: Consulta Radicación Nº 1.886.

El señor Ministro de Educación Nacional, doctor Jaime Arias, solicita a la Sala absolver la siguiente consulta:

"Acogiéndome a los preceptos constitucionales y legales, de la manera más respetuosa solicito se absuelvan los interrogantes jurídicos que a continuación expongo, con el objeto de dilucidar la situación que se ha venido presentando en la Universidad Nacional de Colombia, un establecimiento público, adscrito a este Ministerio, en relación con el cumplimiento de la Ley 21 del 22 de enero de 1982 frente a las prerrogativas que tienen los empleados públicos, administrativos y docentes y los trabajadores oficiales de esa entidad, a quienes se les está reconociendo y pagando directamente el Subsidio Familiar en virtud de la convención colectiva vigente y de los acuerdos dictados por el Consejo Superior Universitario, en uso de la facultad que tenía por el artículo 11, literal 1) de la Ley 65 de 1963.

"La Universidad fue autorizada por la Resolución Nº 071 del 30 de marzo de 1966, originaria del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social para cancelar el Subsidio Familiar a sus empleados conforme a los siguientes procedimientos:

Para los trabajadores oficiales de acuerdo con lo pactado en las Convenciones Colectivas vigentes que dicen que la Universidad distribuirá el 4% del monto total de su nómina mensual de servicios personales, para el pago del subsidio familiar, dividiéndolos entre todos

los trabajadores oficiales que tengan derecho a él, de tal manera que cada beneficiario reciba la misma cuantía, así:

La cuota será igual para todos los hijos de los beneficiarios que devenguen actualmente una suma mensual equivalente a cuatro veces el salario mínimo legal que rija en el lugar donde se realice el pago.

"... El subsidio podrá cobrarse desde el mes en el cual nazca el hijo hasta el mes en que llegue a los veintiún (21) años de edad, pero a partir de los doce (12) años, sólo causarán subsidio los menores que estudian en un establecimiento oficialmente aprobado. Sin limitaciones de edad y sin necesidad de comprobarse su escolaridad, causarán derecho al subsidio familiar los hijos que hayan perdido el sesenta por ciento (60%) de capacidad normal y estén a cargo del beneficiario".

Los empleados públicos administrativos y docentes tienen establecido el mismo régimen por disposición del Consejo Superior Universitario mediante acuerdos expedidos antes de la vigencia del Decreto 082 de 1980.

La aplicación de estas disposiciones dan como resultado una cuota de subsidio familiar por hijo o de subsidio especial que sobrepasa la que tiene establecida de manera fija las Cajas de Compensación Familiar, pues mientras a la Universidad para el año de 1981 ascendió a una suma de $ 1.030.00 distribuidos en $ 700.00 por cociente y $ 330.00 por redistribución de partidas por concepto de sobrantes del 4% de la nómina mensual, y para el año de 1982 alcanzó la suma de $ 1.500.00 las Cajas conservaron la suma de $ 500.00 por cada hijo.

La Ley 21 del 22 de enero de 1982, consagró la obligación de que los establecimientos públicos, del orden nacional, como lo es la Universidad Nacional de Colombia, están comprometidos a pagar el subsidio familiar y a efectuar los aportes para el servicio Nacional de Aprendizaje —SENA— única y exclusivamente por conducto de una Caja de Compensación Familiar que funcione dentro de la ciudad o localidad donde se causen los salarios, lo cual conlleva a que la universidad no continúe cancelando el subsidio en forma directa, sino que debe afiliarse a una Caja de Compensación y someterse a sus reglamentos en cuanto a la cuota fija que tiene señalada para distribuír por concepto de subsidio familiar a los hijos de los afiliados con derecho a él y que lógicamente es inferior en su monto a aquel, que vienen percibiendo de acuerdo con lo anteriormente expuesto, mas sin embargo, es bueno aclarar que la afiliación representa ampliar la cobertura de beneficios sociales en el campo de la asistencia médica y de la recreación, no solamente a los beneficiarios con el subsidio, sino a todos aquellos empleados que por no estar cobijados en esta prerrogativa quedan automáticamente vinculados a la Caja de Compensación Familiar, ya que la afiliación no es individual sino de la entidad para beneficio de sus empleados.

"Como la afiliación representa el traspasar el 4% de la nómina mensual más un 2% para el pago del SENA, los beneficiados con el subsidio percibirán una suma menor por este concepto que la universidad no podría reconocer y que el sindicato de trabajadores ha venido discutiendo por considerar que existen violaciones a lo pactado en las convenciones colectivas y alegando derechos adquiridos.

"Con base en las consideraciones que he dejado expuestas, me permito preguntar a la Sala de Consulta y Servicio Civil, lo siguiente:

"1. Es de carácter obligatorio la afiliación de la Universidad Nacional de Colombia a una Caja de Compensación Familiar?

"2. Existe o puede existir violación a lo pactado en las convenciones colectivas vigentes o desconocimientos de derechos en el evento de afiliarse la Universidad a una Caja de Compensación Familiar y sujetarse a los reglamentos de la misma para que se reconozca y pague a los empleados y trabajadores un subsidio familiar inferior al que se les está reconociendo y pagando en la actualidad?".

Se considera y se responde:

En cuanto a la primera pregunta de la consulta debe decirse que, evidentemente, la Ley 21 de 1982 por la cual se modifica el régimen del Subsidio Familiar consagró la obligación de que los establecimientos públicos, del órden nacional, artículo 7º, están obligados a pagar el subsidio familiar y a efectuar los aportes para el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA). La Universidad Nacional de Colombia es un establecimiento público, por tanto es de carácter obligatorio la afiliación de dicha universidad a una Caja de Compensación Familiar.

En lo tocante a la segunda pregunta la Sala se permite transcribir los principales apartes de una consulta del señor Ministro de Obras Públicas y Transporte, Radicación Nº 1.754 con ponencia del Consejero Osvaldo Abello Noguera, que dicen:

"Por consiguiente, la Ley 4ª de 1976 no modificó el derecho colectivo del trabajo, que constituye la 2ª parte del Código Sustantivo del Trabajo, entre cuyas disposiciones se cuenta el artículo 316 que permite a los trabajadores oficiales celebrar convenciones colectivas de trabajo mediante las cuales los patronos pueden reconocerles prestaciones sociales, como las pensiones, superiores a las que prescribe la ley. En consecuencia, por medio de convención colectiva de trabajo jurídicamente es posible que se les reconozca el derecho a percibir pensión de jubilación cuyo monto mensual exceda veintidós salarios mínimos. Esto porque la ley no predetermina el contenido o alcance de una convención colectiva de trabajo, sino sólo la prohibición de desconocer o disminuir los derechos que reconoce a los trabajadores (artículos 13, 43 y 109 del C. S. del T., 49 de la Ley 6ª de 1945, 3º y 4º del Decreto Ley 1045 de 1978), teniendo en cuenta que su finalidad esencial consiste en que, por pacto o acuerdo entre los patronos y los trabajadores, ese mínimo de derechos se puede sobrepasar.

"El artículo 3º del Decreto Ley 1045 de 1978 —que es especial y posterior a la Ley 4ª de 1976— reitera expresa y específicamente este principio al disponer que a los trabajadores oficiales se les deben reconocer, además de las prestaciones sociales establecidas por la ley, 'las que se fijan en pactos, convenciones colectivas o laudos arbitrales celebrados o proferidos de conformidad con las disposiciones legales sobre la materia'. Además, el artículo 4º *ibídem* agrega, también reiterativamente, que 'las disposiciones del Decreto Ley 3135 de 1968, de las normas que lo adicionan o reforman y las del presente estatuto constituyen *el mínimo de derechos y garantías consagrados a favor de*

Los trabajadores oficiales' " (la Sala subraya). De donde se deduce que *si el mínimo lo fija obligatoriamente la ley, el máximo puede ser libremente estipulado en pactos o convenciones colectivas de trabajo. La ley obliga en cuanto al mínimo y permite sobrepasarlo, porque su finalidad es la de proteger a los trabajadores, no a los patronos,* quienes libremente pueden obligarse a pagar prestaciones sociales superiores a las que prescribe la ley.

"Los artículos 3º y 4º del Decreto Ley 1045 de 1978, antes transcritos, que específicamente se refieren a los trabajadores oficiales de carácter nacional, permiten concluir que éstos tienen derecho a percibir las prestaciones sociales que les reconoce la ley y, además, las que se fijen en pactos, convenciones colectivas o laudos arbitrales sin ningún límite".

En consecuencia, al afiliarse la Universidad Nacional a una Caja de Compensación Familiar si el subsidio reconocido por ella es inferior a lo pactado en las Convenciones Colectivas vigentes, la Universidad Nacional estaría en la obligación de cubrir la diferencia entre lo pagado por la Caja de Compensación y lo previsto en la convención colectiva.

En los anteriores términos se absuelve la consulta formulada por el señor Ministro de Educación Nacional, doctor Jaime Arias.

Transcríbase en copia auténtica.

Jaime Betancur Cuartas (Presidente de la Sala), *Osvaldo Abello Noguera, Humberto Mora Osejo* (No asistió con excusa), *Jaime Paredes Tamayo.*

Clara Stella Ramos S., Secretaria.

ESTATUTO DOCENTE. — Los Consejos Superiores de las Universidades Oficiales de carácter local, departamentales, municipales y del Distrito Especial de Bogotá, deben expedir el correspondiente estatuto Docente, ciñéndose a lo prescrito por los artículos 94 y 119 del Decreto Ley 80 de 1980. APROBACION POR EL GOBIERNO NACIONAL. Estos Estatutos deben someterse a tal aprobación ....

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., junio siete de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo*)

Referencia: Consulta. Radicación Nº 1857.

Se absuelve la consulta que el señor Ministro de Educación hace a la Sala en los siguientes términos textuales:

1. La Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 16 de marzo de 1982, declaró inexequible el ordinal 3º del artículo 1º de la Ley 8ª de 1979, el artículo 2º de la misma ley y los artículos 51, 125, 126 y 133 del Decreto Ley 80 de 1980, en cuanto se refiere a instituciones de educación superior departamentales, municipales y Distrito Especial de Bogotá.

2. En el referido fallo, la Corte Suprema de Justicia declaró exequible el ordinal 4º del artículo 1º de la Ley 8ª de 1979, mediante el cual se facultó al Presidente de la República para: "Expedir las normas sobre escalafón Nacional para el sector docente, público y privado de los niveles de educación pre-escolar, básica primaria, básica secundaria, media vocacional, intermedia profesional y educación superior, y las disposiciones que regulen los derechos, deberes, estímulos, sanciones y demás aspectos del ejercicio profesional de los educadores al servicio de establecimientos de educación superior sin desconocer los derechos que en materia de escalafón hubierán adquirido antes de la expedición del Decreto Extraordinario Nº 128 de 1977 y durante la vigencia de éste".

3. Con fundamento en la referida facultad declarada exequible por la Corte, se desarrollaron en los artículos 91 a 124 del Decreto 80 de 1980 los aspectos relacionados con el régimen del personal docente y administrativos de las instituciones oficiales de educación superior.

4. De conformidad con lo establecido en el artículo 120 del Decreto Ley 80 de 1980 el estatuto o reglamento para el personal docente que adopten los respectivos Consejos Superiores debe ceñirse a lo preceptuado en dicha norma y para su validez requiere la aprobación del Gobierno Nacional.

Con fundamento en lo expuesto y teniendo en cuenta que el artículo 125 del Decreto 80 de 1980, en cuanto obligaba a las instituciones oficiales del orden departamental y municipal a ajustar el Estatuto General y los reglamentos internos a las disposiciones contenida en el citado Decreto, fue declarado inexequible por la Corte en lo referente a dichas entidades, este Despacho considera prudente consultar a ese organismo lo siguiente.

1º Deben los Consejos Superiores de las instituciones de educación superior del orden departamental, municipal y Distrito Especial de Bogotá expedir sus reglamentos de personal docente con sujeción a las disposiciones contenidas en los artículos 91 a 121 del Decreto Ley 80 de 1980?

2º Tiene competencia el Gobierno Nacional para aprobar los estatutos o reglamentos del personal docente de las mencionadas instituciones, de acuerdo con el artículo 120 del Decreto Ley 80 de 1980?

La Sala considera y responde:

1º) Como se expresa en el contexto de la consulta, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia proferida el 16 de marzo de 1982, declaró inexequibles los artículos 1º, Ord. 3º, y 2º de la Ley de 1979 y 51, 125, 126 y 133 del Decreto Ley 80 de 1980, en cuanto atañen a las instituciones de educación superior departamentales, municipales y del Distrito Especial de Bogotá, y exequible el artículo 1º, Ord. 4º, de la Ley 8ª de 1979 que facultó al Presidente de la República para "expedir las normas sobre escalafón nacional para el sector docente, público y privado, de los niveles de educación pre-escolar, básica primaria, básica secundaria, media vocacional, intermedia profesional y educación superior, y las disposiciones que regulen los derechos, deberes, estímulos, sanciones y demás aspectos del ejercicio profesional de los educadores al servicio de establecimientos de educación superior sin desconocer los derechos que en materia de escalafón hubieran adquirido antes de la expedición del Decreto Extraordinario Nº 128 de 1977 y durante la vigencia de éste".

2º) La Corte Suprema de Justicia declaró inexequibles las mencionadas disposiciones tras considerar, fundamentalmente, que "las competencias constitucionales de naturaleza administrativa" de las asambleas departamentales y de los concejos municipales "son propias y de ejercicio directo de tales entidades, de modo que la ley que las conoce o examina es contraria al régimen constitucional" y que, en este caso específico, esos preceptos se arrogaron tales atribuciones al prescribir el régimen de las instituciones departamentales y municipales de educación superior y disponer que sus estatutos deben fundarse en ellos y además someterse a la aprobación del Gobierno Nacional.

La sentencia que se comenta declaró exequible el artículo 1º, Ord. 4º, de la Ley 8ª de 1979 por considerar que se refiere "a las normas sobre el escalafón nacional" y que "se trata de una competencia perteneciente a las autoridades nacionales, ya que la reglamentación del escalafón nacional se refiere al ejercicio profesional de los educadores, materia atribuida a la ley por el artículo 39 y, en tanto éste sea aspecto de carrera administrativa, por el artículo 7º, ordinal 10", de la Constitución.

3º) Los artículos 91 a 120 del Decreto Ley 80 de 1980, con fundamento en el artículo 1º, Ord. 4º, de la Ley 8ª de 1979, prescriben el régimen del personal docente de las instituciones oficiales de enseñanza superior, al cual debe ceñirse el estatuto o reglamento que para el mismo expida el Consejo Superior de cada universidad oficial, con la aprobación del Gobierno Nacional (artículo 120 del Decreto Ley 80 de 1980).

4º) El artículo 120 del Decreto Ley 80 de 1980 se encuentra vigente y ni siquiera ha sido juzgado por la Corte Suprema de Justicia. Además, se expidió, como se ha indicado, con fundamento en el artículo 1º, Ord. 4º, de la Ley 8ª de 1979 que facultó al Gobierno para expedir, entre otros, el estatuto docente de las instituciones oficiales de enseñanza superior.

5º) Por consiguiente, en cumplimiento del Art. 120 del Decreto Ley 80 de 1980 los concejos superiores de las universidades oficiales de carácter local, departamentales, municipales y del Distrito Especial de Bogotá, deben expedir el correspondiente estatuto docente, ciñéndose a lo prescrito por los artículos 94 y 119 del mencionado Decreto.

Esos estatutos, según también prescribe el artículo 120 del Decreto Ley 80 de 1980, deben someterse a la aprobación del Gobierno Nacional. Se trata de una facultad que la ley atribuye al Gobierno, de conformidad con el artículo 41 de la Constitución, que dispone que el Estado tendrá "la suprema inspección y vigilancia de los institutos docentes, públicos y privados, en orden a procurar el cumplimiento de los fines sociales de la cultura y la mejor formación intelectual, moral y física de los educandos". Según este precepto constitucional, como ha entendido la jurisprudencia, (sentencia del 31 de mayo de 1977, Anales del Consejo de Estado, Tomo XCII, págs. 185 a 188), sobre la base de opciones políticas fundamentales adoptadas por la ley, el Gobierno ejerce la inspección y vigilancia de los institutos docentes, mediante diversas medidas administrativas, una de las cuales puede consistir, como en este caso, en revisar y aprobar o improbar los estatutos del personal docente, expedidos por los consejos superiores de las oficiales de carácter local.

Transcríbase al señor Ministro de Educación Nacional en copia auténtica.

Jaime Betancur Cuartas (Presidente de la Sala), *Osvaldo Abello Noguera, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

Clara Stella Ramos S., Secretaria.

CAMARA DE COMERCIO. COMERCIANTE MATRICULADO Y COMERCIANTE INSCRITO. — No existe ninguna diferenrencia, por cuanto son la misma cosa. MATRICULA MERCANTIL Y REGISTRO MERCANTIL. Es público. Esta característica transmite a los recaudos que por concepto de CERTIFICACIONES E INSCRIPCIONES, se efectúen o expidan, el carácter de fondos Públicos.

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., julio cuatro de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctor Osvaldo Abello Noguera*)

Referencia: Consulta. Radicación Nº 1.882.

El Ministro de Desarrollo, doctor Roberto Gerlein Echeverría, formula a la Sala la siguiente consulta:

"1. Antecedentes.

"1. Mediante sentencia de Sala Plena, del 23 de agosto de 1982 (proceso Nº 961), la H. Corte Suprema de Justicia, dispuso:

"a. Declarar inexequible el artículo 88 del Código de Comercio, en cuanto atribuye a la Contraloría General de la República el control y vigilancia del recaudo, manejo e inversión de los ingresos de las Cámaras de Comercio por los conceptos indicados en los numerales 2º y 3º del artículo 93 del mismo Código.

"b. Declarar exequible el artículo 88 del Código de Comercio en cuanto atribuye a la Contraloría General de la República, las mismas control y vigilancia de los ingresos de las Cámaras de Comercio por los conceptos previstos en el número 1º del citado artículo 93 del Código de Comercio.

"2. El fallo mencionado ha creado una controversia entre Confecámaras y la Cámara de Comercio de Bogotá, por una parte, y la Superintendencia de Industria y Comercio, por la otra.

"3. Con respaldo en opiniones diversas, cada parte ha expuesto sus puntos de vista concluyendo así:

"a. El sector de las Cámaras afirma que los ingresos sujetos al control fiscal son sólo aquellos provenientes de los emolumentos que causa la inscripción en el registro mercantil de los actos previstos en los numerales 2º y siguientes del artículo 28 del Código de Comercio y la de los libros y documentos del comerciante, así como los provenientes de la expedición de certificados.

"b. La Superintendencia sostiene que, además de los ingresos aceptados por el sector de las Cámaras, están sujetas al control fiscal de los que se causan por la matrícula y su renovación de los comerciantes y los establecimientos de comercio.

"Expresado de otra manera, la diferencia de criterios radica en que unos (Las Cámaras) afirman que los derechos pagados en las Cámaras de Comercio por matrícula y renovación, deben considerarse incluidos en el numeral 2º del artículo 93 del Código de Comercio. Los otros (La Superintendencia), opina que tales conceptos están incorporados en el numeral 1º del citado artículo.

"4. El fallo de la H. Corte no dilucidó el punto, pero se fundamentó en la consideración de que deben ser vigilados por la Contraloría General de la República los fondos públicos, sin consideración de la naturaleza de la entidad que los maneje. Afirma la Corte, al respecto, que los ingresos de las Cámaras de Comercio 'provenientes del registro mercantil o registro público de comercio, previsto en el ordinal (sic) 1º, del artículo 93 del Código de Comercio'", sin dineros fiscales.

"5. La Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, al terciar en el asunto a petición de la Superintendencia de Industria y Comercio, emitió el concepto que me permito acompañar, en el cual se une a la opinión de dicha Superintendencia.

"6. Conocido el concepto anterior por Confecámaras, se pronunció en los términos que también se envían con esta consulta.

"II. LA CONSULTA

"Con fundamento en lo expuesto, se formula la siguiente:

"1. Son distintas —y si así fuere en qué consiste la diferencia— las figuras de la matrícula de los comerciantes y establecimientos de comercio y de la inscripción de los mismos, ante las Cámaras de Comercio?.

"2. Los ingresos de las Cámaras de Comercio, provenientes de los derechos de matrícula de los comerciantes y de los establecimientos de comercio, así como de renovación de la matrícula, se consideran incluidos en el numeral 1º del artículo 88 (sic) del Código de Comercio? O en el numeral 2º del mismo artículo?.

"Mucho le agradecería a la H. Sala un pronto pronunciamiento sobre los aspectos planteados, en los cuales tiene especial interés el Gobierno para efectos de la vigilancia de las Cámaras de Comercio, que ejerce la Superintendencia de Industria y Comercio".

La Sala considera y responde:

I. Las Cámaras de Comercio tienen asignada la función de llevar el Registro Mercantil de conformidad con lo que disponga la Superintendencia de Industria y Comercio en cuanto hace a los libros en que ha de llevarse, forma de hacer las inscripciones, y demás instrucciones que considere pertinentes y que tiendan al perfeccionamiento del Registro Público de Comercio (artículo 27 C. de Co.).

II. El artículo 26 del Código de Comercio, señala como objeto del Registro Mercantil "llevar la matrícula de los comerciantes y de los

establecimientos de comercio, así como la inscripción de todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exigiere esa formalidad...". Concordante con la norma citada, el artículo 28 del Código señala los hechos, actos, documentos, que deben *inscribirse* en el Registro Mercantil y en su numeral 1) hace referencia a la matrícula del comerciante.

III. Es obligación de todo comerciante, conforme al artículo 19 del Código, matricularse en el Registro Mercantil, al igual que inscribir todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exija la formalidad de la inscripción.

IV. Las Cámaras de Comercio están integradas por los comerciantes *inscritos* en su respectivo registro mercantil (artículo 79 C. de Co.). Se tiene entonces, que el comerciante que obtiene su matrícula en una Cámara de Comercio, se encuentra inscrito en ella, o lo que es lo mismo, el comerciante inscrito es quien se encuentra matriculado en el Registro Mercantil. Por tanto no existe ninguna diferencia entre comerciante matriculado y comerciante inscrito, por cuanto son la misma cosa. Hasta aquí puede concluirse, que la ley utiliza la figura matrícula mercantil para referirse a la inscripción del comerciante y del establecimiento de comercio, en el Registro mercantil.

V. No debe olvidarse que tanto la inscripción del comerciante y del establecimiento de Comercio, (matrícula mercantil), como la de los libros, actos, documentos respecto de los cuales la ley exija tal formalidad, *integran el registro mercantil, el cual es público* (artículo 26 del C. de Co.; de tal forma que cualquier persona puede obtener copias de los actos y anotaciones que consten en el registro, al igual que examinar los libros y archivos en que sea llevado el mismo. *Esta característica transmite a los recaudos que por concepto de CERTIFICACIONES E INSCRIPCIONES, se efectúen o expidan, el carácter de fondos públicos* y de allí que únicamente sea la ley, la que pueda señalar el valor de tales certificaciones o inscripciones que por lo demás son tasas que se cobran como retribución a un servicio, en este caso asignado por la ley a las Cámaras de Comercio (artículo 27, artículo 86 numeral 3 C. de Co.). Por eso el artículo 45 del Código con sobrada razón establece que los emolumentos que se causen por inscripciones o certificaciones —obviamente provenientes del Registro Mercantil— deben ser señalados por la ley.

VI. Como ya se expresó, las Cámaras de Comercio están integradas por los comerciantes *INSCRITOS* en su respectivo registro mercantil; sin embargo, el artículo 92 del Código preveé la existencia de los comerciantes AFILIADOS, que son aquellos que cumpliendo con sus obligaciones de comerciante— entre otras estar inscrito en el Registro Mercantil, es decir, ser comerciante inscrito soliciten su afiliación a una Cámara de Comercio, con apoyo de un Banco local o de tres comerciantes inscritos del mismo lugar (artículo 92 C. de Co.). El comerciante afiliado a una Cámara de Comercio tiene una serie de prerrogativas (artículos 81, 92C . de Co.), que no se conceden al simplemente inscrito. Mas la afiliación a la Cámara de Comercio es voluntaria, potestativa del comerciante, por cuanto no existe norma legal que imponga tal afiliación.

VII. Ahora bien, el hecho de pertenecer a una entidad gremial, como lo son las Cámaras de Comercio, implica someterse a la observancia de los reglamentos que ellos expidan, los cuales deben ser aprobados por la Superintendencia de Industria y Comercio (artículo 86, numeral 10 C. de Co.). Estos reglamentos pueden imponer cuotas anuales a los comerciantes afiliados e inscritos, es decir, a las dos clases de comerciantes que integran las cámaras, como se dejó explicado en el punto anterior. Mas, estas cuotas son distintas de aquellas que la ley autoriza cobrar para las inscripciones y certificados (artículo 45 C. de Co.) referentes al Registro Mercantil.

VIII. Con base en el artículo 93 del Código, que con meridiana claridad prescribe: "Cada Cámara tendrá los siguientes ingresos ordinarios:

1º El producto de los derechos autorizados por la ley *para las inscripciones y certificados;*

2º *Las cuotas anuales que el reglamento señale* para los comerciantes afiliados e inscritos, y

3º Las que produzcan sus propios bienes y servicios", (Subrayas fuera de texto), se concluye, que todos los ingresos que *genera el Registro Mercantil provenientes de la inscripción del comerciante (Matrícula mercantil) y del establecimiento de Comercio así como de los actos, documentos, libros respecto de los cuales la ley exigiera tal formalidad,* son INGRESOS PUBLICOS y como tales forman parte de aquellos a que se refiere el numeral 1º del artículo 93 transcrito. En este punto no existe duda, ni puede existir, dada la claridad de los textos legales que se han citado. La H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia de 23 de agosto de 1982, citada en la consulta, expresó al respecto: ... "Por lo demás, las sumas entregadas por los particulares cualquiera que sea el nombre empleado para calificarlas, en el marco de las exigencias del registro público de comercio, se pagan para compensar un servicio público del Estado, constituyendo por lo tanto un ingreso de carácter político, toda vez que se cubre por un servicio público, que satisface al mismo tiempo intereses de naturaleza privada. Debe concluírse por lo tanto, frente a los ingresos de las Cámaras de Comercio, provenientes del Registro Mercantil o Registro Público de Comercio, previsto en el ordinal 1º del artículo 93 del Código de Comercio, que aquellos manejan ciertamente, en razón de las funciones públicas a ellos atribuidas, dineros fiscales o dineros del Estado. En otras palabras, las Cámaras de Comercio manejan fondos, que en el caso citado, son producto de la actividad impositiva del Estado y que no pueden tenerse por lo tanto como consecuencia de un acto voluntario de los particulares. De consiguiente, el control fiscal de la Contraloría General de la República, que versa sobre los fondos públicos percibidas por las Cámaras de Comercio, se aviene a los mandatos de la Constitución Nacional".

IX. Los ingresos que constituyen ingresos privados de las Cámaras son aquellos que provienen de las cuotas que el reglamento de la Cámara respectiva imponga a los comerciantes afiliados e inscritos, que como se vio son de naturaleza diferente, y aquellos que produzcan sus propios bienes y servicios.

La renovación tiene por objeto actualizar la matrícula o la inscripción del comerciante a la Cámara de Comercio y los derechos que para efectuarla se deben pagar participan de la misma naturaleza jurídica de la que tienen las cuotas de inscripción.

Por lo mismo también son bienes fiscales que están sujetos a control de la Contraloría General de la República.

En los anteriores términos se absuelve la consulta formulada por el señor Ministro de Desarrollo Económico, doctor Roberto Gerleín Echeverría.

Transcríbase en copia auténtica.

Jaime Betancur Cuartas (Presidente de la Sala), *Osvaldo Abello Noguera, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

Clara Stella Ramos S., Secretaria.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. INHABILIDADES. Los parientes y el cónyuge de los miembros del Congreso, no están inhabilitados para contratar en su propio interés o beneficio.

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., julio ocho de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo*)

Referencia: Consulta. Radicación Nº 1913.

Se absuelve la consulta que el señor Ministro de Gobierno hace a la Sala en los siguientes términos textuales:

"En atención a la solicitud hecha por algunas gobernaciones, se consulta a la H. Sala, si los parientes y la cónyuge de un Parlamentario puede contratar con las entidades oficiales y concretamente con el departamento por el cual fueron elegidos?

"El artículo 110 de la Constitución Política y la ley 11 de 1973, así como el Decreto Nº 222 de 1983, hacen referencia al tema pero allí no se trata nada en relación con el cónyuge y las parientes".

La Sala considera y responde:

1º) Es principio fundamental del derecho público, deducido de los artículos 20 y 63 de la Constitución, que mientras los funcionarios públicos sólo pueden hacer lo que les esté atribuido expresamente, los particulares están en posibilidad de realizar todo cuanto no les esté prohibido. De ahí que las causales de inhabilidad o de incompatibilidad, relativas a éstos, deben estar expresa y taxativamente prescritas por la Constitución o por la ley.

2º) El artículo 1º de la Ley 11 de 1973 prohibe a los senadores y representantes celebrar contratos con las entidades administrativas, nacionales y locales, como también intervenir en cualquiera forma en su celebración, tomar parte, en interés propio o ajeno, en los asuntos de que atañen a las mismas o ser apoderados o gestores ante ellas. Estas prohibiciones se extienden a los diputados, consejeros intendenciales y comisariales "en relación con el respectivo Departamento, Intendencia o Comisaría y los Municipios que los integran y a los concejales en relación con el respectivo Municipio", desde su elección hasta cuando pierdan la investidura por vencimiento del período o hasta "por un año después de la aceptación de la renuncia, si faltare un lapso mayor para el vencimiento del respectivo período" (artículo 3º *ibídem*) La prohibición, que se extiende a los suplentes durante el tiempo que hubieran ejercido el cargo, proviene del artículo 11 o de la Constitución, que la establece para senadores y representantes.

3º) El artículo 10º del Decreto Ley 222 de 1983 también prohibe a los senadores y representantes, *por sí o por interpuesta persona* (la Sala subraya), celebrar contratos con las entidades a que se refiere ese estatuto, en la misma forma prescrita por los artículos 1º y 4º de la Ley 11 de 1973.

4º) Sin embargo ni la Constitución ni la ley extienden estas prohibiciones al cónyuge y a los parientes de los miembros del Congreso. Lo que significa que, por este motivo específico, no están inhabilitados para contratar *en su propio interés o beneficio.*

Transcríbase al señor Ministro de Gobierno en copia auténtica.

Jaime Betancur Cuartas (Presidente de la Sala), *Osvaldo Abello Noguera, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

Clara Stella Ramos S., Secretaria.

EMPLEADOS DEL SERVICIO EXTERIOR. IMPORTACION DE VEHICULOS. — El exfuncionario del servicio exterior que regresó al país por renuncia aceptada puede proceder a importar su vehículo dentro de los 6 meses siguientes a la dejación de su cargo, siempre que su regreso no haya perdido el carácter de definitivo. Sólo un nuevo nombramiento para el servicio exterior aceptado por el funcionario durante el término de que dispone para la importación de su vehículo, puede privarlo de ese derecho.

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., febrero ocho de mil novecientos setenta y nueve.

(Consejero ponente: *Doctor Samuel Arango Reyes*)

Referencia: Radicación Nº 1289.

El Señor Ministro de Relaciones Exteriores, en oficio número DM. 0789 de fecha 15 de diciembre pasado, repartido el 12 de enero y entrado al despacho el 16 del mismo mes, formula la siguiente consulta:

"El Decreto número 041 de 1966 establece el régimen de importación de automóviles por parte de los funcionarios diplomáticos y consulares colombianos que regresan definitivamente al país, después de haber permanecido en el servicio exterior por un período superior a dos años.

"Con el ánimo de precisar conceptos y de aclarar las dudas que pueden surgir en cuanto a su aplicación por parte de este Ministerio, ruego por su digno conducto al memorable Consejo de Estado, absolver, de acuerdo con lo establecido en el artículo 4º de la Ley 50 de 1967, la siguiente consulta:

"Cuando un funcionario renuncia a su cargo en el servicio exterior después de más de dos años de ejercicio y aceptada su renuncia regresa al país, pero a los pocos días es nombrado en el exterior para un nuevo cargo, o sea como Jefe titular o como funcionario subalterno de una Misión Diplomática, puede considerarse ese regreso como definitivo para efectos de la importación de su automóvil al tenor de las disposiciones del Decreto 041 de 1966?. Varía la situación si el funcionario está inscrito en la carrera diplomática".

Se responde así el Señor Ministro de Relaciones Exteriores:

Tanto el artículo 1º del Decreto 41 de 1966 como el 1º del Decreto
 de 1977 establecen, entre otras condiciones o requisitos para po-

der hacer uso del derecho de traer al país, al amparo de los estatutos legales antes mencionados, el automóvil de uso particular que los funcionarios diplomáticos y consulares hubieran adquirido en el exterior, que el regreso de éstos tenga carácter definitivo. Y una es la cuestión que plantea precisamente la consulta en esutdio: si el regreso del funcionario en las condiciones anotadas por el Ministerio en la comunicación dirigida a la Sala, puede considerarse como definitivo para efecto de la importación de su automóvil en las condiciones mencionadas en el Decreto 41 de 1966.

La Sala cree que en principio, el regreso del funcionario al país por renuncia aceptada, debe considerarse definitivo. A menos que un nuevo acto del gobierno, libremente aceptado por el exfuncionario, le quite a aquel hecho el carácter de tal.

Si el gobierno, por cualesquiera razones, determina no volver a utilizar en el servicio exterior el exfuncionario en cuestión, o si éste no acepta una nueva designación, el regreso mantiene su carácter de definitivo. Y al contrario: si el gobierno en ejercicio de sus atribuciones legítimas, le hacen nueva designación y si el nombrado la acepta, el retorno al país no puede considerarse definitiva. Darle este último carácter sería contrario a la evidencia.

Sobre la base de que los cargos de que se viene tratando no son de forzosa aceptación y de que de acuerdo con el artículo 2º del Decreto 126 de 1977, el funcionario del servicio exterior que regresó al país definitivamente, dispone de seis (6) meses contados a partir de la cesación de funciones, para formular la solicitud de licencias de importación de su vehículo, lo dicho en los apartes anteriores permite sacar las siguientes conclusiones:

1ª El exfuncionario del servicio exterior que regresó al país por renuncia aceptada, puede proceder a importar su vehículo dentro de de los seis (6) meses siguientes a la dejación de su cargo, siempre que su regreso no haya perdido el carácter de defintivo;

2ª Como el término de que el exfuncionario dispone para presentar la solicitud de licencia de importación es de seis (6) meses contados a partir de la fecha de cesación de funciones en el exterior, es forzoso concluír que el término dentro del cual al regreso puede perder el carácter de defintivo para efecto de la importación de vehículo dentro de las reglamentaciones del decreto 41, es de seis (6) meses. En otras palabras: sólo un nuevo nombramiento para el servicio exterior aceptado por el funcionario durante el término de que dispone para la importación de su vehículo, puede privarlo de este derecho. Que el regreso mantenga su carácter de defintivo o lo pierda, es cuestión que me relaciona directamente, en el caso de la consulta, con el aspecto del funcionario a importar su vehículo. Pues ello dispone de seis (6) meses y por lo mismo ese es el tiempo exacto dentro del cual el regreso puede mantener su carácter de definitivo o perderlo;

3ª Obviamente, si el exfuncionario no hizo uso del derecho de que se trata dentro de los seis (6) meses siguientes a la cesación de sus funciones, posteriormente no puede ejercitarlo. Cosa igual ocurre si antes de traer su automóvil y dentro de los seis (6) meses de que

se ha hecho mención, el exfuncionario acepta nueva designación para el servicio exterior.

4ª También es obvio que el funcionario de que se trata puede hacer las diligencias respectivas y llevar a cabo la importación de su automóvil, inmediatamente después de su regreso al país y siempre que éste no haya perdido el carácter de definitivo por el hecho varias veces mencionado: que el gobierno le haya hecho nueva designación y que él la haya aceptado. Sería extravagante sostener que el exfuncionario en cuestión tuviera que esperar seis (6) meses para que su regreso se considerara definitivo para efecto de la importación de su carro, en vista de la no ocurrencia de nuevo nombramiento, pues cuando ese tiempo transcurriera él ya habría perdido esa posibilidad, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2º del Decreto 126 de 1977. En el momento de su regreso nace su derecho a la importación del vehículo y esa facultad sólo puede perderse por no haberla ejercido dentro de ese término o por haber aceptado nueva designación dentro de él.

5ª Si el nuevo nombramiento y la aceptación por el exfuncionario del servicio exterior tienen lugar dentro de los seis (6) meses siguientes a la cesación de funciones, pero después de haberse llevado a cabo la importación del automóvil, aquellos nombramientos y aceptación no tienen consecuencia alguna en relación con la importación, que es ya hecho cumplido, ocurrido dentro de los reglamentos legales respectivos.

Pregunta también el Señor Ministro de Relaciones Exteriores si varía la situación por el hecho de que el funcionario esté inscrito en la carrera diplomática.

A este respecto cree la Sala que las opiniones consignadas en los apartes anteriores permiten resolver el caso en el supuesto de que el funcionario esté inscrito en la carrera diplomática.

Concretamente, y por lo que se refiere a la situación contemplada en los artículos 32 y 52 del Decreto 2016 de 1968, el regreso del funcionario con moitvo de alteración en el servicio de las comisiones de que trata el Capítulo VIII del mismo estatuto no puede considerarse definitivo, por razones obvias. Pudiere sí 'catalogarse como tal, si al diplomado no acepta la alternación o la comisión y renuncia o queda retirado de la carrera de acuerdo con los artículos 64 y ss., del mismo decreto. Entonces su regreso sería definitivo y tendría derecho a la importación de su vehículo en los términos del Decreto 41 de 1966.

Se deja así absuelta la consulta hecha por el Señor Ministro de Relaciones Exteriores.

Jaime Betancur Cuartas (Presidente de la Sala), *Samuel Arango Reyes, Mario Latorre Rueda, Jaime Paredes Tamayo.*

Rafael Acosta Guzmán, Secretario Encargado.

TARIFAS POR SERVICIOS PUBLICOS. FIJACION. (*Decreto* 3069 *de* 1968. *Artículo* 3º). *Criterios que deben tomarse en cuenta por las distintas empresas para la fijación de sus tarifas. JUNTA NACIONAL DE TARIFAS DE SERVICIOS PUBLICOS.*
1. *Funciones.*
2. *A la aprobación previa de la Junta Nacional de Tarifas están sometidos no sólo los reajustes que se decreten por distintas empresas, sino la fijación inicial de tarifas que cualquier empresa u organismo establezca para la prestación de sus servicios. SERVICIOS PUBLICOS DEL ICA. Fijación de tarifas. Aprobación* (*Decreto* 2680 *de* 1976. *Artículo* 14 *literal n*).

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., abril veintisiete de mil novecientos setenta y nueve.

(Consejero ponente: *Doctor Samuel Arango Reyes*)

Referencia: Radicación Nº 1286.

El Señor Ministro de Agricultura, en oficio distinguido con el Nº 03459 de fecha 17 de los corrientes, hace a la Sala la siguiente consulta:

"Con el fin de aclarar algunas situaciones de duda presentadas con oportunidad del cobro de tarifas por concepto de la Prestación de Servicios Públicos, por parte de Institutos Descentralizados adscritos a este Ministerio, acudo a esa H. Corporación para solicitar el ilustrado concepto en el caso que me permito presentar a su consideración:

"1. El Decreto Extraordinario Nº 3069 de 1968 crea la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos para 'controlar y fiscalizar las tarifas de los Servicios Públicos de Acueducto, Alcantarillado y Energía Eléctrica, así como las demás cuya vigilancia la señala anteriormente el Gobierno' o indica los criterios que deben tener en cuenta las Entidades que prestan estos servicios para la fijación de las tarifas correspondientes.

"2. Establece el artículo 5º del Decreto 3069 citado, que ningún reajuste 'podrá entrar en vigor sin la aprobación de la Junta, la cual, dentro del término que para el efecto señale con carácter general lo aprobará o presentará las modificaciones que crea necesarias en cuanto a la estructura misma de las tarifas o el tiempo de su implantación'.

"3. El artículo 4º del Decreto 3883 de 1974 establece que las tarifas que fije el Instituto Colombiano Agropecuario ICA, con motivo de la prestación de servicios públicos 'serán objeto de

control y fiscalización por parte de la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos'.

"4. El Decreto 2680 de 1976, que aprueba los Estatutos del ICA, en desarrollo de lo dispuesto en el Decreto Extraordinario Nº 133 de 1976, señala en su artículo 4º las funciones de la Junta Directiva de dicho Instituto y establece en el literal 'n' la de 'fijar las Tarifas de Servicios Públicos que presta el Instituto y determinar los procedimientos de recaudo y las sanciones que deben aplicarse por incumplimiento, de conformidad con las disposiciones legales vigentes sobres la materia' ".

"Con base en lo anteriormente expuesto me permito preguntar concretamente a la H. Sala de Consulta y Servicio Civil lo siguiente:

"a. Cuál es el alcance de la facultad de controlar y fiscalizar que asigna la ley a la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos?

"b. Tiene la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos la facultad de aprobar las tarifas que por primera vez señale la Junta Directiva del ICA o ésta facultad se refiere únicamente a los reajustes que se introduzcan a las tarifas ya establecidas?

"c. Desde cuándo son exigibles las tarifas que establezca la Junta Directiva del ICA, es decir, pueden aplicarse desde el momento de su expedición y publicación?

"d. Tiene la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos la facultad de señalar y aprobar unas tarifas diferentes a las establecidas por la Junta Directiva del ICA?".

La Sala considera

Por Decreto Nº 3069 de 1968 el Gobierno creó la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos cuyas funciones, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1º, son "las de controlar y fiscalizar las tarifas de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y energía eléctrica, así como de los demás cuya vigilancia le señale posteriormente el Gobierno".

El artículo 3º del decreto citado fija en sus numerales 1 y 2 el criterio a que debe ceñirse la fijación de tarifas por parte de las entidades de servicio público. Dice el numeral 1º "Las entidades de servicio público deberán asegurar la protección de sus activos y fomentar el ahorro nacional mediante niveles de tarifas que cubran los costos reales de la prestación del servicio y provean una determinada rentabilidad sobre el valor de dichos activos, con el objeto de facilitar apropiadamente la financiación de sus programas. Para tal fin las tarifas deberán ajustarse con oportunidad a los cambios de los costos reales que alteren el equilibrio económico de la empresa y los planes trazados para atender la futura demandada".

Y el numeral 2 estipula: "Las entidades de servicio público fijarán sus tarifas en tal forma que tomen en cuenta la capacidad económica de los diferentes sectores sociales y el mejor aprovechamiento

de los recursos propios de los respectivos servicios en beneficio de la comunidad".

De acuerdo con las transcripciones anteriores, a la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos le compete velar porque éstas se establezcan con sujeción a los criterios determinados en el artículo 3º del Decreto 3069. Y para el cumplimiento de su función, aquella debe reglamentar, con carácter general, los plazos dentro de los cuales las empresas deben comunicarle cualquier reajuste de tarifas que se propongan decretar e indicar los datos o informaciones que deben suministrar, según estipulación del artículo 5º del decreto. Añade esta última disposición: "Ningún reajuste podrá entrar en vigor sin la aprobación de la Junta, la cual, dentro del término que para el efecto señale también con carácter general, lo aprobará o presentará las modificaciones que crea necesarias en cuanto a la estructura misma de las tarifas o el tiempo de su implantación".

Por otra parte, el artículo 14 del Decreto 2680 de 1976 señala las funciones de la Junta Directiva del Instituto Colombiano Agropecuario ICA, entre las cuales se encuentra, de acuerdo con lo dispuesto en el literal n), la de "fijar las tarifas de servicios públicos que presta el Instituto y determinar los procedimientos de recaudo y las sanciones que deban aplicarse por incumplimiento, de conformidad con las disposiciones legales vigentes sobre la materia".

Finalmente, el artículo 4º del Decreto Nº 2883 de 1974 establece que las tarifas que fije el Instituto Colombiano Agropecuario ICA., con motivo de la prestación de servicios públicos, "serán objeto de control y fiscalización por parte de la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos".

Las disposiciones anteriores contienen todos los elementos legales necesarios y suficientes para resolver las cuestiones planteadas por el Señor Ministro de Agricultura en la consulta de estudio y pueden resumirse así:

A juicio del Gobierno, la fijación de tarifas de servicios públicos no debe llevarse a cabo con criterio ligero y arbitrario. Por el contrario, por ser ella asunto muy importante y de evidente interés general, cuenta no sólo la renovación de los equipos y la ampliación de los servicios, sino también la capacidad económica de los diferentes sectores sociales que hacen uso de ellos. Y fue precísamente para estos fines para los que se dictó el Decreto 3069 de 1968 que, como atrás se vio, fija en su artículo 3º los criterios que deben tomarse en cuenta por las distintas empresas para la fijación de sus tarifas. La anarquía reinante en otras épocas fue reemplazada por un sistema uniforme y más acorde con la importancia social de los servicios de que se viene tratando.

Como también se vio, la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos tiene como función velar por el cumplimiento de las disposiciones encaminadas a regular las tarifas de los distintos servicios. Y obviamente, para que los reglamentos legales en cuestión no degeneren a la postre en letra muerta, la Junta debe aprobar precisamente las tarifas fijadas o los reajustes decretados, requisito sin el cual aque-

llos, las tarifas y los reajustes, no pueden entrar en vigencias, según lo dispone el artículo 5º del Decreto 3069 de 1968.

En concepto de la Sala, la Junta Nacional de Tarifas debe aprobar previamente no solo los reajustes que se aporten por los organismos competentes, sino las tarifas mismas que se estipularon por cualquier empresa que se organice para la prestación de los servicios de que se trata, a partir del 16 de diciembre de 1968, fecha en que el Decreto que estableció la Junta Nacional de Tarifas entró en vigencia.

Es claro y perfectamente explicable que el artículo 5º del decreto que se viene comentando hubiera establecido que ningún reajuste de tarifas podría entrar en vigencia sin la aprobación de la Junta Nacional, haciendo referencia a las tarifas ya decretadas y puestas en vigencia por las empresas dedicadas a la prestación de los servicios en mención. Por eso se habló de los reajustes, es decir, de la modificación de tarifas ya existentes.

Pero dados los fines que se persiguieron con la expedición del Decreto 3069, sería absurdo interpretar sus disposiciones en el sentido de que sólo los reajustes pueden ser controlados y aprobados previamente por la Junta de Tarifas, y que a su control no están sometidas las tarifas iniciales que fijan las empresas que se organicen para la prestación de esos servicios con posterioridad al 16 de diciembre de 1968 antes mencionado. Esto no tendría lógica alguna y si así se interpretara el estatuto que creó la Junta Nacional de Tarifas, sus finalidades tan solo se lograrían en relación con empresas u organismos establecidos de antemano. Los creados posteriormente quedarían en libertad para establecer sus tarifas como a bien tuvieran. Tan solo los futuros reajustes que estas últimas decretaran quedarían sometidos a las reglamentaciones del Decreto 3069. Y esto no tendría justificación alguna.

A juicio de la Sala, se repite, a la aprobación previa de la Junta Nacional de Tarifas están sometidos no sólo los reajustes que se decreten por las distintas empresas, sino la fijación inicial de tarifas que cualquier empresa u organismo establezca para la prestación de sus servicios.

Y es importante anotar en este punto que la fijación de tarifas corresponde inicialmente a los organismos competentes de la respectiva empresa. La Junta Nacional de Tarifas debe estudiarlas a la luz de los criterios establecidos en el artículo 3º del Decreto 3069 e impartirlas su aprobación si las encuentra ajustadas a dicho reglamento. De lo contrario, deberá devolverlas al organismo de origen con las correspondientes observaciones, a fin de que se introduzcan las modificaciones del caso. Hecho esto, las tarifas deben volver a la Junta Nacional para su aprobación definitiva, sin lo cual no pueden ponerse en vigencia, de acuerdo con lo ya dicho.

Según lo anterior, cree la Sala que la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos no tiene propiamente facultad para fijar las tarifas. Como antes se dijo, esta función la cumplen los organismos competentes de cada empresa, de acuerdo con sus estatutos. La función de la Junta Nacional es simplemente la de estudiar las tarifas propuestas antes de que entren en vigencia e impartirles su aproba-

ción. O hacer las observaciones del caso si no las encuentra ajustadas a los reglamentos legales. Y otro tanto debe hacer la misma Junta en relación con la fecha en que las tarifas o los reajustes deben entrar en vigencia.

Respecto a esto último, o sea a la oportunidad en que las tarifas o los reajustes deben entrar en vigencia, es oportuno transcribir aquí algunos conceptos emitidos por esta misma Sala en relación con una consulta formulada por el mismo Ministerio de Agricultura el 3 de marzo de 1977 (Radicación Nº 1131):

"Pasando ahora al ordinal tercero de la consulta en estudio, considera la Sala que la entidad encargada de prestar los servicios debe acatar lo dispuesto en el acto administrativo o resolución que fijó las tarifas, respecto a publicación o notificación de las mismas. Si quiere cambiarse el sistema de notificación, debe expedirse otra resolución. Pero teniendo en cuenta que la notificación no es otra cosa que el aviso que debe darse a los suscriptores sobre el precio del servicio, es obvio que para esa información se cumpla cabalmente, deben emplearse los medios más apropiados y eficaces. Nada se opone a que, además del sistema de notificación indicada en la respectiva resolución, se utilicen simultáneamente sistemas de información al público que se consideren pertinentes. Esto último tiene apoyo en el parágrafo segundo del artículo 4ª y en el literal e) del artículo 6º del Decreto 149 de 1976, en donde se establece que la Superintendencia de Industria y Comercio, al recibir el aviso de la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos, procederá a difundirlas por los medios de comunicación o divulgación que se consideren pertinentes. Y esto es apenas obvio, de que es de rigor y de elemental justicia hacer llegar oportunamente a los usuarios la información correspondiente, a fin de que se resuelvan si prescinden del servicio o continúan haciendo uso de él.

"En cuanto a la cuestión planteada en el ordinal cuarto de la consulta, considera la Sala que lo dicho inmediatamente antes es suficiente para contestarla. Se trata de poner las tarifas en conocimiento de los usuarios y, por consiguiente, la notificación o publicidad de las mismas debe hacerse oportunamente en el lugar en donde se presta el servicio. Sin perjuicio, como ya se dijo, de poner en práctica lo dispuesto en la respectiva resolución en cuanto a ese punto se refiere. Es de simple equidad que el público esté debidamente informado de antemano sobre la carga económica que el servicio va a significarle. Ya se dijo que no solo nada se opone, sino que, por el contrario, se acomoda mejor a las disposiciones del Decreto 149 de 1976, el hecho de que la información al público se haga en tiempo debido en el lugar del servicio, si así no lo dispone la resolución respectiva. Sólo así podrá decirse con propiedad que se ha dado a los usuarios el aviso correspondiente.

"En síntesis: además de dar cumplimiento a la resolución en cuanto establezca el sistema de notificación, si éste no cumple cabalmente los fines de la misma y se estima que el público no queda debidamente y en oportunidad informado, la divulgación

debe hacerse en forma que este requisito se satisfaga plenamente. Cree la Sala que lo esencial es hacer oportunamente la notificación en el lugar del servicio a fin de que quienes lo utilizan sepan ciertamente a qué atenerse en materia de tarifas".

En cuanto se refiere a los servicios públicos que presta el Instituto Colombiano Agropecuario ICA., la facultad de fijar sus tarifas le corresponde a la Junta Directiva de dicho Instituto de acuerdo con el literal n) del artículo 14 del Decreto 2680 de 1976. Pero sobre ellas ejerce fiscalización y control la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos, según lo estipulado en el artículo 4º del Decreto 2883 de 1974. En otras palabras: a dichas tarifas les son aplicables las disposiciones del Decreto 3069 de 1968. Se dictan por la Junta Directiva del Instituto pero no pueden ponerse en vigencia sin la aprobación de la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos.

Finalmente y por lo que se refiere al sentido y alcance de los términos "controlar" y "fiscalizar" empleados en el artículo 1º del Decreto 3069, es bueno acudir al diccionario de la Real Academia. Esta obra define la palabra "controlar" como ejercer control y "control", como inspección, fiscalización, intervención. "Fiscalizar" significa criticar y acusar o delatar y traer a juicio las acciones u obras de otros.

De acuerdo con lo anterior, la función de la Junta Nacional de Tarifas es, además de la de impartirles aprobación, la de inspeccionar, vigilar y señalar las faltas o violaciones de las normas legales sobre la materia por parte de las empresas respectivas de intervenir para que dichos reglamentos se cumplan. Estas funciones se ejercen por la Junta Nacional de Tarifas en la forma establecida en el Decreto 3069 de 1968 a que tantas veces se ha hecho alusión y mediante vigilancia encaminada a establecer que las tarifas por ella aprobadas son las que realmente se cobran al usuario.

Y para finalizar estos comentarios, cabe observar que la Junta Nacional de Tarifas es un organismo permanente que ejerce las funfunciones que le fueron asignadas en el estatuto legal que la creó, no sólo sobre las empresas de servicios públicos existentes en ese momento, sino sobre las establecidas posteriormente. No es posible sostener con lógica y buen juicio que el control de que se trata se extiende tan solo a las empresas existentes el 16 de diciembre de 1968 y no a las de creación posterior. A la Junta Nacional de Tarifas se le señaló por el legislador, en este caso el Ejecutivo investido de facultades especiales, la función permanente de vigilar y poner en orden en todo lo relacionado con la fijación de tarifas en el futuro.

Todo lo anterior permite contestar así al Señor Ministro de Agricultura:

a) La Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos no permite el establecimiento de tarifas ni los reajustes de las mismas decretados por los organismos a quienes en cada empresa compete esa misión, si ellos, las tarifas y los reajustes, no se someten a los criterios establecidos en el artículo 3º del Decreto 3889 de 1968. Para que estos entren en vigencia, deben ser aprobados previamente por la Junta Nacional de Tarifas. Y ésta tiene también facultades para vigilar la

marcha de las empresas con el exclusivo fin de velar porque las tarifas que se cobren realmente a los usuarios sean las que ella autorizó;

b) Las tarifas que por primera vez señale la Junta Directiva del ICA., deben ser sometidas antes de entrar en vigencia, a la aprobación de la Junta Nacional de Tarifas;

c) La Junta Nacional de Tarifas tiene también facultades relacionadas con el tiempo en que las tarifas y reajustes deban entrar en vigencia. Esto se aplica también a las tarifas del ICA. En la publicación se señalará la fecha en que ellas entrarán en vigencia, de acuerdo también con las indicaciones de la Junta Nacional de Tarifas, según lo dispone el artículo 5º del Decreto 3069 y,

d) Las tarifas de los servicios públicos que presta el ICA, se fijan por la Junta Directiva del Instituto. Pero no pueden entrar en vigencia sin la aprobación previa de la Junta Nacional de Tarifas.

Se deja así contestada la consulta formulada a la Sala por el Señor Ministro de Agricultura.

Cópiese y transcríbase.

Jaime Betancur Cuartas (Presidente de la Sala), *Samuel Arango Reyes, Mario Latorre Rueda, Jaime Paredes Tamayo.*

Clara Stella Ramos S., Secretaria.

INSTITUTO COLOMBIANO DE LOS SEGUROS SOCIALES. Naturaleza Jurídica. (Artículo 3º del Decreto Ley 148 de 1976). Es un Establecimiento Público. Evolución legislativa en cuanto a sus servidores.

CONVENCION COLECTIVA. DEFINICION. — De acuerdo con el artículo 467 del C. S. del T. "es la que se celebra entre uno o varios patronos o asociaciones patronales, por una parte y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, por la otra, para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia.

CONVENCIONES COLECTIVAS EN EL ICSS.
1. La Ley 90 de 1946 (creadora del ICSS), no consagró limitación alguna a este respecto, pudiendo pactar sobre esas condiciones generales, como serían salarios, primas, prestaciones ya para sus empleados o para sus familiares.
2. Dicha facultad siguió vigente con la expidición del Decreto 148 de 1976.
3. Posteriormente con la expedición de los decretos de restructuración (Decretos Leyes 1651, 1652 y 1653 de 1977) se conserva la facultad de celebrar las convenciones colectivas de trabajo a los FUNCIONARIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL con el Instituto, pero limitando su contenido únicamente a la modificación de las asignaciones básicas.

LEY LABORAL. — Favorabilidad (Artículo 21 C. S. del T.).

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., enero veintiseis de mil novecientos setenta y nueve.

(Consejero ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas*)

Referencia: Consulta. Radicación: Nº 1250.

El Ministro de Trabajo y Seguridad Social hace la siguiente consulta:

"La Federación de Asociaciones Odontológicas Colombianas 'FASOC' viene discutiendo un pliego de peticiones con el Instituto de Seguros Sociales (ISS) organismo adscrito a este Ministerio; como en el desarrollo de las discusiones se han presentado serias dudas acerca de la viabilidad jurídica de someter a algunas de las peticiones, v.gr. un incremento de $ 125.00 es la prima profesional, un incremento del 30% en el auxilio de transporte, pago de intereses sobre las cesantías, subsidio familiar, etc., la Junta Administradora de ese organismo

en sesión celebrada el pasado 17 de octubre acordó elevar una consulta a esa Honorable Corporación a fin de precisar si el Instituto de Seguros Sociales está facultado para celebrar Convenciones Colectivas de Trabajo con los diversos sindicatos que agrupan a sus trabajadores y de ser positiva la respuesta, sobre qué materias podría hacerlo y en base a qué disposiciones legales.

"El Instituto Colombiano de Seguros Sociales, hoy Instituto de Seguros Sociales, que surgió a la vida jurídica con la Ley 90 de 1946 como un organismo autónomo con personería jurídica y patrimonio propio, fue calificado por el Decreto 2321 de 1948 como una entidad de derecho social, dando a sus empleados la calidad de trabajadores particulares.

"Posteriormente el Decreto 0433 de 1971 en su artículo 9º, trata de nuevo al Instituto como entidad de derecho social, tratamiento que sólo sufrió un cambio radical a raíz de la expedición del Decreto Ley 0148 de 1976, que en su artículo 3º dijo textualmente: "El Instituto Colombiano de Seguros Sociales (ICSS) es un establecimiento público, adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente".

"A través de su historia, el Instituto ha venido celebrando convenciones colectivas con sus Sindicatos gremiales son amplitud de criterio sobre los puntos a negociar pero los recientes decretos de reestructuración circunscriben la facultad de contratación colectiva únicamente a la modificación de las asignaciones básicas fijadas para los cargos del Instituto (artículo 34 Decreto Nº 1662 de 1977).

"La circunstancia de que la aplicabilidad de estos Decretos está condicionada a la adopción y aprobación de la nueva Planta de Personal y a la posterior posesión de los funcionarios nombrados para ocupar los cargos señalados en la misma, (artículo 34 Decreto 1651 de 1977 y artículo 35, Decreto 1662 de 1977) es la que motiva la consulta en relación con los actuales funcionarios de la entidad.

"Concretando: Si como expondremos, la aplicabilidad de los referidos decretos pende de la fijación de una Planta de Personal y del nombramiento y posesión de los funcionarios que van a ocupar los cargos, hechos estos que aún no se han cumplido, sería viable en términos legales la aplicación del régimen anterior a la fecha de expedición de las normas de reestructuración tantas veces citadas?.

La Sala hace las siguientes consideraciones:

1. "El Instituto Colombiano de Seguros Sociales es un establecimiento público, adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente" (artículo 3º del Decreto Ley 148 de 1976).

El artículo 5º del Decreto Ley 1050 de 1968 define lo que son Establecimientos Públicos, y el mismo decreto en su artículo 30, consagra el marco de actividad de los establecimientos públicos, diciendo que "se ceñirán, en el cumplimiento de sus funciones a la ley o norma que los creó y a sus estatutos; y no podrán desarrollar actividades o o ejecutar actos distintos de los allí previstos.....".

2. La noción de Convención Colectiva está en la ley, y de acuerdo con el Art. 467 del Código Sustantivo del Trabajo "es la que se celebra entre uno o varios patrones o asociaciones patronales, por una parte y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, por la otra, para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia".

"A su vez el artículo 468 del mismo Código consagra el contenido de las convenciones disponiendo en lo pertinente: "además de las estipulaciones que las partes acuerden en relación con las condiciones generales del trabajo, en la convención colectiva se indicarán.....".

Aparece así, que las convenciones colectivas generalmente deben versar sobre las condiciones generales del trabajo; y en el caso de las celebradas por este Instituto, la Ley 90 de 1946 (Creadora del I.C.S.S.) no consagró limitación alguna a este respecto, pudiendo pactar sobre esas condiciones generales, como serían salarios, primas, prestaciones, ya para sus empleados o para sus familiares.

3. El artículo 9º, numeral 7, de la Ley 90 de 1946 consagra la facultad del Instituto para celebrar convenciones colectivas de trabajo y expresamente dice:

".....7. Organizar los seguros facultativos; los adicionales para el reconocimiento a los asegurados obligatorios y a los miembros de sus familias que dependan exclusivamente de ellos, de prestaciones más favorables que las determinadas en la presente ley y las cajas de compensación destinadas a atender a los subsidios familiares que algunos patronos decida asumir en beneficio de los asegurados obligatorios o que lleguen a establecerse por ley especial o en las convenciones colectivas de trabajo".

4. Dicha facultad del I.C.S.S. de celebrar convenciones colectivas siguió vigente con la expedición del Decreto 148 de 1976 "por medio del cual se reorganiza el I.C.S.S. "cuando dice: "Artículo 13. No necesitan aprobación del Gobierno los siguientes actos del Consejo Directivo:

"..... Aprobar las convenciones colectivas de trabajo".

Del mismo modo, este decreto tampoco limitó los puntos, objeto de las convenciones.

5. Posteriormente con la expedición de los decretos de reestructuración (Decretos Leyes 1661, 1662 y 1663 de 1977), se conserva la facultad de celebrar las convenciones colectivas de trabajo a los *Funcionarios de Seguridad Social* con el Instituto, pero limitando su contenido únicamente a la modificación de las asignaciones básicas.

El artículo 133 del Decreto Ley 1651 de 1977, se pronuncia de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 8º del mismo decreto, así:

"De los Sindicatos. Los Funcionarios de Seguridad Social podrán constituir sindicatos que tendrán las funciones establecidas en los numerales 1º a 8º del artículo 414 del Código Sustantivo del Trabajo sin perjuicio de las facultades de solicitar el aumento de las asignaciones básicas y de celebrar colectivamente con el Instituto las con-

venciones a que se refiere el artículo 34 del Decreto 1662 de 1977". (La 2ª subraya no es del texto).

En este orden de ideas, el artículo 34 del Decreto Ley 1652 de 1977 dispone:

"*De las convenciones colectivas sobre sueldos.* Para el solo efecto de modificar las asignaciones básicas señaladas para los cargos del Instituto, éste podrá celebrar colectivamente convenciones con los sindicatos y asociaciones gremiales que representen a sus funcionarios.

"Dichas convenciones requerirán la aprobación del Gobierno Nacional.

"El Gobierno reglamentará el procedimiento para la suscripción de las convenciones a que se refiere el presente artículo".

Este artículo concuerda con la parte pertinente del artículo 135 que impone la prohibición para el Instituto de celebrar convenciones que no se hallen referidas exclusivamente al aumento de las asignaciones básicas.

6. Luego de esta transcripción de normas, tenemos:

La facultad expresa del Instituto para celebrar con sus servidores —Funcionarios de Seguridad Social— convenciones colectivas de trabajo;

Limitación en cuanto al contenido de las convenciones;

Aunque los decretos de reestructuración ordenan la derogación expresa de las disposiciones contrarias a las en ellas consagradas, no resultan aplicables puesto que en el artículo 35 del Decreto Ley 1652 de 1977 se estipula que:

a. El Instituto de Seguros Sociales debe proceder a elaborar la Planta de Personal, a partir del 18 de julio de 1977;

b. El Instituto de Seguros Sociales debe hacer los nombramientos para los diferentes cargos;

c. Una vez elaborada la Planta de Personal y hechos los nombramientos debe obrar la aceptación de la designación por parte de quienes se denominarán funcionarios de seguridad social (artículo 3º Decreto Ley 1651 de 1977);

d. Por último, tiene lugar la posesión de los correspondientes cargos.

Y es, solamente después de haber reunido estos requisitos y de que se haya reglamentado por el Gobierno la suscripción de las convenciones, que son aplicables los decretos de reestructuración.

7. Con anterioridad a la expedición de los decretos de reestructuración existían dos clases de servidores:

1. Los Trabajadores Oficiales, quienes trabajan en la construcción y sostenimiento de obras públicas, y

2. Los Empleados Públicos, quienes prestan sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos (artículo 5º del Decreto 3135 de 1968).

Ahora el Decreto Ley 1651 de 1977, crea en su artículo 3º una nueva clase de servidores "Los Funcionarios de Seguridad Social", quedando así un total de tres clases de servidores en el Instituto de Seguros Sociales.

Como el fundamento de los decretos citados, es en sí el desarrollo del concepto de "Funcionarios de Seguridad Social" ya que sobre ellas gira cada una de sus disposiciones, debe tenerse en cuenta que para obtener tal denominación, y en consecuencia adquirir el derecho de regirse por éstos, se deben cumplir los requisitos enunciados en el artículo 35 del Decreto Ley 1662 de 1977.

8. Al respecto, en un resumen suministrado por la Secretaría de Prensa de la Presidencia de la República, sobre las medidas oficiales adoptadas por el Gobierno y que decretan la reestructuración de los Seguros Sociales (Revista Derecho Colombiano Nº 188, agosto de 1977, página 190) dice:

"Los Decretos 1651 y 1652 y 1653 desarrollan el concepto de funcionario de Seguridad Social, con la característica de que su vinculación es legal y reglamentaria y de naturaleza especial que les da derecho a contratar colectivamente en el caso específico de los salarios. Para estos funcionarios se crea una carrera de seguridad social, que garantiza la permanencia y la promoción en el servicio, condicionados únicamente a la eficiencia.

"Los titulares de cargos puramente directivos tendrán la calidad de empleados públicos.

"Igualmente se prevé la modalidad de trabajadores oficiales para los cargos auxiliares y de mantenimiento tales como celadores, mecánicos, jardineros, choferes, cocina, levandería, etc.".

9. Además existe otro decreto, al que no se hace referencia en el texto de la consulta y que complementa la serie de decretos de reestructuración del Instituto, y es el Decreto Ley 1653 del mismo año "por el cual se establece el régimen especial de prestaciones sociales de los funcionarios de seguridad social que prestan sus servicios al Instituto de Seguros Sociales", que en su artículo 41 dice: *"De la aplicación del presente estatuto.* Las normas del presente decreto se aplicarán en el reconocimiento y efectividad de las prestaciones causadas a partir de la fecha de su expedición, *y respecto de aquellas personas que habiendo sido designadas para desempeñar cargos en la planta de personal del Instituto de Seguros Sociales, acepten el nombramiento y tomen posesión.*

"Las prestaciones cuyo derecho se haya causado con anterioridad a la fecha de posesión, se regirán por los términos de la respectiva convención de trabajo". (La subraya última no es del texto).

Esta disposición hace aún más perceptible el criterio desarrollado a través de lo que se ha expuesto, y permite concluír que hay una condición para que los decretos sean aplicables y es el cumplimiento

de los requisitos exigidos. Y sí el Instituto no ha elaborado la Planta de Personal, ni ha hecho los nombramientos, y por lo tanto tampoco ha obrado la agrupación por parte de los servidores de dicho Establecimiento Público, no exista en ellos la calidad de Funcionarios de Seguridad Social, precisamente para quienes se expidieron los decretos; y al no existir dichos funcionarios, aparece claramente que aún no tienen aplicación los decretos en mención, en cuanto al nuevo régimen restrictivo de las convenciones colectivas.

9. Es más, el Decreto Ley 1652 en su artículo 34 inciso 3º, dispone:

"El Gobierno reglamentará el procedimiento para la suscripción de las convenciones a que se refiere el presente artículo".

La reglamentación o propuesta reglamentaria tiene origen constitucional. Por mandato de la Carta compete al Presidente de la República (artículo 120, ordinal 3º) ejercerla mediante la expedición de las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.

Dicha reglamentación aún no ha sido expedida, lo cual obstaculiza la aplicación del decreto en cuanto a la norma citada, punto concreto al cual se refiere la consulta en estudio.

Y mientras la aplicación de una norma penda de una condición, hasta tanto ella no se realice habrá de considerarse que rige la legislación anterior en cuanto al contenido de la que se haya vigente, pero que no se ha desarrolllado o reglamentado.

10. Es importante observar que coincide con esta interpretación el criterio expuesto por el Secretario General del I.S.S., al tratar el tema de la Convención Colectiva, a la luz de los indicados decretos, en la Junta Directiva. En el texto que se acompañó del Acta, de lo pertinente, se dice: "El Señor Secretario General manifiesta que el criterio de la Oficina Jurídica es que estos decretos no son susceptibles de aplicación por cuanto no existe el funcionario de seguridad social hasta tanto la planta de personal no haya sido aprobada por el Gobierno Nacional, hechos los nombramientos y tomado posesión las personas designadas para desempeñar funciones propias de funcionarios de Seguridad Social". (Folio 23 de la copia).

11. De igual manera, con la interpretación que se expone aparece coincidiendo el criterio que tiene el propio Ministerio de Trabajo y Seguridad Social sobre el caso, cuando en el propio texto de la consulta dice: "Concretando: Si como entendemos, la aplicabilidad de los referidos decretos pende de la fijación de una Planta de Personal y del nombramiento y pensión de los funcionarios que van a ocupar los cargos, hechos estos que aún no se han cumplido...".

12. Finalmente, es de apreciarse que los decretos deben considerarse como un todo, que es la reestructuración, y para el caso de la consulta, no resulta equitativo que tengan inmediata aplicación las normas desfavorables, como la limitatoria de la convención colectiva, en tanto que aún no pueden aplicarse al servidor del Instituto las que le sean favorables, por el nuevo carácter de Funcionario de Seguridad Social, pero que precisamente el servidor no le ha obtenido por incumplimiento de los requisitos para ello, y cuando, se repite

aún no se ha cumplido el mandato legal de que "El Gobierno reglamentará el procedimiento para la suscripción de las convenciones" a que se refiere el nuevo régimen del artículo 34, inciso 3º del Decreto Ley 1662 de 1977. No aparece lógico pretender la aplicación del nuevo régimen de convención a funcionarios que aún no existen".

No hay que olvidar el equilibrado principio de que, en cualquier interpretación que se haga en derecho laboral, se debe estar a la que sea más favorable al trabajador, y así dice el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo: "En caso de conflicto o duda entre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad.

En los anteriores términos se contesta la consulta del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Transcríbase.

Jaime Betancur Cuartas (Presidente), *Mario Latorre Rueda, Jaime Paredes Tamayo, Samuel Moreno Reyes.*

Rafael Ocosta Guzmán., Secretario.

MINAS. — Definición. (Decreto 1275 de 1970. Artículo 28).
2) A quienes pertenecen? (Ley 20 de 1969, artículos 1º, 7º y 10).
3) Estatuto minero. Finalidad. (Decreto 1275 de 1970. Art. 1º).
4) La industria minera es de utilidad pública y de interés social (Decreto 1275 de 1970. Artículo 2º).

YACIMIENTO DESCUBIERTO.
1. *Definición (Decreto 1275 de 1970. Artículo 4º).*
2. *Exploración preliminar (Decreto 1275 de 1970. Art. 34).*
3. *Exploración técnica. (Arts. 39 y 76 ibídem).*
4. *Explotación. En qué consiste? (artículo 92 ibídem).*

MINAS. EXPLOTACION ECONOMICA. — Cómo se demuestra (Decreto 1275 de 1970. Art. 9º, 96, 99, 104).
MINAS. BENEFICIO DE MINERALES. — Es el conjunto de procesos aplicados a los minerales extraídos con el fin de reparar y concentrar sus componentes útiles. (Decreto 2181 de 1972, artículo 21).

MINAS, TRANSFORMACION Y PROCESAMIENTO DE MINERALES. — (Decreto 1275 de 1970, artículo 201) En qué consiste?.

SERVIDUMBRE DE TRANSITO O DE TRANSPORTE EN LAS MINAS. — ¿Qué áreas grava y que finalidad tiene? (Decreto 1275 de 1970. Artículo 213).

MINAS. EXPLORACION TECNICA, EXPLOTACION ECONOMICA, BENEFICIO DE LAS MINAS DE PROPIEDAD NACIONAL.
Sistemas a través de los cuales se pueden adelantar.
1..Concesión.
2. Permiso y el del
3. Aporte
Finalidades de cada sistema.

EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO. CONTRATACION. — Régimen aplicable.

CONTRATO DE OBRA PUBLICA. — Definición. Características. Criterios jurisprudenciales.

CONTRATOS DE ASOCIACION. — Por empresas Industriales y Comerciales para la explotación de las minas. Características.

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., mayo diecisiete de mil novecientos setenta y nueve.

(Consejero ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas*)

Referencia: Consulta 1783. Radicación Nº 1288.

El Señor Ministro de Minas y Energía hace por oficio 0237 de cuatro (4) de los corrientes la siguiente consulta:

"I.

a. De conformidad con el artículo 8º de la Ley 20 de 1969 todas las minas que pertenecen a la Nación quedan sujetas al sistema de la concesión, del aporte o del permiso conforme a las clasificaciones que adopte el Gobierno. Los yacimientos que constituyen reserva especial del Estado solo podrán aportarse o concederse a empresas comerciales e industriales de la Nación o a sociedades de economía mixta que tengan una participación oficial mínima del 51% del respectivo capital.

b. En desarrollo de la disposición legal citada, en el artículo 30 del Decreto 1275 de 1970, reglamentario de aquella, dispuso que quedaban sometidas al régimen del aporte de minas "descubiertas por entidades oficiales y que tengan importancia básica para el desarrollo de la economía nacional a juicio del Ministerio del Ramo" y "las que el Gobierno determine en resoluciones de carácter general o especial".

c. La figura del aporte estructurado no en el significado de la ley comercial sino como un sistema de otorgamiento temporal del derecho a explorar minas de la reserva nacional quedó regulado por el Capítulo XII del mencionado Decreto 1275 de 1970. De acuerdo con el artículo 163 las entidades titulares del aporte pueden explotar las respectivas zonas "directamente o por medio de contratos con terceros".

d. Este tipo de contratos con terceros pueden ser de diversa naturaleza tales como las de asociación, operación o de servicios. La primera de estas figuras contractuales la de la asociación ha sido más usual en esta clase de actividades.

"II.

a. En los contratos de asociación como es apenas obvio, la entidad comercial e industrial estatal conserva siempre titularidad del derecho a explorar y explotar el respectivo yacimiento.

b. El asociado particular realiza por su cuenta y riesgo las inversiones de exploración y los estudios de prefactibilidad y solamente cuando como consecuencia de estos trabajos se establece la existencia de un depósito comercial, la entidad estatal entra a participar en las inversiones de instalación, infraestructura, desarrollo y explotación.

c. Se establece un sistema de cuentas denominado "Cuenta Conjunta" que se afecta con los presupuestos y programas de operación aprobados periódicamente por un Comité Ejecutivo paritario y las actividades y obras se construyen y se administran por un operador quien generalmente es el mismo asociado particular. Los dos partícipes sufragan por partes iguales todos los gastos de la actividad minera y las de construcciones de montajes e infraestructura de transporte.

d. La producción del mineral se divide por partes iguales entre la entidad descentralizada titular del aporte y el asociado particular. Este además, sobre el volúmen de producción que le corresponde, paga a la entidad oficial una regalía en especie o en dinero.

e. El contrato de asociación no implica la creación de una persona jurídica distinta de la de los partícipes ni el operador es respecto de estos un dependiente en el sentido laboral del término.

En este tipo de contrato generalmente se ha establecido que las partes para cualquier relación con terceros, no pacten otorgamiento de un poder general ni que han constituido sociedad civil o comercial o han convenido responsabilidad solidaria respecto de los actos u omisiones de cada una de ellas.

"III.

a. Las actividades mineras llevadas a cabo bien sea por la modalidad de asociación o por concesión, según el artículo 7º de la Ley 20 de 1969 son de utilidad pública e interés social y por tanto en favor de ellas pueden decretarse todas las expropiaciones a que haya lugar. La ley adoptó esta declaratoria para todas las ramas de la minería como son la exploración, explotación, beneficio, transporte y procesamiento.

b. Igualmente el artículo 10 de la misma ley instituyó en favor de la minería todas las servidumbres que sean necesarias para su cabal y eficiente desarrollo con la natural indemnización que se derive de su imposición y ejercicio.

c. Se ha entendido siempre que la actividad minera desarrollada por el Estado o por particulares si bien está declarada como de utilidad pública no es un servicio público ni constituye una obra pública.

Son ya numerosas las oportunidades en que el H. Consejo de Estado con base en conocidos principios de derecho administrativo, ha hecho en forma nítida la diferencia entre los tres conceptos enunciados.

El principio de utilidad pública se predica de actividades que son ejercitadas aún por particulares y las cuales por su beneficio colectivo se tienen como esenciales para el desarrollo y la armonía social.

Es de advertir que muchas de dichas actividades no son verdaderos servicios públicos en el sentido de que no están destinadas a satisfacer directamente una necesidad colectiva.

Por otra parte, tales actividades la minería muy especialmente requieren para su natural y eficiente operación el montaje y construcción de diversas obras y sistemas de transporte y movilización de sus productos hacia los centros nacionales e internacionales de consumo, las cuales tampoco pueden catalogarse como obra pública dado que esta definición es aquella que está destinada al uso directo o indirecto de la colectividad o al funcionamiento de un servicio público.

La construcción de obras de infraestructura propia de la industria minera tales como carreteras, ferrocarriles, centros de acopio, puerto de embarque, etc., no constituyen sino obras y actividades accesorias a la opearción minera propiamente dicha. Su establecimiento

bien puede considerarse como el medio indispensable para ejercitar la actividad principal de extracción y comercialización del mineral que constituye el objeto principal de la concesión o la asociación previstas en las leyes sobre minería.

"IV.

a. El Decreto 150 de 1976 es la norma general que regula la contratación administrativa. En él se estructuran varios tipos de contratos suceptibles de celebrarse por la Administración Nacional o las entidades descentralizadas. Sin embargo su ámbito de aplicación de delimita con toda claridad en su artículo 67 del siguiente tenor:

"Artículo 67. *"De las clases de contratos.* Según el objeto para el cual se celebren, los contratos pueden ser de obras públicas, de suministro, de compraventa de bienes muebles, de empréstito, de compraventa o permuta de inmuebles, de arrendamiento, de prestación de servicios, de venta de bienes muebles, de donación y para la recuperación de bienes ocultos.

Las normas del presente Estatuto solo son aplicables a los contratos señalados en el inciso anterior; las demás clases de contratos, continuarán rigiéndose por las mismas normas generales o especiales vigentes para los mismos".

b. La disposición transcrita conlleva en opinión de este Despacho las siguientes conclusiones: en primer lugar, los contratos de asociación cuyo objeto es explorar y explotar minas de propiedad nacional, no se rigen por las normas del Decreto 150 de 1976, sino por las disposiciones de la legislación de minas en lo que a tales contratos se refiere y en segundo lugar, las obras de infraestructura de transporte y puerto que deban llevarse a cabo para movilizar y comercializar el mineral proveniente de las minas explotadas bajo el sistema mencionado de asociación, por no constituir obra pública, no están sometidas en cuanto a los procedimientos y requisitos para diseñarlas y construirlas a las disposiciones del decreto citado.

En concreto, el operador dentro de un contrato de asociación, al contratar el diseño y la construcción de las obras de infraestructura inherentes a la explotación minera, no tiene otra obligación que la de ajustarse a las normas y directrices que le señale el Comité Ejecutivo y a los requisitos de fondo y de forma que establecen la ley civil y comercial. para la validez de los actos entre particulares.

El desarrollo de los contratos de asociación en materia minera llevará al país a compromisos de inversión muy cuantiosos y por ello es indispensable que tanto el Gobierno como las entidades descentralizadas que deben asumirlos cuentan con el criterio de la más alta Corporación consultiva en relación con los procedimientos y requisitos legales a los cuales deben someterse en la realización de los programas respectivos. Por esta consideración me permito formular al H. Consejo los interrogantes que se puntualizan a continuación:

1º Cuando en desarrollo de los contratos de asociación de las características arriba señaladas, celebradas entre una entidad comercial e industrial del Estado y un particular, debe el operador contratar el

diseño y la construcción de las obras de instalación, transporte y embarque de minerales, dichas obras y diseños se deben considerar como obra pública?

2º En caso de que tales contratos no se deban considerar como de obra pública, están o no regidas por el Decreto 150 de 1976, y sus disposiciones reglamentarias?".

La Sala considera

Leídos con especial atención los fundamentos de esta consulta; es conveniente hacer algunas puntualizaciones relativas a nuestra regulación minera, básicamente las Leyes 60 de 1967 y 20 de 1969 y sus decretos reglamentarios 1275 de 1970 y 2181 de 1972, complementadas con otras apreciaciones que permiten las conclusiones como respuesta:

1. Para todos los efectos legales *se entiende por mina* todo yacimiento, depósito, formación o criadero de minerales o de materias fósiles, útil a aprovechable económicamente que se encuentre en el suelo o en el subsuelo en cualquier estado físico. La mina es un inmueble distinto del suelo en que está ubicado aun cuando quien tenga derecho a explotarla sea dueño del suelo. La extensión de las áreas mineras se medirá y calculará sobre su proyección plana horizontal. (Decreto 1275 de 1970, artículo 28).

2. *Todas las minas pertenecen a la Nación,* sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros. Esta excepción, a partir de la vigencia de la presente ley, solo comprenderá las situaciones jurídicas subjetivas y concretas debidamente perfeccionadas y vinculada a yacimientos descubiertos. Está declarada de utilidad pública y de interés social la industria minera en sus ramas de exploración, explotación, beneficio, transporte y procesamiento, y como motivos de la misma naturaleza el desarrollo inmediato y eficiente de cualquiera de esas actividades. El derecho a la exploración y a la explotación de las minas conlleva a favor de los beneficiarios, el establecer las servidumbres de tránsito y acueducto; de uso de las superficies y de las áreas aledañas, de utilizar las maderas que se encuentren en la región y los terrenos indispensables para las construcciones que se requieran; y, en general de todas las que sean necesarias para el desarrollo adecuado de los trabajos mineros, con obligación de indemnizar los perjuicios. (Ley 20 de 1969, artículos 1º, 7º y 10).

3. El llamado Estatuto Minero, tiene entre otras, *las siguientes finalidades*: extender e intensificar la exploración técnica del territorio Nacional y de la plataforma Continental, y estimular todas las investigaciones geológicas, mineras y de laboratorio que adelanten los organismos oficiales y las empresas particulares; facilitar la explotación económica de todos los recursos minerales que se descubran en el país y procurar el aprovechamiento integral; fomentar el desarrollo de las industrias metalurgicas y de transformación; la atención preferente de las necesidades nacionales en materias primas de origen mineral; crear nuevas oportunidades de trabajo para los Colombianos; estimular las inversiones Colombianas y extranjeras en la minería; propiciar el desarrollo y la organización de empresas en el ramo; propiciar el desarrollo económico y social de las regiones mineras; prestar

asistencia técnica a las pequeñas empresas mineras, y simplificar la tramitación administrativa de las solicitudes propuestas de aportes, concesiones o permisos; eliminar los motivos determinantes de costos inútiles, garantizar los derechos que pueda otorgar la exploración técnica, y suprimir, en la medida de las posibilidades, las causas generadoras de situaciones litigiosas. (Decreto 1275 de 1970, artículo 1º).

4. Dice el Estatuto de Minas que sus disposiciones se interpretarán y aplicarán teniendo en cuenta que *la industria minera es de utilidad pública y de interés social* en sus ramas de exploración, explotación, transporte y procesamiento; que las leyes que la regulan son de la misma naturaleza y se expiden por motivos de aquella índole; que la prevalencia de los intereses públicos o sociales sobre los intereses privados es principio fundamental que consagran y reglamentan las normas constitucionales y legales en vigencia; y que la consecución de las finalidades enumeradas es conveniente y necesaria para el desarrollo de la economía nacional y para el cumplimiento de los deberes sociales de los particulares (Decreto 1275 de 1970, artículo 2º).

5. *Se entiende por yacimiento descubierto* toda acumulación de uno o varios minerales que ofrezca perpectivas de aprovechamiento económico establecidas por medio de trabajos preliminares. (Decreto 1275 de 1970, artículo 4º).

Toda actividad encaminada al descubrimiento y exploración preliminar de sustancias minerales podrá desarrollarse libremente en el territorio nacional, mediante ciertos requisitos. *La exploración preliminar comprende* la facultad de hacer las excavaciones, cateos y demás trabajos necesarios para comprobar la existencia de minas, y la de extraer las muestras para los respectivos análisis, en la cantidad estrictamente indispensable para ello. (Decreto 1275 de 1970, artículo 34).

Se entiende por exploración técnica el conjunto de actividades dirigidas a determinar la existencia de minerales en cantidades y calidades económicamente aprovechables. Antes de vencerse el término de la licencia para explorar deben presentarse al Ministerio de Minas y Energía el plano topográfico de la zona, y los proyectos de montaje para la explotación. (Decreto 1275 de 1970, artículos 39 y 76).

Se entiende por explotación el conjunto de actividades dirigidas a la extracción técnica de sustancias minerales para su aprovechamiento. (Decreto 1275 de 1970, artículo 92).

La iniciación oportuna de la explotación económica se acredita con varias pruebas, y entre ellas, con la demostración de los trabajos de explotación que se hayan adelantado o que se adelanten, su fecha de iniciación, las maquinarias, equipos, personal ocupado, herramientas, producción y todos los demás hechos y circunstancias que permitan determinar que se ha iniciado la actividad extractiva. (Decreto 1275 de 1970, artículo 9º).

Entre las obras de montaje están las relativas a la instalación como los equipos, los campamentos, edificios, plantas y demás obras destinadas a la explotación, y las dedicadas a la transformación o procesamiento de los minerales, si a ello hubiere lugar (Decreto 1275 de 1970, artículos 98 y 99).

En el informe anual de explotación ante el Ministerio de Minas y Energía hay que demostrar el proyecto de desarrollo, explotación y ensanche de las actividades a efectuar en el año siguiente, debidamente documentado, y el sistema de transporte utilizado desde la mina hasta los sitios de beneficio, transformación o venta (Decreto 1275 de 1970, artículo 104).

Se entiende por beneficio de minerales el conjunto de procesos aplicados a los minerales extraídos con el fin de reparar y concentrar sus componentes útiles. (Decreto 2181 de 1972, artículo 21).

La transformación y procesamiento de minerales, comercialmente explotables, hace referencia al tratamiento y el grado de concentración, reducción o refinación a que deben someterse las sustancias o productos que resultan en los depósitos explotados. (Decreto 1275 de 1970, artículo 201 y ss.).

6. *La servidumbre de tránsito o transporte* grava el terreno de la mina y los demás por donde sea necesario transitar o pasar, para su comunicación adecuada con la vía pública, para obtener y transportar a las minas los materiales y demás elementos que su aprovechamiento requiera, o para sacar de ella los minerales. Esta servidumbre faculta para construir y mantener caminos, carreteras, ferrocarriles ,industriales cables o vías aéreas de transporte y líneas telefónicas y de energía eléctrica, así como para usar las mencionadas obras e instalaciones en las necesidades de la mina. Dichas obras de comunicación y transporte reunirán las condiciones adecuadas a los medios de transporte que necesite la mina. (Decreto 1275 de 1970 artículo 213).

7. *La explotación técnica, la explotación económica y el beneficio de las minas de propiedad nacional* se pueden adelantar por tres sistemas; *el de la concesión, el del permiso, y el de aporte.* Para la situación de la consulta interesa el sistema del aporte, término que no se toma en el sentido de las sociedades civiles o comerciales, sino que pertenece a un sistema de desarrollo de la industria minera, y que tiene sus características propias señaladas por el Estatuto Minero.

Entre los distintivos legales del régimen del aporte de minas están:

A. El objeto del aporte es la *exploración, explotación, beneficio* y *transformación* de los minerales que se encuentren en la respectiva zona. (Ley 20 de 1969, artículo 3º y Decreto 1275 de 1970, artículo 160);

B. La Nación conservará la propiedad de los yacimientos. Artículo 160);

C. El Ministerio del ramo determinará en cada caso la extensión y hará la demarcación de la zona objeto del aporte (artículo 161);

D. El aporte tendrá la duración de la vida económica del yacimiento, pero existen causales de caducidad; (artículos 162 y 174);

F. El derecho emanado del aporte es cedible, a persona natural o extranjera. La extranjera renunciará a intentar reclamación diplomática, salvo el caso de denegación de justicia, y hay otros requisitos y efectos. Pero en ningún caso puede cederse a favor de gobiernos extranjeros. (artículos 164, 181, 182);

G. Quedarán sometidas al régimen del aporte, entre otras, las minas "descubiertas por entidades oficiales y que tengan importancia básica para el desarrollo de la economía nacional a juicio del Ministerio del ramo" y "las que el Gobierno determine en resoluciones de carácter general o especial". (artículo 30).

H. Sólo serán titulares de aporte la Empresa Colombiana de Minas, o las empresas industriales y comerciales del Estado, o las entidades financieras oficiales cuyas funciones tengan relación con la explotación minera (artículo 163);

I. El aporte es ordenado por el Ministerio del ramo, generalmente a petición de las citadas entidades oficiales o de particulares. (artículos 167, 169, 171, 172);

J. Las entidades beneficiarias pueden devolver el aporte (artículo 166); se establecen las utilidades y participaciones (artículo 165); hay publicaciones (artículo 167); la entrega material (artí'culo 173); las obligaciones del beneficiario del aporte (artículo 175); casos de analogía (artículo 176); sujeción a la ley y jurisdicción colombianas (artículo 178); proporción de empleados y obreros colombianos (artículos 179); contribución para becas (artículo 180); se requiere permiso del Ministerio del ramo para contratos de arrendamiento o subarrendamiento (artículo 183); casos de carencia de valor por fraude (artículo 184); reconstrucción de daños (artículo 185); en principio no se puede impedir la navegación, la pesca y el mazamorreo (artículo 185, 186, 187, 188, 189, 190); causas y trámite de las oposiciones (artículo 192 y ss.); obligación de atender de preferencia el consumo nacional, transformación y procesamiento de minerales, volumen exportable (artículo 201 y ss.); servidumbres, indemnización de perjuicios (artículos 207 y ss.); convenio precio de venta, fijación participación nacional, liquidación regalías (artículo 224 y ss.); inspección y vigilancia por el Ministerio del ramo, supervisión trabajos, alimentación y gastos (artículo 247 ss. 256 ss.); expropiación necesarias (artículo 267 y ss.); trámite de las solicitudes de aporte (artículo 272 y ss); los impuestos (artículo 279 y ss.); la contabilidad (artículo 280); uso público de vías de comunicación (artículo 281); uso medios de comunicación y transporte por turbación del orden público (artículo 282); el comercio de ciertos minerales (artículo 285); el papel sellado y los vacíos procedimentales (artículos 289 y 290);

K. Las entidades oficiales, antes mencionados como titulares del aporte podrán explotar las respectivas zonas de las siguientes maneras: (artículo 163 y 171):

1. Directamente,

2. Por medio de contratos con terceros, bien personas naturales o jurídicas;

3. Pueden también dichas entidades organizar o promover la formación de empresas en las cuales podrá participar el capital privado, nacional o extranjero, lo mismo que el de otras entidades públicas;

L. la entidad estatal titular del aporte celebra con el tercero el contrato idóneo para efectos de la explotación minera, contrato que en el texto de la consulta se denomina ASOCIACION, término similar

al de la referencia que hace el inciso 2º del artículo 21 del Decreto 1275 de 1970. Este tipo de contrato sería, de otra parte, uno de aquellos que celebran, dentro del giro ordinario de sus actividades, las empresas industriales y comerciales del Estado, CONFORME A LAS REGLAS DEL DERECHO PRIVADO (artículo 6º del Decreto 1050, de 1968), no sujetas a las formalidades o requisitos que la ley exige para los de la Nación, y ESTIPULADOS EN CLAUSULAS USUALES PARA CONTRATOS ENTRE PARTICULARES (Art. 161 del Decreto Ley 150 de 1976). Cabe agregar que la empresa, con base en este último artículo, puede pactar el derecho a declarar administrativamente la caducidad, determinando con ese pacto la sujeción al régimen de derecho público.

Ya esta Sala, al absolver consulta del Ministro de Minas y Energía, concepto radicación 867, concepto de abril 4 de 1974, había expresado en lo pertinente:

"...a)...la ley distingue dos clases de contratos entre los que celebran las empresas industriales y comerciales del Estado: los administrativos y los de derecho privado; b). por regla general, los contratos de estas empresas son de Derecho privado; c). ... la ley autoriza a tales empresas para escoger una u otra forma contractual según opte por las estipulaciones usuales entre contratistas particulares o pacte cláusulas especiales de derecho público, como la caducidad; d)....la ley puede determinar que algunos de estos contratos llenan los mismos o algunos requisitos que los que deben cumplir los del Gobierno, o sea, imponer la forma de contrato administrativo, y e)... la estipulación de la cláusula que otorgue el derecho a la declaración administrativa de la caducidad de un contrato de estas empresas, le confiere naturaleza de contrato administrativo.

8. De conformidad con los artículos 162 y 163 del Decreto Ley 150 de 1976 las empresas industriales y comerciales del Estado están sujetas a las formalidades o requisitos que la ley exige para los contratos de la Nación cuando celebran *los de empréstito y de obras públicas.*

En nuestro régimen contractual administrativo se entiende por contrato de Obra Pública el celebrado por una entidad de Derecho Público, cuyo objeto corresponde a uno de los tres grupos clasificados por el artículo 68 del Decreto Ley 150 de 1976.

La noción *de contrato de obra pública* implica el análisis del concepto del mismo *de obra pública,* para deslindar uno de otra. En la naturaleza *de la obra pública* es esencial la titularidad del dominio de quien la emprende y su afectación a fines de utilidad general.

En nuestro proceso jurisprudencial esta noción parece venir confundida con la de trabajo público para efectos de determinar de la responsabilidad de la administración, por daños causados con ocasión de su realización.

Así se infiere de los apartes tomados de la sentencia del Consejo de Estado de 4 de noviembre de 1949 (Tomo LVII Nºs 362, 366, página 541).

"Tres condiciones vienen a configurar el trabajo u obra pública, a saber: intervención de una entidad de derecho público en su realización; que recaiga sobre un bien inmueble, y, especialmente, que se efectúe para la utilidad o servicio público".

Igualmente el Consejo de Estado en sentencia de 14 de noviembre de 1960, (Tomo LVIII Nºs 367 a 371, página 721), expresó:

"Por trabajo público se ha entendido no solo el hecho consistente en construir una obra sino también el resultado de la operación, o sea, la obra ya construída; en este supuesto, la calificación de trabajo público debe tener como base que el trabajo sea hecho por la Nación, el departamento o el municipio, sin que importe que estos ejecutan el trabajo por medio de agentes suyos o por medio de particulares controlados o supervigilados por las mismas entidades; que el trabajo recaiga sobre la construcción o conservación de un inmueble, y se haga con miras de servicio público o de interés social.

Y por último en sentencia de 28 de octubre de 1976 (Expediente Nº 1482 Actor Banco Bananero del Magdalena), el Consejo de Estado transcribió el aparte tomado de la sentencia de la misma corporación de 30 de septiembre de 1969 (Tomo LXIII, Nºs 392 a 396, página 786 y ss.) que dice:

"Lodis Rolland, citado por el doctor Tulio Enrique Tascón al comentar el artículo 263 del C.C.A., dice:

"La definición de trabajo público es de una extrema importancia, puesto que las reglas jurídicas especiales se aplican a los trabajos públicos. Ella sin embargo no ha sido dada por ningún texto y resulta solamente de la jurisprudencia. En el estado actual de esta última, he aqui lo que se puede decir: Es trabajo público todo trabajo de construcción, de administración o de conservación de un inmueble, ejecutado por cuenta de una persona de derecho público en el interés público. Resulta de allí que varias condiciones son necesarias, pero suficientes, para que haya trabajo público.

"Y continúa el doctor Tascón en su comentario al citado artículo:

"Las condiciones aludidas son: 1) El trabajo público necesariamente debe ser hecho por cuenta de la Nación, los Departamentos o los Municipios, sin que importe que estos ejecuten el trabajo por medio de agentes suyos o por intermedio de particulares que las mismas Entidades supervigilan y controlan: 2) el trabajo debe recaer sobre la construcción, administración o conservación de un inmueble, no sobre objetos muebles; 3) El manejo y construcción del inmueble debe hacerse con miras al servicio público o de interés social; 4) No se exige una declaración previa de utilidad pública, pues las tres condiciones antes indicadas son necesarias pero suficientes".

La reseña de los antecedentes jurisprudenciales del Consejo de Estado permite a la Sala retomar *el concepto de obra pública atrás expuesto,* para destacar su más amplia connotación, por cuanto no se limita a definir la obra pública, por su destinación a la prestación de un servicio público, o por la naturaleza de los recursos empleados en su ejecución *sino por razón de su afectación a fines de utilidad general y la titularidad del dominio de quien la emprende o a cuyo nombre se ejecuta;*

9. Referido el anterior concepto a la naturaleza de las obras que, en desarrollo del contrato de ASOCIACION celebrado por la empresa

industrial o comercial del Estado debe contratar el asociado u "operador", se *advierte claramente que dichas obras no constituyen obra pública en el sentido en que esta Sala lo entiende, y su contratación, por tanto, no se rige por el Decreto Ley* 150 *de* 1976 *y sus reglamentarios.*

Se trata de obras de infraestructura que el asociado particular contrata directamente, destinadas exclusivamente a la explotación de la zona minera, para cumplir el contrato de asociación celebrado con una entidad pública, de cuyo diseño y construcción depende la ejecución de dicho contrato. Son obras de desarrollo de ese contrato, derivadas o consecuenciales del mismo, englobadas, destinadas y accesorias al objeto propio, especial y principal de explotar la industria minera, y como realización de las obligaciones contraídas por el asociado privado con el ente público; que como ya se expresó corresponde su sujeción a las normas del derecho privado.

Distinta situación se presentaría si en el texto del contrato de asociación entre el ente público y el tercero o particular se pactaren cláusulas, de las que sin cambiar la naturaleza de derecho privado del contrato el particular hubiere pactado utilizar procedimiento de derecho público, o que dicha asociación se celebrare con otras entidades públicas como lo permite el artículo 163 del Decreto 1275 de 1970, cuestiones éstas que, por no estar planteadas en la Consulta, no es pertinente en esta ocasión su análisis.

En los términos anteriores se responde la Consulta del Ministro de Minas y Energía.

Transcríbase.

Jaime Betancur Cuartas (Presidente), *Mario Latorre Rueda, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

Clara Stella Ramos S., Secretaria.

NACIONALIZACION DE INSTITUCIONES FINANCIERAS. Las relaciones laborales en las instituciones financieras que se nacionalicen seguirán rigiéndose por las normas del C. S. del T. y por las disposiciones legales y convencionales vigentes, sin que los derechos sociales de los trabajadores puedan ser desmejorados. BANCO DEL ESTADO. — Sociedad de Economía Mixta. PENSIONADOS DEL ESTADO. — Reingreso al Servicio. Excepciones.

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., julio seis de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas*)

Referencia: Consulta 2075. Radicación 1915.

El señor Ministro de Hacienda y Crédito Público eleva a la Sala la siguiente consulta:

"El Presidente de la República profirió la resolución ejecutiva 203 de octubre 9 de 1982 en desarrollo de las atribuciones consagradas en el Decreto 1920 del mismo año, por lo cual se dispuso la nacionalización del Banco del Estado.

Siguiendo los imperativos del artículo 7º de la resolución ejecutiva citada, el gobierno nacional integró la Junta Directiva del Banco del Estado, la cual procedió a modificar los estatutos de la entidad, de manera que reflejan su nueva naturaleza jurídica, con arreglo a la clasificación establecida por los Decretos 1050 y 3130 de 1968, 130 y 1976 y normas concordantes.

Los nuevos estatutos del Banco del Estado fueron aprobados por el gobierno nacional por Decreto 1258 del 29 de abril del año en curso.

Por lo expuesto y con el objeto de disipar las dudas en cuanto al régimen laboral aplicable a los servidores del Banco del Estado, solicito de la manera más atenta se absuelva consulta sobre los siguientes puntos.

1. Dada la naturaleza jurídica del Banco del Estado generada por su nacionalización, cuál es el carácter que han tenido y tienen sus servidores?

2. Podrán los estatutos del Banco determinar que funcionarios de dirección y confianza tendrían el carácter de empleados públicos.

3. El desempeño de un empleo en el Banco del Estado es incompatible con el disfrute simultáneo de jubilación oficial reconocidos por cajas o entidades de tal naturaleza.

La Sala considera

Respuesta a la primera pregunta

1. Con base en el artículo 4º del Decreto Legislativo 2920 de 1982, dictado en desarrollo del artículo 122 de la Constitución, se entiende por nacionalización la actuación del Gobierno por medio de la cual asume la administración de una institución financiera, en uso de la facultad de intervención, y adquiera la posibilidad de participar en su capital en condiciones especiales, evitando que los responsables de prácticas ilegales o inseguras se beneficien de su apoyo. El decreto en mención fue declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia.

2. Se entienden por Instituciones Financieras los Bancos, las Corporaciones Financieras, las Corporaciones de Ahorro y Vivienda, las Compañías de Seguros y de Capitalización, las Compañías de Financiamiento Comercial, las Sociedades Administradoras de Fondos de Inversión, y las demás sometidas al Control de la Superintendencia Bancaria, exceptuando las Sociedades Urbanizadoras de que trata la Ley 66 de 1968, (artículo 24 Decreto 2920 de 1982).

3. Las relaciones laborales en las instituciones financieras que se nacionalicen, seguirán rigiéndose por las normas del Código Sustantivo del Trabajo, y por las disposiciones legales y convencionales vigentes, sin que los derechos sociales de los trabajadores puedan ser desmejorados. Se atenderá especialmente a los intereses de los trabajadores, para proteger a quienes están cumpliendo correctamente sus deberes (artículo 15 *ibídem*).

4. Por la Resolución Ejecutiva 203 de octubre 9 de 1982 se decreto la nacionalización del Banco del Estado en los términos condiciones previstas por el Decreto Legislativo 2920 de 1982 (artículo 1); se dispuso que cuando el Gobierno integre la nueva junta directiva, ésta procederá a modificar los estatutos de la entidad a manera que reflejen su nueva naturaleza jurídica, con arreglo a clasificación establecida por los Decretos 1950 y 3130 de 1968, 130 de 1976. El Banco estará vinculado al Ministerio de Hacienda Crédito Público, (artículo 7); y las relaciones laborales entre el Banco y sus trabajadores continuarán rigiéndose por las normas del Código Sustantivo del Trabajo y por las disposiciones legales y convencionales pertinentes, sin que puedan ser desmejoradas como consecuencia de la aplicación de la presente Resolución (artículo 9º).

5. Luego se dictó el decreto ejecutivo 1258 de abril 29 de 1983, expedido por la Junta Directiva del Banco, en virtud de la cual se adoptaron los estatutos de dicha Entidad y en algunos artículos dice:

Artículo 1º El Banco del Estado, creado por la Ley 13 de 6 de septiembre de 1883, emanada de la Legislatura del Estado soberano del Cauca, en virtud de lo dispuesto por el Decreto 2920 de 1982 y la Resolución Ejecutiva 203 de 9 de octubre del mismo año proferidos por el Presidente de la República, es una Sociedad de Economía Mixta del orden Nacional, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Artículo 14. "Por tratarse de una Sociedad de Economía Mixta, sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales Es-

tado, la Junta Directiva tendrá el doble carácter de Junta Directiva y Asamblea General.

Artículo 25. Estatuto de Personal. Las relaciones laborales entre el Banco del Estado y sus trabajadores continuarán rigiéndose por las normas del Código Sustantivo del Trabajo y las disposiciones legales y convencionales pertinentes sin que puedan ser desmejoradas como consecuencia de la aplicación del Decreto 2920 de 1982 y de la Resolución Ejecutiva 203 de octubre 9 del mismo año proferida por el Presidente de la República se atenderá especialmente a los intereses de los trabajadores, para proteger a quienes están cumpliendo correctamente sus deberes.

6. De conformidad con el artículo 3 del Decreto Ley 130 de 1983 las Sociedades de Economía Mixta en las cuales el aporte de la Nación o sus entidades descentralizadas fuere igual o superior noventa por ciento, (90%) del capital social como en el caso se sujetan a las normas previstas para las empresas Industriales y comerciales del Estado. Y estas Empresas desarrollan actividades conforme a las reglas del derecho privado (Decretos Leyes 1050 y 130 de 1968).

7. De otra parte, el artículo 5, inciso 2 del Decreto Ley 155 de 1968 expresa que las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado SON TRABAJADORES OFICIALES; SIN EMBARGO LOS ESTATUTOS DE DICHAS EMPRESAS PRECISARAN DE ACTIVIDADES DE DIRECCION O CONFIANZA DEBEN SER DESEMPEÑADAS POR PERSONAS QUE TENGAN LA CALIDAD DE EMPLEADOS PUBLICOS.

8. EN CONSECUENCIA, los trabajadores del Banco del Estado, por ser este Sociedad de Economía Mixta sujeta el régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado por ser su capital mayoría estatal son *TRABAJADORES OFICIALES, PERO SU RELACION JURIDICA CONTRACTUAL* se rige por el Código Sustantivo del Trabajo y las demás disposiciones legales y convencionales vigentes, es decir, que se les sigue aplicando el mismo régimen de que gozaban al momento de la nacionalización.

Respuesta a la segunda pregunta

1. El Decreto Ejecutivo 1358 de 1983 aprobatorio de los Estatutos del Banco del Estado señala en su artículo 20 las funciones de la Junta Directiva y señala en la letra g) Crear, suprimir y fusionar los empleos que demande el servicio del banco y señalar sus funciones.

2. Es de repetirse que en los estatutos de las empresas Industriales y Comerciales del Estado régimen que como se expresó rige a la Sociedad de Economía Mixta Banco del Estado los Estatutos de dichas empresas precisarán que actividades de dirección o confianza deberán ser desempeñadas POR PERSONAS QUE TENGAN LA CALIDAD DE EMPLEADOS PUBLICOS.

Respuesta a la tercera pregunta

1. El artículo 29 del Decreto Ley 2400 de 1968, modificado por el Decreto Ley 3074 del mismo año, expresa en su inciso 2 que la perso-

na retirada con derecho a pensión de jubilación NO PODRA SER REINTEGRADA AL SERVICIO, SALVO se trate de ocupar posiciones de Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo, *presidente, gerente o director de establecimiento público o de empresas industriales y comerciales del Estado,* miembro de misiones diplomáticas no comprendidas en la respectiva carrera y secretarios privados de los despachos de los funcionarios de que trata este artículo. Por necesidades del servicio el Gobierno podrá ampliar estas excepciones siempre y cuando que el empleado no sobrepase la edad de sesenta y cinco (65) años.

2. En concordancia con lo anterior y con base en el artículo 64 de la Constitución Nacional el Decreto Ley 1042 de 1978, en su artículo 32, literal c) HACE COMPATIBLE la pensión de jubilación con la remuneración que provenga del ejercicio de los cargos de Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Viceministro, Subjefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Secretario General de Ministerio, Departamento Administrativo o superintendencia *Director General de Establecimiento Público o de Empresa Industrial o Comercial del Estado,* Secretario General de Establecimiento Público, miembro de misiones diplomáticas, no comprendidas en la respectiva carrera y secretario privado de los despachos de los funcionarios de que trata este ordinal siempre que el valor conjunto de la pensión y del sueldo percibido en el cargo no exceda la remuneración fijada por la ley para los Ministros.

3. DE CONSIGUIENTE quien se encontrare pensionado por el Estado SOLAMENTE PUEDE REINGRESAR al servicio para el desempeño de los cargos señalados en los artículos 29 del Decreto Ley 2400 de 1968, modificado por el Decreto Ley 3074 del mismo año, y el Decreto Ley 1042 de 1978, artículo 32 literal c), entre los cuales ACERCA DE EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO, como en el régimen del Banco del Estado, SOLO SE PERMITE EL DE PRESIDENTE, GERENTE O DIRECTOR, *y siempre que el valor conjunto de la pensión de jubilación y el sueldo percibido en el cargo no exceda la remuneración fijada por la ley para los Ministros.*

Transcríbase.

Jaime Betancur Cuartas (Presidente de la Sala), *Osvaldo Abello Noguera, Humberto Mora Osejo* (ausente con excusa), *Jaime Paredes Tamayo.*

Clara Stella Ramos S., Secretaria.

COMISION DEL PLAN DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA. Características distintivas.

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E.. agosto doce de mil novecientos ochenta y tres.

(Magistrado ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas*)

Referencia: Consulta 2076. Radicación 1947.

El señor Ministro de Gobierno eleva a la Sala la siguiente Consulta:

De la manera más comedida me permito solicitar a usted su autorizada opinión y a través de ella .... de esa alta Corporación, acerca de las características distintivas de la Comisión del Plan del Honorable Congreso de la República prevista en la Constitución a partir de las reformas que le introdujera el Constituyente de 1968 la forma como se designa a sus miembros el origen mismo de dicha designación las nuevas directivas o las cámaras y la posibilidad o imposibilidad de que sus integrantes continúen actuando como participantes con plenos derechos en los trabajos de las demás comisiones de la Honorable Cámara de Representantes y del Honorable Senado de la República.

La Sala considera y responde

La Consulta da oportunidad para hacer referencia a la Comisión especial permanente a que se refiere el artículo .. de la Carta, y a las leyes de desarrollo relativas la misma Comisión. Veamos:

I. Algunas características

1. El origen. La Comisión especial permanente en referencia tuvo su origen en la reforma constitucional de 1968, y corresponde al artículo 14 del Acto Legislativo Nº 1 de dicho año.

2. El nombre. La Ley 17 de 1970 por la cual se dictan normas sobre Comisiones del Congreso dice en el artículo que la Comisión en mención se denominará Comisión del Plan de Desarrollo Económico y Social.

3. La Planeación. Es un objetivo primordial al crearse la Comisión. Hay propósito del Estado moderno de que el proceso de desarrollo económico y social esté sujeto a programas a metas concretas fruto de un estudio reflexivo de selección de prioridades sin improvisación sino cabal interpretación de las aspiraciones nacionales en concordancia con los recursos disponibles. Dichos planes dicen cuál es la política económica y social del Estado y cual es el compromiso de una admi-

nistración con los administrados. Los planes deben ser reales reflejo de las exigencias, teóricamente diseñadas y comentadas en las disponibilidades, de manera que se asegure su realización.

4. La Composición. Es una Comisión orientada con claro criterio nacional e integracionista de los entes territoriales, desde luego que estará formada por un senador y un representante de cada departamento y dos representantes más de las intendencias y comisarias. (artículo 3º inciso 2).

5. La elección. Todos los miembros de la Comisión del Plan serán elegidos por las respectivas Corporaciones en la proporción en que estén representados los partidos en las Cámaras. (artículo 88 inciso 2).

El artículo 18 inciso 1 de la Ley 17 de 1978 establece que en la Comisión del Plan y en la Comisión Cuarta de cada Cámara se dará participación a los partidos políticos en la misma proporción en que estén representados en la respectiva Cámara.

Pero no guarda armonía con este precepto constitucional, y por ello resulta inaplicable, el inciso 2 del artículo en referencia cuando dice que los miembros de esta Comisión serán escogidos por los Senadores y Representantes de cada Departamento y los parlamentarios de los Territorios Nacionales, según el caso. Si no hay acuerdo para la elección de ésta, se hará por la Cámara correspondiente.

6. Cuociente Electoral. A fín de asegurar la representación proporcional de los partidos, cuando se vote por dos o más individuos en elección popular o en una corporación pública, se empleará el sistema de cuociente electoral. (artículo 172 Constitución Nacional).

Esta Sala en concepto del 19 de abril del año en curso, expresó que en cuanto permite prescindir del sistema de cuociente electoral, es inconstitucional el artículo 16 de la Ley 17 de 1970, como lo señaló la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de julio 2 de 1979....

7. Período. El artículo 72 de la Carta que dice que las Comisiones Constitucionales Permanentes se elegirán para períodos no menores de dos años.

8. Incompatibilidad. Es obligación de los miembros del Congreso formar parte de algunas de las Comisiones Permanentes, pero únicamente podrá ser miembro de una de éllas. Sin embargo, los miembros de la Comisión de la mesa de la instructora del Senado, de acusación de la Cámara, de justicia interior y de Credenciales, podrán ser miembros de otra Comisión. Un miembro del Congreso puede serlo a la vez de varias Comisiones accidentales. (Ley 17 de 1970, artículo 19).

La citada ley hizo excepción pero en forma transitoria en el parágrafo del artículo 29 así: Durante el mismo período 1970-1974, se podrá pertenecer simultáneamente a la Comisión del Plan y a otra de las Comisiones Constitucionales Permanentes".

9. Reelección. Los miembros de las Comisiones pueden ser reelegidos. (artículo 20, Ley 17 de 1970).

10. Mesa Directiva. La Comisión del Plan elegirá un Presidente, un Vicepresidente y un Secretario todos reelegibles, las minorías tendrán participación en la Mesa Directiva. (artículo 21, Ley 17 de 1970).

11. Sesiones. La Comisión del Plan sesionará por lo menos cuatro veces por semana durante el período de sesiones ordinarias del Congreso durante el receso del Congreso la misma Comisión podrá sesionar por iniciativa propia o por convocatoria del Gobierno y rendirá los informes que determine la ley o las Cámaras le soliciten. (artículo 80 Constitución Nacional, inciso 1, artículos 24 y 25 Ley 17 de 1970).

12. Prohibición. Ninguna Comisión así sea accidental se podrá interrogar con miembros de un mismo partido político. (artículo 18, inciso 5º Ley 17 de 1970).

13. Voz pero no voto. Todos los representantes, senadores y Ministros del Despacho Ejecutivo pueden concurrir a las deliberaciones de una Comisión pero con voz sin voto.. (artículo 5 Acto Reformatorio del Reglamento de 31 de julio de 1935).

14. Funciones de la Comisión del Plan. Dar primer debate al proyecto que establezca el Plan de Desarrollo Económico y Social, o a los que modifiquen o adicionen, incluyendo los referentes a planes y programas sectoriales como los de obras públicas, educación, salubridad, telecomunicaciones, adecuación de tierras, vivienda, aeropuertos, fomento eléctrico, fomento industrial, y demás que estando encomendados a Establecimientos Públicos Nacionales deban integrarse en el Plan General. Determinar los recursos con que se debe dar cumplimiento al Plan General de Desarrollo Económico y Social y señalar medidas necesarias para impulsar su adecuado cumplimiento. Vigilar la evolución del gasto público. Solicitar al Gobierno y a las diversas entidades de Derecho Público y Privado los informes que considere necesarios para el mejor cumplimiento de su misión. Rendir a las Cámaras los informes que estas le soliciten sobre el cumplimiento del Plan de Desarrollo Económico y Social y de los demás planes Sectoriales. Convocar a la Comisión para sesionar cuando el Congreso no este reunido, si así lo considera conveniente. (artículo 3 Ley 17 de 1970).

15. Concurrencia a los organismos de Planeación. Tiene la Comisión del Plan la función de elegir de su seno tres Senadores y tres Representantes para que concurran, con carácter informativo, con voz pero sin voto, a los organismos nacionales encargados de preparar los planes de desarrollo económico y social. (inciso 7, artículo 80 Constitución Nacional, artículos 3 Ley 17 de 1970, numeral 8).

16. Iniciativa para la presentación de proyectos de ley sobre el Plan. Corresponde al Gobierno la iniciativa de los proyectos de ley para fijar los planes y programas de desarrollo económico y social a que debe someterse la economía nacional, y los de obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse, con la determinación de los recursos e inversiones que se autoricen para su ejecución y de las medidas necesarias para impulsar el cumplimiento de los mismos. (artículo 80 inciso 1º, 79, inciso 1, 76 numeral 4 Constitución Nacional).

17. Iniciativa de propuestas de cualquier congresista ante la Comisión del Plan. Es de observarse que la propuesta puede provenir de cualquier congresista y no solamente de los miembros de la Comisión. En el primer debate de los proyectos de ley de las materias del ordinal 4 del artículo 76, cualquier miembro de las Cámaras podrá presentar ante la Comisión especial permanente, la propuesta de que una determinada inversión a la creación de un servicio nuevo sean incluidos en los planes y programas. (artículo 80 inciso 3).

18. La propuesta del Congresista es estudio de factibilidad y votación calificada. Si la inversión o servicio han sido ya objeto de estudios de factibilidad que muestren su costo, su beneficio con relación a las posibles alternativas y su utilidad social y económica, la Comisión, previo estudio de su organismo asesor, las puede acoger por el voto de las dos terceras partes de sus miembros (artículo 80, inciso 3).

19. Proyecto sin estudios de factibilidad. Si un proyecto no contare aún con los estudios de factibilidad, que muestren su costo, su beneficio con relación a las posibles alternativas y su utilidad social y económica, la Comisión podrá incluír la realización de los mismos dentro del plan, previo el estudio de su órgano asesor y por el voto de las dos terceras partes de sus miembros. (inciso 5 artículo 80).

20. Las propuestas de los Congresistas y el Gobierno. Acogidas las propuesta o propuestas según acaba de exponerse pasarán al Gobierno para que se incluyan en los planes y programas o en sus reajustes si los hubiere (artículo 80, inciso 3).

21. Prevalencia del criterio de la Comisión. Si el Gobierno juzga inaceptable la iniciativa de congresistas informará a la Comisión en un término de diez días sobre las razones que motivaron su rechazo. Si con el voto de las dos terceras partes de los miembros la Comisión insistiere, el Gobierno procederá a efectuar los reajustes pertinentes: (artículo 80, inciso 5º).

22. Servicio de Asesoría Técnica y Planeación. Fue creado ese servicio para el Congreso, encargado del estudio, evaluación y análisis de los planes de desarrollo y programas de inversión, así como de los proyectos de ley que presente el Gobierno y especial los relacionados con las disposiciones contenidas en el numeral 4º y 20 del artículo 76, y en los artículos 32 y 80 de la Carta. Y demás disposiciones pertinentes. La oficina servirá en primer lugar como organismo técnico asesor de la Comisión del Plan creado por el artículo 80 de la Constitución. Desde luego se crea el personal técnico con sus funciones. (artículo 1 y ss. Ley 69 de 1973).

23. Trámite de los proyectos de ley en la Comisión. El artículo 80 en mención contempla cuatro casos:

Primer caso. Aprobación del proyecto en tres (3) debates.

La Comisión especial permanente tiene cinco meses para decidir en PRIMER DEBATE sobre el proyecto, contados desde la fecha en que le sea presentado por el Gobierno. Aprobado el proyecto en dicho término pasará a la Cámara de Representantes, hasta por tres meses de sesiones, para decidir en un solo debate en sesión plenaria. Apro-

bado el proyecto por la Cámara, pasará *ipso facto* al conocimiento del Senado, con plazo también de tres meses, y a la sesión plenaria. Si el Senado diere la aprobación en un solo debate, pasará el proyecto a la sanción ejecutiva. Tenemos así un caso de proyecto con sólo tres debates. (inciso 6 artículo 80).

Segundo caso. Aprobación del proyecto con dos (2) debates. Si la Comisión Especial Permanente no decide sobre el proyecto dentro de los cinco meses, perderá la competencia, la cual automáticamente corresponderá a la Cámara de Representantes, hasta por tres meses de sesiones, para decidir en un sólo debate, en sesión plenaria. Aprobado el proyecto por la Cámara pasará *ipso facto* al conocimiento del Senado, con plazo igual al de la Cámara y si dentro de éste lo aprobare en sesión plenaria, pasará a la sanción ejecutiva. Tenemos así un caso de proyecto con aprobación en sólo dos debates. (Inciso 6 artículo 80).

Tercer caso. Aprobación del proyecto en un debate. No habiendo decidido la Comisión Especial Permanente dentro del término requerido, y si también la Cámara de Representantes dejare vencer el término de tres meses de sesiones sin decidir sobre el proyecto, pasará *ipso facto* al conocimiento del Senado, y si este en sesión plenaria y dentro del término de tres meses de sesiones lo aprobare, pasará tal proyecto a la sanción ejecutiva. (inciso 6 artículo 80).

Cuarto caso. No hubo aprobación del proyecto en debate alguno. Si la Comisión Especial Permanente no decidió acerca del proyecto en primer debate dentro de su término, ni la Cámara de Representantes dentro del suyo, ni tampoco el Senado dentro de su plazo, entonces "el Gobierno podrá poner en vigencia el proyecto mediante decreto con fuerza de ley". (inciso 6º artículo 80).

24. Comisión del Plan y el Situado Fiscal o Constitucional. Se distingue como "situado fiscal o constitucional" en el artículo 182, inciso 2 de la Carta a la ley o leyes que señalen el porcentaje de los ingresos ordinarios de la Nación que deba ser distribuido entre los Departamentos, Intendencias, Comisarías y el Distrito Especial de Bogotá, para la atención de sus servicios y los de los Municipios respectivos conforme a los planes y programas que se establezcan. El treinta por ciento de esta asignación se distribuirá por partes iguales entre los Departamentos, Intendencias, y Comisarías y el Distrito Especial de Bogotá, y el resto proporcionalmente a su población.

Pues bien: todos los proyectos de ley del "situado" están sometidos al mismo trámite del artículo 80 que se ha venido expresando.

25. Objetivos del Plan de Desarrollo Económico y Social. De conformidad con la Ley 38 de 1981 por la cual se definen las formas de concertación de las fuerzas económicas y sociales en los organismos de planeación y los procedimientos para elaborar el Plan de Desarrollo Económico y Social de que trata el artículo 80 de la Constitución Nacional, se tiene lo siguiente:

El Plan Nacional de Desarrollo Económico y Social tiene como objetivos principales señalar los propósitos nacionales, establecer las prioridades sectoriales y regionales y acordar los programas de gasto público para impulsar el desarrollo nacional y regional, en los órdenes

económico y social. El Plan contendrá una parte general y una parte programática. (artículo 1).

La parte general del plan contendrá principalmente: un diagnóstico general sobre la economía y sus principales sectores, la situación social y la incidencia de los factores internacionales en el desarrollo interno del país, los propósitos nacionales objetos del Plan las metas y prioridades de la acción del Estado la fijación de políticas y estrategias de desarrollo global, la conciliación de las metas del plan con los objetivos de la política económica en general y con la política fiscal y monetaria en particular la magnitud del gasto público para impulsar el desarrollo nacional y regional, con los ordenes económico y social y la participación relativa que en el Plan tendrán los diversos sectores de la economía y de la sociedad. (artículo 2).

La parte programática del Plan comprenderá: la determinación de los recursos del financiameinto referido por el Plan; la indicación de los medios, sistemas e instrumentos legales e institucionales que el Plan exige la forma como dentro del marco de la política económica en general y fiscal en particular, el Presupuesto Nacional deberá expresar y traducir en apropiaciones las metas, objetivos y prioridades del Plan, y el señalamiento de las formas, medios e instrumentos de vinculación y armonización de la planeación nacional con la planeación sectorial, regional, municipal, distrital o metropolitana. (Art. 3).

Conforme a lo prescrito en el artículo 80 de la Constitución Nacional, la Comisión permanente del Plan dará primer debate al proyecto de ley normativa, al de la ley del Plan, a los proyectos de modificación de la parte general y de la parte programática, vigilará su ejecución y la evolución y los resultados del gasto público. En estos debates la Comisión oirá a voceros de la Comisión de concertación, en calidad de interlocutores económicos y sociales, con el objeto de completar la información requerida y avanzar en el proceso de concertación. La Comisión designará tres senadores y tres representantes para que concurran, con carácter informativo, ante los organismos gubernamentales de Planeación durante el tiempo en que adelante la elaboración del plan. (artículo 7).

26. Anotación especial. La Ley 38 de 1981 sufrió las variaciones que implica la declaración de inexequibilidad del Acto Legislativo Nº 1 de 1979, por sentencia de la Corte Suprema de Justicia de noviembre 3 de 1981.

27. El Plan de desarrollo y el Presupuesto. El Gobierno formará anualmente el presupuesto de rentas y junto con el proyecto de ley de apropiaciones, que deberá reflejar los planes y programas, lo presentará al Congreso en los primeros diez días de las sesiones ordinarias de julio ..." (artículo 208 Constitución Nacional).

La Ley 38 de 1981, ya referida expresa:

Dentro del marco de la política económica en general y fiscal en particular, el Presupuesto Nacional deberá expresar y traducir en apropiaciones las prioridades, metas y objetivos del Plan. (artículo 18).

Dentro del marco de la política monetaria y finaciera la ejecución presupuestal y de tesorería dará preferencia a las prioridades del Plan. (artículo 14).

II. EN CONCLUSION, la Sala responde en los términos anteriores la Consulta del señor Ministro de Gobierno.

Transcríbase.

Jaime Betancur Cuartas (Presidente de la Sala), *Osvaldo Abello Noguera, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

Nohemy A. de Navarro. Secretaria Ad- Hoc.

DIPUTADOS Y SUPLENTES. PENSION DE JUBILACION Y PRESTACIONES SOCIALES. — Para liquidarlas hay que atenerse a lo que dice el artículo 3º de la Ley 5ª de 1969.

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., septiembre ocho de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctor Osvaldo Abello Noguera*)

Referencia: Consulta 2280 Radicado Nº 1952.

El señor Ministro de Gobierno, doctor Alfonso Gómez Gómez, eleva a la Sala la siguiente consulta:

"A efecto de dar una correcta aplicación por parte de las Cajas de Previsión Departamental, a la Ley 5ª de 1969, artículo 3º en cuanto al tiempo que se deben reconocer para efecto de pensión y demás prestaciones a los diputados principales y suplentes, cuando los primeros asisten a todas las sesiones ordinarias y los segundos a las sesiones extraordinarias dentro del mismo período legislativo, el Ministerio está interesado en conocer su concepto ya que algunas Cajas de Previsión, como la del Departamento de Boyacá, insisten en que en el caso citado debe pagarse tanto a los principales como a los suplentes en forma proporcional; a los primeros por haber asistido a los dos meses de sesiones ordinarias y a los suplentes por haber asistido a las sesiones extraordinarias dentro del mismo período.

"Un segundo punto que ha dado lugar a varias interpretaciones es la fecha en la cual se deben pagar las cesantías definitivas a los diputados. Las Cajas de Previsión sostienen que debe ser al terminar el período legal para el cual fueron elegidos, pues de lo contrario si se hiciera cada vez que terminen las sesiones ordinarias, ello daría lugar a que un diputado principal reclamara su cesantía en noviembre al terminar las sesiones ordinarias y el suplente, que asiste a sesiones extraordinarias en ese mismo período, también lo hiciera al finalizar estos; pero si la Caja ya ha cancelado al principal, se vería obligada a un doble pago en relación con el suplente, al que también pagaría en forma proporcional".

"Los diputados por su parte, especialmente los de Boyacá, basados en la ordenanza Nº 4 de 1982, la cual se anexa, sostienen que se les debe hacer el reconocimiento y pago de sus prestaciones a que tienen derecho, cuando terminen las sesiones ordinarias de cada año y tanto a los que han asistido a sesiones ordinarias como a los que hayan asistido a las sesiones extraordinarais se les debe reconocer tiempo completo de acuerdo a lo ordenado por la Ley 5ª de 1969, artículo 3º".

La Sala considera

El artículo 3º de la Ley 5ª de 1969 dice lo siguiente: "Para los efectos del artículo 29 de la Ley 6ª de 1945, los lapsos o períodos de tiempo en que hayan devengado asignaciones por servicios prestados a la Nación, en ejercicio del cargo de Senador, Representante o Diputado a la Asamblea Nacional Constituyente, o a los Departamentos en el de Diputado a la Asamblea se acumularán a los lapsos de servicio oficial o semioficial. Para efectos de la jubilación precedente las sesiones ordinarias o extraordinarias de esas corporaciones en cada legislatura anual se computarán en materia de tiempo y de asignaciones como si el Congresista o Diputado hubiese servido los doce meses del respectivo año del calendario y hubiese percibido durante cada uno de dichos doce meses idénticas asignaciones mensuales a las devengadas en el tiempo de sesiones.

"Si los miembros de las mencionadas corporaciones no hubiesen asistido a todas las sesiones ordinarias o extraordinarias de la legislatura, se hará el cómputo en proporción al tiempo de servicio.

"Parágrafo 1º Si las corporaciones públicas no se hubiesen reunido por cualquier causa, se aplicará el presente artículo para los efectos de tiempo y asignaciones como si dichas corporaciones hubiesen estado reunidas.

"Parágrafo 2º Estas reglas se aplicarán cualquiera que fuere la época en que se hayan prestado estos servicios a la Nación o a los Departamentos".

No se necesita hacer ninguna clase de esfuerzo o lucubraciones para sacar en conclusión que para liquidar la pensión jubilatoria y demás prestaciones sociales, tanto a los diputados principales como a los suplentes, hay que atenerse a lo que dice la norma transcrita anteriormente porque no sólo es la única disposición que existe para dichos efectos sino, además, por la forma tan diáfana como se pregona en ella su cumplimiento.

Si existiere alguna Ordenanza que señale un sistema distinto para la liquidación es contraria a la ley y, en consecuencia, no debe dársele aplicación.

En estos términos se absuelve la consulta formulada por el señor Ministro de Gobierno, doctor Alfonso Gómez Gómez.

Transcríbase en copia auténtica.

Jaime Betancur Cuartas (Presidente de la Sala), *Osvaldo Abello Noguera, Humberto Mora Osejo* (No asistió con excusa), *Jaime Paredes Tamayo.*

Clara Stella Ramos S., Secretaria.

DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA. — (Artículo 199 Constitución Nacional). Consecuencia para municipios que a él se anexen.

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., septiembre quince de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo*)

Referencia: Consulta 2281. Radicación Nº 1936.

Se absuelve la consulta que el señor Ministro de Gobierno hace a la Sala en los siguientes términos textuales:

"A solicitud del señor Registrador Nacional del Estado Civil, doctor Humberto de la Calle Lombana, atentamente consulto a esa Honorable Sala, si los Municipios de Fontibón, Bosa, Usme, Suba, Usaquén y Engativá desaparecieron como tales, al pasar a formar parte del Distrito Especial de Bogotá, o si continúan siendo municipios teniendo en cuenta las siguientes disposiciones:

"El artículo 199 de la Constitución Nacional ordena: La ciudad de Bogotá, capital de la República, será organizada como un Distrito Especial, sin sujeción al régimen municipal oridnario, dentro de las condiciones que fija la ley. *La ley podrá agregar otro u otros municipios circunvecinos al territorio de la capital de la República....*" (se subraya).

"El Decreto 3463 de 1954 facultó al Consejo Administrativo de Cundinamarca para fijar los límites del municipio de Bogotá, *pudiendo suprimir municipios agregar o segregar los términos municipales* que le parezcan necesarios ....". En ejercicio de esa facultad dicho Consejo, por medio de la Ordenanza Nº 7 de diciembre 15 de 1954, agregó al municipio de Bogotá, los demás municipios mencionados, y en el artículo 3º dispuso que "la entrega de los *Municipios extinguidos* la hará el Gobierno Departamental al señor Alcalde de Bogotá....sentándose un acta en que se relacionen los bienes y rentas de los *municipios que se suprimen.* (se subraya).

"El artículo 3º del Decreto 3640 de 1954 dice: 'El territorio del Distrito Especial de Bogotá, será el del actual Municipio de Bogotá, adicionado con el de los Municipios circunvecinos, de acuerdo con la Ordenanza número 7 del Consejo Administrativo de Cundinamarca' ".

"El artículo 3º del Decreto 3133 de 1968 reza: El territorio del Distrito Especial de Bogotá continuará siendo el señalado en

la ordenanza número 7 de 1954 del Consejo Administrativo de Cundinamarca.....".

"Conforme al Acuerdo Nº 8 de 1977, del Concejo Distrital, el "Territorio del Distrito Especial de Bogotá estará dividido en 18 zonas que recibirán la denominación de Alcaldías Menores.. ..". Entre estas se encuentran las de Fontibón, Bosa, Usme, Suba, Usaquén y Engativá.

Lo subrayado es para advertir que la norma constitucional sólo autoriza para que por ley se agreguen a Bogotá los municipios circunvecinos, y sin embargo el Consejo Administrativo de Cundinamarca, en uso de la facultad que le confirió el citado Decreto 3463, expidió la Ordenanza Nº 7 de 1954, mediante la cual agrega al municipio de Bogotá los aludidos municipios (artículo 1º), y en los artículos 2º y 3º considera a estos últimos como "extinguidos municipios". Municipios que se suprimen".

La Sala considera y responde

1º. El artículo 199 de la Constitución dispone que "la ciudad de Bogotá, capital de la República, será organizada como Distrito Especial, sin sujeción al régimen municipal ordinario, dentro de las condiciones que fija la ley. La ley podrá agregar otro u otros municipios circunvecinos al territorio de la capital de la República, siempre que sea solicitada la anexión por las tres cuartas partes de los concejales del respectivo municipio". Del texto constitucional transcrito claramente se deduce que autorizó al legislador para organizar la capital de la República como un Distrito Especial y para anexar a su territorio, bajo la condición que prescribe, el de otros municipios circunvecinos. Lo que obviamente implica que el territorio de cada uno de los municipios que se anexen se incorporan al del distrito especial de Bogotá, con la desaparición consecuencial de éstos. Tal es el sentido y la finalidad del precepto constitucional que se comenta.

2º El Decreto 3463 de 1954 facultó al Concejo Administrativo de Cundinamarca para fijar "los límites del municipio de Bogotá, pudiendo suprimir municipios, agregar o segregar los términos municipales que le parezca necesarios". El Consejo Administrativo de Cundinamarca, con base en la mencionada atribución, expidió la Ordenanza Nº 7 de 1954 mediante la cual agregó al Municipio de Bogotá los de Fontibón, Bosa, Usme, Suba, Usaquén y Engativá" (artículo 1º); y dispuso que el Municipio de Bogotá debe "pagar todas las deudas que afecten los erarios municipales de los extinguidos Municipios" (artículo 2º) y que el Gobernador de Cundinamarca debe entregar "los municipios extinguidos" al Alcalde de Bogotá, con asistencia del Contralor del Departamento, debiéndose sentar acta en la que "se relacionen los bienes y rentas de los Municipios que se suprimen (artículo 3º).

De manera que la Ordenanza Nº 7 de 1954, expedida por el Consejo Administrativo de Cundinamarca, suprimió los seis municipios a que se refiere y anexó su territorio al de Bogotá.

3º) El Decreto 3640 de 1954, que es posterior al Nº 3463 del mismo año, organizó el Distrito Especial de Bogotá, en cumplimiento del artículo 199 de la Constitución, y el artículo 3º dispuso que su territorio será el del actual Municipio de Bogotá, adicionado con el de los municipios circunvecinos, de acuerdo con la Ordenanza Nº 7 del Consejo Administrativo de Cundinamarca". De este modo el precepto transcrito, por remisión, convirtió en norma legal el artículo 1º de la mencionada Ordenanza. El artículo 3º del Decreto Ley 3133 de 1968 reiteró el precepto que se comenta.

4º De manera que anualmente el territorio del Distrito Especial de Bogotá comprende el que tenía el de Bogotá y el de los seis municipios que le fueron anexados. Esto explica que el Acuerdo Nº 8 de 1977, del Concejo de Bogotá, dividiera el territorio del Distrito Especial en diez y ocho Alcaldías Menores, entre las cuales se cuentan las de "Fontibón, Bosa, Usme, Suba, Usaquén y Engativá", correspondiente a los extinguidos municipios de los mismos nombres.

Transcríbase al señor Ministro de Gobierno en copia auténtica.

Jaime Betancur Cuartas (Presidente de la Sala), *Osvaldo Abello Noguera* (Ausente con excusa legal), *Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

Clara Stella Ramos S., Secretaria.

CAMPAÑAS DE PUBLICIDAD.— De conformidad con el artículo 4º del Decreto 1982 de 1974, la única competencia vigente para autorizar el adelantamiento de campañas de publicidad, continúa siendo la del Ministerio de Comunicaciones, sin excepción válida alguna. CORPORACION NACIONAL DE TURISMO. La campaña de promoción que relice la Corporación Nacional de Turismo en desarrollo de sus funciones, en cuanto implique impresión y publicación de folletos, revistas o libros, está sujeta al presupuesto normativo contenido en el artículo 4º del Decreto 1982 ibídem. Ediciones y Publicaciones en organismos descentralizados.

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., quince (15) de septiembre de mil novecientos ochenta y tres (1983).

(Consejero ponente: *Doctor Jaime Paredes Tamayo*)

Referencia: Consulta. Radicación: número 1957.

En Oficio número 1033, el señor Ministro de Desarrollo Económico, solicita a la Sala absuelva la consulta que a continuación se transcribe:

"1ª El artículo 4º del Decreto 1982 de 1974 'por el cual se dictan normas sobre gasto público en los organismos descentralizados del orden nacional', establece lo siguiente: 'sólo el Ministerio de Comunicaciones podrá autorizar a los organismos descentralizados para adelantar campañas de publicidad relacionadas con sus actividades y ejecutorías. La autorización deberá ser motivada y contendrá los detalles de la campaña tales como medios que utilizará, contenido de la misma, costo y duración".

2ª Posteriormente, el Decreto 2437 de 1974, "por el cual se reglamentan los artículos 4º y 7º del Decreto 1982 de 1974", citado, define en su artículo primero la expresión "campaña de publicidad", de la siguiente manera: "para los efectos del artículo 4º del Decreto 1982 de 1974, entiéndese por campaña de publicidad todo plan o programa que requiera la utilización repetida de uno o varios medios de comunicación, hablados o escritos, y que busque influir en el público para promover servicios, artículos o productos, o para crear conciencia sobre las necesidades personales o del país, o sobre las ejecutorías y actividades de la entidad que la adelante". Por su parte, los artículos 2º, 3º y 4º de este decreto establecen los requisitos y el procedimiento para la autorización correspondiente de parte del Ministerio de Comunicaciones.

3ª La Corporación Nacional de Turismo de Colombia es una empresa industrial y comercial del Estado, del orden nacional, adscrita al Ministerio de Desarrollo Económico, creada por el Decreto 2700 de 1968.

4ª Los estatutos vigentes de la Corporación Nacional de Turismo son los aprobados por el Gobierno Nacional mediante el Decreto número 3018 de 1977, en los cuales se establece en el artículo 6º, correspondiente a las funciones de la Corporación, las diversas actividades que ésta debe desarrollar en relación con la promoción del desarrollo turístico del país (numeral 1º), con la promoción del crédito turístico (numeral 14), con la promoción de la construcción de establecimientos de interés turístico (numeral 18), y específicamente en el numeral 6º del comentado artículo 6º, se establece, "promover y adelantar campañas de motivación, información y divulgación turística".

5ª Por otra parte la Ley 60 de 1968, "por la cual se establecen estímulos a la industria turística y se dictan otras disposiciones", declara en su artículo 2º que: "la creación, restauración, conservación, protección, mejoramiento y aprovechamiento de los recursos turísticos nacionales y el fomento del turismo son de utilidad pública e interés social".

6ª El Decreto número 1963 de 1975, "por el cual se establece una excepción al artículo 8º del Decreto 1982 de 1974, efectivamente dispuso que la Corporación Nacional de Turismo podría contratar la impresión de los folletos, afiches, plegables, mapas y publicaciones turísticas que se requieran para el adecuado desempeño de sus funciones.

Planteadas las consideraciones que anteceden, este Despacho desea conocer el acertado criterio de esa H. Sala sobre lo siguiente:

1º Las campañas de promoción que realiza la Corporación Nacional de Turismo de Colombia, en desarrollo de sus funciones, en especial de aquélla contenida en el numeral 6º de los citados estatutos, caen dentro del presupuesto normativo contenido en el artículo 4º del Decreto 1982 de 1974, teniendo en cuenta la definición de campaña de publicidad, contenida en el artículo primero del Decreto 1982 de 1974?

2º Si por el contrario, teniendo en cuentas que las dichas campañas de promoción, entendido este término como quedó expresado en la parte considerativa de la presente consulta, por no implicar campañas de publicidad para la Entidad, sino promoción de los bienes turísticos del país, y por su función propia de esta institutción, asignada especialmente por las normas, está exenta de la autorización previa de que habla el artículo 4º del Decreto 1982 de 1974?

3º Si el numeral 6º del artículo 6º del Decreto número 3018 de 1977, Estatutos Orgánicos de la Corporación Nacional de Turismo, consignó expresamente una exención para la Corporación a lo establecido por el citado Decreto 1982?".

Consideraciones de la Sala

El Decreto 1982 de 9 de septiembre de 1974 dictado por el Gobierno Nacional en uso de las facultades de excepción consagradas en el artículo 122 de la Carta Constitucional dispuso en su artículo 4º:

"Sólo el Ministerio de Comunicaciones podrá autorizar a los organismos descentralizados para adelantar campañas de publici-

dad relacionadas con sus actividades y ejecutorias". Tal autorización, expresó el decreto, "deberá ser motivada y contendrá los detalles de la campaña tales como medios que utilizará, contenido en la misma, costo y duración".

La expresión "organismos descentralizados", conforme a lo dispuesto por el artículo 1º del decreto en mención, está referida a los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta, cuando estas se hallan sujetas al régimen previsto para las empresas.

De otra parte el artículo 8º del ya mencionado decreto después de establecer que la impresión y publicación de informes, folletos, revistas y libros de los organismos descentralizados solamente podrán hacerse en la imprenta nacional, dispuso que cuando se tratare de publicaciones para el cumplimiento de las funciones propias de la Entidad o de la edición de colecciones populares, *el Gobierno Nacional podría establecer las excepciones del caso.*

Invocando el artículo 8º anteriormente referenciado, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1963 de 17 de septiembre de 1975 para exonerar a la Corporación Nacional de Turismo de la obligación contenida en el mencionado artículo y autorizarla para la impresión de los folletos, afiches, plegables, mapas y publicaciones turísticas que se requieran para el adecuado desempeño de sus funciones.

El Decreto Legislativo 1982 fue reglamentado en sus artículos 4º y 7º por el Decreto 2437 de 15 de noviembre de 1974.

Su artículo 1º dispuso: "Para los efectos del artículo 4º del Decreto 1982 de 1974, entiéndese por campaña de publicidad todo plan o programa que requiera la utilización repetida de uno o varios medios de comunicación, hablados o escritos y que busque influir en el público para promover servicios, artículos o productos, o para crear conciencia sobre las necesidades personales o del país, o sobre las ejecutorias y actividades de la entidad que la adelante".

Por su parte el artículo 6º del Acuerdo número 025 de 1977 —Estatutos de la Corporación Nacional de Turismo de Colombia— señala como función de ésta la de "promover y adelantar campañas de motivación, información y divulgación turística".

Como cuestión previa la Sala estima indispensable verificar la competencia del Gobierno para expedir el Decreto 1963 de 1975, que exceptúe a la Corporación Nacional de Turismo de la obligación de llevar a cabo la impresión de folletos, afiches, plegables, mapas y publicaciones turísticas en la Imprenta Nacional y la autorizó para contratarla directamente.

Este decreto fue dictado en ejercicio de la autorización conferida por el artículo 8º del Decreto 1982 de 1974 expedido en uso de las facultades del artículo 122 de la Constitución Política y en desarrollo del Decreto Legislativo 1970 de 1974.

Como el ejercicio de estas facultades está restringido al período de emergencia económica determinado por el Gobierno Nacional mal podía éste invocarlas cuando dicho período ya había expirado, lo cual

es fácil establecer con la simple correlación de fechas. De lo contrario se tendría una situación de autoprórroga de facultades constitucionales al margen de las disposiciones que regulan el Estado de Emergencia Económica, es decir, un ejercicio posterior de la capacidad legislativa del Gobierno fuera del término señalado por la Constitución para cumplirlo.

En consecuencia, de conformidad con el artículo 4º del Decreto 1982 de 1974 la única competencia vigente para autorizar el adelantamiento de campaña de publicidad continúa siendo la del Ministerio de Comunicaciones, sin excepción válida alguna.

No se opone al cumplimiento de las actividades propias de la Corporación Nacional de Turismo, la aplicación prevalente de la norma contenida en el decreto legislativo, cuya jerarquía cuenta además, frente al Decreto Ejecutivo número 3018 de 1977 por el cual se aprobaron los Estatutos de la Corporación Nacional de Turismo.

Teniendo en cuenta lo anterior, la campaña de promoción que realice la Corporación Nacional de Turismo en desarrollo de sus funciones, en cuanto implique impresión y publicación de folletos, revistas o libros, está sujeta al presupuesto normativo contenido en el artículo 4º del Decreto 1982.

En el mismo orden de ideas puede concluirse que el numeral 6º del artículo 6º del Decreto 3018 de 1977 no consigna excepción alguna a la aplicación de los artículos 4º y 8º del Decreto Legislativo 1982 de 1974.

En los anteriores términos se absuelve la consulta del señor Ministro de Desarrollo Económico.

Jaime Betancur Cuartas (Presidente de la Sala), *Osvaldo Abello Noguera,* (Ausente con excusa legal), *Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

Clara Stella Ramos S., Secretaria.

CONTRATO DE ASOCIACION O SOCIEDAD ENTRE ENTIDADES PUBLICAS.— Tales Asociaciones sólo podrán constituirse cuando para ello se encuentren debidamente autorizadas por la ley, no por la autorización expresa del Gobierno Nacional que se refiere el artículo 21 *del Decreto* 130 *de* 1976.

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., 29 de agosto de 1983.

(Consejero ponente: *Doctor Jaime Paredes Tamayo*)

Referencia: Consulta. Radicación número 1943.

El señor Jefe del Departamento Nacional de Planeación, en Oficio J-177, formula a la Sala la consulta que a continuación se transcribe:

"I. CUESTION JURIDICA

La cuestión jurídica objeto de esta consulta se compone de los tres interrogantes siguientes:

1. Si las entidades públicas a que se refiere el artículo 20 del Decreto Extraordinario 130 de 1976 pueden considerarse como debidamente habilitadas para constituir las asociaciones o sociedades de que trata el mismo decreto, en virtud de su propia personalidad jurídica, que aconseja necesariamente la facultad de contratación y específicamente la de celebración de contrato de sociedad o asociación, como actos-medios o instrumentales para el cumplimiento o logro de su objeto y para el desempeño de sus atribuciones o funciones.

2. Si, en vista de las circunstancias normativas actuales, puede constituirse una asociación de entidades públicas, mediante autorización del Gobierno Nacional sujeta al Decreto 130 de 1976 (artículo 21), materializada en un simple decreto ejecutivo del Gobierno (artículo 57, Constitución Nacional).

3. Si es susceptible de entender la autorización para que las entidades públicas celebren contratos entre sí, contenida en los artículos 266 y 267 del Decreto Extraordinario 222 de 1983, como autorización legal suficiente para que éllas entre sí celebren, entre otros, los contratos de asociación o sociedad previstos en el Decreto Extraordinario 130 de 1976, sin necesidad de otra autorización específica de carácter legislativo, o bien de una autorización gubernamental adicional o específica".

"II. MOTIVOS DE LA CONSULTA

Los motivos que llevan a formular la presente consulta, pueden resumirse así:

1. Mueven al primer interrogante (Supra I-1) las siguientes consideraciones:

a) Para efectos de la creación de las asociaciones y sociedades de que trata el Decreto Extraordinario 130 de 1976, su artículo 21 clasifica como entidades públicas a "la Nación, las entidades territoriales, los establecimientos públicos, las Empresas Industriales o Comerciales y las Sociedades de Economía Mixta sujetas al régimen previsto para las Empresas".

b) Tanto los establecimientos públicos, como las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta son entidades creadas o autorizadas por la ley y dotadas de personería jurídica al igual que la Nación, según lo disponen expresamente el artículo 90 de la Ley 153 de 1887 y los artículos 5º, 6º y 8º del Decreto Extraordinario 1050 de 1968, concordante este último artículo con el artículo 98 del Código de Comercio.

c) Todas las entidades públicas mencionadas, en su condición de personas jurídicas, son capaces y de éllas se puede predicar la aptitud para ejercer derechos y contraer obligaciones, conforme a los artículos 633 y 1500 del Código Civil.

d) Corolario de esta capacidad jurídica es, desde luego, la facultad de celebrar contratos y, tratándose de personas jurídicas, la de realizar, en general, todo tipo de actividades que miren al oportuno y adecuado cumplimiento de sus propósitos, dentro de los cuales está indudablemente, la de formar compañías, asociaciones y fundaciones, sin necesidad de norma legal o de estipulación estatutaria que así lo exprese, pues tal actividad no es otra cosa que el ejercicio de la ya mencionada facultad de contratación y en especial del derecho consagrado y amparado por la Constitución misma en su artículo 44.

e) Las personas jurídicas de derecho público no son una excepción a lo dicho en el párrafo precedente, pues no hay norma que así lo exprese y, como consecuencia de ello, el artículo 7º del Decreto 130 de 1976, por ejemplo, prevé la posibilidad de que ellas se asocien entre sí "con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios" que se hallen a cargo de las entidades asociadas, es decir, con miras al adecuado y oportuno cumplimiento de los objetivos y de las funciones que les ha señalado la ley.

f) De acuerdo con lo anterior y frente a la exigencia del artículo 21 del Decreto Extraordinario 130 de 1976, por el sólo hecho de ser personas jurídicas las entidades públicas podrían considerarse suficientemente autorizadas para constituir asociaciones o sociedades, sin necesidad de que medie una nueva autorización proveniente de la ley o del Gobierno Nacional.

2. Conducen al segundo interrogante (Supra 1-2) las apreciaciones siguientes:

a) El Decreto Extraordinario 1050 de 1968 dispuso, en su artículo 29, que los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado podrían constituir sociedades o compañías entre sí o con otras personas en los casos expresamente previstos en las leyes o autorizadas por decreto del Gobierno.

b) La norma anterior fue interpretada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Honorable Consejo de Estado, en sentencia del 22 de octubre de 1982 (Expediente número 3322), en el sentido de que el legislador, al utilizar la expresión "por decreto del Gobierno", se está refiriendo a decretos con fuerza de ley, pues la excepción allí contemplada habla de los "casos expresamente previstos en las leyes o autorizados por decreto del Gobierno" y sólo se pueden equiparar con la ley los decretos que tengan su misma fuerza".

c) Con posterioridad al Decreto 1050 de 1968, el Decreto Extraordinario 130 de 1976 también consagró la posibilidad de que las entidades públicas constituyeran asociaciones o sociedades entre sí o con otras personas, inclusive en forma más amplia, pues ya no limitó la facultad a los establecimientos públicos y a las empresas comerciales e industriales del Estado, sino que lo reconoció en cabeza de la Nación, las entidades territoriales y las sociedades de economía mixta sujetas al mismo régimen previsto para las empresas.

d) El mismo Decreto Extraordinario 130 de 1976, en su artículo 21, estableció que, tratándose de entidades nacionales, la constitución de las asociaciones o sociedades previstas en dicho Decreto requería autorización expresa de la ley o del Gobierno Nacional.

e) Es digno de anotar, sin embargo, que la redacción del artículo 21 del Decreto Extraordinario 130 de 1976 diferente de la del artículo 29 del Decreto Extraordinario 1058 de 1968, porque la nueva disposición ya no hace referencia a los casos expresamente "autorizados por decreto del Gobierno" sino a la "autorización expresa del Gobierno Nacional". Tratándose, entonces, de dos textos diferentes, respecto del artículo 21 del Decreto Extraordinario 130 de 1976 no cabría la misma interpretación que dio la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo al artículo 29 del Decreto Extraordinario 1050 de 1968. En efecto, la diferencia de redacción permitiría afirmar que el legislador extraordinario, al eliminar la referencia a la forma "Decreto del Gobierno", admitiría que dicha autorización proviniera de un acto administrativo o manifestación de voluntad propia del Gobierno Nacional, que no necesariamente tendría que revestir el carácter legislativo material, o sea, de decreto expedido en ejercicio de facultades extraordinarias conferidas por el Congreso, lo cual, como se expondrá más adelante, podría encontrar apoyo sólido en la propia Constitución Nacional.

f) Ciertamente, de haber querido el legislador extraordinario que la autorización proviniera del Congreso o del Presidente de la República pero, en este caso, solamente en ejercicio de facultades extraordinarias, habría bastado con la habitual referencia exclusiva a la autorización de la ley, en vista del carácter de ley que reviste no sólo a los actos del Congreso sino a los decretos que dicta el Presidente de la República, entre otros casos, en el previsto en el ordinal 12 del artículo 76 de la Carta.

g) Con un criterio técnicamente diferente al formulado por el Consejo de Estado en su sentencia del 22 de octubre de 1982, en el sentido de que podría haber autorización del Gobierno mediante decreto extraordinario, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena y mediante sentencia del 3 de febrero de 1983 (número de Radicación 986), declaró la inexequibilidad del referido artículo 29 del Decreto Extraordinario 1050 de 1968 en la parte que dice: "o autorizados por decreto del Gobierno", estimando como razón para dicha declaratoria de inconstitucionalidad que, "si el propio Presidente de la República ha de estar sujeto a autorizaciones y aprobaciones del Congreso para la celebración de contratos, como lo exigen los artículo 76-16 y 120-17 de la Carta, lo que significa que carece de tal atribución de manera autónoma, mal puede él, ni el Gobierno que dirige, dar tal autorización a las entidades a las cuales se refiere el artículo 29 del Decreto 1050 de 1968, puesto que, como lo predica un antiguo aforismo, nadie da lo que no tiene".

h) Con todo, el razonamiento transcrito, con invasión del principio "*nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*", llevaría a inquirir si la autorización presidencial o legal equivale realmente a transferir o bien a "dar" un derecho reconocido a todas las personas en la propia Constitución (artículo 44).

i) Un estudio detenido de la normatividad aplicable permitiría afirmar, de un lado, que la autorización a las entidades públicas para constituir asociaciones o sociedades, de que trata el Decreto Extraordinario 130 de 1976, podría surgir tanto de la ley formal expedida por el Congreso, como del Gobierno Nacional mediante decreto extraordinario, según lo manifestaba el Honorable Consejo de Estado en su aludida sentencia de octubre de 1982, o de un decreto simplemente ejecutivo, y que, de otro lado, ello estaría plenamente acorde con la Constitución Nacional, pues respecto del régimen de contratación de las entidades públicas distintas de la Nación no existe precepto constitucional en cuya virtud sea indispensable para contratar la autorización previa o la aprobación posterior de la ley.

j) Si bien es cierto que, sólo para los contratos de la Nación, la Constitución exige, en los artículos 76-16 y 120-13, la autorización previa o la aprobación posterior del Congreso, respecto de las demás entidades públicas no existe en la Carta una exigencia análoga. Esta circunstancia normativa permitiría, en consecuencia, que el legislador ordinario o extraordinario pudiese, al regular

el régimen de contratación de las entidades públicas distintas de la Nación, reconocerles plena autonomía sobre el particular o bien encausar su capacidad en la forma que estime má conveniente, aun cuando, en este último caso, surgiría el interrogante de si el legislador puede, y hasta qué punto, limitar lo que la Constitución no ha limitado ni condicionado. Quizás ante tal dilema, a propósito de la especie de contratación en cuya virtud se constituyen las asociaciones o sociedades contempladas en el Decreto Extraordinario 130 de 1976, el legislador extraordinario optó por encausar esa autonomía, exigiendo que en tal evento mediara una autorización que podría provenir bien de la ley o bien del Gobierno Nacional en su carácter de suprema autoridad administrativa.

k) Tal parece haber sido, además, la orientación que ha prevalecido tratándose de otras modalidades contractuales, cuya celebración subordina el legislador a algunos requisitos, en ciertas hipótesis, por razones de la cuantía o de la naturaleza del contrato, como sería fácil advertirlo, por ejemplo, en las recientes disposiciones del Decreto Extraordinario 222 de 1983, que someten ciertos contratos de las entidades descentralizadas del orden nacional a la aprobación del Ministro o Jefe del Departamento Administrativo al cual esté adscrita la entidad de que se trate, o bien a la aprobación del Consejo de Ministros o a la revisión del Honorable Consejo de Estado, pero en todo caso se tatra de distintas instancias del proceso del perfeccionamiento contractual y no del otorgamiento o reconocimiento de un derecho.

1) Por otra parte, cabría pensar si insistir en considerar la autorización en cuestión por parte del Gobierno Nacional como una decisión de naturaleza legislativa que debería siempre venir respaldada por previas, precisas y *protémpore* facultades extraordinarias del Congreso para tal efecto, llevaría a concluir en la exigencia de una actividad legislativa inútil, puesto que, si el Congreso confiriera facultades extraordinarias al Ejecutivo para que éste a su turno autorizara la constitución de una asociación o sociedad, obviamente sería más eficiente que la ley dispusiera directamente la autorización respectiva sin intervención del ejecutivo.

3. En cuanto al tercer interrogante:

a) Según lo dicho atrás, se deriva de la personalidad la facultad de contratación, es decir, la capacidad para celebrar contratos.

b) Ahora bien, las entidades públicas, en especial la Nación, padecen algunas limitaciones legales en el ejercicio de esa capacidad, en cuanto toca a la celebración de contratos con particulares, de suerte que no pueden celebrar con éllos contratos que no estén expresamente autorizados por la ley, pero ello no ocurre, tratándose de contratos entre éllas mismas, con la sola excepción del contrato o empréstito, por cuanto la celebración de tales contratos *"inter pares"* se somete "únicamente a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares" (Artículo 266, en concordancia con el 267, del Decreto Extraordinario 222 de 1983).

c) Si la ley remite a la contratación entre particulares, la capacidad que se reconoce a las entidades públicas para contratar entre sí comprende no sólo aquellos contratos específicamente previstos de manera expresa en la ley y que la doctrina y la jurisprudencia llaman "nominados", sino todo tipo de contratos no especificados en ella y que se designan como "innominados" con las únicas limitantes de que tengan causa y objeto lícitos. Entre ellos, obviamente, la capacidad de celebración incluye también los contratos de asociación y sociedad, máxime aquellos regulados por el Decreto Extraordinario 130 de 1976 que son contratos de asociación o sociedad específicamente diseñados para las entidades públicas.

d) Las regulaciones de los artículos 266 y 267 del Decreto 222 de 1983 deben apreciarse, en consecuencia, como complementarias del Decreto Extraordinario 130 de 1976, en cuanto contienen una autorización genérica de la ley para las entidades públicas en relación con la celebración de los contratos de asociación o sociedad.

e) En conclusión, a partir del derecho constitucional de asociación reconocido en el artículo 44 de la Carta, que inviste de esa capacidad, sin limitaciones legislativas y sin distinción alguna, a toda persona natural o jurídica, pública o privada, las normas de los artículos 266 y 267 del Decreto 222 de 1983, en cuanto no exceptúan el contrato de asociación o sociedad, representan la prolongación o nivel legal de ese precepto de la Constitución, y no obstaría principio de orden superior para que se tuvieran como autorización suficiente a las entidades públicas para que concurrieran a la constitución de las asociaciones o sociedades de que trata el Decreto Extraordinario 130 de 1976, es decir, representarían la autorización expresa de la ley exigida por el artículo 21 de dicho Decreto".

Consideraciones de la Sala

En la base de estas consideraciones proyecta su contenido el artículo 76 de la Constitución Política cuyo ordinal 10 atribuye competencia al Congreso para expedir los estatutos básicos de las corporaciones autónomas regionales y otros establecimientos públicos, de las sociedades de economía mixta y de las empresas industriales y comerciales del Estado.

Como antecedentes inmediatos de la norma constitucional aparecen los artículos 5º, 6º y 7º del Decreto 1050 de 1968, que definen los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta. Y los artículos 29 y 30 *ibídem,* alusivos a la "creación de sociedades por los organismos descentralizados" y a la "actividad de los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado".

Textualmente expresa el artículo 29: "los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado no podrán constituir sociedades o compañías entre sí o con otras personas, *salvo los casos excepcionalmente previstos en las leyes*".

Conforme al artículo 30 "los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado se ceñirán, en el cumplimiento de sus funciones, a la ley o norma que los creó y a sus estatutos; y no podrán desarrollar actividades o ejecutar actos distintos de los allí previstos, ni destinar cualquier parte de sus bienes o recursos para fines diferentes de los contemplados en la ley o en sus estatutos".

El estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional, Decreto 3130 de 26 de diciembre de 1968, que complementa los principios consignados en el Decreto 1050 de 1968, define en su artículo 4º las "entidades descentralizadas indirectas" como personas jurídicas en las cuales participan la Nación y entidades descentralizadas territorialmente o por servicios, asociadas entre ellas o con particulares, *"cuando para tal efecto estuvieren debidamente autorizadas"* y dispone que se clasifiquen en el acto de su constitución dentro de las categorías que establece el Decreto 1030 de 1968 y se precise su pertenencia al orden nacional, departamental o municipal, según la naturaleza y ámbito del servicio, la proporción de las participaciones y la intención de sus creadores. "Igual regla se seguirá con respecto a las personas jurídicas que se creen por la asociación de entidades descentralizadas con o sin participación de personas privadas".

A esta posibilidad de creación de personas jurídicas por la asociación exclusiva de entidades descentralizadas se refiere también el artículo 4º del Decreto Ley 130 de 1976, para someterlas a las normas previstas para las empresas industriales o comerciales del Estado.

Como se refiere el artículo 5º *ibídem* "a las personas jurídicas que se creen sin ánimo de lucro, por la asociación exclusiva de entidades públicas con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo", para someterlas a las normas previstas para los establecimientos públicos, "sin perjuicio de las particularidades que contengan los actos de su creación".

En todo caso, las entidades públicas que para efectos del Decreto Ley 130 de 1976, son las señaladas por su artículo 20, sólo podrán "constituir" las referidas asociaciones o sociedades *"cuando para ello se encuentren debidamente autorizadas"*. "Si se trata de entidades nacionales, la autorización la confiere en forma expresa la ley o el Gobierno Nacional". (Artículo 21 *ibídem*).

La locución adverbial "en forma expresa" del aparte transcrito, además de calificar *"ex proceso"* el requisito establecido, etimológicamente equivale a calificar como "específica" una facultad por sí excepcional en su ejercicio por parte de una entidad pública.

Entre los contratos clasificados como administrativos por el artículo 16 del Decreto 222 de 1983, figuran los inter-administrativos internos de concesión de servicios públicos, de obras públicas, de prestación de servicios y de suministros y como requisitos para celebración de contratos entre entidades públicas señala el artículo 266 *ibídem*: "Los contratos que no sean de empréstito, que celebren entre sí las entidades públicas, se sujetarán *únicamente* a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares. Sin

embargo, en ellos debe pactarse la sujeción de los pagos a las apropiaciones presupuestales, llevarse a cabo el registro presupuestal y ordenarse su publicación en el Diario Oficial.

Se refiere, además, el artículo 1º *ibídem* a las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta en las que aquel posea más del noventa por ciento (90%) de su capital social, para someter sus contratos de empréstito y de obras públicas a la regulación del mismo estatuto.

Si pues, como interadministrativo interno no podría clasificarse hoy el contrato de asociación o sociedad entre entidades públicas, tampoco puede clasificarse entre los "contratos de derecho privado de la administración", porque el Decreto 130 de 1976, en su artículo 4º, somete a las normas previstas para las empresas industriales o comerciales del Estado "las sociedades que se creen por la participación exclusiva de entidades públicas con el fin de desarrollar actividades de naturaleza industrial o comercial"

Tal sujeción, remitida ahora a los artículos 251, 254, 255 y 256 del Decreto 222 de 1983, como lo estuvo durante la vigencia del Decreto 150 de 1976 a los artículos 158, 161, 162 y 163 del mismo, implica únicamente previo concepto favorable de la Junta o Consejo Directivo respecto de la "adjudicación" de los contratos por parte del respectivo gerente, y la suscripción de estos por el mismo.

Salvo lo dispuesto para los contratos de obras públicas y empréstito, que se sujetan a las reglas señaladas para los de su género, los requisitos y las cláusulas de los contratos que celebren las empresas industriales o comerciales del Estado, no serán los previstos en el Decreto 222 de 1983 sino los usuales para los contratos entre particulares. (Cf. artículo 251 *ibídem*).

Como esta sujeción a las normas previstas para las empresas no se aviene del todo con la naturaleza del contrato de asociación o sociedad entre entidades públicas nacionales, pues la celebración del mismo contrato entre particulares no requiere autorización conferida en forma expresa por la ley o el Gobierno Nacional ni precisión en los estatutos de su pertenencia al orden nacional y a determinado sector administrativo, ni de mecanismos necesarios para controlar sus actividades y asegurar la coordinación de estas con la política general del Gobierno, (artículos 4º y 5º del Decreto 130 de 1976), se descarta el factor de la remisión legal y la aplicabilidad de un estatuto a un contrato ajeno a su regulación. En otros términos, las regulaciones de los artículos 266 y 267 del Decreto 222 de 1983 no subrogaron las del Decreto 130 de 1976, no constituyen cláusula genérica de competencia sobre contratación de entidades públicas ni pueden asimilarse a desarrollo legislativo del artículo 44 de la Constitución Política.

Cuando la Ley 28 de 1974 revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias en asuntos administrativos, delimitó el ejercicio de esas facultades para "modificar las normas vigentes sobre formalidades, cláusulas y demás requisitos que deben cumplirse para la celebración de contratos en la administración central y descentralizada. Las normas, que con este fin se dicten tendrán en cuenta el

valor y objeto del contrato, así como la naturaleza de la entidad que lo celebra".

Del texto de las facultades conferidas al Presidente de la República se deduce que la voluntad del legislador fue la de que se expidiera un estatuto completo sobre la contratación administrativa, teniendo en cuenta los principios que estructuran el estado moderno en cuanto al privilegio de la administración, el interés social y las necesidades del servicio público". (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, abril 16 de 1980. Expediente número 759).

Por el aspecto, pues, de los requisitos que deben cumplirse para la celebración de contratos por parte de las entidades públicas, específicamente, la de contratos de sociedades o asociación no hay duda de que el Decreto 130 de 1976 corresponde al ejercicio de las facultades a que se refieren la norma y la jurisprudencia antes transcritas, con base en las cuales se expidió también el Decreto 150 de 1976, y que, por lo tanto, al señalar en sus artículos 4º y 21 los requisitos de dichos contratos, los sujetó a un tratamiento autónomo, no común con el de los contratos entre particulares. Es decir, los sujetó a un régimen de derecho público, como el prescrito para los contratos de empréstito y de obras públicas.

"Es cierto que las empresas industriales y comerciales del Estado, y las sociedades de economía mixta... están sujetas en su funcionamiento al Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley. Estas excepciones resultan de la naturaleza de los órganos o de la protección de los intereses patrimoniales del Estado. Y precisamente el Estatuto Contractual Nacional (hoy Decreto Ley 222 de 1983), en lo concerniente a los contratos de obras públicas y (empréstito) constituye para las entidades en mención por expresa disposición legal, una reglamentación de derecho público de aplicación excepcional y de inexorable cumplimiento. Precisamente esta Sala, en concepto de abril 10 de 1973, con ponencia del Consejero Alberto Hernández Mora, afirma que ello se explica porque estas empresas, aunque en proporción distinta, manejan patrimonios públicos o del Estado que el legislador quiere proteger con los procedimientos señalados en la ley, que así resultan de orden público". (Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de 1º de marzo de 1979. Radicación 1281, ponente doctor Jaime Betancur Cuartas).

De ahí, entonces, la posibilidad de concluir que la facultad constitucional del ordinal 10 del artículo 74 conferida al Congreso y por éste transferida al legislador extraordinario para la expedición de los estatutos básicos de las empresas industriales o comerciales del Estado, habilite para establecer excepciones como la que constituye la sujeción a un régimen de derecho público del contrato de sociedad o asociación que celebren las entidades públicas. La anterior conclusión, determina a su vez, muy nítidamente, la de que es imposible al Gobierno, mediante simple decreto ejecutivo, conferir autorización a entidades públicas nacionales, cuando para ello no se encuentren autorizadas en forma expresa por la ley, para constituir asociaciones o sociedades, puesto que la celebración del respectivo contrato presupone la expedición del estatuto básico del nuevo ente social al cual se asocia la respectiva entidad pública.

Si, conforme a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 3 de febrero de 1983 (Radicación 986) la autorización legal a que se refería el artículo 29 del Decreto 1050 de 1976 es la constitucionalmente indicada para celebrar los contratos que implican la creación de sociedades o compañías, mal puede ocurrir que no lo sea la autorización expresa de la ley a que se refiere el artículo 21 del Decreto 130 de 1976. Con el fundamento decisivo de que no es constitucional una autorización del Gobierno para la celebración de los contratos a que se refiere la consulta, fue declarado inexequible el correspondiente aparte del artículo 29 del Decreto 1050 de 1968, luego esta Sala, con el mismo fundamento, tiene que concluir que las referidas asociaciones *sólo* podrán constituirse cuando para ello se encuentren debidamente autorizadas por la ley, no por la autorización expresa del Gobierno Nacional a que se refiere el artículo 21 del Decreto 130 de 1976.

En estos términos se absuelve la consulta del señor Jefe del Departamento Nacional de Planeación.

Jaime Betancur Cuartas (Presidente de la Sala), *Osvaldo Abello Noguera*, *Humberto Mora Osejo*, *Jaime Paredes Tamayo*.

Clara Stella Ramos S., Secretaria.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.— Tramitación del Contrato. FORMACION. Legislación aplicable. TRANSITO DE LEGISLACION.

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., septiembre quince (15) de mil novecientos ochenta y tres (1983)

(Consejero ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas*)

Referencia: Consulta. Radicación: 1966

El señor Ministro de Minas y Energía formula a la Sala la siguiente consulta:

"El Decreto 222 de 1983 aumentó hasta el segundo grado de afinidad el parentesco como causal de inhabilidad con respecto a las normas consignadas en el Decreto 150 de 1970.

Por otra parte el nuevo estatuto contractual prevée en su artículo 300 que los contratos que se estuvieren tramitando continuarán su procedimiento conforme a las normas antes vigentes o sea el Decreto 150 de 1976.

Si se tiene en cuenta que los contratos administrativos contemplan varias etapas desde la apertura de la licitación, adjudicación, suscripción y perfeccionamiento se consulta.

A partir de cuál de estas etapas se puede afirmar con toda propiedad que un contrato se está tramitando y por lo tanto le son aplicables las normas del régimen anterior?

Se formula la presente petición a esa H. Sala, en nombre del Gobierno Nacional y de conformidad con lo preceptuado en el artículo 24 de la Ley 167 de 1941.

La Sala considera y responde

1. El Decreto Ley 150 de 1976 —Estatuto contractual— en su artículo 293 consagró como fórmula para el tránsito de legislación anterior a la nueva opción de que los contratos que a la fecha de su vigencia se estuvieren perfeccionando, podrán continuar su tramitación de acuerdo con las normas antes vigentes o acogerse a las reglas del presente estatuto...

2. El nuevo Estatuto Contractual Decreto Ley 222 de 1983 derogó íntegramente, en forma expresa, el Decreto Ley 150 de 1976, y como norma de tránsito a la nueva legislación sustituyó la opción legal por la imperativa disposición de que "los contratos que a la fecha de la vigencia de este estatuto se estuvieren tramitan-

do continuarán dicho procedimiento conforme a las normas vigentes".

3. Cabe entonces preguntarse, cuándo puede afirmarse que se está tramitando un contrato para tener lugar la aplicación del Decreto Ley 150 de 1976, y para responder es menester observarse que en nuestro derecho público la formación de los contratos administrativos está sometida a un proceso, a varias etapas, que constituyen un acto jurídico complejo. La apertura de la licitación y sus requisitos, la adjudicación y sus reglas, la celebración del contrato y sus exigencias, así como la etapa del perfeccionamiento, constituyen variedad de actuaciones que, consideradas como unidad, constituyen un válido acuerdo de voluntades, con la plenitud de los efectos jurídicos que le reconozca la ley.

4. Pero ese proceso, en aspecto propiamente jurídico se inicia con el acto administrativo que declara abierta la licitación. Es en este momento cuando la administración hace invitación formal y pública a los administrados para que presenten sus propuestas, según las condiciones prefijadas y mediante selección culminarse en un contrato.

5. Precisamente, el acto de apertura de la licitación, es de tanta trascendencia como iniciación jurídica del trámite que debe fundamentarse en el pliego de condiciones, de carácter reglado, que garantiza la igualdad de trato a los proponentes, que es la base de la oferta, es formalidad precontractual que señala las obligaciones de las partes en el contrato proyectado, y que como reglamento del concurso es ley de las partes y obliga tanto a la administración como a los proponentes.

En los anteriores términos se contesta la consulta del señor Ministro de Minas y Energía.

Transcríbase.

Jaime Betancur Cuartas (Presidente de la Sala), *Osvaldo Abello Noguera* (Ausente con excusa), *Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

Clara Stella Ramos S., Secretaria.

INSPECCION Y VIGILANCIA SOBRE LAS ACTIVIDADES DE URBANIZACION, CONSTRUCCION Y CREDITO PARA LA ADQUISICION DE VIVIENDA.— La celebración en forma masiva con el público, de contratos de cualquier tipo cuya finalidad sea la administración de fondos comunes destinados a la adquisición de terrenos, los cuales serán repartidos posteriormente entre los integrantes del fondo constituye el ejercicio de una actividad de aquellas sometidas a la inspección y vigilancia de la Superbancaria.

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., veintinueve de septiembre de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctor Osvaldo Abello Noguera*)

Referencia: Consulta. Radicación número 1958

El señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, doctor Edgar Gutiérrez Castro, formula a la Sala la siguiente consulta:

"De conformidad con lo previsto en el artículo 141 de la Constitución Nacional, me permito elevar la siguiente consulta a esa Honorable Corporación, previas las siguientes consideraciones:

"La Superintendencia Bancaria en virtud de la Ley 66 de 1968, complementada en gran parte por el Decreto Ley 2610 de 1979 y por el Decreto Reglamentario 1742 de 1981, ejerce la inspección y vigilancia sobre la actividad de enajenación de inmuebles destinados a vivienda sobre planes de cinco (5) o más unidades.

"Entendiéndose por actividad sujeta al mencionado control, entre otros; ..."La celebración de promesas de venta, el recibo de anticipos de dineros o *cualquier otro sistema que implique recepción de los mismos, con la finalidad de transferir el dominio de inmuebles destinados a vivienda*". (Subrayamos).

"La disposición anterior, junto con las normas que integran el Decreto Ley 2610 de 1979 fueron declaradas constitucionales por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia del 26 y 27 de febrero de 1981. El Decreto Reglamentario 1742 de 1981, se encuentra vigente.

"Por otra parte, esa Honorable Sala al absolver una consulta formulada por este Ministerio mediante concepto del 18 de octubre de 1982, del cual fue ponente el doctor Jaime Betancur Cuartas, refiriéndose al ámbito de la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria sobre la mencionada actividad, expresó:

" 'Mientras el Superintendente Bancario no expida el correspondiente permiso, le está vedado al solicitante iniciar cualquier tipo de operación que en alguna forma signifique anuncio o desarrollo de la actividad, en ello entendido desde la simple propaganda, opción de compra, promesa de venta, contrato de compraventa, hasta la adecuación de terrenos, solicitud de servicios públicos, construcción, etc. Dicho de otra forma, mientras no se obtenga el respectivo permiso no se puede iniciar en absoluto ninguna actividad que en cualquier forma esté ligada al anuncio o desarrollo del proyecto que se pretende adelantar.

" 'Esta interpretación se encuentra acorde con los principios y finalidades perseguidos por la ley, que tiende a proteger los intereses de los compradores y usuarios de créditos en la adquisición de lotes o viviendas' ".

"Con base en lo anterior, consulto a esa Honorable Sala:

"¿Constituye ejercicio de la actividad objeto de inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, en los términos de los artículos 1º y 2º del Decreto Ley 2610 de 1979 y del Decreto Reglamentario 1742 de 1981, el hecho de celebrar con el público, en forma masiva, contratos de mandato, declaraciones de voluntad u otros similares con la finalidad de recaudar dineros y administrar un fondo común destinado a la adquisición de un globo de terreno, para ser adjudicado posteriormente entre los mandantes?

"Si lo anterior fuere respondido en forma negativa, dicha conducta se tipificaría dentro de los parámetros consagrados en el artículo 20 del Decreto 2920 de 1982?".

La Sala considera

I. El artículo 2º del Decreto Ley 2610 de 1979, modificatorio del 2º de la Ley 65 de 1968, en sus numerales 1 y 5 prescribe: "Entiéndese por actividad de enajenación de inmuebles:

"1º La transferencia del dominio a título oneroso de las unidades resultantes de toda la división material de precios.

"....

"5º La celebración de promesas de venta, el recibo de anticipos de dinero o cualquier otro sistema que indique recepción de los mismos, con la finalidad de transferir el dominio de inmuebles destinados a vivienda.

"*Parágrafo.* La actividad de enajenación de inmuebles a que se refiere el presente artículo se entiende desarrollada cuando las unidades habitacionales proyectadas o autorizadas por las autoridades metropolitanas, distritales o municipales, sean cinco (5) o más".

II. Ya esta Sala en providencia de 18 de octubre de 1982, Radicación 1790, dejó sentado que la finalidad de las normas que regulan el ejercicio de la inspección y vigilancia sobre las actividades de urbanización, construcción y crédito para la adquisición de vivienda, es "la protección de los intereses de los compradores y usuarios de créditos en

la adquisición de lotes o viviendas". *Se quiere ejercer vigilancia sobre toda actividad que en cualquier forma signifique enajenación de inmuebles* entendida de conformidad con lo que para el efecto prescribe el artículo 2º del Decreto Ley 2610 de 1979.

De esta manera la celebración en forma masiva con el público, de contratos de cualquier tipo cuya finalidad sea la administración de fondos comunes *destinados a la adquisición de terrenos, los cuales serán repartidos posteriormente entre los integrantes del fondo* constituye el ejercicio de una actividad de aquellas sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria. Ahora bien, si la finalidad perseguida no fuere la adquisición de terrenos para ser repartidos entre quienes participan en el plan, sin lugar a dudas, se estaría frente a la aceptación de dineros en forma masiva, lo cual acarrearía las sanciones de tipo penal establecidas en el Decreto Legislativo 2920 de 1982 al ejercerse dicha actividad sin la correspondiente autorización.

En el caso que nos ocupa, es claro, que quien desarrolla la actividad objeto de la consulta, deberá obtener el registro correspondiente en la Superintendencia Bancaria y el permiso respectivo de esta entidad para anunciar y desarrollar tal actividad, so pena de incurrir en las sanciones penales correspondientes, conforme lo establece el artículo 6º del Decreto Ley 2610 de 1970, por violación de las normas sobre inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria en las actividades de urbanización y construcción de vivienda.

En estos términos se absuelve la consulta formulada por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, doctor Edgar Gutiérrez Castro.

Transcríbase en copia auténtica.

Jaime Betancur Cuartas (Presidente de la Sala. No asistió con excusa), *Osvaldo Abello Noguera, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

Clara Stella Ramos S., Secretaria.

PERSONAL DOCENTE. REQUISITOS NO UTILIZADOS.— Decreto 2277 de 1979. Artículo 73. La finalidad de la norma es proteger a los docentes con el fin de que tanto su tiempo de servicio, como de estudio, no se pierdan y se hagan valer para los efectos del escalafón. Cómputos que pueden hacerse para el ascenso en el nuevo escalafón.

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., veinticinco de agosto de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctor Osvaldo Abello Noguera*)

Referencia: Consulta. Radicación número 1930

El señor Ministro de Educación, doctor Jaime Arias, formula a la Sala la siguiente consulta:

"El Escalafón Nacional docente se inicia con la expedición del Decreto número 30 de enero 12 de 1948, para el profesorado de enseñanza secundaria y con el Decreto número 1135 del 7 de mayo de 1952, para los maestros de enseñanza primaria.

"En esos dos escalafones el tiempo de servicio o experiencia docente y los cursos de capacitación, tan solo valían para ascender de una categoría a otra del mismo escalafón y no eran válidos para pasar de un escalafón a otro; o sea, no era factible legalmente hacer valer tiempo o experiencia docente de primaria, para ascender en secundaria o viceversa.

"Cada escalafón tenía sus categorías y sus oficinas coordinadoras independientemente.

"Así por ejemplo: un licenciado en ciencias de la educación y un profesional con título universitario diferente al de licenciado en ciencias de la educación, que lograban en educación primaria, solamente se podían inscribir en la categoría de primaria y no tenían derecho a ningún ascenso; para poderse inscribir en el escalafón de secundaria, se requería estar vinculados a la enseñanza de educación secundaria y para ascender necesitaban un determinado número de años servidos en educación secundaria; de tal manera, el licenciado se inscribía en la segunda categoría y necesitaba seis (6) años de servicio en secundaria para poder ascender a la primera categoría de secundaria; el profesional universitario con cuatro (4) años de servicio en secundaria y un curso de noventa (90) horas se inscribía en la tercera categoría de secundaria, ascendía con tres (3) años de servicio en ese nivel a la segunda categoría de secundaria y con dos (2) años más de experiencia docente en educación secundaria a la primera categoría de secundaria.

"Posteriormente se expidió el Decreto Ley 128 de enero de 1977, que estuvo vigente y fue derogado por el Decreto número 2277 de 1979. El Decreto Ley 128, artículo 9º establecía: "Los docentes en ejercicio que hubieren solicitado su ingreso en el escalafón o su promoción antes de la expedición del presente decreto, y que de acuerdo con las normas vigentes en la fecha de su solicitud reúnan los requisitos establecidos, tendrán derecho a que se les reconozca la incorporación o la promoción solicitada de conformidad con dichas normas entonces vigentes".

"El Decreto número 2608 de noviembre de 1977 suspendió la totalidad del Decreto 128 de 1977.

"El Decreto número 2663 del 25 de noviembre de 1977 exceptuó de la suspensión anterior el artículo 38 del Decreto 128 de 1977.

"El artículo 9º de este decreto reguló las situaciones existentes hacia atrás, o sea que cumpliéndose las condiciones de la norma se les debían reconocer a los docentes sus derechos de conformidad con normas vigentes, anteriores al Decreto 128 de 1977.

"Esto significaría que las situaciones anteriores a la vigencia de este Decreto, fueron aclaradas por el artículo 9º o sea, se reconocían de acuerdo a las normas anteriores a este decreto (Decretos 1135 de 1952 y 30 de 1948).

"Antes de la expedición del Decreto 128 de 1977 y después de aquella, hubo una acumulación de peticiones referentes a ingreso y ascenso en el escalafón docente, lo que dio origen a la expedición del Decreto 2663 de 1977 por medio del cual se dio vigencia nuevamente al artículo 38 del Decreto Ley 128 de 1977 para continuar los trámites y de esta manera solucionar la acumulación de expedientes.

"Esta situación imposibilitó a muchos educadores para solicitar sus certficaciones de tiempo de servicio y presentar sus solicitudes de ascenso.

"De ahí surgió la necesidad de conceder una nueva oportunidad para hacer valer el tiempo de servicio y cursos de capacitación; de conformidad con las normas anteriores eran requisitos para ascender en el escalafón docente.

"Esto se tradujo en el actual artículo 73 del Decreto 2277 de 1979, que preceptúa:

"Requisitos no utilizados, la experiencia docente y los cursos de capacitación o actualización, realizados con anterioridad a la expedición de este decreto, que no se hayan hecho valer para clasificaciones anteriores, ni para efectos de asimilación de que trata el presente capítulo, se tomarán en cuenta para posterior ascenso dentro del nuevo escalafón, siempre que se reúnan los demás requisitos exigidos en el artículo 10".

"El artículo transcrito comienza dándole título a la norma que contiene y la llama: 'Requisitos no utilizados'.

"El diccionario de la lengua española, de la Real Academia, (edición de 1939), define REQUISITO así: "Circunstancia o condición nesaria para una cosa".

"El artículo 73 analizado dice: 'Requisitos no utilizados. La experiencia docente y los cursos de capacitación... siempre que se reúnan los demás requisitos exigidos en el artículo 10".

"Los requisitos no utilizados son la experiencia docente y los cursos de capacitación.

"Esto nos indica que se trata de algo que se requería en el escalafón anterior para ascender y que no fue utilizado para ese propósito, ni en el nuevo escalafón para asimilación.

"La norma tiene los siguientes elementos:

"a) La experiencia docente y los cursos de capacitación, realizados con anterioridad a la expedición del Decreto 2277 de 1979.

"b) Que aquella o éstos no se hayan hecho valer para clasificaciones anteriores ni para la asimilación de que trata el Decreto 2277.

"c) Que se pueden hacer valer para ascenso en el nuevo escalafón.

"El elemento b) '...que no se hayan hecho valer...' nos dice claramente que esa experiencia docente y esos cursos realizados, debieron ser factibles de haberse hecho valer en el anterior escalafón, porque legalmente era posible hacerlo.

"Una de las definiciones que trae el mismo diccionario, del verbo HACER es la siguiente: 'ejecutar, poner por obra una acción o trabajo....".

"La frase '...que no se hayan hecho valer...' significa que no se puso por obra la acción de hacer valer un requisito, una condición.

"Por tanto, ese tiempo de servicio o experiencia docente que no se ha hecho valer, debe ser tiempo de servicio que fuera válido para ascenso en las categorías anteriores del Estatuto Docente derogado, o válido para la asimilación a los grados del nuevo escalafón.

"En 1981 se reglamentó el Decreto Ley 2277 de 1979 (Estatuto Docente) por medio del Decreto 259, estableciendo en el artículo 26 lo siguiente:

"Experiencia docente no utilizada. El educador que prestó servicios docentes con anterioridad a la asimilación y no había podido obtener o presentar la certificación correspondiente, tendrá oportunidad de hacerlo en el momento de presentar su primera solicitud de ascenso después de la asimilación. Precluida esta oportunidad no se tomará en cuenta ninguna experiencia docente que no corresponda al grado anterior al cual se aspira a ascender.

"Lo anterior, no autoriza la revisión de situaciones jurídicas individuales conforme a derecho.

"En igual forma podrá procederse en los casos en que un educador fue restituido a su cargo por sentencia ejecutoriada de lo Contencioso Administrativo".

"Al establecer que el educador, tendrá oportunidad de obtener y presentar certificación sobre tiempo de servicio, que no había podido obtener o presentar, se está indicando que se está dando una nueva oportunidad a aquellos educadores que dejaron vencer los términos para obtener o presentar esas certificaciones, pero no se permite revisar situaciones jurídicas individuales.

"Así entonces se comenzó a ascender a los educadores, o sea, cuando ellos fueron asimilados por primaria o por secundaria ascienden como tiempo no utilizado del mismo nivel por el cual fueron asimilados; me permito aclararles que en aplicación al principio de favorabilidad un docente que hubiese laborado en primaria y en secundaria, podía ser asimilado por donde le fuera más favorable; por ejemplo, si un maestro había trabajado 5 años en educación primaria, se escalafonó con 2 años de servicio en primera (1ª) categoría de primaria, pero también trabajó 5 años en educación secundaria y se escalafonó con 4 años de servicio en cuarta (4ª) categoría de secundaria, ese docente le fue más favorable asimilarse por secundaria, correspondiéndole el grado quinto (5º) y en su primer solicitud de ascenso sólo puede anexar el año de servicio prestado en educación secundaria que no utilizó en las categorías anteriores ni en el proceso de asimilación mas no los 3 años no utilizados en educación primaria.

"El 3 de junio de 1981 se expidió la Resolución 6746 que en su artículo 1º decía:

"Al tenor del artículo 26 del Decreto Reglamentario 259 de 1981, el tiempo de servicio prestado en educación primaria, educación especial y escuelas hogar, a partir de la fecha del título de los licenciados en Ciencias de la Educación y de los profesionales con título universitario diferente al de licenciado en Ciencias de la Educación, tendrán oportunidad de hacerlo valer en el momento de presentar su primera solicitud de ascenso después de la asimilación".

"La Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, de esa Honorable Corporación, emitió el fallo del 13 de diciembre de 1982, anulando ese artículo por ser violatorio de norma superiores, al introducir una condición no expresada en el decreto reglamentado.

"La Sala consideró

"Por su parte el Decreto Reglamentario, el número 2277 de 1979 en la parte pertinente, artículo 73, se refiere a la experiencia docente en general y a los cursos de capacitación realizados con anterioridad a la expedición del decreto, que no se hayan hecho valer para efectos de clasificaciones y asimilación, a que se refiere el capítulo en que está inserto dicho artículo.

"Tampoco este artículo habla de la limitación contenida en la resolución acusada y solo menciona como condiciones las siguientes:

"a) Que se trata de la asimilación a que se refiere el Capítulo VIII al cual pertenece el artículo 73, y

"b) Que se reunan los requisitos del artículo 10".

"Es cierto que tal resolución se está refiriendo sólo a los docentes con título universitario distinto a los licenciados en ciencias de la educación y también a éstos, todos los cuales tienen derecho a un escalafón especial según la jerarquía establecida por el artículo 10 y el Capítulo VIII del Decreto 2277 de 1979, reservado a los poseedores de dichos títulos, pero la resolución acusada hizo de la condición del título, la base para poder tener en cuenta la experiencia docente que aún no se había hecho valer, excluyendo la condición anterior a la obtención del título, condición que por lo que se deja dicho, no está prevista en las disposiciones superiores referidas...". Hasta aquí algunas de las consideraciones del fallo.

"Entendemos los argumentos para haber anulado el artículo de la mencionada resolución y acatamos totalmente el fallo de esa Honorable Corporación.

"De ahí, que anulado este artículo, quedan regulando este aspecto los artículos 26 del Decreto Reglamentario 259 de 1981 y el artículo 73 del Decreto 2277 de 1979, analizados en ésta y por lo cual, este Ministerio considera que a los licenciados en ciencias de la educación y a los profesionales universitarios, con título diferente al de licenciado en ciencias de la educación, se les tendrá en cuenta el tiempo de servicio no utilizado, que haya sido prestado durante la vigencia de la anterior legislación y que legalmente dentro de ese escalafón se podrá hacer valer, o sea, tal como se le reconocía en las categorías a la expedición del nuevo estatuto docente.

"Con base en lo anterior, muy respetuosamente solicito a ustedes absolver las siguientes consultas de carácter reservado:

"1. Si en el nuevo escalafón, que respeta expectativas y derechos adquiridos de las anteriores categorías, según lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley 8ª del 24 de enero de 1979, se puede computar para ascenso de los licenciados en ciencias de la educación y de los profesionales con título universitario diferente a la de esa licenciatura, el tiempo servido en el nivel primario que antes no podía hacerse valer, por esos profesionales para efectos de ascensos en el escalafón de secundaria de acuerdo a normas anteriores.

"2. Cuál es el verdadero sentido para dar aplicación al artículo 73 del Decreto 2277, respecto a las consideraciones anteriormente expuestas y en especial al reconocimiento del tiempo de servicio para ascenso, que no se hizo valer en el anterior escalafón porque según las disposiciones anteriores no era posible presentarlo para ascenso?

"3. Es correcta la aplicación de los artículos 73 del Decreto 2277 de 1979 y 26 del Decreto 259 de 1981, que en la presente consulta se ha explicado en relación a la experiencia docente no utilizada?".

La Sala considera y responde

1. Sea lo primero aclarar, que aún cuando la primera pregunta de las formuladas en la consulta hace referencia a los licenciados en Ciencias de la Educación y Profesionales con título universitario dis-

tinto a éstos, la Sala absolverá los interrogantes planteados en forma genérica por cuanto el artículo 73 del Decreto Ley 2277 de 1979 regula en forma abstracta la materia, sin entrar a distinguir el título que detente el docente para efectos de hacer valer la experiencia y los cursos de capacitación o actualización no utilizados en las clasificaciones anteriores al del Decreto Ley 2277 o en la asimilación de que trata esta última norma.

II. Así las cosas, el problema jurídico planteado se reduce a establecer los alcances del artículo 73 del Decreto Ley 2277 de 1979 cuyo tenor es el siguiente: "*Requisitos no utilizados.* La experiencia docente y los cursos de capacitación o actualización realizados con anterioridad a la expedición de este decreto, que no se hayan hecho valer para clasificaciones anteriores, ni para efectos de la asimilación de que trata el presente capítulo, se tomarán en cuenta para posteriores ascensos dentro del nuevo escalafón, siempre que se reúnan los demás requisitos exigidos en el artículo 10".

Partiendo de la misma titulación que utiliza la norma "requisitos no utilizados", ha de entenderse, que se trata de *requisitos que servían válidamente para ser aprovechados por sus respectivos titulares,* en las clasificaciones anteriores al Decreto Ley 2277 y actualmente para la asimilación de que trata este decreto.

Mas no puede entenderse, que la norma se refiera a cualquier clase de requisitos. El estatuto docente que ha venido siendo reformado ordenadamente, tal como cronológicamente lo expone la consulta, presenta una serie de exigencias para cada categoría, hoy grado, que se traducen en experiencia docente, es decir, servicios prestados en este campo, además de título e incluso especialización. A medida que se obtiene mayor experiencia y se efectúen cursos de actualización o capacitación, se acumulan requisitos necesarios para obtener el ascenso. Por ello la norma transcrita no puede más que referirse a aquellos requisitos que pudiendo utilizarse válidamente para un ascenso en el régimen anterior o para la asimilación al nuevo régimen, no lo fueron en su debida oportunidad. La finalidad de la norma es proteger a los docentes con el fin de que tanto su tiempo de servicio, como de estudio, no se pierda y se hagan valer para los efectos del escalafón.

Ahora bien, se habla de requisitos que pudiendo ser utilizados válidamente, no lo fueron. En este aspecto la Sala entiende que, debe tratarse de *requisitos que eran aptos para el ascenso* a la categoría inmediata, dentro del escalafón en que se encontrara inscrito el docente, o válidos para la asimilación dentro del nuevo régimen consagrado en el Decreto Ley 2277, como se dejó explicado.

No de otra forma puede interpretarse la norma transcrita, por cuanto lo contrario significa darle valor a requisitos que en ningún momento servirían para ascenso o asimilación, lo cual de paso implicaría beneficiar a quienes no los cumplen debidamente en detrimento de quienes si los reúnen con propiedad. Se trata entonces de requisitos aptos para el ascenso o la asimilación que no hubieran sido utilizados, los cuales podrán hacerse valer para futuros ascensos dentro del nuevo escalafón, obviamente, siempre que se reúnan los demás requisitos exigidos en el artículo 10 del Decreto Ley 2277.

III. Con base en estas breves consideraciones la Sala responde a las preguntas formuladas en la siguiente forma:

Unicamente pueden computarse para *ascenso en el nuevo escalafón* los cursos de capacitación o actualización y la experiencia docente que *siendo aptos para ascender* dentro del antiguo régimen de escalafón a que pudiendo *utilizarse válidamente para la asimilación* al nuevo régimen no fueron utilizados por sus titulares en dichas oportunidades, para el ascenso dentro del nuevo escalafón deben igualmente reunirse los demás requisitos establecidos en el artículo 10 del Decreto Ley 2277 de 1979.

En los términos expuestos se da por absuelta la consulta formulada por el señor Ministro de Educación, doctor Jaime Arias.

Transcríbase en copia auténtica.

Jaime Betancur Cuartas (Presidente de la Sala), *Osvaldo Abello Noguera, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

Clara Stella Ramos S., Secretaria.

PERSONAS JURIDICAS.— (Artículo 44 Constitución Nacional). Corporaciones y fundaciones. Diferencias. Instituciones de utilidad común. (Artículo 120 número 19 Constitución Nacional). INSTITUCIONES NO OFICIALES DE EDUCACION SUPERIOR. Deben ser personas jurídicas de utilidad común, sin ánimo de lucro, organizadas como corporaciones o fundaciones. (Artículo 139 del Decreto Ley 80 de 1980). Deben transformarse en fundaciones para que devengan en instituciones de utilidad común, conforme a lo prescrito para el artículo 139 del Decreto Ley 80 de 1980. Objeto. INSPECCION Y VIGILANCIA DE LAS INSTITUCIONES OFICIALES Y PRIVADAS DE ENSEÑANZA SUPERIOR. (Artículos 140 y 142 del Decreto Ley 80 de 1980). Corresponde al Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior. SANCIONES. SEPARACION DEL REPRESENTANTE LEGAL DE UNA INSTITUCION DE UTILIDAD COMUN.

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., veintinueve (29) de agosto de mil novecientos ochenta y tres (1983)

(Consejero ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo*)

Referencia: Consulta. Radicación número 1946

Se absuelve la consulta que el señor Ministro de Educación hace a la Sala en los siguientes términos textuales:

1º "El artículo 139 del Decreto Ley 80 de 1980 determina que las Instituciones no Oficiales de Educación Superior deben ser personas jurídicas de utilidad común, sin ánimo de lucro, organizadas como Corporaciones o como Fundaciones.

Por otra parte, el artículo 152 del mismo decreto señala que las Instituciones no Oficiales deben ajustarse a las disposiciones contenidas en dicha norma.

Se consulta: es necesario que una Institución no Oficial constituida como Corporación sin ánimo de lucro antes de la vigencia del Decreto 80 de 1980, defina expresamente su carácter de entidad de utilidad común mediante una reforma estatutaria, o se entiende que por tener las normas del Decreto 80 de 1980 un carácter imperativo y de vigencia general inmediata, los estatutos de las personas jurídicas de educación superior resultan de plano modificados por este contenido normativo?

Podría entenderse que el carácter de utilidad común se deriva del objeto educativo que desarrolla y el fin para el cual fue creada; razón por la cual no es necesario expresar tal carácter en sus estatutos?

2º El Decreto 54 de 1974 define y precisa de manera general los alcances de la inspección y vigilancia sobre las instituciones de utilidad común y en el artículo 8º faculta al Presidente de la República para decretar o pedir la separación del representante legal de tales instituciones cuando violen sus estatutos o reglamentos y las normas legales.

Por otra parte, el Decreto 1647 de 1983, determinó las reglas de inspección y vigilancia a aplicar a las instituciones de educación superior tanto por su carácter académico como de instituciones de utilidad común.

Se consulta: En lo no previsto en el Decreto 1647 de 1983, podrían aplicarse las disposiciones del Decreto 54 de 1974 y en especial el artículo 8º del mismo y en tal evento a quién le correspondería reemplazar al representante legal?

La Sala considera y responde

1º) El artículo 44 de la Constitución prescribe que "es permitido formar compañías, asociaciones y fundaciones que no sean contrarias a la moral o al orden legal" y que "las asociaciones y fundaciones pueden obtener su reconocimiento como personas jurídicas".

Las corporaciones y las fundaciones tienen en común que carecen de ánimo de lucro, pero se diferencian en que, mientras las primeras son asociaciones con exclusiva finalidad cultural o de beneficiencia, las segundas provienen de la afectación o "predestinación de bienes a fines culturales o sociales". El artículo 120, ordinal 19, de la Constitución se refiere a éstas, entendidas como instituciones de utilidad común, a fin de que el Presidente ejerza la inspección y vigilancia de las mismas "para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas, y que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores". Nótese que el precepto constitucional transcrito, al hacer referencia a "la voluntad de los fundadores", claramente significa que las "instituciones de utilidad común" corresponden a las denominadas fundaciones.

2º) El artículo 139 del Decreto Ley 80 de 1980 dispone que "las instituciones no oficiales de educación superior deben ser personas jurídicas de utilidad común, sin ánimo de lucro, organizadas como corporaciones o como fundaciones". No obstante que este precepto contempla la posibilidad de que estas entidades puedan ser organizadas como corporaciones o como fundaciones, su finalidad consiste en que sean *instituciones de utilidad común*, entendidas en el sentido que tiene el artículo 120, ordinal 19 de la Constitución. De ahí que el inciso 2º prescriba, en forma de no dejar ninguna duda, que la falta de ánimo de lucro "no impide que dichas instituciones puedan adelantar operaciones económicas destinadas a incrementar y a conservar sus rentas, *de conformidad con lo previsto en el ordinal 19 del artículo 120 de la Constitución Política* (la Sala subraya). De manera que las instituciones no oficiales de educación superior, a que se refiere el artículo 139 del Decreto Ley 80 de 1980, deben ser instituciones de utilidad común, organizadas como fundaciones.

3º) Las instituciones no oficiales de educación superior, constituidas como asociaciones o corporaciones, deben transformarse en fundaciones, para que devengan en instituciones de utilidad común, conforme a lo prescrito por el artículo 139 del Decreto Ley 80 de 1980. Este es el sentido del artículo 152 del mismo estatuto, declarado exequible por sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia el 14 de junio de 1981, en cuanto dispone que "las instituciones no oficiales que en la actualidad estén autorizadas para adelantar programas que de acuerdo con el presente decreto son de educación superior y no se ajusten a las disposiciones en él contenidas, deberán ajustarse a ellas" y que "mientras no den cumplimiento a lo anterior no se podrá autorizar el funcionamiento de nuevos programas, ni aprobar los existentes, ni prorrogar las actuales autorizaciones". La transformación o conversión implica un acto de voluntad de los fundadores, quienes libremente pueden o no acogerse a lo prescrito por el Decreto Ley 80 de 1980, pero si no efectúan la transformación que este estatuto exige, la institución no podría obtener, entre otros derechos, las autorizaciones, aprobaciones y prórrogas a que se refiere el artículo 152 del Decreto Ley 80 de 1980. De manera que la conversión no se produce *ipso jure,* al entrar en vigencia el Decreto Ley 80 de 1980, sino que requiere la voluntad de los miembros de la corporación o asociación de constituir la fundación, mediante la afectación del patrimonio de la corporación a una finalidad cultural, sin ánimo de lucro, y el reconocimiento de personería jurídica.

4º) Del mismo modo, puesto que el artículo 139 del Decreto Ley 80 de 1980 dispone que las instituciones no oficiales de educación superior deben ser de utilidad común, esta calidad no se deduce del mero "objeto educativo", sino de sus estatutos específicos, que demuestren claramente que se trata de una fundación, a causa de que se afectó un determinado patrimonio al cumplimiento de una finalidad cultural, sin ánimo de lucro.

5º) Los artículos 1º y 2º del Decreto 1647 de 1983, expedido por el Gobierno nacional, delegan en el Ministro de Educación la inspección y vigilancia de las instituciones oficiales y privadas de enseñanza superior y autorizan al Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior, conforme a lo dispuesto por los artículos 140 y 142 del Decreto Ley 80 de 1980, para practicarles visitas y pedirles los informes y documentos que considere necesarios. El artículo 3º del mismo estatuto también faculta, en caso de inobservancia o desconocimiento de las disposiciones legales pertinentes, para imponerles las sanciones prescritas por los artículos 184 y 185 del Decreto Ley 80 de 1980. El primero de los mencionados preceptos señala las sanciones que se les pueden imponer, sin perjuicio de las "que en ejercicio de sus facultades constitucionales establezca el Presidente de la República". Por consiguiente, el artículo 8º del Decreto número 54 de 1974, que hace parte del estatuto básico para la inspección y vigilancia de las instituciones de utilidad común, es compatible y puede aplicarse a las que estén dedicadas a la enseñanza superior. De manera que si el representante o los representantes de éstas han infringido los estatutos, las leyes y demás actos relativos a la institución, "el Presidente podrá decretar o pedir su separación". Esta conclusión también se deduce del aparte final del precepto que se comenta, en cuanto dispone

que el Presidente puede adoptar cualquiera de las medidas indicadas "sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar conforme a la ley".

6º) Si el Presidente decreta la separación del representante legal de una institución de utilidad común o pide que se la disponga, la junta o consejo directivo de la misma, según los estatutos, debe satisfacer, en el último caso, la petición presidencial, y en todos ellos le corresponde designar el reemplazo del representante legal que sea relevado de sus funciones.

Transcríbase al señor Ministro de Educación en copia auténtica.

Jaime Betancur Cuartas (Presidente de la Sala), *Osvaldo Abello Noguera Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

Clara Stella Ramos S., Secretaria.

MONUMENTO MUEBLE NACIONAL QUE PERTENECE A UNA PERSONA. — Se trata de una propiedad privada pero sujeta a un régimen de derecho público prevaleciente en atención a su naturaleza o finalidad. Relación de dominio del particular. Regulación legal en diversos aspectos.

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., octubre tres de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctor Jaime Paredes Tamayo*)

Referencia: Consulta Radicación Nº 1969.

El Señor Ministro de Educación Nacional pide a la Sala su concepto sobre la consulta que a continuación se transcribe:

"1. La Ley 14 de 1935 autorizó adherir al 'Tratado sobre la protección de muebles de valor histórico', documentos que define en su artículo 1º lo que debe entenderse como monumentos muebles, incluyendo 'todas las piezas recordatorias que tengan valor histórico o artístico' ".

2. La Ley 163 de 1959, dicta medidas sobre "defensa y conservación del patrimonio histórico, artístico y monumentos públicos de la Nación", incluyendo dentro de dicho patrimonio histórico no sólo los bienes definidos en la citada Ley 14 de 1936 sino algunas zonas del territorio.

3. El Decreto 434 de 1967 reitera la prohibición de exportar bienes que forman parte del patrimonio histórico y califica como contrabando su salida sin cumplir los requisitos pertinentes, entre los que se encuentra el permiso previo del Consejo de Monumentos Nacionales.

4. El Decreto 264 de 1963 reglamenta algunos aspectos de la Ley 163 de 1959 sobre defensa y conservación del patrimonio histórico, reiterando la exigencia del permiso del Consejo de Monumentos Nacionales para sacar o exportar del país elementos de los especificados en la Ley 163 de 1959.

5. Se produce la salida del país de un bien calificado como del patrimonio histórico y cultural, sin el cumplimiento de los requisitos exigidos, como es, entre otros, el permiso del Consejo de Monumentos Nacionales.

6. El bien es incautado por Aduana Extranjera de un país que no suscribió el Tratado a que se refiere la Ley 14 de 1936.

Consulta

1. Por ser el país receptor, y actual tenedor del bien, no firmante del Tratado, Colombia carece de recursos jurídicos para hacer que el

bien objeto de la situación planteada sea devuelto al país?. No puede hacer valer sus derechos consagrados y reconocidos en la Séptima Conferencia Internacional Americana?. (Ley 14 de 1936).

2. Puede estimarse que Colombia al legislar sobre esta clase de bienes:

a. Creó un derecho especial de dominio, distinto al previsto en el artículo 665 del C. C. y concordantes, en cuanto despojó ese derecho de algunos atributos como el de su libre enajenación para el exterior y el de modificar la estructura y naturaleza de la cosa, de tal manera que pudiera hablarse de un derecho de propiedad de carácter o de interés público?.

b. Sobre el supuesto anterior, puede Colombia hacer valer ese derecho de propiedad de carácter público o de interés público, a fin de que un gobierno extranjero, no asignatario del Tratado, sea obligado por virtud de normas más generales de relaciones interestatales a disponer que el bien de que se trata sea repatriado?".

Consideraciones de la Sala

Puesto que la calificación como monumento mueble nacional de un objeto perteneciente a una persona, no tiene la virtud de expropiarlo ni despoja a su dueño del atributo clave de su derecho como es el de disponer libremente del mismo, cabe afirmar que se trata de una propiedad privada pero sujeta a un régimen de derecho público prevaleciente en atención a su naturaleza o finalidad.

Dado el contexto mismo de la ley, se entiende que la relación de dominio del particular está reconocida expresamente, por cuanto el artículo 9º Ley 14 de 1936, faculta al Consejo de Monumentos Nacionales para comprar hallazgos de interés o para expropiarlos mediante los trámites legales, el 10 faculta a la Nación para adquirir el monumento mueble que pertenezca a un particular mediante compra, o para expropiarlo; el artículo 32, relativo específicamente a archivos, libros, manuscritos y documentos, contiene la misma facultad "... en caso de que el propietario los ofreciere en venta; pero podrán ser expropiados por el Estado, previa la declaración de utilidad pública, y siguiendo al efecto los trámites sobre la materia"; el artículo 33, por último, otorga exención del impuesto de donaciones y derecho a deducir el precio de estas del impuesto de renta y patrimonio a quien haga cesión de monumentos u objetos comprendidos en la ley en favor del Estado o de Museos o instituciones de carácter científico o cultural.

Concretamente, la exportación de tales objetos la permite la ley, previo cumplimiento de requisitos establecidos por el artículo 9º, de lo cual se infiere también que quien la hace puede libremente disponer de ellos, bien en su propio nombre o en el de quien, como dueño, represente.

Ahora bien, el libre ejercicio de tal facultad puede estar restringido por motivos de interés público o intereses colectivos como son la defensa y conservación del patrimonio histórico y artístico de la Nación y las de sus monumentos públicos. Constituyen restricciones, al efecto, las establecidas por los artículos 9º, 11, 15, 16, 18, 19, 32 y

34 de la Ley 163 de 1959, como las que en desarrollo de estos establecen los artículos 3º, 4º, 8º, 9º 10 y siguientes, 17, 19, 20 y 26 del Decreto Reglamentario Nº 264 de 1963.

Por ejemplo, el artículo 11 estatuye que "toda persona o entidad que tuviere en su poder o bajo su guarda monumentos, documentos, archivos u objetos de los comprendidos en la Ley 163 de 1959 y sus decretos reglamentarios, deberá registrarlos en las oficinas del Consejo de Monumentos Nacionales, por intermedio del personal especializado de esta entidad. Igualmente dará aviso inmediato a dicho Consejo del traspaso de dominio que haga de tales monumentos u objetos, traspaso que deberá hacerse constar en documento en que el adquirente se comprometa a no sacar o exportar del país sin previa licencia del Consejo de Monumentos Nacionales, los objetos que adquiera".

Y conforme al artículo 12 "el permiso del Consejo de Monumentos Nacionales para sacar o exportar del país elementos de los especificados, en el artículo 9º de la Ley 163 de 1959, deberá presentarse a la Aduana correspondiente. La omisión de esta formalidad hace decomisable el objeto por las autoridades aduaneras, las cuales lo pondrán a disposición del Consejo de Monumentos Nacionales para que este indique el museo al cual deba destinarse".

En general, para los efectos de importación y exportación de los elementos considerados como monumentos muebles, el Gobierno de Colombia se atiene a lo dispuesto en los Arts. 2º a 7º del Tratado celebrado entre las repúblicas americanas sobre protección y preservación de monumentos muebles de valor histórico, ratificado en virtud de la Ley 14 de 1936. De ahí las referencias que a dicho Tratado y a esta ley hacen los artículos 7º 9º y 29 de la Ley 163 de 1959, en especial, y la del último, concebida así:

"La exportación clandestina de monumentos, archivos, documentos y objetos comprendidos en esta ley, fuera del decomiso, será castigada con multas cuya cuantía será fijada por el Consejo de Monumentos Nacionales según el valor artístico o histórico de los objetos que se pretenda sacar del país. Si burlada la vigilancia aduanera la exportación clandestina se llevare a efecto, el Consejo hará por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores las gestiones del caso para conseguir la devolución de dichos objetos, con base en lo dispuesto sobre el particular en las convenciones internacionales suscritas por Colombia en relación con el patrimonio artístico, histórico y arqueológico de los países signatarios de tales pactos".

La hipótesis prevista por la norma transcrita corresponde a la situación planteada en la consulta y correspondería a la aplicación 'del Tratado ratificado por la Ley 14 de 1936, Si el Estado que decomisó el monumento, objeto de exportación ilícita, lo hubiera suscrito, pues tal decomiso está previsto por el artículo 5º del Tratado, como lo está la facultad del país signatario de solicitar la devolución del objeto decomisado al gobierno del otro país, para que proceda a efectuarla.

Esta obligación, no exigible, como tal, de un país que no ratificó el convenio, no excluiría, en todo caso, las facultades del Gobierno de Colombia de dirigirse por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores, al gobierno del país a donde fue exportado el monumento,

si este de todos modos se considera objeto de exportación ilícita, relacionado con la perpetración del delito de contrabando, conectado ineludiblemente con la administración de justicia en materia penal.

Las relaciones con autoridades de países extranjeros, conectadas con la administración de justicia en materia penal, están sometidas a su vez, a las convenciones y los usos internacionales, o, en defecto de estos, a los artículos 730 y 731 del Código de Procedimiento Penal.

En gracia del decomiso del monumento que las autoridades aduaneras de Colombia omitieron, pero por fortuna practicaron las del país a donde llegó ilícitamente, puede prosperar la solicitud de su devolución si con este fín se cumplió el decomiso por aquellas. Podría así cumplirse en Colombia el decomiso original y destinarse el monumento al museo que indique el Consejo de Monumentos Nacionales, de conformidad con el artículo 12 del Decreto 264 de 1963. Desde luego la solicitud de devolución se fundaría en el carácter decomisable del monumento según la legislación interna del país, porque al perder el particular su derecho en virtud de la exportación ilícita el bien entró al patrimonio de la Nación en virtud de terminantes y perentorias normas de orden público. De acuerdo con la misma legislación ese bien que pertenece así al patrimonio histórico del país, debe destinarse al uso de todos los habitantes.

Finalmente, la Sala considera que se debe investigar y sancionar la conducta de los funcionarios que hicieron posible esta exportación ilegal.

En los anteriores términos se absuelve la consulta del Señor Ministro de Educación Nacional.

Jaime Paredes Tamayo (Presidente de la Sala, Encargado), *Osvaldo Abello Noguera, Jaime Betancur Cuartas* (Ausente con excusa legal), *Humberto Mora Osejo.*

Clara Stella Ramos S., Secretaria.

PERSONAL DOCENTE. VACACIONES. — (*Decreto Ley* 80 *de* 1980. *Artículo* 101 *letra k*).
Los docentes tienen derecho a 30 *días de vacaciones, quince que comprenden días hábiles e inhábiles y otros* 15 *exclusivamente hábiles. PLAZOS DE DIAS.* — *Artículo* 62 *C.R.P.M. Excepción. Art.* 101 *del Decreto Ley* 80 *de* 1980. *¿Cuándo deben concederse las vacaciones? Interrupción* (*Artículo* 15 *del Decreto* 1045 *de* 1978). *Compensación en dinero.* (*Artículo* 17 *del Decreto* 1045 *de* 1978). *PRIMA DE VACACIONES.* — *Reconocimiento.* (*Artículo* 24 *del Decreto* 1045 *de* 1978). *Cuantía equivalente.*

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., octubre cuatro de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo*).

Referencia: Consulta 3431. Radicación Nº 1954.

Se absuelve la consulta que el señor Ministro de Educación Nacional hace a la Sala en los siguientes términos textuales:

En mi calidad de Ministro de Educación Nacional y en ejercicio de la facultad conferida por el artículo 141 de la Constitución Nacional, respetuosamente solicito a esa Honorable Sala emitir concepto sobre los aspectos que señalaré en la parte final de este oficio y que son motivo de inquietud en varios organismos oficiales, entre ellos la Universidad Pedagógica Nacional.

Como antecedentes de la consulta me permito anotar los siguientes:

1. El Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias que le fueron conferidas por la Ley 8 de 1979 expidió el Decreto número 80 de 1980, "Por el cual se organiza el Sistema de Educación Post-secundaria".

2. En el artículo 101 del prenombrado estatuto se estableció, entre los derechos del personal docente de las instituciones oficiales, el de disfrutar de vacaciones, en texto correspondiente al literal k) publicado en el "Diario Oficial número 35.465 del martes 26 de febrero de 1980, página 636, que no corresponde exactamente al del original. Así, la versión del "Diario Oficial" dice: "Disfrutar de treinta (30) días de vacaciones al año. De los cuales quince (15) serán días hábiles". Mientras que el texto original es el siguiente: "Disfrutar de treinta (30) días de vacaciones al año. De los cuales quince (15) serán días hábiles". Como puede apreciarse fácilmente se varió la puntuación del texto original en la publicación hecha por el "Diario Oficial". (Se anexan fotocopias).

3. El mencionado texto del original del Decreto en cita fue reproducido como literal k) del artículo 50 del Acuerdo Nº 065 de 1982 expedido por el Consejo Superior de la Universidad Pedagógica Nacional sobre adopción del reglamento para su personal docente, y aprobado por el Decreto del Gobierno Nacional número 2331 del 2 de agosto de 1982 y publicado textualmente en el "Diario Oficial" Nº 36.089 del 2 de septiembre del mismo año.

4. Tanto por la redacción empleada en dicho literal k) como por la forma como apareció publicado en el "Diario Oficial", se han presentado diversas interpretaciones del Decreto número 80 de 1980 en cuanto al número de días consagrado en la ley y respecto al significado de la segunda parte del literal. Esto ha creado alguna confusión y diversas formas de aplicación de la norma en comento en las universidades oficiales. A esto se suma la dificultad para establecer el número de días que quedan comprendidos en las vacaciones, para efectos de su pago en dinero, cuando se dan para ello las causales previstas en la ley.

5. Las diversas opiniones se pueden resumir así: a) Que son treinta días de vacaciones en total —regla— en los cuales están comprendidos (15) días hábiles —excepción— (artículo 31 C. C. y 62 del C. de R. P. y M.). b) Que son quince (15) días ordinarios a los cuales hay que sumar quince (15) días hábiles, para completar los treinta (30) de que habla el literal, c) Que son quince (15) días hábiles a los cuales hay que sumar quince (15) ordinarios, para completar los treinta *ibídem.*

6. La Universidad Pedagógica Nacional viene concediendo a su personal docente treinta (30) días calendario de vacaciones por cada año de servicio.

7. Por último es conveniente agregar que la Universidad Pedagógica Nacional concede una prima de vacaciones al personal docente del nivel universitario, decretada por los Acuerdos del Consejo Superior Nºs 52 y 172 de 1975, similar a la que por el artículo 13 del Decreto Ley Nº 230 de 1975 fue establecida para los empleados públicos no docentes. (Se anexan fotocopias).

En vista de los anteriores antecedentes consulto el ilustrado criterio de la honorable Sala sobre lo siguiente:

a. Cuál sería la recta interpretación que debe darse al literal k) del artículo 101 del Decreto Nº 80 de 1980, respecto a la duración de las vacaciones del personal docente universitario?

b. Qué quiso significar el legislador al preceptuar que quince de los treinta días de vacaciones son hábiles?

c. Cuál es el tiempo que debe tomarse como base para el pago de las vacaciones en dinero, en los casos autorizados por la ley, cuando no es posible su disfrute en tiempo?

d. Tiene derecho el personal docente de la Universidad Pedagógica Nacional a la prima de vacaciones?

La Sala considera y responde

1º) El artículo 101 letra k), del Decreto Ley 80 de 1980 prescribe que el personal docente tiene, entre otros derechos, el de "disfrutar de (30) días de vacaciones al año, de los cuales quince (15) serán días hábiles". Este precepto, tal como fue promulgado, no separa con un punto la parte en que reconoce el derecho a vacaciones por el lapso de treinta días y la que dispone que de ellos quince días deben ser hábiles.

Pero la Sala considera que la disposición, con la indicada separación o sin ella, significa que los docentes tienen derecho a treinta días de vacaciones, quince que comprendan días hábiles e inhábiles y otros quince exclusivamente hábiles. Por consiguiente, el aspecto que plantea el enunciado de la consulta, relativo a la redacción de la norma, jurídicamente es irrelevante: aunque la disposición hubiera separado con punto los dos aspectos del precepto, también tendría el significado indicado.

2º) Es cierto que el artículo 62 del C. de R. P. y M. (Ley 4ª de 1913) prescribe que "en los plazos de días que se señalan en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes"; pero el mismo precepto deja a salvo la posibilidad de que la ley disponga lo contrario.

En este caso, del contexto del Art. 101, letra k), del Decreto Ley 80 de 1980 se deduce claramente que quince de los treinta días de vacaciones deben ser hábiles, mientras que los otros quince comprenden días hábiles e inhábiles. Se trata de un precepto legal, por haber sido expedido por el Gobierno en ejercicio de facultades extraordinarias, que constituye una excepción parcial a lo prescrito, como regla general, por el artículo 62 del C. de R. P. y M.

3º) Si las vacaciones comprenden quince días ordinarios más otros quince hábiles, el orden en que se cuenten éstos o aquellos tampoco es relevante. Lo importante es notar que los quince días ordinarios comprenden los hábiles y los feriados y de vacancia y que los otros quince, por ser hábiles, excluyen a éstos. Es también lo que se deduce del sentido natural y obvio del artículo 101, letra k), del Decreto Ley 80 de 1980.

4º) Por los demás, las vacaciones del personal docente de las instituciones oficiales de enseñanza superior de carácter nacional, como la Universidad Pedagógica Nacional, en todo lo no regulado por disposiciones especiales, se rigen por los artículos 8º a 23 del Decreto Ley 1045 de 1978 que es aplicable, en otras entidades, a los establecimientos públicos nacionales.

Las vacaciones, en principio, deben concederse en la oportunidad y por el plazo que prescriba la ley, salvo cuando se interrumpan por cualquiera de las causales enumeradas por el artículo 15 del Decreto Ley 1045 de 1978: en este caso, hay derecho a disfrutar de vacaciones por el tiempo que falte. Pero los encargados de conceder las vacaciones no pueden fraccionarlas a su arbitrio.

5º) El artículo 20 del Decreto Ley 1045 de 1978 señala los casos en los cuales las vacaciones pueden compensarse en dinero. El valor

de las vacaciones que se compensen debe determinarse teniendo en cuenta los factores salariales, prescritos por el artículo 17 del Decreto Ley 1045 de 1978, devengados por el docente en la fecha en que sea reconocido.

6º) El artículo 24 del Decreto 1045 de 1978 reconoce la prima de vacaciones en cuantía equivalente "a quince días de salario por cada año de servicio". Además el precepto expresamente dispone que la prima de vacaciones, creada por los Decretos 174 y 230 de 1975, se continuará reconociendo. Por consiguiente, las primas de vacaciones que fueran reconocidas con base en los dos mencionados decretos, como la que se menciona en el texto de la consulta, subsisten de conformidad con lo dispuesto por el artículo 24 del Decreto Ley 1045 de 1978.

Transcríbase al señor Ministro de Educación Nacional en copia auténtica.

Jaime Betancur Cuartas (Presidente de la Sala, Ausente con excusa legal), *Osvaldo Abello Noguera, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

Clara Stella Ramos S., Secretaria.

ESTUDIANTES DE INGENIERIA Y ARQUITECTURA. VINCULACION AL MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS. — Tienen la calidad de empleados del Ministerio.

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., octubre veinticinco de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo*)

Referencia: Consulta 3432. Radicación Nº 1975.

Se absuelve la consulta que el señor Ministro de Obras Públicas hace a la Sala en los siguientes términos textuales:

Con fundamento en el artículo 141 de la Constitución Política, en procura de obtener su concepto con el fin de aclarar la situación jurídica de personas que han sido vinculadas hasta la fecha como Estudiantes de Ingeniería y Arquitectura en Práctica, me permito exponer los siguientes hechos:

I. Mediante Decreto 1641 de 1948 se estableció que el personal requerido para laborar en las Zonas de Carreteras y en Edificios Nacionales, serían designados por Decreto Ejecutivo o por resolución emanada del Ministerio de Obras Públicas y que el personal administrativo se fijaría por Decreto.

El Decreto 2773 de 1946 aclaró el Decreto anterior en el sentido de que como las facultades de Ingeniería y Arquitectura obligan a una práctica a sus Estudiantes se encontraba procedente dar la misma en los organismos o dependencias gubernamentales, por tal razón se autorizaba al Ministerio de Obras Públicas y Transporte para emplear en las obras de su dependencia a Estudiantes, haciendolos figurar en planillas de jornales como Estudiantes de Ingeniería y Arquitectura.

II. Por Resoluciones Ministeriales: 2508 del 10 de agosto de 1959, 1987 del 17 de octubre de 1968, 7602, del 7 de noviembre de 1976, 2955 del 12 de abril de 1977, 3869 del 6 de mayo 1977, 3395 del 28 de abril de 1978, 5866 de julio 21 de 1978, 7838 de septiembre 19 del mismo año, 5818 del 3 de julio de 1979, 7701 del 11 de agosto de 1980, 1722 del 6 de marzo de 1981 y 718 del 5 de febrero de 1982, de las cuales hago llegar copia junto con los Decretos citados al principio, se reglamentó el empleo de los Estudiantes de Ingienería y Arquitectura en Práctica estableciendo al efecto categorías con sus asignaciones (en algunos casos se habla de jornal y en otros de salario), su régimen disciplinario y sus prestaciones.

III. De las disposiciones anotadas anteriormente se pueden precisar los siguientes aspectos:

a. Mediante Decretos, fue facultado el Ministerio para emplear Estudiantes de Ingeniería y Arquitectura en Práctica.

b. Que estos Estudiantes ingresan a la administración por resolución, es decir, se vinculan a la actividad del Estado con la misma modalidad de un Empleado Público.

c. Se les paga mediante jornal, modalidad esta establecida para los Trabajadores Oficiales.

d. Mediante resoluciones internas del Ministerio, se les hizo extensivo el régimen prestacional y disciplinario de los Empleados Públicos.

e. El empleo de Estudiantes de Ingeniería y Arquitectura en Práctica no está consagrado dentro del escalafón de los Trabajadores Oficiales del Ministerio, ni mucho menos se encuentra establecido en la planta de personal de los Empleados Públicos de la entidad y, por tanto, ha estado fuera de la nomenclatura del Decreto 1042 de 1978, por lo que, con fundamento en lo anterior se consulta:

1) Pueden considerarse vigentes los Decretos 1641 del 17 de Mayo de 1948 y 02773 del 11 de agosto del mismo año que aclaró el anterior, como normas de carácter especial dictadas para el Ministerio de Obras Públicas y, consiguientemente, que los empleos de Estudiantes de Ingeniería y Arquitectura en Práctica tienen fundamento legal?

2) En el caso de que se considere que estas disposiciones ya no rigen y, por tanto, tales cargos no tienen base legal, cual sería el procedimiento que debe seguirse para corregir tal situación; podría el Ministerio prescindir de tales Estudiantes?

3) Cualquiera que sea la respuesta a los interrogantes anteriores, cómo pueden considerarse a estos servidores frente a las previsiones del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, como Empleados Públicos o como trabajadores Oficiales?

La Sala considera y responde

1º) El artículo 5º del Decreto Ley 3135 de 1968, en perfecta armonía con el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, prescribe que las personas que "prestan servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos", pero que los "trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales". De manera que, según el precepto transcrito, por regla general, las personas vinculadas al servicio de los Ministerios, como el de Obras Públicas, son empleados públicos. Sólo excepcionalmente en esas dependencias existen trabajadores oficiales, es decir personas vinculadas por contrato de trabajo, real o ficto, sobre la base de considerar que quienes laboren en la construcción y en el sostenimiento de obras públicas, como trabajadores manuales se asimilan a los trabajadores particulares vinculados por contrato de trabajo. Se trata de una excepción que, como todas que existen en derecho, es de restrictiva interpretación.

2º) Los estudiantes de Ingeniería y Arquitectura que se vinculan al Ministerio de Obras Públicas, con el objeto de hacer las prácticas propias de su carrera y cumplir requisitos académicos, prestan los servicios de su especialidad, según el grado de conocimientos adquiridos, como asistentes o auxiliares de los Ingenieros y Arquitectos que dirigen las obras que adelanta el mismo Ministerio. Por consiguiente, de acuerdo con el artículo 5º del Decreto Ley 3135 de 1968, no pueden ser considerados como trabajadores oficiales, sino como empleados, conforme a la regla general que prescribe. La forma de pago de la remuneración general que prescribe. La forma de pago de la remuneración y la denominación que se le dé no son relevantes como criterios para distinguir los empleados de los trabajadores oficiales del Ministerio de Obras Públicas: lo esencial consiste en verificar si los estudiantes de Ingeniería y Arquitectura cumplen o nó tareas propias de su profesión o si simplemente laboran como obreros en la construcción o sostenimiento de obras públicas. Como la finalidad de las prácticas consiste en que apliquen y acendren sus conocimientos teóricos con la práctica de la Ingeniería y de la Arquitectura, es evidente que no son obreros de la construcción o sostenimiento de obras públicas, sino empleados que, como los ingenieros y arquitectos realizan trabajos calificados o técnicos en el Ministerio de Obras Públicas.

3º) Los decretos y resoluciones del Ministerio de Obras Públicas que actualmente regulan la vinculación de estudiantes de Ingeniería y Arquitectura al mismo Ministerio, no obstante los equívocos a que se han prestado algunos de estos actos, también se orientan por el criterio expuesto.

4º) El artículo 83 del Decreto Ley 1042 de 1978 contempla la posibilidad de que existan supernumerarios, con la finalidad que el mismo precepto prescribe; pero, por una parte, estos funcionarios *son empleados* que sustituyen transitoriamente a los titulares o que desarrollan actividades temporales; además, los estudiantes de Ingeniería y Arquitectura que se vinculan al Ministerio de Obras Públicas, según la Resolución Nº 5866 del 21 de julio de 1979, tienen un período de duración en sus cargos y la posibilidad, al terminar sus estudios, de ser designados en empleos que deban ser desempeñados por ingenieros o arquitectos. De donde se concluye que subsiste actualmente la posibilidad de designar a los estudiantes de Ingeniería y Arquitectura en cargos del Ministerio de Obras Públicas y que como tales son, no supernumerarios sino simples empleados del Ministerio de Obras Públicas.

Transcríbase al señor Ministro de Obras Públicas en copia auténtica.

Jaime Betancur Cuartas (Presidente de la Sala), *Osvaldo Abello Noguera, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

Clara Stella Ramos S., Secretaria.

INVESTIGACIONES DISCIPLINARIAS EN LOS INSTITUTOS OFICIALES. APLICABILIDAD DE LA LEY 25 DE 1974. — Debe interpretarse en el sentido de que atribuye la vigilancia de los empleados a la Procuraduría General de la Nación, lo que también se colige del conjunto de sus disposiciones. Desde el punto de vista Constitucional al Ministerio Público incumbe la vigilancia de la conducta oficial de los "Empleados Públicos" no la de los trabajadores oficiales a los cuales no se refiere la constitución.

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., julio siete de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo).

Referencia: Consulta 3623. Radicación: 1902.

Se absuelve la consulta que el señor Ministro de Agricultura hace a la Sala en los siguientes términos textuales:

"En mi condición de Ministro de Agricultura comedidamente solicito a esa Corporación emitir concepto sobre la aplicabilidad al Banco Cafetero y a otras entidades de similar naturaleza jurídica, de la Ley 25 de 1974, orgánica del Ministerio Público, en cuyo artículo 23 se autoriza a dicho Ministerio para adelantar investigaciones disciplinarias en los Institutos oficiales.

"El Banco Cafetero es una Empresa Industrial y Comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Agricultura, según lo dispone el artículo 1º del Decreto 886 de 1969; pero la actividad profesional del Banco se encuentra regulada por el derecho privado, según el artículo 6º del Decreto Ley 1050 de 1968 y sus servidores ostentan la categoría de trabajadores oficiales, vinculados por contrato de trabajo, con la única excepción del Gerente General, quien es Agente directo del Presidente de la República, siendo él, por lo tanto, el único empleado público.

Es factible sostener que la Ley 25 de 1974 sólo se aplica a quienes prestan servicios al Estado mediante una situación legal o reglamentaria, como cabe deducirlo del texto en conjunto y en especial de lo preceptuado en su artículo 14, cuando enuncia la clase de sanciones disciplinarias a que podrán hacerse acreedores "los empleados oficiales". Aquellas entidades que, como el Banco Cafetero, tienen establecido el régimen de sanciones consagrado en la legislación laboral y en las convenciones colectivas de trabajo, a más de regirse por el Reglamento interno debidamente aprobado por el Ministerio de Trabajo, se verán en imposibilidad de dar cumplimiento a las disposiciones dirigidas a la otra clase de servidores públicos, por cuanto, de

hacerlo, se estaría desconociendo lo pactado en las convenciones colectivas y contrariando su propia reglamentación.

"Por otro lado, el mismo artículo 23 de la citada ley, establece que la Procuraduría General de la Nación puede en cualquier momento decidir adelantar las acciones disciplinarias excluyendo el organismo administrativo, para que continúe su diligenciamiento. Esto sería ostensiblemente violatorio de las convenciones colectivas de trabajo celebradas entre el Sindicato y el Banco Cafetero así como de los laudos arbitrales aplicables al mismo, en donde expresamente se establece que para cancelar un contrato de trabajo por justa causa, la empresa está obligada a formar un grupo de trabajo y el empleado debe ser previamente oído en descargos con la presencia de dos miembros de las Directivas del Sindicato, quienes lo asistirán en su defensa.

"No sobra advertir que las sanciones y el régimen disciplinario que por ley es aplicable a los empleados del Banco Cafetero, son muy distintas a las que contempla la Ley 25 de 1974, o el Decreto Ley 2400 de 1968, bastaría con citar solamente el hecho de que los empleados del Banco Cafetero, con excepción del Gerente General, no se les puede aplicar la llamada destitución del cargo sino la terminación del contrato de trabajo por justa causa, teniendo en consideración que las justas causas aplicables en el Banco Cafetero son las que contempla su Reglamento de Trabajo y las señaladas en el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, el cual fue incorporado expresamente a la Convención Colectiva celebrada en el año de 1972".

La Sala considera y responde

1º) Según el artículo 143 de la Constitución, corresponde a los funcionarios del Ministerio Público, entre otras atribuciones, "supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos". El artículo 5º del Decreto Ley 3135 de 1968 distingue, para los efectos de las personas que prestan servicios a entidades administrativas de carácter nacional, entre empleados públicos y trabajadores oficiales, los primeros, vinculados por nombramiento o elección, se encuentran en situación jurídica general o reglamentaria, mientras que los segundos se rigen por contratos de trabajo. En la administración nacional y en los establecimientos públicos nacionales, en principio, las personas vinculadas a su servicio son empleados, salvo quienes trabajen en la construcción o el mantenimiento de obras públicas, que por definición son contratistas o trabajadores oficiales. En las empresas industriales y comerciales del Estado el régimen jurídico es inverso: por regla general las personas que trabajan en ellas son trabajadores oficiales, excepcionalmente, por desempeñar cargos de dirección o confianza, empleados públicos. El artículo 2º del Decreto Ley 3074 de 1968 al efecto prescribe que empleo es "el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural" y empleado "la persona nombrada para ejercer un empleo", lo que destaca el carácter estatutario de éste, en oposición al contratista de trabajo, que realiza su labor, mediante una remuneración, bajo la continua dependencia del patrono (artículo 1º de la Ley 6ª de 1945). En este contexto legislativo, el artículo 1º del Decreto Reglamentario 1848 de 1969 denomina genéricamente "empleados oficiales" a las personas vinculadas

"a la Administración Pública Nacional por una relación legal o reglamentaria o por un contrato de trabajo".

2º) De lo expuesto se deduce, en primer término, que desde el punto de vista constitucional al Ministerio Público incumbe la vigilancia de "la conducta oficial de los empleados públicos", no la de los trabajadores oficiales, a los cuales no se refiere la Constitución. Además, los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968 prescriben el régimen disciplinario de los *empleados* administrativos nacionales y las sanciones que se les puede imponer, no se ocupan de los trabajadores oficiales porque su vinculación a la Administración es contractual y porque las empresas industriales y comerciales del Estado actúan, por regla general, por procedimiento de derecho privado, sólo excepcionalmente de derecho público.

3º) El contrato de trabajo de los trabajadores oficiales se rige, en el orden nacional, por el Decreto Ley 3135 de 1968 y por el Decreto Reglamentario 1848 de 1969, como también por las normas complementarias de la Ley 6ª y del Decreto Reglamentario 2127 de 1945. Las disposiciones relativas al derecho colectivo del Código Sustantivo del Trabajo son aplicables a los trabajadores oficiales, como las del Decreto Ley 1045 de 1978, que determina alguna de las prestaciones sociales mínimas, que pueden ser mejoradas mediante convención colectiva del trabajo (artículos 3º y 4º *ibídem*).

La Ley 6ª y el Decreto 2127 de 1945 contemplan la existencia del reglamento de trabajo para los trabajadores oficiales, que debe someterse a la aprobación del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, para regular las relaciones con el patrono, en ellas comprendidas las sanciones disciplinarias. Lo que excluye la posibilidad de aplicar a los trabajadores oficiales el régimen disciplinario de los empleados administrativos nacionales; pues, mientras aquéllos, como contratistas, se encuentran *en relación de coordinación* con *el patrono;* éstos, por su situación estatutaria, *están subordinados a sus superiores jerárquicos y a los organismos de vigilancia del Estado,* como la Procuraduría General de la Nación.

4º) De todo lo expuesto se deduce que la Ley 26 de 1974 debe interpretarse en el sentido de que atribuye la vigilancia *de los empleados* a la Procuraduría General de la Nación, lo que también se colige del conjunto de sus disposiciones. Es verdad que los artículos 14 y 26, número 3, de la Ley 25 de 1974 aluden a *empleados oficiales,* pero, por una parte, sin que la ley defina el significado de esta expresión y, por otra, ello no obstante que, según su propio contexto y las demás consideraciones expuestas, a la Procuraduría General de la Nación sólo le incumbe la vigilancia de "la conducta oficial de los empleados públicos" (artículo 143 de la Constitución), no de los trabajadores oficiales; con mayor razón si se considera que la Ley 25 de 1974 no sólo comprende a los empleados administrativos nacionales, propiamente dichos, sino también a los de la Contraloría General de la República y a los de las entidades de carácter local.

Transcríbase al señor Ministro de Agricultura en copia auténtica.

Jaime Betancur Cuartas (Presidente de la Sala), *Osvaldo Abello Noguera, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

Clara Stella Ramos S., Secretaria.

DERECHOS DE AUTOR. — Consagración legal. Ley 23 de 1982. Autoridad competente y entidad competente. Situaciones que vulneran los derechos de autor. Tarifas. ¿Cómo se establecen?.

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., octubre veinticinco de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctor Osvaldo Abello Noguera*)

Referencia: Consulta 3624. Radicación Nº 1965.

El señor Ministro de Gobierno, doctor Alfonso Gómez Gómez, hace a la Sala la siguiente consulta:

"Me permito dirigirme a usted con el propósito de hacer una consulta a nombre y en representación del Gobierno Nacional, como Ministro de Gobierno, relativa a la interpretación de unas disposiciones legales.

"La Ley 23 de 1982 que regula íntegramente la materia sobre Derechos de Autor, contiene en algunos de sus artículos los términos 'autoridad competente' y 'entidad competente' ".

"El artículo 253 de dicha disposición prescribe en su inciso segundo que: "La Dirección Nacional del Derecho de Autor es la *autoridad competente* a que se hace alusión en diferentes partes de esta ley". Cita a continuación y a manera de ejemplo algunos de tales artículos (el subrayado es nuestro)".

"Sin embargo los términos autoridad competente y entidad competente son utilizados en la ley en algunos casos como sinónimos, al referirse a actuaciones o funciones propias de la Dirección Nacional del Derecho de Autor. Sería el caso específico del artículo 195, en que se regula el aspecto formal de las solicitudes que se presentan para el registro (función de la Dirección Nacional del Derecho de Autor) utilizándose el término "entidad competente", en donde nó habría duda sobre su interpretación.

"En el artículo 145 se utiliza el término 'autoridad competente', para señalar que es a esta autoridad a quien corresponde ordenar la suspensión de la representación de una obra y el embargo de las entradas por falta de pago de un empresario a los autores. Estas siendo medidas preventivas, requieren de actuaciones eminentemente policivas o de la jurisdicción ordinaria, de que adolece la Dirección Nacional del Derecho de Autor; además porque ésta no teniendo seccionales nó podrá actuar en todos los municipios como lo puede hacer la primera autoridad del lugar. Lo que excluye que esta dependencia sea para el caso, la autoridad competente a que se refiere el artículo.

"Vale aclarar que para asuntos puramente civiles o penales la Ley 23 contiene dos capítulos especiales reguladores de situaciones que vulneran los Derechos de Autor en esos aspectos.

"En este orden de ideas, viene el caso de los artículos de la Ley 23 de 1982 que quiero someter a su consideración para que se les dé una interpretación por parte del Consejo de Estado en vista de la urgencia en su aplicación. Se trata de los artículos 73 (parágrafo) 85 y 88. Quién es la entidad o autoridad competente a que dichas disposiciones hacen relación?".

La Sala considera y responde

El problema jurídico planteado se reduce a establecer si los términos "autoridad competente" y "entidad competente", utilizados en la Ley 23 de 1982 son sinónimos, o por el contrario, no pueden asimilarse para efectos de interpretación de las normas que los consagran.

I. Una revisión general de la ley permite establecer que el término "autoridad competente", es el más utilizado a lo largo de su contenido. Sin embargo, no siempre se refiere a la dirección nacional del derecho de Autor a la cual la ley remite en su artículo 253 como la "autoridad competente".

El término en mención es utilizado en los artículos 45, 46, 47, 54, 58, 59, 85, 88, 145, 223, 224, 228, 231 y 240 de la ley; en algunos casos es claro que su alusión hace referencia a la dirección nacional de Derechos de Autor. máxime cuando es la encargada de llevar el Registro Nacional de derechos de autor. En otros ha de analizarse la norma, para deducir quién es la autoridad competente

De otro lado, el término "entidad competente" es el menos utilizado a lo largo de la ley. Como que sólo se menciona en el parágrafo del artículo 73, y en los artículos 192 numeral 5º y en el 195.

II. No existe uniformidad de criterio, y se nota la forma antitécnica utilizada en la redacción, al paso que la falta de claridad de las disposiciones fluye de su contenido, el cual algunas veces se presenta incoherente frente a la situación de hecho regulada. Con estos antecedentes no resulta tarea fácil emprender la interpretación de estas normas expedidas para regular tema tan delicado como el de los derechos de Autor.

III. El artículo 73 de la Ley 23 de 1982 prescribe: "En todos los casos en que los autores o las asociaciones de autores, celebren contratos con los usuarios o con las organizaciones que los representen, respecto al derecho de autor, por concepto de ejecución, representación, exhibición y en general, por uso o explotación de las obras protegidas por la presente ley, *serán las tarifas concertadas en los respectivos contratos,* las que tendrán aplicación, siempre que no sean contrarias a los principios consagrados por la misma.

Parágrafo. En los casos en que no exista contrato, o hayan dejado de tener vigencia legal, *las tarifas serán las que fije la entidad competente* teniendo en cuenta entre otros factores la categoría del establecimiento donde se ejecute, la finalidad y duración del espectáculo; es-

tas tarifas no podrán ser mayores a las ya acordadas por las asociaciones para casos similares" (Subrayas de la Sala).

Si se analiza con detenimiento la norma transcrita el elemento principal, o sea, la hipótesis que regula es el señalamiento de las tarifas que han de pagarse por concepto de derecho de autor.

Estas tarifas se aplicarán cuando se trate de la ejecución, representación, exhibición, en otras palabras, por el uso o explotación de las obras protegidas por la ley.

Las tarifas *se establecerán mediante la celebración de contratos* entre los autores o las asociaciones de autores y los usuarios o las organizaciones que los representen, vale decir, organizaciones de usuarios. *La aplicación de las tarifas concertadas mediante contrato queda vinculada a su consonancia con los principios consagrados en la ley.*

Se tiene entonces, que al señalamiento de las tarifas se llega mediante un contrato, tal contrato no tiene la característica de ser adhesivo, por cuanto la ley no autoriza ni a las organizaciones de autores, ni a las de usuarios, para señalar las tarifas, sino por el contrario autoriza la celebración de contratos, caso en el cual las tarifas serán las *concertadas* en ellos. Este elemento de la concertación indica claramente que el contrato no puede ser adhesivo. Ninguna de las partes está autorizada para señalar a su antojo el valor de las tarifas. ¿Pero qué sucede cuando no es posible llegar a un acuerdo?. En este evento no podrá celebrarse contrato, lo cual es solucionado por el parágrafo de la norma al disponer: "En los casos en que no exista contrato, o hayan dejado de tener vigencia legal, las tarifas serán las que fije la *entidad competente*...".

Esta entidad obviamente es un tercero que no forma parte de la relación autor-usuario, pero que igualmente no puede ser ajeno a la misma. Si se pensara en el Juez, es elemental que ello sería grande y gravemente inconveniente. Obsérvese cómo el artículo 161 de la ley autoriza a las autoridades administrativas para expedir la licencia de funcionamiento de un establecimiento donde se *ejecuten públicamente* obras musicales hasta cuando el solicitante presente el comprobante de haber cancelado los correspondientes derechos de autor. De tener que acudir a la vía judicial para el señalamiento de las tarifas sobre los derechos de autor, se haría casi que imposible obtener la simple licencia de funcionamiento en detrimento de una actividad comercial y profesional, coartándose de paso la libertad de trabajo consagrada constitucionalmente, con fundamento, por ejemplo, en la oposición de una de las partes (autores o sus asociaciones) a la concertación de las tarifas mediante contrato.

Nótese igualmente cómo la ley no hace referencia a las desavenencias como causa para que la entidad competente fije las tarifas. Es genérica. Simplemente cuando no exista contrato, y ello puede suceder por muchos motivos, o cuando hayan dejado de tener vigencia legal, es decir, se encuentren vencidos, las tarifas serán las que fije la entidad competente. Ello indica que *necesariamente DEBEN EXISTIR siempre unas tarifas* señaladas por la entidad competente, a las cuales se acudirá en defecto de la existencia de contrato o en el caso de su

vencimiento sin que se hubieren concertado unas nuevas. Esta última razón descarta de plano la intervención judicial.

Así las cosas lo indicado es que la Dirección Nacional de Autores las señale. En efecto, es a esta entidad administrativa a quien la ley asigna la función de llevar el registro nacional de Derecho de Autor, *así como la ejecución y vigilancia del cumplimiento de las disposiciones de la Ley* 23. Se asimilan así los términos "autoridad" y "entidad" competente para los efectos del inciso 2º del artículo 253 según el cual "la dirección del Derecho de Autor es la autoridad competente" a que se hace alusión en diferentes partes de esta ley (artículos 45, 46, 47, 54, 59, 85 y 88 etc)". De otro lado y dadas las funciones que le competen la dirección del Derecho de Autor es la más indicada, por cuanto no es extraña a la relación usuario-autor y su decisión sobre fijación de tarifas se traduciría en beneficio no solo de dicha relación sino de la actividad comercial en general, a más de tener experiencia sobre el tema en virtud de la función de vigilancia que le atribuye la Ley 23.

Obviamente las tarifas que señale la dirección se aplicarán, como ya se dijo, en defecto de la existencia de contrato y serán abligatorias en ausencia de éste.

La interpretación que se dá a las normas analizadas hace operante la ley, permitiendo su aplicación práctica y evitando en esta forma su petrificación so pretexto de su ambiguedad u oscuridad en el tratamiento de los temas por ella abordados y referentes al aspecto patrimonial de los derechos de autor.

IV. En cuanto al problema de los artículos 35 y 38 de la Ley 23, referida, por tratarse de desacuerdos entre personas cuyo consentimiento es necesario para la publicación de cartas y misivas y la comercialización o la exhibición de bustos o retratos de un individuo, la autoridad competente para decidir también es la Dirección Nacional de Derechos de Autor la que evaluará el sentido, carácter y consistencia de la oposición y decidirá conforme a la convicción que se hubiera formado con base en los diversos elementos de prueba aportados. Es obvio que contra los actos que expida esta entidad se puede promover acción ante el órgano competente de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En los anteriores términos se absuelve la consulta formulada por el señor Ministro de Gobierno, doctor Alfonso Gómez Gómez.

Transcríbase en copia auténtica.

Jaime Betancur Cuartas (Presidente de la Sala), *Osvaldo Abello Noguera, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

Clara Stella Ramos S., Secretaria.

Noviembre 3 de 1983 autorizada la publicación mediante Oficio Nº OJ-2086 de la fecha.

SERVICIO PUBLICO.
1. *Regulación en el orden departamental y municipal* (*Arts.* 187 *y* 197. *C. N.*). *No pueden invadir la órbita de facultades de legislador.*
2. *Servicio público que prestan las entidades territoriales. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. REGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES*: (*Decreto* 222 *de* 1983). *Las inhabilidades e incompatibilidades consagradas en los artículos* 8º *a* 14 *procede en los municipios y departamentos* (*Artículo* 5º *Ley* 19 *de* 1982). *RESPONSABILIDAD Y TERMINACION DE LOS CONTRATOS. — Las normas del Decreto* ibídem *se aplican también a los Departamentos y Municipios.* (*Artículo* 13). *RESPONSABILIDAD LEGAL DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES, CONTRATO TERMINADO. Causas y efectos.*

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá, D. E., diciembre 1º de 1983.

(Magistrado ponente: *Doctor Jaime Paredes Tamayo*).

Referencia: Consulta 3625. Radicación: Nº 1988.

El Señor Ministro de Gobierno, en Oficio Nº OJ-1949, solicita a la Sala conceptúa sobre la consulta que a continuación se transcribe:

"Con el objeto de disipar dudas de orden jurídico en torno a las inhabilidades e incompatibilidades que en materia contractual rigen a nivel Departamental y Municipal, este Despacho desea conocer el acertado criterio de esa H. Sala al respecto y fundamenta su consulta así:

Las inhabilidades e incompatibilidades por hacer parte de las restricciones y limitaciones a las libertades públicas, constituyen en materia que solo compete regularlos al legislador y no podrán ser materia de consagración por ninguna autoridad o corporación administrativa diferente (Concejo, Asambleas, Junta Directiva etc.).

Ahora bien, el legislador por medio de la Ley 19 de 1982, autorizó al Ejecutivo para reformar el régimen de contratación de la Nación y sus entidades descentralizadas previsto en el Decreto Ley 150 de 1976 en varios aspectos entre lo que se destacaba lo relativo a las inhabilidades e incompatibilidades. Esta misma ley sentó una serie de principios generales en materia de contratación para todos los niveles y concretamente en el artículo 5 dispuso:

"En desarrollo de la autonomía de los Departamentos y Municipios sus normas fiscales podrán disponer sobre formación y adjudicación de los contratos que celebren y cláusulas de los mismos conforme a sus intereses y a las necesidades del servicio; pero las normas sobre tipos de contratos, clasificación, efectos, responsabilidades y terminación están reservados a la ley, así como las inhabilidades e incompatibilidades".

Como se puede apreciar del artículo anterior, la ley fijó el alcance que podrían tener los Estatutos Contractuales de los Departamentos y Municipios, debiéndose entender incluidas allí las entidades descentralizadas pertenecientes a las órbitas Departamental y Municipal, y dentro del cual claramente se dice que queda reservado al legislador lo referente a tipos de contratos, clasificación, efectos, responsabilidades, terminación, inhabilidades e incompatibilidades, anotándose marginalmente que así no se hubiere dicho nada sobre estos dos últimos aspectos (inhabilidades e incompatibilidades) siempre han sido resorte del legislador.

En desarrollo de la Ley 19, el Gobierno expidió el Decreto Ley 222 de 1983, cuyo título es muy claro: "Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones", lo cual es corroborado en su artículo primero al delimitar el alcance de dicho ordenamiento.

Por su parte en el último inciso del mencionado artículo se dice con toda claridad:

"Las normas que en este Estatuto se refieren a tipos de contratos, su clasificación, efectos, responsabilidades y terminación, así como a los principios generales desarrollados en el título IV, se aplicarán también en los Departamentos y Municipios".

Como se puede apreciar, en ninguna parte del Decreto se dice que lo referente a las inhabilidades e incompatibilidades se aplican a los Departamentos y Municipios. Y no podría hacerlo el Gobierno en el mencionado Decreto, ya que como se infiere del literal a) numeral 2º del artículo 10 de la Ley 19 de 1982, con las facultades en materia de inhabilidades o incompatibilidades solo se podía reformar las contenidas en el Decreto Ley 150 de 1976, el cual sólo es aplicable a nivel nacional.

Considero que la situación que se plantea en la actualidad, es la misma que se presentaba con la aplicación del Decreto Ley 150 de 1976, el cual como lo insinuó el H. Consejo de Estado en fallo de 4 de febrero de 1982 (expediente 2656), las inhabilidades e incompatibilidades señaladas en dicho Estatuto tenían únicamente alcance a nivel nacional.

Visto lo anterior someto a la consideración de la H. Sala las siguientes inquietudes:

1º Serán aplicables a los niveles Departamental y Municipal, las normas sobre inhabilidades e incompatibilidades establecidas en el Decreto Ley 222 de 1983?

2º En el evento de no ser aplicables y siguiendo lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley 19 de 1982, a qué normas legales nos debemos remitir?".

Consideraciones de la Sala

1º. Conforme a los artículos 187 y 197 de la Constitución Política, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales no pueden ejercer sino las funciones que les atribuyen la Constituyen y la ley. Por lo mismo, en materia de regulación del servicio público del orden departamental y municipal, tales organismos sólo cumplen funciones que les estén atribuidas constitucional o legalmente y de ninguna manera pueden invadir la órbita de facultades del legislador.

Dispone el artículo 76 de la Constitución:

"Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:

"10. Regular los otros aspectos del servicio público, tales como los contemplados en los artículos 62, 132 y demás preceptos constitucionales, expedir los estatutos básicos de las corporaciones autónomas regionales y otros establecimientos públicos, de las sociedades de economía mixta, de las empresas industriales o comerciales del Estado, y dictar las normas correspondientes a las carreras administrativas, judicial y militar".

Por su parte el artículo 187 dispone:

"Corresponde a las Asambleas, por medio de ordenanzas:

1º Reglamentar de acuerdo con los preceptos constitucionales y legales, la prestación de los servicios a cargo del Departamento. Y según el artículo 197:

"Son atribuciones de los Concejos, que ejercerán conforme a la ley, las siguientes:

1ª Ordenar, por medio de acuerdos, lo conveniente para la administración del distrito".

2º Entre los aspectos del servicio público a que se refiere la primera de las citadas disposiciones está comprendido el que prestan las entidades territoriales y sus organismos descentralizados, luego su regulación original corresponde expedirla al Congreso, salvo que otro precepto constitucional, haciendo excepción a la regla general, lo someta a regulación diferente.

3º Como aspecto de dicho servicio, regulable originalmente a nivel legal, el relativo a contratos administrativos, fue objeto de regulación explícita por el artículo 5º de la Ley 19 de 1982 y por el artículo 1º, inciso último, del Decreto Ley 222 de 1983, a cuyos términos:

"Las normas que en este estatuto se refieran a tipos de contratos, su clasificación, efectos, responsabilidades y terminación, así como a los principios generales desarrollados en el Título IV, se aplicarán también en los Departamentos y Municipios".

Al decidir la demanda formulada contra la Ley 19 de 1982 la Corte Suprema de Justicia expresó:

> "En el artículo 5º el legislador por una parte reconoce la autonomía de los departamentos y de los Municipios en cuanto a lo que es propio de sus normas fiscales con relación a los contratos, pero también reitera que es de la ley la determinación general de las clases y tipos de contratos, de sus efectos, responsabilidades y terminación, lo mismo que de las inhabilidades e incompatibilidades, con todo lo cual se ha ceñido a la Carta, sin que en ello se vea contradicción de sus normas". (Sentencia de 19 de mayo de 1983).
>
> "Esta misma motivación es aplicable a la disposición del artículo 1º, en su inciso final, del Decreto 222, el cual es reiteración casi idéntica de la norma contenida en la ley de facultades. *'Eadem ratio idem ius*: de donde *la constitucionalidad de la norma* de la Ley 19 se proyecta asimismo sobre su homóloga del Decreto 222". (Sentencia de la misma Corporación de fecha 14 de julio de 1983).

Reservado, pues, a la ley, el régimen sobre capacidad, inhabilidades e incompatibilidades para contratar; expedidas las normas correspondientes por el Congreso o por el Gobierno, en ejercicio de facultades extraordinarias y extendido en forma expresa el mandato de su observancia a los Departamentos y Municipios, sin perjuicio de su autonomía administrativa, no hay lugar hoy a proponer o distinguir situaciones derivadas del posible ejercicio limitado o excesivo de facultades extraordinarias, ni a restringir el alcance o sentido de una norma por hacer parte de la ley de facultades y no del decreto expedido en su desarrollo.

El artículo 5º de la Ley 19 de 1982 agota su contenido normativo en el sentido de que los Departamentos y Municipios no pueden regular ciertos aspectos de su contratación porque están reservados a la ley, como el relativo a inhabilidades e incompatibilidades, luego sobraba la referencia al mismo aspecto en el Decreto 222 de 1983, y si no fue hecha ello no implica un vacío legislativo o la inaplicabilidad de la norma legal expedida por el Congreso frente a la de la norma extraordinaria expedida por el Gobierno. En esta última han quedado previstas por los artículos 8º a 14 del Decreto 222 los casos de inhabilidad y las incompatibilidades cuya aplicación procede en las citadas entidades territoriales porque basta dicha previsión para que surta tal efecto, en armonía con el artículo 5º de la Ley 19.

Así como otros aspectos o efectos de la contratación de tales entidades o de sus organismos descentralizados necesariamente están sujetos a las disposiciones legales-civiles, comerciales o laborales, según la naturaleza de los mismos, los relativos a incompatibilidades e inhabilidades, por la naturaleza y el ámbito nacional de aplicación quedan sujetos ahora a lo dispuesto por el artículo 5º de la Ley 19 de 1982.

Tal conclusión, por cierto corresponde al alcance de las disposiciones constitucionales contenidas en los artículos 182 y 197, numeral 1º de la Constitución Política.

Según el último inciso del artículo 1º del Decreto 222 las normas relativas a "responsabilidades y terminación" de los contratos, se aplican también en los Departamentos y los Municipios. Resulta, pues, aplicable en tales entidades el artículo 13, en cuanto expresa: "De las sanciones a los contratos celebrados contra expresa prohibición".

> "La contravención de las prohibiciones establecidas en este estatuto, obligará al representante legal de la respectiva entidad a dar por terminado el contrato y a proceder a su liquidación en el estado en que se encuentre, sin que haya lugar a reconocimiento o pago de indemnización alguna. La entidad, además, hará efectiva la clásula penal pecuniaria pactada en el contrato.
>
> "Los funcionarios que hayan celebrado el contrato y el Contratista, responderán solidariamente por los perjuicios causados, tanto a la entidad contratante como a terceros, sin detrimento de la responsabilidad penal que les correspondiere.
>
> "La Procuraduría General de la Nación velará por el cumplimiento de la presente disposición".

La responsabilidad penal correspondiente es deducible con fundamento en el Código Penal, Título III, Delitos contra la Administración Pública —Capítulo Cuarto—. De la celebración indebida de contratos, artículo 144. *"Violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades.* El empleado oficial que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación del régimen legal de inhabilidades o incompatibilidades, incurrirá en arresto de uno a cinco años, en multa hasta de cinco millones de pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de dos a siete años".

Si no tuviesen aplicación en Departamentos y Municipios los artículos 8º y siguientes del Decreto 222, tampoco la tendría el artículo 13, aunque regula terminación de contratos y responsabilidades por su celebración, porque dichos contratos, así fueren celebrados contra prohibición expresa v.g. con personas inhabilitadas o afectadas por incompatibilidad, serían válidos y no nulos como resultan serlo por violación de aquella prohibición.

"No podrán celebrar contratos por sí o por interpuesta persona con las entidades a que se refiere este estatuto", entre ellas los Departamentos y los Municipios, quienes son inhábiles para contratar según los numerales 1 a 6 del artículo 8º del Decreto 222, ni los Senadores y Representantes principales, los empleados oficiales ni los miembros de las juntas o consejos directivos o asesores de organismos descentralizados mientras conserven tal carácter.

La violación de esta norma, determinante de nulidad absoluta del contrato y de la obligación de terminarlo, como sanción consecutiva a tal violación, carecería de efectos en la contratación de los Departamentos y los Municipios, al no quedar aquella sujeta a las normas correspondientes del Decreto 222, es decir, las relativas a dichas entidades en cuanto atañen a la terminación de sus contratos, a res-

ponsabilidades por su celebración indebida y a los efectos de las mismas. Y quedaría, de paso, sin aplicación, o sea desconocida la observancia del artículo 1º, último inciso del mencionado Decreto.

No se podrían aplicar de otra parte, en Departamentos y Municipios, los principios generales desarrollados en el Título *IV* del Decreto 222, como lo dispone el artículo 1º, si el contrato se hubiera celebrado en contravención de las prohibiciones establecidas por los artículos 8º, 9º y 10, porque la aplicación de tales principios presupone la existencia de un contrato válidamente celebrado, no afectado por causa de nulidad absoluta, como la prevista por el artículo 78, aparte a) del Decreto, consistente en la celebración de contratos con quienes se hallen inhabilitados o afectados por causa de incompatibilidades.

La obligación de dar por terminado el contrato cuando se hubiere celebrado en contravención de las prohibiciones establecidas, conforme al artículo 13, atrás transcrito, no es compatible con la facultad de darlo por terminado cuando sobrevengan graves motivos de inconveniencia para cumplirlo (artículo 19), o la de modificarlo en el curso de su ejecución (artículo 20), o la de interpretarlo, cuando las discrepancias surgidas lo requieran, en gracia de la continuidad de su ejecución (artículo 24).

Los efectos del contrato terminado por estar prohibida su celebración, obviamente difieren de los efectos del contrato terminado, modificado o interpretado unilateralmente, por inconveniencia, o cuando el interés público o las discrepancias de interpretación lo requieran. Y también las normas que en el Decreto 222 se refieren a los efectos de los contratos se aplican en los Departamentos y los Municipios.

Así, pues, si la sujeción de estas entidades al Decreto 222, en determinadas materias, se dispuso por razones de conveniencia o interés público, no tendría sentido excluír tal sujeción, con razones de orden extraterritorial, cuando son los principios de moralidad administrativa los que la sustentan, como cauces básicos de conducta en el ámbito de la contratación.

Concebir tal conducta como asunto departamental o municipal, como aspecto exclusivamente administrativo, conduciría a desvertebrar un ordenamiento ético jurídico, y a romper el principio de unidad legislativa, resultado natural de la centralización política y no de la división territorial.

Esos criterios generales y comunes, reservados a la ley en la regulación de una materia, son orientaciones exigidas por la unidad del Estado y la igualdad sustancial de todas las entidades que lo integran. Por eso está la Sala acorde en aceptar que las normas del Decreto 222 ofrecen la respuesta suficiente al asunto materia de consulta, aún aisladamente consideradas, más cuando al expedirlo fue intención definida el que esas normas se ajustaran a concepciones doctrinales consistentes y armoniosas en su formulación como a la defensa de los intereses del Estado y a la lucha por la moralidad administrativa.

DERECHOS ADQUIRIDOS.— Concepto. Diferencia con LA NO RETROACTIVIDAD DE LA LEY. Derechos adquiridos: 1) Concepción patrimonialista. 2) Situación jurídica subjetiva, individual o concreta. LEYES CIVILES. Concepto. LEYES ADMINISTRATIVAS. ¿Las protege el artículo 30 de la Constitución Nacional? INTERVENCION DEL ESTADO. ECONOMIA. Artículo 32 Constitución Nacional. DERECHOS ADQUIRIDOS EN EL ACTO ADMINISTRATIVO. Decreto 2733 de 1959. Artículo 24.

PRINCIPIO DE LA NO RETROACTIVIDAD DE LA LEY. Principio que consiste en que una ley no puede gobernar sino a partir de su vigencia los hechos futuros; no siendo aplicable la ley nueva a situaciones que se han perfeccionado bajo el imperio de leyes anteriores en el tiempo. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO. Campo Civil. SUPERINTENDENCIA BANCARIA. Posesión de los negocios, bienes y haberes de las entidades, obligaciones o plazos: exigibilidad. ENTIDAD INTERVENIDA. La toma de posesión conlleva "la suspensión en el estado en que se encuentre, de los procesos ejecutivos que obren contra la entidad intervenida. NORMAS PROCESALES. Son de cumplimiento inmediato y se aplican, por lo mismo, desde el momento en que deben empezar a regir. (Artículo 40 Ley 153 de 1887).

DECLARACION JUDICIAL DE QUIEBRA.— A qué conlleva? (Artículo 1945 del Código de Comercio). GRAVAMEN CONSTITUIDO. A FAVOR DE LA ENTIDAD INTERVENIDA. Mientras no se haya realizado en la oficina de registros de Instrumentos Públicos la cancelación del gravamen constituido a favor de la entidad intervenida sobre cualquier bien inmueble o se haya hecho el registro de cualquier acto que afecte el dominio de los bienes de propiedad de la misma, puede la autoridad competente del Estado impedir el registro cuando estén en conflicto derechos de terceros, caso en el cual no puede hablarse de derechos adquiridos. RECLAMACIONES AL SUPERINTENDENTE. Artículo 9º del Decreto 2217 de 1982. REGLAMENTOS AUTONOMOS. Con su expedición no puede violarse el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional, pues no se dictan con base en la potestad reglamentaria sino de acuerdo con el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional.

DERECHO DE DEFENSA.— Artículo 26 Constitución Nacional Garantías en este derecho.

REGLAMENTOS AUTONOMOS.— Al tener naturaleza administrativa y no legislativa no pueden, en consecuencia, derogar

o modificar las leyes que con posterioridad a la reforma constitucional de 1968 *dice el Congreso de la República en ejercicio de sus atribuciones.*

Declárase la nulidad del numeral 2º *del artículo* 6º *y los siguientes apartes de los artículos* 9º *y* 13, *del Decreto* 2217 *de* 1982, *así:*

a) *En el artículo* 9º *la frase "quien decidirá previos los trámites de un incidente". En consecuencia, este artículo quedará así:*

"Una vez recibidas las reclamaciones el Superintendente hará entrega de los bienes que no forman parte de la masa, en el orden establecido por el mismo funcionario mediante resolución motivada y teniendo siempre en cuenta el principio de la protección de los intereses de los ahorradores. Dichos pagos se efectuarán en la medida en que las disponibilidades lo permitan. En caso de no acceder a tal entrega, los interesados podrán reclamar ante juez competente. Para los efectos de este artículo, el Superintendente podrá realizar las operaciones previstas en el artículo 19 *de este decreto.*

b) *En el artículo* 13 *la frase "para que la autoridad judicial decida sobre su admisibilidad o rechazo mediante el trámite de un incidente y en el término señalado por el artículo* 137 *del Código de Procedimiento Civil". En consecuencia, este artículo quedará así:*

"Dentro del término de tres (3) *días contados a partir de la ejecutoria de las resoluciones que incorporan las reclamaciones, deberá el Superintendente dar traslado al Juez del Circuito de las reclamaciones presentadas y objetadas que considere deben rechazarse.*

"Simultáneamente con el envío de las reclamaciones a que alude el inciso anterior, deberá el Superintendente fijar durante cinco (5) *días una lista en la Secretaría de su despacho en la cual se relacionará las acreencias enviadas al Juez.*

"El Juez comunicará su decisión al Superintendente una vez ésta se halle en firme. El Superintendente, en el término de cinco (5) *días contados a partir de tal comunicación determinará el orden de pago de las acreencias aceptadas por el Juez".*

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veintiséis de agosto de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctor Jacobo Pérez Escobar*)

Expediente número 4075. Actor: Carlos Vélez Gallego.

El abogado Carlos Vélez Gallego, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 66 del C. C. A., ha pedido a esta Corporación que haga las siguientes declaraciones:

"1º) Que es inconstitucional, ilegal y nulo el Decreto número 2217 dictado por el Presidente de la República el 29 de junio de 1982.

"2º) Que como consecuencia de la inconstitucionalidad e ilegalidad que se decreta, se anule en las partes pertinentes las normas que adolecen de estos vicios y que se declare que no tienen aplicación ninguna".

I. Fundamentos de la demanda

A. Los hechos

Como hechos que sirven de fundamento a su acción, el mandante expone, en síntesis, los siguientes:

1) El Presidente de la República el 29 de julio de 1981 expidió el Decreto Reglamentario número 2217, basándose para eso en las facultades consagradas por el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución.

2) El Decreto demandado básicamente busca regular la Institución de toma de posesión bancaria y dar cumplimiento, según sus considerandos, a lo siguiente:

a) Garantía de una especial protección de los ahorros captados del público en los casos de toma de posesión de las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria.

b) Evitar los perjuicios para terceros que han confiados sus intereses a las entidades que manejan el ahorro popular.

c) Agilización de los trámites del proceso de toma de posesión.

3) El decreto acusado adolece de las siguientes fallas: consagra la retroactividad de la ley, desconoce los derechos adquiridos, ignora el derecho de defensa, excede la reglamentación del Código de Comercio y de la Ley 45 de 1923, excede y viola ostensiblemente el C. de P. C., y excede la finalidad para el cual fue dictado conforme sus considerandos.

4) Advierte el accionante que el Decreto 2217 hasta el artículo 18 es igual en su texto al Decreto 2216 que también él ha demandado ante el Consejo de Estado. A partir del artículo 98 se introducen modificaciones al Decreto número 2216 hasta el artículo 37.

B. Disposiciones violadas y concepto de la violación

El demandante considera que el decreto impugnado, que él califica de reglamentario, viola las siguientes normas: artículos 30, 76, numeral 3º, y 26 de la Constitución Nacional. Ley 45 de 1923; artículos 17 a 20 de la Ley 153 de 1887; Ley 4ª de 1969; Decretos 1400 y 2019 de 1970, y Decreto 410 de 1971.

En cuanto al concepto de la violación de las disposiciones constitucionales y legales que señala como infringidas por el acto administrativo acusado, el actor hace siete cargos que, en síntesis, son los siguientes:

PRIMER CARGO. Dice el accionante que el Decreto impugnado viola el artículo 30 de la Constitución Nacional por cuanto desconoce los derechos adquiridos en las siguientes normas:

a) Numeral 2º del artículo 6º. Este numeral consagra la "exigibilidad de todas las obligaciones a plazo, sean comerciales o civiles, estén o no caucionadas". La exigibilidad de las obligaciones con respecto a los deudores de las instituciones intervenidas con la toma de posesión implica la violación del derecho adquirido del deudor a pagar en el plazo convenido, lo cual es inconstitucional.

b) Numeral 4º del artículo 6º. Esta disposición expresa lo siguiente: "La suspensión en el Estado en que se encuentren de los procesos ejecutivos que obren en contra de la entidad intervenida. Los jueces que estén conociendo de ellos procederán de oficio a comunicar al Superintendente y al demandante a la suspensión. Así mismo, y a solicitud del demandante, decretarán el desglose del título ejecutivo, a fin de que éste pueda hacerlo valer en el proceso de liquidación". Comenta el actor que en esta norma de suspensión del proceso y del desglose del título ejecutivo para que el demandante lo haga valer en el proceso de liquidación, se violan los derechos adquiridos derivados de los juicios ejecutivos. Además, aplicar el Decreto demandado a procesos existentes en el momento de su expedición es un claro ejemplo de retroactividad de la ley.

c) Numeral 5º del artículo 6º. Esta norma dispone lo siguiente: "La prevención de los Registradores de Instrumentos Públicos para que se abstengan de cancelar el gravamen constituido a favor de la entidad intervenida sobre cualquier bien inmueble, salvo expresa autorización del Superintendente Bancario o de su agente especial. Así mismo, deberán abstenerse de registrar cualquier acto que afecte el dominio de los bienes de propiedad de la entidad intervenida, salvo que dicho acto haya sido realizado por el funcionario mencionado".

Expresa el demandante que esta norma vulnera el derecho adquirido de los titulares consistente en poder obtener cancelación del registro o afectaciones de bienes de las sociedades intervenidas. Si se quiere consagrar una norma de esta clase sería preciso cambiar todo el régimen de competencia de la Rama Jurisdiccional, lo cual no se puede hacer por un simple Decreto.

d) Artículo 36, que es del siguiente tenor: "Las disposiciones contenidas en el presente decreto se aplicarán a las intervenciones en curso sin que en tal caso sea necesario repetir las actuaciones y diligencias iniciadas o realizadas por el Superintendente".

Según el demandante la aplicación de las normas contenidas en el Decreto a las intervenciones y tomas de posesión en curso es un claro ejemplo de retroactividad de la ley, que viola los derechos adquiridos. Ello equivale a la aplicación de las normas demandadas a las tomas de posesión realizadas hace cuatro años, como es el caso de Seguros América, o hace tres años, como es el caso de Confinatura. Aquí se cambia totalmente las reglas de luego que existían en el momento de la toma de posesión. Por otra parte al advertir la norma que no es necesario repetir las actuaciones y diligencias iniciadas o reali-

zadas por el Superintendente, es algo que implica un empalme de normas imposible de lograr dada su contradicción evidente con la Ley 45 de 1923.

e) Los artículos 9º y 13 del Decreto demandado cuando circunscriben al reclamante rechazado al trámite del incidente del artículo 137 del C. de P. C., le están conculcando los derechos adquiridos consagrados en el artículo 64 de la Ley 45 de 1923 que le otorga la facultad de acudir a cualquier acción ante la justicia ordinaria para hacer valer sus derechos.

SEGUNDO CARGO. *Violación del numeral* 3º *del artículo* 20 *de la Constitución Nacional, que establece la potestad reglamentaria del Gobierno.* Sostiene el actor que el Decreto demandado excede los términos de las leyes y reglamentos contenidos en las siguientes normas:

a) Artículos 46 a 76 inclusive de la Ley 45 de 1923. Este exceso de reglamentación se hace patente en las normas contenidas en los artículos 2º, 3º y 4º del Decreto impugnado, porque contiene normas no previstas en la regulación de la Ley 45 de 1923 para el caso de la toma de posesión de las entidades intervenidas.

b) El artículo 5º también excede lo dispuesto en la Ley 45 de 1923 porque en ninguna parte esta ley establece un término para hacer el inventario de la entidad intervenida. El lapso de 15 días fijado por el artículo 5º del Decreto 2217 es totalmente arbitrario y violatorio de dicha ley.

c) El artículo 6º también excede las prescripciones de la Ley 45 de 1923, porque ella no prevé los siguientes actos:

1) La separación de los administradores y directores de la administración de los bienes de la entidad. La Ley 45 de 1923 les conserva la personería y facultades de administradores y directores.

2) La exigibilidad de todas las obligaciones.

3) La suspensión de los procesos ejecutivos, el desglose de su título ejecutivo y la creación de un proceso de liquidación.

4) La imposibilidad de registrar embargos o actos que afecten el dominio y de cancelar hipotecas con la prevención dada a los Registradores de Instrumentos Públicos.

d) El artículo 8º viola también la potestad reglamentaria porque es contrario a los trámites establecidos en el artículo 60 de la Ley 45 de 1923, ya que la publicación que ordena este último artículo se refiere a tres meses consecutivos y a la publicación de avisos semanales. Por otra parte el artículo 8º consagra un sistema de notificación a terceros y de citación a los mismos para hacer valer sus derechos totalmente contrario a la regulación de la Ley 45 de 1923.

e) El artículo 9º viola igualmente la potestad reglamentaria, porque al remitir al reclamante, a quien no se le ha accedido a efectuar el pago, a que realice el trámite de un incidente, se está violando gravemente el artículo 64 de la Ley 45 de 1923, que consagra la facultad para este reclamante de escoger la acción que considere pertinente.

f) El artículo 10 viola la potestad reglamentaria porque el término de un mes es totalmente contrario a lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley 45 de 1923, que consagra 8 meses para presentar las reclamaciones.

g) El artículo 11 viola también la potestad reglamentaria, porque la venta mediante martillo de los bienes confiados en depósito a la entidad intervenida constituye un cargo de despojo legal, porque los dueños de estos bienes los pierden al no hacerse partícipes en la toma de posesión de acuerdo a lo establecido por el numeral 3º del artículo 8º.

h) El artículo 12 infringe la potestad reglamentaria porque quienes hayan probado sumariamente sus créditos presentarán las plenas pruebas de ellos en el mismo término. Este artículo infringe las normas de los artículos 27 y 63 de la Ley 45 de 1923, por cuanto dichas normas consagran un término de 60 días y no de 30, y por otro lado no establecen los trámites de protocolización de resoluciones y avisos, ni términos para impugnarlos remitiéndose al procedimiento administrativo ordinario.

i) El artículo 13 también es violatorio de la facultad reglamentaria porque los trámites señalados en él no están contemplados en el artículo 64 de la Ley 45 de 1923 y porque al remitir al reclamante rechazado al trámite del artículo 137 del C. de P. C., implica una clara violación del artículo 64 que consagra la posibilidad de escoger cualquier otro tipo de acción.

j) Los artículos 14 a 33 inclusive son violatorios de la potestad reglamentaria, ya que sus normas no se encuentran consagradas en la Ley 45 de 1923, en especial las relacionadas con la prelación de créditos, pago de pasivos, realización de provisiones, reconocimiento de reclamos extemporáneos, provisiones de acreencias rechazadas, sistemas de ventas de los bienes de la masa de la intervención, cancelación de los accionistas del capital suscrito y no pagado, cobro a los accionistas, revocación de actos realizados por la intervenida, asambleas de accionistas para proceder a la liquidación, providencia aprobatoria de juez del proceso de liquidación y terminación y existencia de la intervenida, facultades del liquidador, acciones de los acreedores contra los directores y administradores de la intervenida, medidas de restablecimiento, reanudación del desarrollo del objeto social, identificación de términos, de notario, juez, Superintendente y toma de posesión para administrar. "Mal se puede reglamentar lo que no existe y como la Ley 45 de 1923 no contempla los actos citados anteriormente, su creación constituye un exceso de la facultad reglamentaria".

k) El artículo 36 también viola la facultad reglamentaria porque "la aplicación de las disposiciones del Decreto demandado es un claro ejemplo de consagrar (sic) normas retroactivas, olvidando que toda ley se hace hacia el futuro".

TERCER CARGO. *Violación del artículo 26 de la Constitución Nacional.* Expresa el actor que el Decreto impugnado viola el artículo 26 de la Constitución Nacional por las siguientes consideraciones:

1) Al consagrar al Superintendente Bancario como sancionador, secuestre, juez de la causa y al mismo tiempo representante de la en-

En los anteriores términos se absuelve la consulta del Señor Ministro de Gobierno.

Jaime Betancur Cuartas (Presidente de la Sala. Con salvamento de voto), *Osvaldo Abello Noguera, Humberto Mora Osejo* (Con salvamento de voto), *Jaime Paredes Tamayo, Adán Arriaga Andrade* (Conjuez).

Clara Stella Ramos S., Secretaria.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. — (*Salvamento de Voto*).
1. *El Decreto* 222 *de* 1983, *no puede aplicarse en dicha materia a los municipios y a los departamentos.*
2. *Ellos son de aplicación restrictiva.*
3. *La Ley* 19 *de* 1982 *no confirió facultades extraordinarias al Gobierno para regular los contratos locales.*
4. *El artículo* 5º *de la Ley* 19 *de* 1982 *determina las materias relativas a los contratos departamentales y municipales que deben ser regulados por la ley y los que se reservan a ordenanzas y acuerdos. Situación actual.*

No comparto la decisión mayoritaria por las siguientes razones:

1º) El artículo 1º, inciso final, del Decreto Ley 222 dispone que se aplican a los contratos que celebren los departamentos y municipios *las materias exclusivas a que se refiere.* En ellas no están incluidas las normas de los artículos 8º y siguientes del mismo estatuto, relativos a inhabilidades, *que sólo son aplicables a los contratos de las entidades de carácter nacional.*

2º) Las inhabilidades son prohibiciones que, como es apenas obvio, no pueden tener aplicación extensiva o analógica; por el contrario, *son de restrictiva interpretación y aplicación: Sólo se aplican a las personas a las cuales se refieren directamente.*

3º) La Ley 19 de 1982 *no confirió facultades extraordinarias al gobierno para regular los contratos locales;* por el contrario, la norma del proyecto que se las confería, *no fue aprobada por el Congreso.* De donde se sigue que mal se podría pretender, como lo hace la mayoría que el Decreto Ley 222 de 1983 implícitamente extendió las inhabilidades que prescribe para los contratos nacionales a los de carácter local. Esta interpretación llevaría a concluír que el Decreto Ley 222 de 1983, respecto de este punto, es inconstitucional, porque el gobierno, según ese criterio, habría excedido las facultades extraordinarias que le confirió el legislador. Por el contrario, *las normas legales deben interpretarse, no en el sentido que sean inconstitucionales, sino en función de la constitución.*

4º) El artículo 5º de la Ley 19 de 1982 determina las materias relativas a los contratos departamentales y municipales *que deben ser reguladas por la ley y las que se reservan a ordenanzas y acuerdos.* Entre las primeras se cuentan las inhabilidades. Pero la Ley 19 de 1982 no las reguló; por consiguiente, se encuentran vigentes las Leyes 4ª de 1913 o Código de Régimen Político Municipal, 89 de 1936 y 11 de 1973, como también las disposiciones de los códigos fiscales departamentales y municipales, que actualmente prescriben las causales de inhabilidad para celebrar contratos de carácter local. De manera que no

existe el vacío que sirve de fundamento esencial al concepto de la mayoría: *rigen actualmente, a este respecto, las normas anteriores.*

5º) Se ha solicitado concepto a la Sala para que defina *jurídicamente,* si las causales de inhabilidad prescritas por los artículos 8º y siguientes del Decreto Ley 222 de 1983 son o no aplicables a los contratos de departamentos y municipios. En consecuencia, el concepto debió fundarse exclusivamente *en lo que prescribe ese estatuto,* no en consideraciones de otro orden, extrañas a lo jurídico que, si se pueden tener en cuenta como criterios *que orienten la reforma de la legislación actual,* no constituyen *criterio para interpretarla ni menos para deducir de ella lo que no prescribe.*

De manera que, en *conclusión,* las causales de inhabilidad prescritas por los artículos 8º y siguientes del Decreto Ley 222 de 1983, *no son aplicables a los contratos de los departamentos y municipios, porque ni la Ley* 19 *de* 1982 *ni el Decreto Ley* 222 *de* 1983 *ni ninguna disposición legal posterior las hacen extensivas a esas entidades. Por el contrario, el artículo* 1º, in fine, *del Decreto Ley* 222 *de* 1983, *que se refiere a estos contratos, las excluye.*

Bogotá, D. E., diciembre 2 de 1983

Humberto Mora Osejo.

SEGUNDA PARTE

FUNCION JURISDICCIONAL

TITULO I

ORDEN NACIONAL

CAPITULO PRIMERO

DECRETOS DEL GOBIERNO

ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA DEL ESTADO. ASIGNACION DE FUNCIONES.— La asignación de funciones en cuanto toca con la estructura administrativa del Estado, sólo puede hacerse por medio de ley o reglamento, tal como lo preveé el artículo 63 de la Constitución Nacional.

CORPORACION NACIONAL DE TURISMO.— A diferencia de Coldeportes, no incluye una norma legal que de cabida a que el Presidente de la República le pueda asignar la función consistente en conceptuar previamente y de manera favorable para la participación en un evento turístico, concurso o reinado internacional.

PRIMERO.— Declárase la nulidad del literal B del artículo 1º del Decreto 2632 de septiembre 22 de 1981 "por el cual se reglamenta la representación de Colombia en algunos eventos o certámenes internacionales" que es del siguiente tenor: "B) De la Corporación Nacional de Turismo de Colombia, para la participación de eventos turísticos, concursos y reinados internacionales, para lo cual prefieran a quienes sean elegidos o seleccionados en los respectivos eventos o certámenes nacionales que tradicionalmente se han venido celebrando en las distintas ciudades del país.

SEGUNDO.— Decrétase la nulidad de la frase contenida en el artículo segundo del mismo decreto "y la Corporación Nacional de Turismo de Colombia". De consiguiente el texto vigente de esta norma quedará así: "Artículo 2º El Instituto Colombiano para la Recreación y el Deporte adoptará las medidas necesarias para el debido cumplimiento de este Decreto".

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., agosto cuatro (4) de mil novecientos ochenta y tres (1983)

(Consejero ponente: *Doctor Roberto Suárez Franco*)

(En colaboración con el Doctor Carlos Urán)

Referencia 4013. Demandante: Alvaro González Santana

En ejercicio de la acción consagrada por el artículo 89 del Código Contencioso Administrativo el ciudadano y abogado Alvaro González Santana, solicita que se declare la nulidad del Decreto 2632 del 22 de septiembre de 1981 proferido por el señor Presidente de la República y sus Ministros de Desarrollo Económico y de Educación Nacional.

I. El decreto acusado

El Decreto acusado, fue dictado por el señor Presidente y los dos ministros citados "en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales", su finalidad, de acuerdo al encabezamiento del mismo, consiste en reglamentar la representación de Colombia en algunos eventos o certámenes internacionales.

El Decreto consta de tres artículos. Por el primero, se crea como requisito, que deben cumplir todas las entidades o personas que pretendan representar a Colombia en eventos o certámenes internacionales, en concepto previo y favorable del Instituto Colombiano para la Recreación del Deporte (Coldeportes), o de la Corporación Nacional de Turismo, según se trate de certámenes o eventos de carácter deportivo o turístico, o concursos o reinados internacionales.

En la misma disposición se señala como criterio que debe tenerse en cuenta para el otorgamiento del concepto previo, a quienes sean elegidos o seleccionados en los respectivos eventos o certámenes nacionales que tradicionalmente se han venido celebrando en las distintas ciudades del país.

Mediante el artículo segundo del decreto acusado se faculta a las entidades, mencionadas en el artículo primero, a fin de que adopten las "medidas necesarias para el debido cumplimiento" del decreto.

En el artículo tercero y último se fija como fecha de su vigencia la de la expedición del decreto.

II. La demanda

Como *hechos* se mencionan los relativos a la expedición del decreto, como disposiciones violadas se citan las siguientes: de la Constitución Nacional los artículos 16, 17, 20, 31, 32, 39, 63 y 129, ordinal 20; del Código de Comercio el artículo 14, ordinal 3.

El concepto de violación se hace descansar en lo siguiente:

1) El Presidente de la República no tiene competencia para dictar un decreto como el acusado. Por ello, hay violación de los artículos 26, 63 y 120 numeral 14 de la Constitución Nacional.

2) Con el decreto se establece un monopolio a favor de los eventos ya tradicionales, con lo cual se está violando el artículo 31 de la Constitución Nacional, porque no hay ley que lo permita.

3) Con el decreto se está impidiendo el ejercicio de una actividad económica, sin ley que la establezca, con lo cual se violan los artículos 32 y 39 de la Constitución Nacional.

4) Según la demanda, las actividades prohibidas por el decreto constituyen actos de comercio y, según el artículo 14 de dicho Código, ello sólo es dable establecerse por el legislador o por el juez.

5) Finalmente, el demandante sostiene que hay falsa motivación por cuanto la real preocupación que manifiesta el gobierno en el Decreto, consiste en complacer intereses o caprichos regionales "para con-

graciarse con los logrados, en detrimento de aspiraciones de otras regiones".

III. Concepto fiscal

Sostiene el señor Fiscal Primero del Consejo de Estado que "no le asiste razón al actor, en su demanda, y por ello no han de prosperar sus pretensiones". Sustenta su pretensión en que, de acuerdo con los artículos 80 de la Ley 153 de 1937, 2º, 21 y 120 de la Constitución Nacional y 66 del Código de Régimen Político y Municipal, el Presidente de la República es el representante de la Nación. Por ello, "quien pretenda representar a la Nación, República o Estado colombiano, ha de tener la aceptación o elección de él o en su defecto, de la entidad o funcionario que él delegue".

IV. Consideraciones de la Sala

1º) En primer término, no es de recibo de la Sala el planteamiento formulado por el señor Fiscal de la Corporación, en efecto, si bien es cierto que por vía de discusión pudiera aceptarse que, en ciertas oportunidades y bajo ciertos respectos, corresponde al señor Presidente de la República representar a la Nación y que quien pretenda cumplir tal función en su nombre, deberá contar con la aceptación o elección de él o en su defecto, "de la entidad o funcionario que él delegue", no es menos cierto que el Presidente, en ejercicio de la atribución de representación, pueda asignarle funciones a otras entidades del Estado, cuando ellas les han sido conferidas a través de la Constitución o de las leyes de la República.

Y es lo que ocurre en el caso de autos: El presidente le asignó, al Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte (Coldeortes) y a la Empresa Colombiana de Turismo (Colturismo), una función consistente en un concepto previo y favorable para los efectos previstos en el decreto impugnado, esto sólo es posible si existe disposición legal que se lo permita pero en ningún caso, con fundamento en los artículos que se citan en el concepto fiscal.

2º) El decreto acusado, tiene como propósito primordial, loable por cierto, el de impedir que cualquier persona o entidad se arrogue el derecho de representar al país en el exterior, en los eventos y certámenes que alude, particularmente de orden deportivo, turístico, concursos o reinados internacionales.

Realmente el articulado establece una dicotomía entre las actividades que contempla, las que para los efectos del concepto previo previsto en el mismo decreto, se asignan a dos entidades, cuales son, el Instituto Colombiano para la Juventud y el Deporte (Coldeportes) y a la Empresa Colombiana de Turismo (Colturismo).

Tal concepción legislativa impone la necesidad de acudir a los fundamentos legales en que descansa cada una de tales instituciones, para determinar si la función que se les atribuye por el acto acusado, cual es el concepto previo para la representación en el exterior en los certámenes y eventos que se preveen, se halla en armonía con sus reglamentaciones particulares, de ser ello así, en el fondo ello no impli-

caría otra cosa que el reconocimiento de un ordenamiento legal vigente, es, por el contrario, la función del concepto previo conlleva una nueva atribución que le asigna a tales instituciones por el decreto acusado, resulta contraria a lo contemplado en sus estatutos o reglamentos particulares, estará viciado de nulidad.

En primer término, y en cuanto hace referencia al Instituto Colombiano para la Recreación y el Deporte (Coldeportes), se tiene que fue creado mediante el Decreto 2743 de 6 de noviembre de 1968, Decreto éste que fue dictado por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 65 de 1987.

En el citado decreto extraordinario se dispone que Coldeportes, en su carácter de establecimiento público, tendrá entre otras funciones la de "coadyuvar, a la financiación y organización de competencias y certámenes internacionales con sede en Colombia, y a la *participación oficial de Colombia en torneos y campeonatos internacionales* (se subraya).

Por su parte, el Decreto 148 de 10 de febrero de 1969, que aprobó el Acuerdo 01 del mismo año, expedido por la Junta Directiva de Coldeportes y contentivo de sus estatutos comparte en su artículo cuarto, numeral 15, que para llevar a efectos los objetivos que se preveen en el mismo estatuto, el Instituto cumplirá entre otras funciones la de estudiar y aprobar con el Comité Olímpico Colombiano o la Asociación o Asociaciones nacionales, respectivas, la participación en eventos internacionales. Igual procedimiento deberá seguirse con las personas, clubes o entidades extranjeras que deseen entrar al país para participar en competencias deportivas". (15) (Se subraya).

De lo anterior se desprende, claramente, que la función asignada a Coldeportes por el decreto acusado, encuentra respaldo legal en legislación vigente, por lo cual, no se puede aceptar la violación de las normas que se citan como vulneradas en la demanda.

En segundo término, y en lo que respecta a la Corporación Nacional de Turismo, se tiene que ésta institución fue creada mediante el Decreto 2700 de 28 de octubre de 1968, dictado por el presidente de la República en uso de facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 65 de 1967. Sus estatutos fueron aprobados por el Decreto 3018 de 1977 que acogió al Acuerdo 025 de 1977 dictado por la Junta Directiva de la Corporación.

Si se analizan con detenimiento los estatutos de la Corporación de Turismo se encuentra que, en el aparte I de los mismos, se trata del tema relacionado con la "naturaleza, domicilio y funciones".

En el artículo 6º institulado, "De las funciones", enumera 26 de ellas, las que se agrupa en "funciones de promoción". Estudios, planes y programas de desarrollo turístico. Capacitación Turística. Declaración de recursos turísticos nacionales. Promoción y otorgamiento de créditos para la promoción del turismo. Promoción, construcción y administración de establecimientos de interés turístico, promoción y participación de la Corporación en sociedades y asociaciones; propaganda de entidades oficiales en el exterior, funciones en cuanto a establecimientos que prestan servicios al turismo, uso de playas, certificados de de-

sarrollo turístico; administración de ciertas partidas de presupuesto; y demás funciones.

Tal vez la función que más se relaciona con la prevista en el Decreto acusado, es la que se contempla en el aparte sobre la propaganda de entidades oficiales en el exterior; en el artículo 21 contempla como la de "procurar el cumplimiento del mandato legal que así lo establece, que los organismos del Estado que lleven a cabo propaganda fuera del país, promuevan en los textos de publicidad el interés turístico de Colombia".

Como se aprecia del texto de tal norma, ella se está refiriendo a entidades oficiales con lo que, implícitamente está descartando a las de orden privado, en segundo lugar la norma no contempla propiamente la representación del país en el exterior sino planes de propaganda, en tercer lugar no se prevee, propiamente, una autorización o concepto previo, sino la obligación de promover en los textos de tal publicidad el interés turístico por Colombia".

De manera semejante, en el Decreto por el cual se crea la Corporación, se contempla en el artículo segundo, literal b), numeral 4º que la Corporación debe estudiar por áreas la infraestructura con fines turísticos y las medidas tendientes a satisfacerlas, coordinando sus planes y proyectos con entidades públicas de carácter nacional, y públicas de otros países.

Por último, no puede pasarse por alto, la norma del artículo 26 de los estatutos de Corturismo según la cual "la Corporación cumplirá las demás funciones que le *señale la ley*" (Subraya la Sala).

De lo hasta ahora expuesto se tiene entonces que la Corporación Nacional de Turismo, a diferencia de Coldeportes, no incluye una norma legal que de cabida a que el Presidente de la República le pueda asignar la función consistente en conceptuar previamente y de manera favorable para la participación en un evento turístico, concurso o reinado internacional. Por el contrario, como se vio, las funciones de la Corporación se orientan, antes que todo, a la promoción de los planes de turismo propuestos por las entidades que deben desarrollarlos. Y lo que es más, los propios estatutos de manera expresa y conforme al artículo 26 restringen la asignación de nuevas funciones, a la ley.

En síntesis se tiene que por el Decreto acusado, carente de fuerza de ley, se le está asignando a la Corporación Nacional de Turismo una función que no tiene según su estructura legislativa. Es verdad que el señor Presidente de la República es el Jefe del Estado y de la Administración, pero la asignación de funciones, en cuanto toca con la estructura administrativa del Estado, sólo puede hacerse por medio de ley o reglamento, tal como lo prevee el artículo 63 de la Constitución Nacional; por tal motivo este artículo resulta violado así como también el 20 de la Carta, lo que es suficiente para que, bajo este aspecto, se declare la nulidad del decreto acusado.

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

Falla:

1º) Declárase la nulidad del literal b) del artículo 1º del Decreto número 2602 de 22 de septiembre de 1981 por el cual se reglamenta la representación de Colombia en algunos eventos o certámenes internacionales, que es del siguiente tenor:

"b) De la Corporación Nacional de Turismo de Colombia, para la participación de eventos turísticos, concursos y reinados internacionales, para lo cual prefieran a quienes sean elegidos o seleccionados en los respectivos eventos o certámenes nacionales que tradicionalmente se han venido celebrando en las distintas ciudades del país".

2º) Decrétase la nulidad de la frase contenida en el artículo segundo del mismo Decreto y la Corporación Nacional de Turismo de Colombia. De consiguiente el texto vigente de esta norma quedará así:

"Artículo 2º El Instituto Colombiano para la Recreación y el Deporte adpotará las medidas necesarias para el debido cumplimiento de este Decreto".

3º) Niéganse las demás súplicas de la demanda.

Sesión del día 20 de julio de 1983.

Cópiese y notifíquese.

Mario Enrique Pérez Velasco, Samuel Buitrago Hurtado, Jacobo Pérez Escobar, Roberto Suárez Franco.

Lorenzo Rojas Surmay., Secretario.

tidad intervenida, no le permite a sus directivos intervenir o ejercer el derecho de defensa, porque las notificaciones no se les surten a los mismos ni conservan la titularidad de la representación. De esta manera se tiene que el numeral 2º del artículo 3º del Decreto 2216 (sic) viola el artículo 26 de la Constitución Nacional.

2) Al suprimirle al reclamante la facultad de intentar cualquier tipo de acción contra la entidad intervenida y circunscribirlo a un mero incidente, se le están limitando sus derechos de defensa con violación del artículo 26 de la Constitución Nacional.

3) Al recortar los términos para los acreedores de la entidad intervenida se está igualmente violando el derecho de defensa.

4) Al no permitir el registro de embargos y la cancelación de gravámenes se está violando el derecho de defensa.

5) Al prescindir de las acciones contempladas por los artículos 52, 55, 57, 62, 63, 67, 76 y 64 de la Ley 45 de 1923 se está violando el derecho de defensa.

6) Al consagrar el efecto retroactivo en el artículo del Decreto impugnado se está violando el derecho de defensa a los interesados en intervenciones anteriores que se han surtido en el pasado.

CUARTO CARGO. *Violación de la Ley* 45 *de* 1923. Sostiene el actor que el Decreto impugnado excedió la facultad reglamentaria que le da al Gobierno la Ley 45 de 1923, por las siguientes razones:

a) Recorta, reduce y suprime términos consagrados en la Ley 45 de 1923.

b) Suprime las diferentes acciones consagradas en la Ley 45 de 1923 y reduce a éstas a un mero incidente, lo cual es totalmente ilegal. Pregunta luego al demandante en qué quedan las acciones consagradas en el artículo 64 de la Ley 45 de 1923 y dónde está contemplado el juicio ordinario del artículo 76 *ibídem.*

c) Al expresar que la representación de las entidades intervenidas en toma de posesión radica en la Superintendencia se vulnera nuevamente la Ley 45 de 1923, porque ésta no concede la representación al Superintendente sino que asimila algunos de sus actos como si fueran efectuados por la Superintendencia.

QUINTO CARGO. *Violación de los artículos* 17 *a* 20 *de la Ley* 153 *de* 1887. Sostiene el demandante que al violar el Decreto impugnado los derechos adquiridos haciendo retroactivas las normas, especialmente en cuanto a juicios ejecutivos en trámite, exigibilidad de todo tipo de obligaciones, inoponibilidad de actos, impedimento para embargar y cancelar gravámenes, supresión de representación, se están desconociendo los derechos adquiridos tal como se estableció en el primer cargo.

SEXTO CARGO. *Violación de la Ley* 4ª *de* 1969 *y de los Decretos* 1400 *y* 2019 *de* 1970. Dice el demandante que al suprimir el Decreto impugnado las acciones contempladas en la Ley 45 de 1923 y dejar un mero incidente como actuación procesal, se está violando nuestro sistema procesal. Esta violación se hace ostensible en relación con el nu-

meral 15 del artículo 414 del C. de P. C., que ordena que los casos contemplados en los artículos 62 y 63 de la Ley 45 de 1923 se tramitarán mediante procesos abreviados. Igualmente se infringe el artículo 396 del C. de P. C., para el resto de acciones, cuando ordena que los asuntos que no tengan trámite especial se adelante por la vía ordinaria. Se recorta la facultad del reclamante rechazado en el caso del artículo 64 de la Ley 45 de 1923 al no permitírsele adelantar juicio ejecutivo ni cualquier otro juicio cuando así lo considere necesario.

SEPTIMO CARGO. *Violación del Decreto* 410 *de* 1971; (*Código de Comercio*). Sostiene el accionante que este Código ha sido violado por el Decreto impugnuado porque éste confunde el término de toma de posesión con la institución de la quiebra, olvidando que son instituciones totalmente distintas. No se explica la transcripción casi literal en el artículo 7º del Decreto acusado del artículo 1962 de C. de Co., de 1946 de la misma obra en el artículo 2º La Ley 45 de 1923 creó una institución distinta de la quiebra, como es la toma de posesión, a fin de proteger la confianza y credibilidad de los particulares frente a las instituciones financieras. "Por otra parte, si los bancos son una concesión del Estado, éste al mismo tiempo que los supervigila debe proteger a los concesionarios y su clientela sustrayendo sus actividades del peligro que encierra una quiebra. De otra parte, el encaje legal tiene como finalidad desde la Misión Kemmerer evitar las situaciones de quiebra.

En su alegato de conclusión el demandante insiste en sus apreciaciones jurídicas sobre el Decreto 2217 de 1982, pero se observa que señala nuevas normas infringidas con su respectivo concepto de violación, a saber:

1º Violación del numeral 14 del artículo 120 de la C. N. Dice el demandante que esta norma ha sido violada por cuanto las facultades allí consagradas son propias e indelegables del Presidente de la República y en ningún caso lo autoriza para delegarla en la Superintendencia Bancaria.

2º Violación del artículo 130 de la C. N.: Dice el actor que el Decreto 2217 viola este artículo al consagrar absurdamente la retroactividad de la ley.

II. La impugnación

Durante el proceso se hizo presente como parte impugnadora la señora Lucía Gaitán de Bedoya, quien se opuso a las pretensiones de la demanda con los siguientes argumentos, que se sintetizan:

1) En relación con la violación del artículo 30 de la C. N. expresa la impugnadora que si bien el precepto constitucional determina el respeto y garantía de la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, este presupuesto ha sido delimitado por la misma norma cuando se vean comprometidos el interés público y el beneficio de la comunidad, ante los cuales debe ceder el interés particular. Todos los procesos concursales son normas de orden público, ya que en su correcto desarrollo está involucrando el interés de la comunidad y se ha concebido en defensa del medio mismo y de aquellos que tienen algún tipo de relación con las entidades intervenidas.

Dice la impugnadora que el demandante señala como violado por el Decreto impugnado el artículo 76 de la C. N., pero él no señala cómo se infringió tal norma.

2) En relación con la violación del numeral 3º del artículo 120 de la C.N. por exceder los términos de la Ley 45 de 1923, expresa la impugnadora que "el poder reglamentario que concede la Constitución Nacional al Presidente de la República está sujeto al contenido de la ley que pretende reglamentar sin ampliar ni restringir su alcance, respetando el ámbito de competencia exclusiva del legislador.

"No obstante, las disposiciones dictadas con base en la facultad constitucional del 120-14, no son de ninguna manera Decretos reglamentarios; sus características difieren totalmente, ya que en tanto el Decreto reglamentario está estrictamente limitado a la norma que detalla y regula, las normas originadas en el 120-14 son autónomas, no subordinadas a ley previa, ya que emanan directamente de la Constitución".

3) En cuanto a la violación del artículo 26 de la C. N. por constituir al Superintendente Bancario en juez y parte, dice la impugnadora que "la función de la Superintendencia Bancaria en este evento es la que corresponde a la naturaleza misma de la entidad: netamente administrativa, encargada de conducir la entidad financiera, mediante un acertado manejo a los cauces olvidados de un correcto y productivo accionar dentro del medio, o, de hacerlo imposible a circunstancias, a la liquidación de sus bienes y negocios con el objeto de evitar perjuicios a la comunidad de su ubicación. Es esta una institución del orden administrativo, de control del sector financiero.

"Ahora bien, cuando en el desarrollo de su labor se hace necesario acudir a la autoridad jurisdiccional para asuntos de su exclusiva competencia, la misma regulación, hoy acusada, remite a ella, con el objeto de no interferir en su esfera de competencia. Un ejemplo de ello es el artículo 13 del Decreto 2217 en concreto. Todas las facultades previstas para el Superintendente Bancario a través del texto del Decreto son de carácter ejecutivo, rama de la cual forma parte la Superintendencia Bancaria".

III. Concepto del fiscal

El señor Fiscal Primero de la Corporación en su concepto de fondo pide a esta Sala que deniegue las súplicas de la demanda. Expresa que el Decreto 2217 de 1982 fue expedido en ejercicio de la atribución del numeral 14 del artículo 120 de la Constitución, por lo que se trata de un "reglamento autónomo" o "constitucional", como han sido llamados por la doctrina y la jurisprudencia. Luego transcribe apartes de la sentencia de 18 de agosto de 1972 proferida por la Corte Suprema de Justicia, que trata precisamente de los reglamentos autónomos o constitucionales.

IV. Consideraciones de la Sala

Habiéndose ejecutoriado el auto de citación para sentencia y no hallándose causal que invalide lo actuado en el presente juicio, se procede a decidirlo previas las siguientes consideraciones:

A. El acto administrativo impugnado

El demandante ha pedido que "se anulen en las partes pertinentes las normas que adolecen" de los vicios de inconstitucionalidad e ilegalidad del Decreto 2217 dictado por el Presidente de la República el 29 de julio de 1982". Este decreto, "por medio del cual se adoptan medidas para proteger el ahorro privado", fue dictado por el Presidente de la República invocando sus atribuciones constitucionales y en especial la conferida por el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional. Sus considerandos son los siguientes:

"1. Que en los eventos en los que la Superintendencia Bancaria se vea abocada a tomar posesión de los negocios, bienes y haberes de una entidad sometida a su control y vigilancia, por presentarse las causales consagradas en la Ley 45 de 1923 y disposiciones concordantes, se debe garantizar una especial protección a los ahorros captados del público.

"2. Que la intervención a quienes han recibido la licencia del Estado para manejar el ahorro popular, no debe acarrear un perjuicio para terceros que han confiado sus intereses a este tipo de entidades.

"3. Que en tal virtud, es preciso agilizar los trámites sobre toma de posesión de los negocios, bienes y haberes de las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria que tienen como objeto principal el manejo, aprovechamiento o inversión de los fondos provenientes del ahorro privado".

El Decreto impugnado consta de 37 artículos, pero el libelista en los cargos que le hace concreta las normas acusadas, por lo que éstas serán transcritas al hacer el estudio de cada uno de los cargos de ilegalidad.

B. Los cargos de ilegalidad

Como antes se vio, el demandante le hace al Decreto 2217 siete cargos, unos de inconstitucionalidad y otros de mera ilegalidad, los cuales serán estudiados por la Sala en el mismo orden en que fueron formulados.

Primer cargo

Violación del artículo 30 *de la C. N. por cuanto desconoce los derechos adquiridos en las siguientes formas*:

1º El numeral 2º del artículo 8º del Decreto 2217, porque establece la exigibilidad de las obligaciones con respecto a los deudores de las instituciones intervenidas con la toma de posesión, ya que el deudor tiene derecho a pagar en el plazo convenido.

La norma acusada es del siguiente tenor:

"Artículo 6º La toma de posesión conlleva:

"2. La exigibilidad de todas las obligaciones a plano, sean comerciales o civiles, estén o no caucionadas".

Sobre el anterior cargo la Sala se permite hacer las siguientes consideraciones:

a) El artículo 30 de la C. N. garantiza "la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores", pero "cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o de interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social".

De lo transcrito surge la necesidad de precisar dos nociones allí expresadas, cuales son la de derechos adquiridos y la de no retroactividad de la ley, para establecer luego si el artículo 30 de estos aspectos de sus regulaciones ha sido violado por el numeral 2º del artículo 6º del Decreto 2217 de 1982".

1) *La noción de derechos adquiridos.* El concepto de derecho adquirido no ha sido fácil de precisar, razón por la cual ha habido varias definiciones. Los primeros en emplear la expresión fueron los postglosadores y lo hicieron para enfocar los fenómenos relativos a los conflictos de leyes en el tiempo. Al analizar el fenómeno de la ley nueva frente a la ley antigua, sostuvieron la tesis de que la primera sólo podía modificar las meras expectativas. De aquí surgió entonces la noción de derechos adquiridos como contrapuesta a la noción de meras o simples expectativas.

Entre nosotros fueron acogidas las ideas que venían desde los postglosadores y es así como habiéndose establecido en el artículo 31 de la Constitución de 1886 que "los derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles por personas naturales o jurídicas, no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores", se consagraron en los artículos 17 y 322 de la Ley 153 de 1887 las siguientes normas:

Artículo 17. "Las meras expectativas no constituyen derecho contra la ley nueva que las anule o cercene".

Artículo 322. "Los derechos adquiridos con arreglo a la abolida legislación de los extinguidos Estados subsistirán según las reglas establecidas en la parte primera de esta ley".

En cuanto a la definición de derechos adquiridos se tiene lo siguiente:

La Corte Suprema de Justicia no ha sido uniforme en su concepción sobre los derechos adquiridos. Durante mucho tiempo acogió la *concepción patrimonialista* de los mismos, según la cual derecho adquirido es el que ha entrado definitivamente en el patrimonio de una persona. Así tenemos que en sentencia de 29 de octubre de 1925 definió los derechos adquiridos como "aquellos que se han consolidado con la persona y forman parte integrante de su patrimonio" (Pineda, Néstor, *Jurisprudencia Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.* Editorial Temis, Bogotá, 1963, Tomo I, pág. 252). También en sentencia de 12 de diciembre de 1974 expresó que "por 'derecho adquirido' ha entendido la doctrina y la jurisprudencia aquel derecho que ha entrado al patrimonio de una persona, natural o jurídica, y que hace parte de él, y que por lo mismo, no puede ser aparentado y vulnerado por quien lo creó o reconoció legitímamente" (Sarmiento Buitrago Luis, *Juris-*

prudencia Constitucional, Corte Suprema de Justicia, 1969, 1979. Edición Banco de la República, Bogotá, 1981. Tomo I, página 375).

Posteriormente la Corte se aparta de la tesis patrimonialista y le da mayor amplitud a la noción de derechos adquiridos. Es así como en sentencia de 17 de marzo de 1977 expresa que "por derechos adquiridos se tiene aquellas situaciones individuales y subjetivas que se han creado y definido bajo el imperio de una ley, y que por lo mismo han creado a favor de sus titulares un cierto derecho que debe ser respetado (Sarmiento Buitrago, Op. Cit. Pág. 373). Esta misma noción ya lo había expresado en sentencia de 11 de septiembre de 1969 cuando dijo que "el derecho adquirido o constituido, en el campo de la técnica jurídica, equivale a 'la situación jurídica subjetiva, individual o concreta' y creada por un acto o hecho de igual índole, con fundamento en una situación jurídica general u objetiva" (*Idem ibídem*, pág. 174).

El Consejo de Estado le ha puesto acento a la concepción patrimonialista, aunque no se puede decir que ella ha sido acogida con exclusividad. En efecto, en auto de 15 de diciembre de 1965 proferido por la Sección Tercera se expresó que "en materia de Derecho Público no hay derechos adquiridos. Esta noción admitida por el derecho universal, se refiere sustancialmente a los derechos patrimoniales, es decir, a los que con título legítimo hacen parte del haber de las personas privadas"; asimismo en sentencia de 24 de octubre de 1975 proferida por la Sección Segunda se dice que "el Estatuto de Carrera Administrativa puede ser cambiado por el legislador cuando a bien lo tenga, sin que pueda alegarse que los ya inscritos bajo un estatuto anterior, tengan un derecho adquirido amparado por el artículo 30 de la Constitución Nacional. Fundamentalmente esta norma ampara derechos patrimoniales, de carácter civil y no derechos simplemente administrativos, como sería la estabilidad en un cargo público".

Como puede observarse de las citas anteriores, el Consejo de Estado emplea los términos "sustancialmente", "Fundamentalmente", los cuales indican que él también admite en ciertos casos la existencia de derechos adquiridos no patrimoniales.

La Sala acoge una noción amplia de derechos adquiridos, es decir, que abarque tanto derechos patrimoniales como no patrimoniales. Considera que los derechos adquiridos son situaciones jurídicas individuales, subjetivas o concretas creadas o consolidadas bajo el imperio de una ley.

De otro lado se tiene que el artículo 30 de la Constitución Política sólo protege los derechos adquiridos "con arreglo a las leyes civiles". Sobre este punto ha expresado la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 17 de febrero de 1976 lo siguiente: "La norma constitucional anotada se refiere, entre otros, a los derechos constituidos 'con arreglo a las leyes civiles', es decir, a los que 'determinan especialmente los derechos de los particulares, por razón del estado de las personas, de sus bienes, obligaciones, contratos y acciones civiles', como lo prevé el artículo 1º del respectivo Código.

"Mas el ejercicio normal o excepcional de la función legislativa del poder público genera igualmente, otra clase de leyes, las denominadas 'administrativas' que definen la situación o situaciones de los

gobernados frente al Estado. Y al paso que en las primeras, las 'civiles', se respeta la autonomía de la voluntad, en las segundas, realmente ésta no existe. En el primer caso, como lo ha advertido el Consejo de Estado y es lo cierto, hay equilibrio de derechos y poderes; en el segundo hay subordinación de un sujeto de derecho a otro. Es un fenómeno semejante al que se deduce de la comparación entre el derecho *privado* y el derecho *público;* el primero se aplica, de modo preferente, por *concierto;* el segundo, igualmente, por *imperio.*

"Pero la ley 'administrativa' también deja a salvo las situaciones jurídicas individuales surgidas al amparo de la legislación anterior. Esta ha sido la doctrina de la Corte a través de varios fallos de amplia difusión, como los de 12 de noviembre y 24 de febrero de 1955 (G.J. Tomos 45 y 79); y si la ley desconoce o vulnera esas situaciones jurídicas subjetivas, surge para el Estado el deber de reparar o compensar el daño que se desprende de su aplicación. Este caso es la excepción; la regla es que las nuevas relaciones que prevé la ley administrtaiva en materia procesal no menoscaban las situaciones jurídicas subjetivas" (Sarmiento Buitrago, Op. Cit., Tomo I, pág. 372).

El Consejo de Estado, en cambio, ha estimado al respecto que "algún sentido debe darse a la expresión *leyes civiles.* Por ejemplo la misma Constitución las distingue de las leyes penales para preceptuar que éstas tienen efecto retroactivo en cuanto sean permisivas o favorables. También las distingue de las leyes militares en los preceptos del Título XVI. Así podríamos indicar que hay diferencia sustancial entre leyes que regulan las relaciones entre particulares, es decir, las relaciones de los gobernados entre sí, y aquéllas que se refieren a las relaciones de gobernantes y gobernados. Las primeras son, sin duda, leyes civiles cuya aplicación deja amplio margen para que se exprese libremente la autonomía de la voluntad, en tanto que de la aplicación de las segundas la autonomía de la voluntad del gobernado prácticamente no existe. En el primer caso hay equilibrio de derechos y poderes, en el segundo hay subordinación de un sujeto de derecho a otro.

"De esta primera y ligera confrontación surge obvio el criterio de que los derechos adquiridos *con arreglo a las leyes administrativas,* no son los que protege el artículo 30 de la Constitución. Y son leyes administrativas aquellas que ordenen la intervención del Estado en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas y de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho. Y los actos que se dicten en cumplimiento de tales leyes forman parte del derecho administrativo y no del derecho civil. La ordenación legal relativa a la administración de la moneda y del comercio exterior es expresión flagrante de los poderes que al Estado atribuye el artículo 32 de la Constitución y por tanto los derechos que se adquieran con arreglo a sus preceptos no están amparados por la noción de derechos adquiridos de que trata el artículo 30.

"Como en el conflicto entre los derechos de particulares y la utilidad pública o el interés social debe prevalecer este último criterio, no habría inconveniente en principio para aceptar que derechos adquiridos conforme a leyes administrativas pueden ser desconocidos o vulnerados por leyes posteriores. Esto no quiere decir, sin embargo, que

la legislación administrativa, leyes y otros actos formalmente legislativos, haya de estar presidida por el signo de la arbitrariedad o sea el fruto de poderes discrecionales" (Sentencia de 3 de octubre de 1968 de la Sección Cuarta, Anales del Consejo de Estado, Nºs 419 y 420, pág. 188 y 189).

En cuanto a los actos administrativos se refiere, ha sido por mandato de la ley que se ha consagrado el respeto de los derechos adquiridos o de las situaciones jurídicas individuales o concretas por ellos creadas, al disponer en el artículo 24 del Decreto Ley 2733 de 1959 que "cuando el acto administrativo haya creado una situación jurídica individual, o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular".

De lo expuesto se pueden sacar las siguientes conclusiones:

1ª Los derechos adquiridos en su concepción amplia son equivalentes a las situaciones subjetivas, individuales o concretas que han sido creadas o consolidadas bajo el imperio de una ley.

2ª Los derechos adquiridos amparados por la Constitución política son únicamente los constituidos con justo título con arreglo a las leyes civiles y no administrativas, pero la ley ha amparado los derechos adquiridos mediante actos administrativos, los cuales no pueden ser desconocidos o vulnerados por la administración sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.

2) *Principio de la no retroactividad de la ley.* Asunto íntimamente vinculado con el de los derechos adquiridos es el de la no retroactividad de la ley, principio que consiste en que una ley no puede gobernar sino a partir de su vigencia los hechos futuros, no siendo aplicable la ley nueva a situaciones que se han perfeccionado bajo el imperio de leyes anteriores en el tiempo. El tiene como finalidad garantizar la seguridad jurídica y la firmeza de las relaciones entre los asociados y de éstos con el Estado.

Sobre el principio de la irretroactividad de la ley ha dicho el Consejo de Estado en sentencia de 3 de octubre de 1968 de la Sección Cuarta que "es de la esencia de ésta que sus mandatos rigen la vida futura. Como la ley regula la conducta humana, en principio no puede referirse sino al futuro, aunque su aplicación suponga modificaciones sustanciales de conductas ahora ilegales y antes legítimas. Pero si la ley desconoce o vulnera situaciones jurídicas subjetivas constituidas al amparo de la ley derogada, debe repararse o compensarse el daño que se siga de su aplicación. Ahora bien, este caso es excepcional. Lo corriente es que las nuevas relaciones puedan regularse sin vulnerar las situaciones jurídicas subjetivas. Sólo problemas de gran magnitud social podrán impedir al legislador adoptar las nuevas reglas de conducta sin infligir daño a las situaciones jurídicas subjetivas válidamente constituidas bajo el imperio de la ley anterior".

Del contexto de la disposición contenida en el inciso 1º del artículo 30 de al C. N. se desprende inequívocamente la consagración del principio universal de derecho de la no retroactividad de la ley, pero la misma norma establece una excepción en el campo civil, que permite la aplicación retroactiva de la nueva ley en el caso de conflicto

de derechos de los particulares con la necesidad reconocida en la misma ley, cuando ha sido expedida por motivos de utilidad pública o interés social. Al respecto expresa el artículo 30, que "cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o de interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social".

b) Aplicando la doctrina antes sentada al caso *sub judice,* la Sala encuentra lo siguiente:

Por el numeral 2º del artículo 64 del Decreto 2217 de 1982, expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las atribuciones que le confiere el numeral 14 del artículo 120 de la C. N., se dispone que la toma de "posesión de los negocios, bienes y haberes de las entidades" que se encuentran bajo el control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria y que tengan por objeto social principal el manejo, aprovechamiento e inversión de fondos provenientes del ahorro privado, conlleva "la exigibilidad de todas las obligaciones a plazos, sean comerciales o civiles, estén o no caucionadas".

En cuanto a la vigencia de la anterior norma debe tenerse en cuenta lo expresado en el artículo 36 del mismo decreto, según el cual "las disposiciones contenidas en el presente Decreto se aplicarán a las intervenciones en curso sin que en tal caso sea necesario repetir las actuaciones y diligencias iniciadas o realizadas por el Superintendente". De esta norma se desprende en forma inequívoca que el numeral 23 del artículo 6º se aplica a las instituciones que estaban intervenidas por la Superintendencia Bancaria el 29 de julio de 1982, fecha de expedición del Decreto 2217 de 1982. De esta suerte la mencionada norma tiene efecto retroactivo en cuanto ella le pone fin al plazo que las instituciones intervenidas habían convenido, conforme a las leyes comerciales o civiles, con las personas a quienes le habían otorgado crédito o celebrado contratos de otra índole con la modalidad de un plazo para el cumplimiento por parte de los particulares de las obligaciones emanadas de dichos contratos. Para la Sala es incuestionable que el plazo convenido entre las entidades intervenidas a que se refiere el Decreto 2217 de 1982 y las personas que contrataban con ellas constituía un derecho consolidado a no pagar la deuda sino al término de dicho plazo, esto es, no había creado a favor de dichas personas una situación jurídica concreta que impedía a las entidades a que se refiere el Decreto 2217 exigirles el cumplimiento de sus obligaciones antes del vencimiento del plazo pactado. Por consiguiente, la norma acusada resulta de esta manera violatoria de lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 30 de la C. N., razón por la cual el cargo debe prosperar.

2. Según el actor el numeral 4º del artículo 6º del Decreto 2217 de 1982 también es violatorio del artículo 30 de la C. N., porque dicha norma ordena la suspensión del proceso y el desglose del título ejecutivo para que el demandante lo haga valer en el proceso de liquidación, lo cual viola los derechos adquiridos derivados de los juicios ejecutivos.

Sobre el anterior cargo, la Sala hace las siguientes consideraciones:

El numeral 4º del artículo 6º expresa que la toma de posesión conlleva "la suspensión, en el estado en que se encuentre, de los procesos

ejecutivos que obren contra la entidad intervenida. Los jueces que estén conociendo de ellos procederán de oficio y comunicación al Superintendente y al demandante la suspensión. Así mismo y a solicitud del demandante, decretarán el desglose del titulo ejecutivo, a fin de que éste pueda hacerse valer en el proceso de liquidación".

Es una regla aceptada entre nosotros de que las normas sobre competencia y las que determine el trámite o procedimiento tienen cumplimiento inmediato y se aplican, por lo mismo, desde el momento en que deban empezar a regir, porque la atribución de competencia es una decisión que siempre debe consultar el interés general, el cual debe prevalecer sobre los intereses particulares; lo mismo sucede con los procedimientos para la tramitación de los asuntos o negocios que sean de cargo de los organismos o funcionarios oficiales. Son normas de orden público cuyo cumplimiento no puede estar subordinado al interés de los particulares, quienes frente a ellas se encuentran colocados en un pie de estricta igualdad. Por esta razón el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 ha dispuesto que "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 en las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación".

El hecho de que una persona haya iniciado un juicio ejecutivo contra una entidad intervenida por la Superintendenca Bancaria de las que trata el Decreto 2217 de 1932, no le concede ningún derecho a que si con posterioridad se presenta una situación de quiebra u otra semejante no pueda tramitarse conforme a los procedimientos especiales previstos para garantizar la equitativa distribución de los bienes del deudor, los cuales son garantía o prenda general de todas sus deudas, aunque haya de respetarse los privilegios que la ley hubiese establecido a favor de determinadas personas. Por esta razón el artículo 1945 del C. de Co. expresa que la declaración judicial de quiebra conlleva "la acumulación al proceso de quiebra de todos los procesos de ejecución que se sigan contra el quebrado. Con tal fin se librarán las comunicaciones del caso. Los jueces que estén conociendo de ellos les remitirán de oficio y sin dilación al juez de la quiebra, en el estado en que se hallen, pero las apelaciones que se hayan concedido contra providencias de aquellos jueces seguirán su trámite legal hasta ser resueltas por sus respectivos superiores".

De lo expuesto se concluye que la norma acusada no ha violado ningún derecho adquirido, porque ella versa sobre competencia y procedimiento. Por tanto, el cargo no puede prosperar.

3. Sostiene el demandante que el numeral 5º del artículo 6º ha violado igualmente el artículo 30 de la C. N., porque con él se vulneran los derechos adquiridos de los titulares de poder obtener cancelación del registro o afectaciones de bienes de las sociedades intervenidas.

Sobre el cargo anterior la Sala hace las siguientes consideraciones:

El numeral 5º del artículo 6º del Decreto 2217 de 1982 expresa que la toma de posesión conlleva la prevención a los Registradores de

Instrumentos Públicos para que se abstengan de cancelar el gravamen constituido a favor de la entidad intervenida sobre cualquier bien inmueble, salvo expresa autorización del Superintendente Bancario o de su Agente Especial. Así mismo, deberán abstenerse de registrar cualquier acto que afecte el dominio de los bienes de propiedad de la entidad intervenida, salvo que dicho acto haya sido realizado por el funcionario mencionado".

La Sala estima que mientras no se haya realizado en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos la cancelación del gravamen constituido a favor de la entidad intervenida sobre cualquier bien inmueble o se haya hecho el registro de cualquier acto que afecte el dominio de los bienes de propiedad de la misma, puede la autoridad competente del Estado impedir el registro cuando estén en conflicto derechos de terceros, caso en el cual no puede hablarse de derechos adquiridos.

Por lo antes expresado se concluye que el cargo analizado no puede prosperar.

4. Expresa el demandante que el artículo 36 del Decreto 2217 de 1982 también viola el artículo 30 de la C. N. porque lesiona derechos adquiridos al cambiar totalmente las reglas de juego que existían en el momento de la toma de posesión. Además, al advertir la norma que no es necesario repetir las actuaciones y diligencias iniciadas o realizadas por el Superintendente, está indicando un empalme de normas imposible de lograr dada su contradicción evidente con la Ley 45 de 1923.

Sobre el cargo anterior la Sala hace las siguientes consideraciones:

La norma acusada expresa lo siguiente:

"Las disposiciones contenidas en el presente decreto se aplicarán a las intervenciones en curso sin que en tal caso sea necesario repetir las actuaciones y diligencias iniciadas o realizadas por el Superintendente".

La norma transcrita, por referirse al procedimiento que debe seguirse en los casos de toma de posesión de las mismas entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia bancaria, no viola ningún derecho adquirido o situaciones jurídicas individuales, subjetivas o concretas por las razones que antes se han expresado. En consecuencia, este cargo tampoco puede prosperar.

5. Dice el actor que los artículos 9º y 13 del Decreto 2217 de 1982 violan el artículo 30 de la C. N. porque circunscriben al reclamante rechazado el trámite del incidente del artículo 137 del C. de P. C., con lo cual le están conculcando los derechos adquiridos consagrados en el artículo 64 de la Ley 45 de 1923 que le otorga la facultad de acudir a cualquier acción ante la justicia ordinaria para hacer valer sus derechos.

Las normas antes excusadas expresan lo siguiente:

Artículo 9º del Decreto 2217 de 1982. "Una vez recibidas las reclamaciones el Superintendente hará entrega de los bienes que no forman parte de la masa, en el orden establecido por el mismo funcio-

nario mediante resolución motivada y teniendo siempre en cuenta el principio de la protección de los intereses de los ahorradores. Dichos pagos se efectuarán en la medida en que las disponibilidades lo permitan. En el caso de no acceder a tal entrega, los interesados podrán reclamar ante juez competente, quien decidirá previos los trámites de un incidente. Para los efectos de este artículo, el Superintendente podrá realizar las operaciones previstas en el artículo 19 de este Decreto".

"Artículo 13. 'Dentro del término de tres (3) días contados a partir de la ejecutoria de las resoluciones que incorporan las reclamaciones, deberá el Superintendente dar traslado al Juez del Circuito de las reclamaciones presentadas y objetadas que considere deben rechazarse, para que la autoridad judicial decida sobre su admisibilidad o rechazo mediante el trámite de un incidente y en el término señalado por el artículo 137 del Código de Procedimiento Civil".

En opinión de la Sala las normas antes transcritas son de mero procedimiento, fuera de que remiten a los jueces competentes las reclamaciones que se hagan al Superintendente Bancario en los casos de toma de posesión de los negocios, bienes y haberes de las entidades a que se refiere el Decreto 2217 de 1982 y que dicho funcionario rechazare.

El inciso 2º del artículo 64 de la Ley 45 de 1923, que según el demandante consagra un derecho a favor de los reclamantes rechazados a acudir a cualquier acción ante la justicia ordinaria para hacer valer sus derechos, expresa que "cuando haya expirado el plazo dentro del cual el Superintendente debe aceptar o rechazar una reclamación, y cualquier tiempo dentro de los 6 meses siguientes, un reclamante cuyo reclamo haya sido presentado debidamente y no haya sido aceptado, podrá iniciar o adelantar acción civil contra el establecimiento bancario".

Se observa que la facultad que le concede al reclamante rechazado la norma anterior no constituye para él una situación jurídica concreta y consolidada que no puede ser desconocida por norma posterior. Se trata de una facultad que él puede ejercer o no. De otra parte se anota que la Ley 45 de 1923 se refiere a los establecimientos bancarios y no solamente a las entidades que tengan como objeto social principal el manejo, oprovechamiento e inversión de fondos provenientes del ahorro privado, que son las destinatarias de las normas contenidas en el Decreto 2217 de 1982. Por consiguiente, siendo distinto el campo de dominio del mencionado Decreto y de la Ley 45 de 1923, no es posible hablar de que las normas acusadas hayan violado la citada ley. Esto sin perjuicio de que más adelante se examinen otros cargos hechos a las normas de los artículos 9º y 13 del Decreto impugnado. Por lo expuesto, este cargo tampoco puede prosperar.

Segundo cargo

Violación del numeral 3º del artículo 120 de la C. N., por cuanto se excedieron los términos de las leyes y reglamentos que el actor señala. Sostiene el demandante que los artículos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 8º, 9º, 10, 11, 12, 13, 14 a 33 y 36 del Decreto 2217 de 1982 son violatorios del numeral 3 del artículo 120 de la C. N., porque contienen normas no previstas en la regulación de la Ley 45 de 1923 para el caso de la toma de posesión de las entidades intervenidas.

Sobre el cargo anterior la Sala se permite observar que el Decreto impugnado Nº 2217 de 1982, "por medio del cual se adoptan medidas para proteger el ahorro privado", fue expedido por el Presidente de la República no como Decreto reglamentario de la Ley 45 de 1923 ni de ninguna otra, a pesar de que en el primer considerando se haga mención a dicha ley, si no en ejercicio de las atribuciones que le da el numeral 14 del artículo 120 de la C. N. Ello quiere decir entonces que se trata de un Decreto de los llamados "reglamentos constitucionales" o "autónomos", porque no están subordinados a ley alguna. Por consiguiente, no es posible que mediante su expedición haya podido violarse el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Política, porque esta norma expresa que corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa "ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, Decretos y resoluciones necesarias para la cumplida ejecución de las leyes". Así pues, que por definición, al no ser reglamentario al Decreto, no ha podido violarse la norma constitucional citada. Por lo tanto, este cargo no puede prosperar.

Tercer cargo

Violación del artículo 26 *de la C. N.* Según el actor el artículo 26 de la C. N. ha sido violado por el Decreto impugnado porque al consagrar el Superintendente Bancario como sancionador secuestre, juez de la causa y al mismo tiempo representante de la entidad intervenida, no le permite a los directivos de ésta ejercer el derecho de defensa porque las notificaciones no se les surten a los mismos ni conservan la tiularidad de la representación: igualmente por suprimirle al reclamante la facultad de intentar cualquier tipo de acción contra la entidad intervenida y circunscribirlo a un mero incidente; también al recortar los términos para los acreedores de la entidad intervenida; así misma el no permitir el registro de embargos y la cancelación de gravámenes; también por prescindir de las acciones contempladas por los artículos 52, 55, 57, 62, 63, 67, 76 y 64 de la Ley 45 de 1923, y al consagrar el efecto retroactivo en el artículo 36.

Sobre el cargo que antecede la Sala hace las siguientes reflexiones:

Al tenor del artículo 26 de la Constitución Política "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio".

De acuerdo con la norma anterior se dan a las personas tres garantías, a saber:

1) Garantía de que nadie puede ser castigado si previamente no se ha prohibido el hecho y se ha señalado la pena correspondiente, la cual constituye un principio universal del derecho penal que se expresa con la frase latina *"nullum crimen sine lege; nulla poena sine lege"* que traduce que no hay delito ni pena sin ley previa. Esta garantía es apenas aplicación del principio universal de derecho de que las leyes sólo se aplican a partir de su vigencia, o sea que no tienen efecto retroactivo. El 2º inciso del artículo 25 hace una excepción a este principio, que no es del caso comentar ahora.

Teniendo en cuenta las afirmaciones del actor al hacer el cargo, encuentra la Sala que él no se refiere en ninguna parte a la violación

de esta preciosa garantía constitucional. No se dice que el decreto impugnado haya establecido determinada sanción que debe aplicarse a hechos acaecidos plenamente con anterioridad a la vigencia de las normas acusadas. No hay, pues, realmente cargo relacionado con esta primera garantía establecida por el artículo 26 de la C. N.

2) Garantía de que nadie podrá ser juzgado sino por juez competente, y éste lo es aquél facultado por la Constitución, la ley o el reglamento para conocer y decidir de un determinado asunto.

En el caso *sub judice* se contempla que el decreto impugnado le da atribuciones al Superintendente Bancario para intervenir las entidades que encontrándose bajo su control y vigilancia tengan como objeto social principal el manejo, aprovechamiento o inversión de fondos provenientes del ahorro privado, tomando posesión de sus negocios, bienes y haberes, con el objeto de administrarlas o de proceder a su liquidación en los casos previstos en la Ley 45 de 1923 y disposiciones concordantes. Entonces se tiene que por el Decreto acusado se da competencia a la Superintendencia Bancaria, la cual como se dijo antes, tiene aplicación inmediata, sin que por ello se pueda hablar de retroactividad de la ley. Por habérsele dado las atribuciones de que trata el Decreto 2217 el Superintendente Bancario resulta ser a partir de su vigencia el funcionario competente para intervenir las entidades antes señaladas en la forma que el mismo Decreto dispone, y él debe conocer aún de las diligencias administrativas de liquidación que se hubiesen iniciado antes de la vigencia del Decreto impugnado sin que por ello se infrinja la norma del artículo 26 de la C. N.

Por otra parte, al expresar el artículo 1º del Decreto 2217 que la administración o liquidación de las entidades debe hacerse "en los casos previstos en la Ley 45 de 1923 y disposiciones concordantes", está dándole estricta aplicación al principio constitucional de que nadie puede ser castigado si previamente no se ha prohibido el hecho y se ha señalado la pena correspondientes.

Por lo expuesto la garantía comentada no ha sido violada.

3) La otra garantía consagrada en el artículo 26 de la C. N. es la de que nadie puede ser juzgado sino con observancia plena de las formas propias de cada juicio. Resulta que él Decreto impugnado tiene por objeto establecer un procedimiento que debe aplicarse en los casos de intervención en el mismo previsto, lo cual de ninguna manera viola el artículo constitucional en comento. Si por el artículo 35 del Decreto se le dio a dicho procedimiento efecto retroactivo o restrospectivo, ya se ha indicado al examinar el primer cargo que "las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir" (artículo 40, Ley 153 de 1887).

De todo lo expuesto se concluye que el cargo formulado no puede prosperar.

Cuarto cargo

Violación de la Ley 45 de 1923. Sostiene el demandante que el Decreto impugnado excedió la facultad reglamentaria que le da al Gobierno la Ley 45 de 1923.

Sobre el anterior cargo la Sala observa que el Gobierno al expedir el Decreto autónomo 2217 de 1982 no lo hizo en ejercicio de facultades reglamentarias que le da la Ley 45 de 1923. Pues, es claro al expresar que lo hace "en uso de sus atribuciones constitucionales y, en especial la conferida por el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional". El hecho de que haga alusión a la mencionada ley no quiere decir que la está reglamentando ni que esté haciendo uso de facultades de reglamentación que la misma ley da al Gobierno. Por lo tanto, este cargo tampoco puede prosperar.

Quinto cargo

Violación de los artículos 17 *a* 20 *de la Ley* 153 *de* 1887. Sostiene el demandante que al violar el Decreto impugnado los derechos adquiridos haciendo retroactivas las normas, especialmente en cuanto a juicios ejecutivos en trámite y otros aspectos, se están desconociendo los derechos adquiridos tal como se estableció en el primer cargo.

Como quiera que el cargo anterior es una derivación o tiene como fundamento el primero, se tiene que al no haber prosperado éste tampoco puede tener éxito el que ahora se formula por las mismas razones que antes se dieron. Además, por la forma general y abstracta como está formulado el que ahora se considera, no puede prosperar.

Sexto cargo

Violación de la Ley 4ª *de* 1969 *y de los Decretos* 1400 *y* 2019 *de* 1970. Expresa el actor que al suprimir el Decreto impugnado las acciones contempladas en la Ley 45 de 1923 y dejar un mero incidente como actuación procesal, se está violando nuestro sistema procesal. Señala que dicha violación se hace especialmente ostensible en relación con el numeral 15 del artículo 414 del C. de P. C., que ordena que los casos contemplados en los artículos 62 y 63 de la Ley 45 de 1923 se tramiten mediante el proceso abreviado, y que igualmente se infringe el artículo 396 de la citada obra para el resto de acciones, porque este artículo ordena que los asuntos que no tengan trámite especial se adelantan por la vía ordinaria. Además se reporta la facultad del reclamante rechazado en el caso del artículo 64 de la Ley 45 de 1923 al no permitírsele adelantar juicio ejecutivo ni cualquier otro juicio cuando así lo considere necesario.

En relación con el cargo anterior la Sala hace las siguientes consideraciones:

El numeral 15 del Art. 414 del C. de P. C. (Decretos Leyes 1400 y 2019 de 1970) establece que se tramitarán y decidirán en proceso abreviado, cualquiera que sea su cuantía, los asuntos "contemplados en los artículos 62 y 63 de la Ley 45 de 1923 sobre establecimientos bancarios y los similares relacionados con las sociedades sujetas a inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria". Por su parte el artículo 396 preceptúa que "se ventilará y decidirá en proceso ordinario todo asunto contencioso que no esté sometido a un trámite especial".

Es cierto que las normas anteriores se ven sustituidas o modificadas por los del Decreto impugnado, lo cual no podía hacerse en opinión

de esta Sala. Pues, en fallo de 25 de agosto de 1976, con ponencia del Consejero Miguel Lleras Pizarro, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo expresó que por tener los decretos dictados por el Presidente de la República en ejercicio de la atribución que le confiere el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Política naturaleza administrativa y no legislativa, no pueden, en consecuencia, derogar o modificar las leyes que con posterioridad a la Reforma constitucional de 1968 dicte el Congreso de la República en ejercicio de sus atribuciones, como sería el caso de las normas contenidas en el Código de Procedimiento Civil. En efecto, el precitado fallo expresa sobre el particular, recogiendo en esto lo ya expresado en sentencia de 14 de junio de 1974 de la Sección Primera con ponencia del Consejero doctor Humberto Mora Osejo, lo siguiente:

"Como la función legislativa no ha sido expresamente trasladada al Gobierno ni del texto del ordinal 14 del artículo 120 aparece explícito tan extraño propósito, y como es ligereza concebir que dicha función legislativa pueda ejercerla simultáneamente una y otra de las ramas del poder público, porque la competencia legislativa constituye unidad no parcelable ni compartible, a menos que se acepte la indefinición o la vaguedad de su atribución, calidades que no pueden predicarse en el Estatuto fundamental, no obstante sus varias incongruencias, excesos retóricos, incorrecciones gramaticales, laxitudes técnicas, es indispensable concluir que los actos derivados del ejercicio de los preceptos del artículo 120, numeral 14, son administrativos con toda la amplitud y todas las limitaciones que son propias de esta función, que no son sustitutivos de la ley sino diferentes y que los decretos que se hayan dictado con posterioridad a la reforma constitucional de 1968 no sean derogatorios de leyes preexistentes por su natural capacidad sino porque la legislación anterior subrogada por la propia Constitución al cambiar la competencia, será incompatible con los actos administrativos promulgados con posterioridad a la vigencia de la reforma de aquel año, pero no inhabilitantes de la futura potestad del Congreso en esa materia, en la medida y con la oportunidad que juzgue necesarias".

Lo anterior es suficiente para concluir que el cargo debe prosperar.

Séptimo cargo

Violación del Decreto 410 *de* 1971 *C. de Co.* Expresa el actor que este Código no ha sido violado por el decreto impugnado porque éste confunde el término de toma de posesión con la institución de la quiebra, olvidando que son instituciones totalmente distintas, y dice no explicarse la transcripción casi literal en el artículo 7º del Decreto acusado del artículo 1862 del C. de Co. o del 1946 de la misma obra para el artículo 2º.

Estima la Sala que no se ha violado el C. de Co. en los artículos señalados por el hecho de que el Decreto impugnado haya adoptado como medida de intervención las mismas que en el mencionado Código se establecen para los casos de quiebra. Ello sólo explica que las normas del C. de Co. pueden servir también de inspiración para la intervención del Estado en las entidades de que trate el numeral 1º del

artículo 120 de la Constitución y a las cuales se refiere el Decreto 2217 de 1982. Lo dicho es suficiente para que el cargo no pueda prosperar.

En el alegato de conclusión el demandante señaló nuevas normas como infringidas por el decreto impugnado, específicamente el numeral 14 del Art. 120 y el artículo 130 de la C. N. Pero como el fallador debe atenerse únicamente a los cargos formulados en la demanda, la cual no puede ser adicionada sino dentro del término de fijación en lista al tenor de lo dispuesto en el artículo 128 del C. C. A., dichos cargos deben desecharse por improcedentes.

En mérito de las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, parcialmente de acuerdo con su colaborador Fiscal,

Falla:

1º. Declaránse nulos el numeral 2º del artículo 6º los siguientes apartes de los artículos 9º y 13, del Decreto 2217 de 1982, así:

a) En el artículo 9º la frase "quien decidirá presentar los trámites de un incidente". En consecuencia, este artículo quedará así:

"Una vez recibidas las reclamaciones el Superintendente hará entrega de los bienes que no forman parte de promesa, en el orden establecido por el mismo funcionario mediante resolución motivada y teniendo siempre en cuenta el principio de la protección de los intereses del ahorrador. Dichos pagos se efectuarán en la medida en que las disponibilidades lo permitan. En caso de no acceder y tal entre los interesados podrán reclamar ante juez competente. Para los efectos de este artículo, el Superintendente podrá realizar las operaciones previstas en el artículo 16 de este Decreto.

b) En el artículo 13 la frase "para que la autoridad judicial decida sobre su admisibilidad o rechazo mediante el trámite de un incidente y en el término señalado por el artículo 137 del Código de Procedimiento Civil". En consecuencia, este artículo quedará así:

"Dentro del término de tres (3) días contados a partir de la ejecutoria de las resoluciones que incorporan reclamaciones, deberá el superintendente dar traslado al Juez del Circuito de las reclamaciones presentadas y objetadas que considere deben rechazarse.

"Simultáneamente con el envío de las reclamaciones se alude el inciso anterior, deberá el Superintendente fijar durante cinco (5) días una lista en la Secretaría de su despacho en la cual se relacionará las acreencias enviadas al Juez.

"El Juez comunicará su decisión al Superintendente una vez ésta se halle en firme. El Superintendente, en el término de cinco (5) días contados a partir de tal comunicación terminará el orden de pago de las acreencias aceptadas por el Juez".

2º No prosperan las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha diecinueve de agosto de mil novecientos ochenta y tres.

Mario Enrique Pérez V., Jacobo Pérez Escobar, Samuel Buitrago Hurtado, Roberto Suárez Franco.

Lorenzo Rojas Surmay., Secretario.

INHABILIDADES PARA LOS FUNCIONARIOS DE LA RAMA JURISDICCIONAL — Declárase la nulidad de los numerales 9º y 10 y del parágrafo único del artículo 8º del Decreto Reglamentario Nº 1660 de 1978, expedido por el señor Presidente de la República. POTESTAD REGLAMENTARIA. Límites.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera. — Bogotá D. E., septiembre treinta de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctor Mario Enrique Pérez*)

Referencia: Expediente Nº 4169. Actor: César Humberto Sierra Peña y Otros.

En ejercicio de la acción establecida en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, los ciudadanos César Humberto Sierra, Ignacio Mosquera Astorquiza, Stella de las Mercedes Malagón Gutiérrez y Verónica Silva Silva, demandaron ante esta Corporación la declaración de nulidad de los numerales 9 y 10 y del parágrafo del artículo 8º del Decreto Nº 1660 de 1978.

Las disposiciones acusadas

El Decreto 1660 de 1978 fue expedido por el Presidente de la República en uso de sus facultades constitucionales y legales y en especial de la que le confiere el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución, y por medio de él se reglamentaron parcialmente las Leyes 15 y 20 de 1972 y los Decretos 250 y 762 de 1970, 546 de 1971 y 717 de 1980 y otras disposiciones sobre administración del personal de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de las Direcciones de Instrucción Criminal.

Concretamente los numerales 9º y 10 y el parágrafo del artículo 8º del citado Decreto reglamentario, a los cuales se circunscribe la solicitud de nulidad, dicen:

"Artículo 8º No podrán ser designados como funcionarios o empleados de la rama jurisdiccional, del ministerio público o de las direcciones de instrucción criminal, a ningún título:

".....".

"9. Quienes conforme al presente decreto hayan sido retirados del servicio por haber obtenido calificaciones malas, o medianas. Esta inhabilidad durará cuatro años, y será definitiva en los casos previstos en el inciso tercero del artículo 157, y

"10. Las personas que habiendo sido funcionarios o empleados de la rama jurisdiccional, del ministerio público o de las direcciones de instrucción criminal, hayan gestionado dentro del año subsiguiente a la fecha de su retiro, de manera directa o indirecta, a título personal o en representación de terceros, asuntos que estuvieron a su cargo o en cuya tramitación intervinieron.

"Parágrafo. El término de las inhabilidades a que se refieren los numerales 5º, 6º y 7º, será de cinco (5) años contados a partir de la ejecutoria de la providencia que disponga la destitución, o de la expiración del término de suspensión".

La demanda

Por tratarse de una demanda de simple nulidad, sus fundamentos de hecho se limitan a narrar que el Presidente de la República, en uso de las autorizaciones extraordinarias que le otorgó el artículo 20 de la Ley 16 de 1968 y atendiendo el concepto de la Comisión Asesora creada por el artículo 21 de la misma ley, dictó el Decreto 250 de 1970 o Estatuto de la Carrera Judicial y del Ministerio Público, y que también expidió el Decreto Reglamentario 1660 de 1978.

Como normas violadas se indican los artículos 2, 55 y 120 —ordinal 3º— de la Constitución Nacional y 16 del Decreto 250 de 1970.

Al dar el concepto de la violación del artículo 16 del Decreto 250, se establece una doble columna entre éste y el 8º del Decreto 1660, transcribiendo al efecto en la columna de la izquierda las ocho causales que trae el primer artículo sobre prohibición para designar en cargo alguno de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público a las personas incursas en ellas, y en la columna de la derecha la reglamentación dada por el segundo artículo, lo que permite observar de manera objetiva que el último artículo contiene una correlativa reglamentación frente a dichas ocho causales. Se observa también que los numerales 9º y 10 y el parágrafo del artículo 8º del Decreto Reglamentario constituyen una adición al artículo 16 del Decreto reglamentado, que no guardan ninguna relación con él.

En el anterior sentido los actores comentan que las causales 9ª y 10 del artículo 8º del Decreto 1660 son dos nuevas inhabilidades y que el parágrafo consagra un término de prescripción para las inhabilidades a que se refieren los numerales 5, 6 y 7 del Decreto reglamentado, no previstas en éstos. Al respecto agregan:

"Como podemos apreciar es ilegal el término de cinco años para las inhabilidades contempladas en los ordinales 5º, 6º y 7º al igual que el no poder ser designados como funcionarios de la rama jurisdiccional, del ministerio público o las direcciones de instrucción criminal a ningún título quienes hayan sido retirados del servicio por haber obtenido calificaciones malas o medianas o quienes hayan gestionado dentro del año subsiguiente a la fecha de su retiro directa o indirectamente asuntos que estuvieron a su cargo o en cuya tramitación intervinieron, por cuanto se está reglamentando indebidamente, En ese caso, el artículo 16 del Decreto Ley 250 de 1970 porque allí no se habla de término alguno, ni de las inhabilidades que cita el Decreto

reglamentario y como es bien sabido este tipo de decretos no puede (sic) adicionar la ley que reglamenta ni varía su sentido ni exceder sus términos".

Al referirse la demanda a la potestad reglamentaria instituida en el artículo 120 —ordinal 3º— de la Carta, expresa:

"Aunque esta facultad consiste en dictar normas o actos que desarrollen en sus más mínimos detalles la voluntad del legislador para facilitar de esta manera la ejecución de las leyes, ya que dada la generalidad de éstas, se hace a veces necesario que el gobierno dicte actos que las precisen, sin embargo la jurisprudencia y la doctrina siempre han insistido unánimemente que *EL PRESIDENTE EN EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA NO PUEDE EXPEDIR NORMAS NUEVAS*, sino ajustarse estrictamente al contenido de las normas de las leyes que reglamenta y a los criterios doctrinarios de necesidad de competencia. (subrayamos)".

La suspensión provisional

Los accionantes pidieron en el contexto de la demanda que se decretara la suspensión provisional de las disposiciones impugnadas, por estimarlas manifiestamente violatorias de varios conceptos constitucionales y legales, a lo cual accedió el Consejo conductor del proceso, en el auto admisorio de la demanda. A la providencia se hará posterior referencia.

El concepto fiscal

En su concepto de fondo el señor Agente del Ministerio Público ante esta Sala solicita que se acceda a la declaración nulidad pedida, con base en las razones dadas en el auto que decretó la medida cautelar, el cual reproduce en lo pertinente.

Consideraciones de la Sala

Ya se dijo que en este proceso se decretó la suspensión provisoria de las disposiciones en él cuestionadas. Sobre el particular se dijo entonces:

"1. Afirman los demandantes que las normas acusadas violan manifiestamente los artículos 2º, 55 y 120 —ordinal 3º— de la Constitución Nacional y el artículo 16 del Decreto Ley 250 de 1970, por haberse extralimitado en la reglamentación del último artículo, 'creando nuevas inhabilidades para los funcionarios de la rama jurisdiccional, del ministerio público y de las direcciones de instrucción criminal, al tener como inhabilitados para ejercer cargos en las respectivas dependencias a ciertos empleados en determinadas circunstancias que el Decreto Ley 250 de 1970 en su artículo 15 no contempla'.

"2. Al respecto, acudiendo al sistema gráfico de confrontación mediante la doble columna, transcriben paralalemente el artículo 16 del Decreto Ley 250 de 1970 —el reglamentado— y el artículo 4º del Decreto 1660 de 1978 —el reglamentario, pudiéndose observar que la columna correspondiente al primer artículo termina en el numeral 8

y que, en cambio, la columna relacionada con el segundo artículo está adicionada con los numerales 9 y 10 y un parágrafo que, en su orden, dicen:

"Artículo 8º No podrán ser designados como funcionarios o empleados de la rama jurisdiccional, del ministerio público o de las direcciones de instrucción criminal, a cualquier título:

".....".

"9. Quienes conforme al presente decreto hayan sido retirados del servicio por haber obtenido calificaciones malas o medianas. Esta inhabilidad durará cuatro años, y será definitiva en los casos previstos en el inciso tercero del artículo 157, y

"10. Las personas que habiendo sido funcionarios o empleados de la rama jurisdiccional, del ministerio público, o de las direcciones de instrucción criminal, hayan gestionado dentro del año subsiguiente a la fecha de su retiro, de manera directa o indirecta, a título personal o en representación de terceros, asuntos que tuvieron a su cargo o en cuya tramitación intervinieron.

"Parágrafo. El término de las inhabilidades a que se refieren los numerales 5º, 6º y 7º, será de cinco (5) años contados a partir de la ejecutoria de la providencia que disponga la destitución, o de la expiración del término de suspensión".

"3. La mera comparación entre el artículo 16 del Decreto Ley 250 de 1970, que hace parte del Título III, llamado 'Provisión y desempeño de los cargos', y el artículo 8º del Decreto 1660 de 1978, que figura en el Título Segundo, denominado 'Del ingreso del servicio', en el capítulo I. 'De la provisión de los empleos' bajo el subtítulo 'inhabilidades', permite deducir *prima facie* que el Decreto reglamentario, en lo que en este proceso es materia de enjuiciamiento, se ocupa de materias ajenas a la disposición que reglamenta, lo que equivale, en principio, a hacer regulaciones nuevas, propias de la ley.

"De acuerdo con lo que antecede, se encuentra a primera vista que las disposiciones impugnadas desbordan palmariamente la potestad reglamentaria que el ordinal 3º del artículo 120 de la Carta Política le asigna al Presidente de la República como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa.

"4. Dada la naturaleza jurídica de las providencias que versan sobre la suspensión provisoria de los actos administrativos, en las que no son admisibles razonamientos de fondo, la Sala Unitaria estima que no es necesario extenderse en otras consideraciones. Agrega, sí, que aunque el Decreto 1560 en análisis reglamenta parcialmente varias leyes y decretos, solamente el artículo 16 del Decreto 250 de 1970 guarda relación, en cuanto a la materia, con el 8º del estatuto reglamentario".

A lo expuesto en el auto sobre suspensión provisional poco o nada tiene que agregar la Sala al decidir mediante sentencia el proceso, pues se trata de un caso planteado de manera clara y precisa por los demandantes y que no ofrece ninguna complejidad.

De otra parte, la situación jurídica enfocada en la demanda y en el auto sobre la suspensión provisional no ha tenido variación alguna. En consecuencia, se impone despachar favorablemente las pretensiones de la demanda.

Con fundamento en lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con su Fiscal colaborador,

Falla:

Declárase la nulidad de los numerales 9º y 10 y del parágrafo único del artículo 8º del Decreto Reglamentario Nº 1660 de 1978, expedido por el señor Presidente de la República.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintinueve de septiembre de mil novecientos ochenta y tres.

Samuel Buitrago Hurtado, Jacobo Pérez Escobar, Mario Enrique Pérez Pérez, Roberto Suárez Franco.

Lorenzo Rojas Surmay., Secretario.

POTESTAD REGLAMENTARIA Y REGLAMENTOS AUTONOMOS. — Diferencias. Atribución conferida al Presidente de la República. PERSONAL DOCENTE CARGOS ADMINISTRATIVOS. VACACIONES. CARRERA DOCENTE. — Definición. (Decreto 2277 de 1979. Artículo 26).
Se declara la nulidad del Inciso Tercero del artículo 8º del Decreto 174 de 22 de enero de 1982, expedido por el señor Presidente de la República, en cuanto modificó la calidad de docentes para efectos del período de vacaciones, a los supervisores de Educación, Jefes del Distrito y Directores de núcleos de desarrollo educativo.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., octubre veinticinco de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado*)

Proyectó: Doctor Carlos Horacio Urán, abogado asistente.

Referencia: Expediente Nº 4260. Decretos del Gobierno. Actor: Eduardo Adolfo López Villegas.

El ciudadano y abogado Eduardo Adolfo López Villegas, en acción de nulidad, *demanda el inciso tercero del artículo octavo del Decreto número 174 de 22 de enero de 1982, en la parte del inciso que incluye* a los Supervisores de Educación y Directores de núcleos de Desarrollo educativo como funcionarios administrativos que gozan de 15 días de vacaciones.

I

El acto acusado

El Decreto 174 de 22 de enero de 1982 fue dictado por el Señor Presidente de la República en asocio de su Ministro de Educación Nacional, "en ejercicio de las facultades conferidas por los numerales 3 y 12 del artículo 120 de la Constitución Nacional" y tiene por fin establecer el calendario escolar para los establecimientos oficiales y no oficiales de educación pre-escolar, básica (primaria y secundaria) y media vocacional.

El Decreto consta de once artículos y en el inciso tercero del artículo octavo, dice:

"Los supervisores de Educación, Jefes de Distrito y Directores de Núcleo de Desarrollo Educativo y demás Directivos de la Edu-

cación, no vinculados a los establecimientos educativos así como el personal de administración de estos últimos, tendrán los quince (15) días de vacaciones establecidos en la ley para los funcionarios públicos en general".

II

La demanda

Como hechos el demandante recuerda lo relativo a la expedición del Decreto y dice que el artículo 67 del Decreto Ley 2277 de 1979 es el que determina el tiempo de vacaciones de los docentes, entre los cuales, el artículo 32 del mismo Decreto, incluye a los supervisores de educación y a los directores de núcleos de desarrollo educativo.

Como disposiciones violadas cita las siguientes: artículos 2, 55 76-9, 120-3 y 12 de la Constitución Nacional; 2, 32, 36 y 67 del Decreto Ley 2277 de 1978.

El concepto de violación está basado fundamentalmente en que las facultades reglamentarias, como son las que se ejercen por medio del acto que se acusa, no pueden sobrepasar lo establecido en la disposición que se trata de reglamentar, que en este caso en el Decreto Ley 2277 de 1979. Como este Decreto incluye a los supervisores de educación y a los directores de núcleos de desarrollo educativo entre los docentes, no podía el Decreto reglamentario darles un tratamiento diferente en ningún aspecto, ni menos en lo que tiene que ver con sus prerrogativas, como son las relacionadas con el derecho a vacaciones, que, por medio del acto acusado, se ve conculcado al fijarles un período de sólo dos semanas en lugar de ocho como es lo debido para los docentes.

III

Concepto fiscal

El Fiscal Primero del Consejo de Estado menciona que en el Decreto 178 se definió al Director del núcleo de desarrollo educativo como *docente* y el Supervisor de Educación como *funcionario* del Ministerio de Educación o de la Secretaría de Educación, sinembargo desde el Decreto 2277 de 1979 se les había asimilado a ambos como docentes por medio del artículo 32 de este Decreto y que por tanto el Decreto acusado no podía modificarles, para efectos de asignación de las vacaciones, dicha calidad. Por tanto pide que se decrete la nulidad impetrada.

IV

Consideraciones de la Sala

El Decreto acusado fue expedido en ejercicio de las atribuciones concedidas al Presidente de la República por los numerales 3 y 12 del Art. 130 de la Constitución Nacional. Como es sabido, el primero de ellos confiere al Presidente de la República el ejercicio de la potestad reglamentaria para la cumplida ejecución de las leyes y el numeral 12 le permite reglamentar, dirigir e inspeccionar la instrucción pública nacional por

medio de decretos autónomos o constitucionales. Auncuando el ejercicio de estas dos facultades está condicionado a requisitos distintos (pues mientras en el primer caso se requiere de una ley que es la que se reglamenta y en el segundo se ejerce sin ella y solamente sometida a la ley marco propia del artículo 41 de la Constitución), en ambos casos se trata de decretos de carácter administrativo, sin fuerza de ley, que, por lo mismo, no pueden modificar normas de carácter superior sino someterse en un todo a ellas.

En el presente caso se trata de reglamentar la educación en cuanto al calendario escolar de los establecimientos definidos en el Decreto Previamente había sido dictado el Decreto extraordinario, y por tanto con fuerza de ley, número 2277 de 1979 sobre el ejercicio en general de la profesión docente. A su vez este Decreto fue expedido por el Presidente de la República y su Ministro de Educación en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la ley 8ª de 1979.

En el Decreto 2277 de 1979 se define expresamente la carrera docente (artículo 36), incluyendo en ella los cargos directivos que con tal carácter sean asumidos por los docentes, así:

"Artículo 26. *Definición.* La carrera docente es el régimen legal que ampara el ejercicio de la profesión docente en el sector oficial, garantiza la estabilidad de dichos educadores en el empleo, les otorga el derecho a la profesionalización, actualización y capacitación permanente, establece el número de grados del escalafón docente y regula las condiciones de inscripción, ascenso y permanenecia dentro del mismo, así como la promoción a los cargos directivos de carácter docente".

Con base en la anterior definición general, el artículo 32 del mismo Decreto establece que, "Tienen carácter docente y en consecuencia deben ser provistos con educadores escalafonados, los cargos directivos que se señalan a continuación, o los que tengan funciones equivalentes.

"a. Director de escuela o concentración escolar;

"b. Coordinador o prefecto de establecimiento;

"c. Rector del plantel de enseñanza básica secundaria o media

"d. Jefe o Director de núcleo educativo o de agrupación de establecimientos;

"e. Supervisor o inspector de educación".

La claridad de las anteriores normas no deja duda en cuanto a que determinados cargos administrativos en la vida docente no pueden ser asimilados a los que comúnmente se llaman así en la función pública, porque no son actividades desligadas de la función a la cual se pretende servir, es decir, a la docente, pues, como lo establece el artículo transcrito, tales cargos deben ser ocupados no solamente por docentes sino por docentes calificados como son los escalafonados.

Ciertamente que dirigir un núcleo educativo o una agrupación de establecimientos debe suponer una larga experiencia docente, ya que no se trata de un trabajo burocrático sino de algo que podríamos llamar la administración o política en el mejor sentido, de la docencia

y obviamente que no se puede administrar y planear sino lo que se conoce.

Estando incluidos por la ley como docentes (Decreto 2277 de 1979), los cargos administrativos contemplados en el inciso tercero del artículo octavo del Decreto 174 de 1982 acusado (los Supervisores de educación y Directores de núcleos de desarrollo administrativo), no podía este Decreto modificar tal condición para efectos del señalamiento del período de vacaciones, sino reconocer el derecho en condición de docentes a dichos servidores públicos.

El inciso acusado se refiere además a los Jefes de Distrito pero no aparece en el artículo 32 del Decreto 2277 de 1979 mención expresa de dicho cargo entre la lista de los docentes. Sin embargo, teniendo en cuenta la nomenclatura utilizada por un decreto dictado el mismo día, mes y año del acusado el Decreto 179 de 22 de enero de 1982, en el cual se habla de los Jefes de Distrito como el "Docente que tenga a su cargo la administración de uno o más núcleos de Desarrollo educativo" (artículo 1º ordinal b), y teniendo en cuenta además que este Decreto fue dictado con base en lo dispuesto por los artículos 26, 32 y 44 del mismo Decreto que sirve de base para hacer las consideraciones que preceden, es decir el 2277 de 1979, es lógico pensar que dicho cargo también está contemplado como docente y debe ser asimilado como tal para efecto del período de vacaciones.

Por manera que como el Decreto acusado modificó la condición de docente a personal considerado como tal por la ley, violó claramente las normas superiores invocadas en la demanda.

Y en tal virtud, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto Fiscal de acuerdo con él,

Falla:

SE DECLARA LA NULIDAD DEL INCISO TERCERO DEL ARTICULO OCTAVO DEL DECRETO 174 DE 22 DE ENERO DE 1982, expedido por el señor Presidente de la República, en cuanto modificó la calidad de docentes para efectos del período de vacaciones, a los Supervisores de Educación, Jefes de Distrito y Directores de núcleos de desarrollo educativo.

Cópiese, notifíquese.

La sentencia anterior la dirimió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 21 de octubre de 1983.

Mario Enrique Pérez Velasco, Samuel Buitrago Hurtado, Jacobo Pérez Escobar, Roberto Suárez Franco (Ausente con excusa).

Lorenzo Rojas Surmay., Secretario.

PENSION DE JUBILACION. AVIADORES CIVILES. — La consignada en la Ley 32 de 1961, es la misma establecida en el C. S. del T.
Declárase la nulidad parcial del artículo 11 del Decreto 60 de 16 de enero de 1973, es decir en lo que respecta a la expresión "aunque éstos se hayan prestado a empresas aportantes".

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., octubre veinticuatro de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker*)

Referencia: Expediente Nº 7099. Actor: Jorge Vélez García. Decretos del Gobierno.

El doctor Jorge Vélez García, en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 66 del C.C.A., demanda la nulidad parcial del artículo 11 del Decreto 60 de 1973, reglamentario de la Ley 32 de 1961, en lo que respecta a la expresión "aunque éstos se hayan prestado a empresas aportantes diferentes" con que termina la primera parte de la citada norma.

Expresa el demandante, en lo pertinente, que, con la creación de la Caja de Auxilios y Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles por Decreto 1053 de 1958, y por disposición de este mismo estatuto, "los patronos o empresas aéreas quedarían exentos de pagar a los aviadores y navegantes civiles la pensión de jubilación establecida en el Código Sustantivo del Trabajo, cuyo pago asumiría la caja", lo cual es ratificado expresamente por la Ley 32 de 1961 (folio 16).

Ahora bien, el Decreto Reglamentario de esta ley, Decreto 60 de 1973, al determinar en el Art. 11 que los pilotos, copilotos o navegantes tendrán derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, cumplidos veinte años de servicios y "aunque éstos se hayan prestado a empresas aportantes diferentes", está configurando una pensión distinta de la establecida por el Código Sustantivo del Trabajo, con lo cual no solamente viola la ley que está reglamentando sino también al mencionado Código pues la ley se refiere expresamente a la pensión de jubilación de que trata dicho Código.

En efecto, el referido Decreto Reglamentario, apunta el demandante, crea la hipótesis nueva de una pensión causada por servicios sucesivos y acumulativos a distintos patronos, hipótesis que no es la misma de la pensión establecida en el Código, a la que se remite precisamente la Ley 32 de 1951. Todo ello implica una extralimitación de la potestad reglamentaria (folio 17-18 passim).

Las disposiciones normativas que se señalan como violadas y el concepto de la violación aparecen a folios 18 a 27.

Esta Sala, al decidir sobre la suspensión provisional de la norma censurada, consideró que "en el presente caso ese choque entre el acto acusado y disposiciones de carácter superior reune de manera eminente las características que quedan señaladas para la procedencia de la suspensión provisional" (folio 31), y así se decretó tras algunas especulaciones de contenido jurídico (folio 33).

En el alegato de conclusión reitera el actor los planteamientos iniciales y formula otros, de todos los cuales se extractan, en compendio, las siguientes tesis fundamentales:

1. Si el artículo 3º de la Ley 32 de 1961 se refiere concretamente a la pensión de jubilación establecida por el Código Sustantivo del Trabajo y tal pensión sólo se causa, cumplidos los requisitos legales, en razón de servicios prestados a *una misma empresa*, con la expresión "aunque éstos se hayan prestado a empresas aportantes diferentes" refiriéndose a los servicios, el Decreto Reglamentario extralimita el poder de reglamentación.

2. La expresión censurada que se contiene en la norma acusada implica necesariamente la creación de una figura diferente de la que consagra el C. S. del T., lo cual no podía hacerse a través de normas reglamentarias por cuanto tal facultad corresponde al Legislador primario, ya que el "respeto de órbitas de normatividad no se cumple sólo en el sentido vertical de la jerarquía, sino también en el sentido horizontal de las competencias: el ejecutivo no puede invadir la del legislativo y viceversa...". (fl. 21).

Como parte impugnadora actuó el doctor Gustavo Salazar, quien, al formular su oposición a los pedimentos del actor, arguye con razonamientos del siguiente tenor:

1. La exigencia del Código de que los servicios requeridos para la pensión de jubilación se hubiesen prestado a una misma empresa "era lógica para la época de expedición del Código por cuanto se trataba de un gravamen individual por entidad económica y no de un gravamen general, que es el indicado dentro de un régimen de seguridad social". (folio 46).

2. Según el artículo 9º del Decreto Legislativo 1015 de 1956, "las prestaciones sociales que por ley corresponden a los aviadores civiles dejarían de estar a cargo de los patronos o empresas de aviación civil cuando la Caja asumiera el riesgo de ellas 'de acuerdo con sus propios reglamentos". Ahora bien, en tales reglamentos (Art. 9º) se dispuso que, para tener derecho a la pensión se requería haber prestado servicios contínuos o discontínuos durante 20 años 'en una o en varias empresas aportantes', con lo cual se puso fin a la injusticia del Código Sustantivo del Trabajo ("el aviador sólo adquiría el derecho a la pensión cuando los veinte años de servicios se los había prestado a una misma empresa").

3. El Decreto 60 de 1973 "tan sólo reglamenta la Ley 32 de 1961 y de ninguna manera el Código Sustantivo del Trabajo".

4. El artículo 3º de la Ley 32 de 1961, "que es el que el demandante estima violado por el reglamento"... "no fija condiciones para tener derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación. .." ... "pues la misma ley manda que ellas las fija la Caja de acuerdo con sus propios reglamentos". En cambio, el Decreto Reglamentario "no hizo otra cosa que dar vida práctica a la ley, facilitando su inteligencia y cumplimiento por parte de la Caja".

5. La referencia que hace el artículo 3º de la Ley 32 al Código Sustantivo del Trabajo "es simplemente para prescribir que las empresas de aviación que cubran los aportes a la Caja quedan exentas de pagar la pensión de jubilación establecida en dicho Código". "Allí no se dice que la Caja deba exigir las mismas condiciones fijadas en el Código Sustantivo del Trabajo para hacer el reconocimiento y pago de la pensión. Tan solo dice que las empresas quedan exentas de pagar la pensión. No fija condiciones para tener derecho a ella". (folio 46, 49 y 51 -58 passim).

La Fiscalía Quinta de esta Corporación, a cargo de la doctora Clara Forero de Castro, en concepto visible a folios 60 a 65, tras examinar la legislación pertinente, estima que "con la creación y funcionamiento de la Caja, se operó una modificación en cuanto a la persona responsable del pago de las prestaciones, exonerándose de él a las empresas que anteriormente debían reconocerlas, a medida que la Caja fuera asumiéndole, pero sin variación ninguna al régimen prestacional existente". Y refiriéndose a la norma censurada, expresa: "Sin duda alguna este artículo implica una modificación a las condiciones establecidas por el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo...".

Y concluye: "Siendo legal el régimen de prestaciones sociales de los aviadores civiles, sólo el Congreso o el Presidente de la República investido de facultades extraordinarias para tal efecto, estarían en capacidad de modificarlo".

Agotado el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad, oído el concepto de la Fiscalía Quinta y ejecutoriado el auto de citación para sentencia, se procede a decidir lo pertinente, previas las siguientes,

Consideraciones

Para la Sala resulta fuera de toda duda el que la Ley 32 de 1961, al tratar lo relativo a la pensión de jubilación de los aviadores civiles, se está refiriendo concretamente a la misma prestación consagrada en el C. S. del T., no tanto por el hecho de no haber definido una prestación de características diferentes de las que corresponden a aquélla, cuanto porque a ella hace expresa y definida referencia, como puede verse en el texto del artículo 3º Esta comprobación, que para la Sala resulta definitiva, lleva a la necesaria e inevitable conclusión de que, al reglamentarse lo pertinente a esta prestación, forzoso era respetar la naturaleza y caracteres específicas de la misma en la forma en que la tiene definida el Código Sustantivo del Trabajo.

En tales condiciones y estimando que no hace falta entrar en campos de perspectivas diferentes, corresponde examinar el alcance

de la norma reglamentaria frente a la reglamentada, para deducir si existe o no antilogía entre los dos textos.

La norma reglamentaria dispone:

"Artículo 11. Los pilotos, copilotos o navegantes tendrán derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, cumplidos veinte años de servicios, *aunque éstos se hayan prestado a empresas aportantes diferentes.* Lo dispuesto en el presente artículo se aplicará solamente en el caso de que el afiliado haya prestado servicios a empresas aportantes, que, a su turno, hayan contribuido con sus aportes y por el mismo tiempo a la financiación de CAXDAC". (Se subraya la parte acusada).

La norma reglamentada expresa en su artículo 3º:

"En desarrollo del artículo anterior, a partir de la promulgación de la presente ley, los patronos o empresas de aviación civil que cubran los aportes fijados por el Gobierno, quedan exentos de pagar a los aviadores y navegantes civiles la *pensión de jubilación establecida por el Código Sustantivo del Trabajo,* y su abono lo asume la Caja de Auxilios y Prestaciones de ACDAC, sujeto, en favor de los patronos o compañías de aviación civil, a los descuentos por concepto de anticipo de cesantía, de acuerdo con las disposiciones legales". (Se subraya la parte en que surge la contradicción).

Sin mayor esfuerzo mental se puede observar cómo la disposición reglamentaria contempla una posibilidad que no está prevista en la norma del C. S. del T. que define la pensión de jubilación en sus elementos esenciales: el que los servicios puedan prestarse a empresas diferentes. Y no es ésta precisamente la hipótesis prevista en la norma reglamentada, la cual, como se viene diciendo, se refiere a la pensión de jubilación "establecida en el Código Sustantivo del Trabajo".

Ahora bien, como acertadamente se expresa en el concepto fiscal, no corresponde al Gobierno, en ejercicio de la función reglamentaria, variar el régimen prestacional existente, máxime cuando esa función tiene por objeto natural y propio el hacer operativa la norma reglamentada. Y es que evidentemente con la frase "aunque éstos se hayan prestado a empresas aportantes diferentes" se varía el régimen prestacional existente en lo que respecta a la pensión de jubilación. Al reglamentarse su reconocimiento, debe respetársele su identidad, aquella que le confiere el C. S. del T.

No es que se trata de una figura prestacional diferente: muy al contrario, es la misma que trae el C. S. del T., el que, por contera, resulta quebrantado. Así pues, darle características de una estructuración diferente es desconocer la norma de jerarquía superior que la define. Y no es válida la alegación de que el Decreto 60 de 1973 no está reglamentando el C. S. del T. y, por lo tanto, no cabría la confrontación entre aquél y éste. Basta que el reglamento sea contrario al orden jurídico superior para que, por ese solo hecho, sea repudiable. Más aún, ese orden jurídico superior está en la línea de la normación que se reglamenta.

En tal virtud, no puede quedar duda alguna de que el Decreto Reglamentario consagra una pensión de jubilación que se obtiene por servicios prestados, durante 20 años, a "empresas aportantes diferentes", sin que la ley reglamentada haya contemplado tal posibilidad.

Luego la extralimitación en el ejercicio de la potestad reglamentaria resulta evidente en el caso que es objeto el presente proceso y habrá lugar a la anulación impetrada.

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

Falla:

DECLÁRASE la nulidad parcial del artículo 11 del Decreto 60 de 16 de enero de 1973, es decir en lo que respecta a la expresión "aunque éstos se hayan prestado a empresas aportantes".

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese el expediente.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 7 de octubre de 1983.

Joaquín Vanin Tello, Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Orejuela Gómez.

Víctor M. Villaquirán., Secretario.

PERSONAS JURIDICAS Y NATURALES. — Personas jurídicas de derecho público y de Derecho Privado. Fines. SOCIEDAD. Definición. (artículos 2079 *del C. C. y* 98 *del C. de Co.). CORPORACIONES O FUNDACIONES. — Finalidades. PERSONAS JURIDICAS RECONOCIMIENTO. — Puede ser coetáneo al acto de constitución o posterior. Concepción jurisprudencial y doctrinal. CARACTERISTICAS. — Personalidad. Cómo se adquiere?. El Decreto* 2820 *de* 1974 *en su artículo* 20 *excluyó a las personas jurídicas de la lista de los incapaces. CLASES DE PERSONAS JURIDICAS. FUNDACIONES. — Características y definición. CORPORACIONES. — Definición. SOCIEDADES MUTUARIAS. (Decreto* 3184 *de* 1981). *Participan simultáneamente del carácter de corporación y de fundación. Se les asigna el carácter de instituciones de utilidad común. (artículo* 5º ibídem). *INCAPACES. — Evolución jurídica. SOCIEDADES MUTUARIAS. — Características. (Decreto* 3143 *de* 1981). *CODIGOS DE LA NACION. — Reforma. Corresponde al legislador (Artículo* 76 *Nº* 2 *C. N.*). *SOCIEDADES MUTUARIAS. — Inspección y vigilancia. SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE COOPERATIVAS. — La Ley* 24 *de* 1981. *La transformó en Departamento Administrativo. INSPECCION Y VIGILANCIA DE LAS PERSONAS JURIDICAS. — Es de competencia del legislador la expedición de los estatutos fundamentales bajo cuyo marco debe exigirse la función gubernamental de inspección y vigilancia de las personas jurídicas sometidas a el, por institución o por ley.*

Declárase la nulidad del Decreto Reglamentario 3143 *de* 1981 *expedido por el Presidente de la República con excepción de los artículos trigésimo segundo y trigésimo tercero.*

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., noviembre dieciseis de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctor Roberto Suárez Franco*)

Referencia: 3929. Demandante: Clemencia Manchola.

La ciudadana abogada Clemencia Manchola, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 66 del C.C.A. demandó ante el Consejo de Estado las siguientes pretensiones:

"1. Que se declare la *nulidad del Decreto* 3143 *del seis* (6) *de noviembre de* 1981, expedido por el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades que le confieren los numerales 8 y 19 del artículo 120 de la Constitución Política, por medio del cual

se reglamenta la Ley 24 de 1981, en relación con las sociedades mutuarias y se dictan normas para su inspección y vigilancia.

"2. Que se decrete la suspensión provisional del acto acusado, por ser manifiestamente violatorio de la Constitución y de la ley,

"3. Que se ordene el cumplimiento de la sentencia que se produzca en este proceso dentro del término previsto en el artículo 121 de la Ley 167 de 1941".

Como hechos sustentatorios de la demanda relata los siguientes:

"1. El Decreto 3143 del 6 de noviembre de 1981 fue dictado por el Presidente de la República, en ejercicio de la facultad que le confieren los numerales 3 y 19 del artículo 120 de la Constitución Política.

"2. El citado Decreto, según su epígrafe reglamenta la Ley 24 de 1981, en relación con las sociedades mutuarias y se dictan normas para su inspección y vigilancia.

"3. La Ley 24 de febrero de 1981 transforma la Superintendencia Nacional de Cooperativas en Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas, se fijan sus objetivos, estructura y funciones, se prevee a su dotación presupuestal y se dictan otras disposiciones".

Cita como normas violadas los artículos 12, 44, 50, 76 numeral 12, 120 numerales 3 y 19 de la Constitución Política y el artículo 2, ordinal 5 de la Ley 124 de 1931.

El concepto de la violación lo desarrolla a través de cuatro capítulos; previamente hace una síntesis del Decreto acusado.

En el primero de dichos capítulos intitulado "La ley 1ª creación de la persona jurídica" afirma que el Gobierno Nacional no tiene la facultad de "regular en su integridad las personas jurídicas denominadas sociedades Mutuarias" como se ha hecho en el Decreto acusado por cuanto ello corresponde al Congreso. Tal afirmación la fundamenta en los artículos 44 y 12 de la Constitución Nacional, motivo por el cual concluye que el Decreto 3143 de 1981 viola las disposiciones constitucionales enunciadas.

Igualmente considera como violados los artículos 50 y 76, numeral, 2 de la Constitución porque "de acuerdo con ellos, le compete al legislador de manera exclusiva y no al gobierno, como se hizo al dictar el Decreto demandado, la expedición de las normas que deben regular la constitución, funcionamiento, reconocimiento, fusión, incorporación y extinción de las personas jurídicas".

Considera, que el Decreto acusado se extralimitó por cuanto estableció sanciones de diverso orden para quienes violen las disposiciones en él contenidas, lo cual está reservado al legislador.

Lo anteriormente sostenido por la demandante lo fundamenta, además en diversas juprisprudencias del Consejo de Estado.

El segundo capítulo, relacionado con el concepto de la violación, lo denomina la demandante "La Inspección y vigilancia de las personas

Sostiene que el Decreto acusado viola el numeral 19 del artículo 120 de la Constitución Nacional porque "en lo atinente a la inspección y vigilancia de las sociedades mutuarias, como instituciones de utilidad común, no se refiere a las rentas de dichas entidades y a la manera de adquirirlas, ni administrarlas e invertirlas para que se conserven y sean debidamente aplicadas, o bien cuidar que se respete la voluntad de sus fundadores, sino a asuntos totalmente diferentes".

Agrega que la Ley 24 de 1981, por la cual se transforma la Superintendencia Nacional de Coopetrativas en Departamento Administrativo, no da pie para que el gobierno Nacional expida un estatuto completo sobre sociedades mutuarias "más cuando el artículo 1 de la mencionada ley, se refiere a que el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas debe ejercer vigilancia y control, sobre las Sociedades Mutuarias. La misma ley en el artículo 2, ordinal 5, asigna, entre otras funciones, al Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas la de ejercer el control y vigilancia sobre las entidades que cobija para que su funcionamiento se ajuste a las *disposiciones legales* sobre el particular y los intereses de los asociados".

En el capítulo tercero de la sustentación del concepto de la violación, que la demandante intitula "La potestad reglamentaria", sostiene que en el caso *sub judice* no podía el Presidente, en ejercicio de la potestad reglamentaria consagrada en el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional, dictar el Decreto 3143 de 1981. Dicha reglamentación, a decir de la actora, requería una "Ley anterior" que no existe; de consiguiente no se podía expedir tal reglamentación.

Por último la demandante concluye:

"El régimen de las sociedades mutuarias en cuanto a su naturaleza jurídica, características, forma de constitución, contenido de sus estatutos, organismos de dirección, administración y control interno, funciones de las asambleas, conformación de su patrimonio, composición de su capital social, creación de entidades de grado superior, fusión e incorporación de las sociedades mutuarias, disolución y liquidación, funciones de los liquidadores, composición de la comisión liquidadora, honorarios de los miembros de esa comisión, orden de prioridad de pagos, inspección y control de las sociedades mutuarias, aplicación de sanciones y su procedimiento, etc., corresponde al Legislador y no al Gobierno Nacional".

2. Los Alegatos de Conclusión.
Siguiendo el mismo orden que el demandante adoptó en la demanda para sustentar el concepto de la violación, la parte impugnadora, rechaza las pretensiones de la demanda. Sostiene:

"El Decreto 3143 de 1981 lejos de impedir la formación de "las denominadas 'SOCIEDADES MUTUARIAS' constituye un invalorable instrumento de promoción que el mutalismo colombiano logró obtener después de un siglo de infructuosas gestiones como se registra en los antecedentes del Decreto contenidos dentro del material allegado al proceso por el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas, así se reiteró por el Primer Congreso Nacional de Sociedades Mutuarias celebrado en Bogotá el

27 y 28 de marzo de 1982 y se acaba de ratificar en el Segundo Congreso Nacional celebrado recientemente en Medellín (25 a 27 de marzo del presente año). En cuanto al reconocimiento de la personería jurídica de estas entidades, tal atribución se asignó a la extinta Superintendencia de Cooperativas por los Decretos 1587 de 1963, 3134 de 1968 y 611 de 1974 conservándose para el actual DANCOOP en virtud de la Ley 24 de 1981 de suerte que al reglamentarse la tramitación para el reconocimiento de tales personerías jurídicas simplemente se cumple con el Canon Constitucional que la parte demandante estima quebrantado. Este cargo del libelo mal podría prosperar".

Igualmente critica la interpretación que la demandante le hace al artículo 12 de la Constitución Nacional del cual sostiene que su violación por el Decreto sería "incontrastable si el Decreto acusado consagra la capacidad, el reconocimiento y, en general el Régimen de las Sociedades Mutuarias se determinarán por leyes extranjeras v.g. de aquellos paises en donde el mutalismo ha desarrollado sorprendentes realizaciones como España, Italia o Argentina por ejemplo, y nó por la normatividad del Derecho Positivo Colombiano".

Luego agrega, con fundamento en el artículo 11 de la Ley 153 de 1887, que el Presidente de la República, al expedir el Decreto acusado, se limitó a ejercitar tal atribución de manera autónoma lo que entraña un Reglamento Constitucional.

En lo que respecta a la violación de los artículos 50 y 76 numeral 2 de la Constitución afirma, que cabe una argumentación semejante a la anterior sobre los Decretos autónomos lo cual se ve corroborado con diversidad de sentencias de la Corte Suprema de Justicia que han declarado inexequibles numerosas disposiciones del Congreso Nacional, que han llevado al Presidente de la República a expedir diferentes reglamentos autónomos que al efecto cita.

En lo que hace relación a la inspección y vigilancia de las personas jurídicas reitera, la parte impugnadora, que la tesis expuesta al respecto por la demandante se contrapone al fallo proferido por la Corte Suprema de Justicia el 14 de diciembre de 1973 por medio del cual se declaró inexequible la Ley 93 de 1938, fallo que al efecto transcribe en algunos de sus apartes.

Luego la parte opositora, en su alegato de fondo y en lo que se refiere a la violación del ordinal 5º del artículo 2º de la Ley 24 de 1981 sostiene:

"La demanda enfatiza en que excepto la norma citada, "....no existe otra disposición que permita sustentar una reglamentación de tal magnitud en este aspecto, como se hizo en el Decreto demandado" (folio 15 párrafo inicial). La realidad es diferente y la simple lectura de la Ley 24 de 1981 permite apreciar que, entre otros, sus artículos 1, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 11, 12, 25, 26, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35 y 41 aluden al papel del DANCOOP con referencia a las Sociedades Mutuarias.

"Si el acto acusado fuera una resolución emanada del DANCOOP podría tener razón la parte actora, pero se insiste en que el Decreto 3143 de 1981 es un Reglamento Constitucional que no

vulnera lo consagrado por el artículo 2º ordinal 5º de la Ley 24 de 1981, y que aceptándose en gracia de discusión la ocurrencia de tal circunstancia nos encontraríamos sencillamente en presencia de una derogación, modificación o subrogación de la norma legal supuestamente quebrantada".

Concluye la impugnadora su alegato de conclusión con un análisis sobre la Potestad Reglamentaria, en los siguientes términos:

"El Decreto acusado contiene normas reglamentarias que tienden a posibilitar la acción del DANCOOP para el debido cumplimiento de sus funciones relacionadas con las Sociedades Mutuarias si bien es cierto que incluye igualmente normas expresas para su inspección y vigilancia no contempladas en la ley pero derivadas de la atribución constitucional del Presidente de la República según el repetido artículo 120-num. 19. Sería celebrar que bajo una adecuada técnica el Gobierno hubiese expedido en decretos separados las normas reglamentarias de la Ley 24 de 1981 relacionadas con las Sociedades Mutuarias y las disposiciones emanadas de la atribución sobre inspección y vigilancia, pero el hecho de incluír en un mismo acto administrativo normas derivadas de los numerales 3 y 19 del artículo 120 no puede generar razones suficientes para pretender la nulidad del decreto demandado".

Por su parte, la demandante en su alegato de conclusión reitera una vez más las tesis expuestas en la demanda, con algunas adiciones y precisiones que no cambian su pretensión de nulidad.

3. Concepto del señor Agente del Ministerio Público.

El señor Fiscal de la Corporación, previo análisis de las fuentes constitucionales y legales del acto acusado, así como de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia contenida en sentencias de 21 de agosto de 1940, 16 de marzo de 1961 y de 14 de diciembre de 1973 sobre instituciones de utilidad común, lo mismo que los diversos artículos de la Ley 93 de 1938 que al efecto cita y de los Decretos Legislativos 260 de 22 de octubre de 1957 y 393 del mismo año, concluye en los siguientes términos:

"Pues bien, ya hemos visto cómo a través de la jurisprudencia y la legislación, existe una inconsistencia o indefinición en relación con las instituciones de utilidad común; asimismo, de todo lo antes transcrito, se puede deducir y así lo infiere este Despacho, que en relación con las colectividades a que se refiere el artículo 633 del C.C., la jurisprudencia las ha asimilado a menores, con lo cual se está en presencia de colectividades que cuando son de creación de parte de entes públicos (ley, ordenanza, acuerdo o Decreto), ellas nacen a la vida jurídica con personalidad o personería jurídica, pero en aquellos casos en que son creación de particulares o sea, de origen privado, no tienen personalidad y ella les deviene a consecuencia del reconocimiento que el Gobierno les hace.

"Entonces, para el caso en estudio, no siendo personas las colectividades mutuarias a que se refiere el Decreto acusado, mal

pueden encasillarse en el artículo 12 de la Carta, quedando al arbitrio de lo que resuelva el Gobierno, como en efecto lo hizo mediante el acto impugnado, pues para efectos de poder otorgar una personería deben llenarse ciertos requisitos de forma (estatutos), como bien lo dice la sentencia de 14 de diciembre de 1973 de la Corte.

"Por otra parte, la Ley 24 de 1981, en su artículo 1º, asimila a las mutarias con los organismos o instituciones auxiliares del cooperativismo, para los cuales existe también normatividad positiva (leyes) que los orientan, en cuyo caso, dicha normatividad serviría de apoyo jurídico también a las colectividades mutarias.

"Por lo demás, de conformidad con todo lo expuesto, no ve este Despacho cómo se hayan infringido las disposiciones invocadas por la actora y, en consecuencia, no deben prosperar las súplicas de la demanda, como se solicita del H. Consejero Proponente, que así lo declare".

4. El acto acusado y su fundamento legal.

Se trata del Decreto número 3143 de 6 de noviembre de 1981 "por el cual se reglamenta la Ley 24 de 1981, en relación con las sociedades mutuarias y se dictan normas para su inspección y vigilancia".

El Decreto, tal como se lee en el segundo párrafo de su encabezamiento, fue dictado por el presidente de la República "en ejercicio de la facultad que le confieren los numerales 3º y 19 del artículo 120 de la Constitución Política".

El Decreto consta de 43 artículos mediante los cuales se crea un régimen integral para las sociedades mutuarias.

Las distintas disposiciones que integran el estatuto desarrollan los siguientes temas:

a). Se determina la naturaleza de las sociedades mutuarias al asimilarse a instituciones de utilidad común y se fijan sus características.

b). Establece los requisitos materiales y formales que deben preceder a la obtención de la personería jurídica así como su prueba, contenido de sus estatutos, forma de dirección y administración, convocatoria a las reuniones de las asambleas tanto ordinarias como extraordinarias, quorum, responsabilidad de los administradores, capital y reservas, ejercicios fiscales, federación y confederaciones, fusión, disolución y sus causales, liquidación y procedimiento para llevarla a efecto, designación de liquidador o liquidadores, o comisión liquidadora y sus funciones, atribuciones y honorarios, prioridades para la liquidación de patrimonio, vigilancia y control, funciones del Departamento Nacional de Cooperativas en cuanto al ejercicio de la función de vigilancia y control, responsabilidad de los titulares de sus organismos, infracciones que dan origen a sanciones para las sociedades mutuarias o que sean imputables a sus órganos así como también a los titulares de tales órganos personalmente y el procedimiento para aplicarlas, y la destinación de las sanciones pecuniarias.

Por último, el Decreto incluye normas sobre su ámbito de aplicación en cuanto al tiempo y al espacio.

Ley 24 de 1981.

Fue sancionada por el Gobierno Nacional el 24 de febrero de 1981; por ella se transformó la Superintendencia Nacional de Cooperativas en Departamento Administrativo y se fijaron objetivos, estructura, funciones, dotación presupuestal, además se incluyeron otras disposiciones de carácter general.

No obstante, el legislador incluyó en la ley, algunas normas relacionadas con instituciones distintas a las cooperativas.

En efecto, en el artículo 1º se estatuye:

"Transfórmase la Superintendencia Nacional de Cooperativas restructurada por el Decreto extraordinario número 611 de 1974 en un Departamento Administrativo que se denomina Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas cuyo objetivo y finalidades serán: Dirigir y ejecutar la política cooperativista del Estado; prestar asistencia técnica cooperativa; impartir educación e instrucción cooperativa, y, ejercer vigilancia y control sobre las sociedades cooperativas, los organismos cooperativos de grado superior, las instituciones auxiliares del cooperativismo, los institutos de financiamiento, educación, investigación y desarrollo cooperativo, los fondos de empleados y las sociedades mutuarias".

Igualmente en otros artículos del estatuto legal y en lo que a sociedades mutuarias se refiere, ordena lo siguiente:

En el numeral 5º del artículo segundo, sobre funciones del Departamento, se lee: "Ejercer el control y vigilancia sobre las entidades que cobija su acción, para que su funcionamiento se ajuste a las disposiciones legales sobre el particular y los intereses de los asociados".

En el numeral 9º del mismo artículo se consagra: Servir de organismo consultivo de las entidades oficiales y privadas y de las personas naturales en relación con la aplicación de las normas vigentes respecto al régimen de las organizaciones que vigila y controla".

En el numeral 12 se establece: Reconocer personería a las sociedades que se refiere el artículo 1º....."lo que se reitera luego en el numeral 14 del artículo 8º sobre funciones del Jefe del Departamento, al asignarle como una de ellas "Reconocer, suspender o cancelar personerías jurídicas de las organizaciones cooperativas y demás sociedades a que se refiere el artículo 5º Parágrafo 1º".

"El Gobierno reglamentará la forma de elección o designación de los representantes de las sociedades cooperativas y de los fondos de empleados y sociedades mutuarias a que se refiere el numeral 9º y el número 13 de este artículo", el artículo 8º numeral 14.

"Son funciones del Jefe del Departamento las siguientes:

"Reconocer, suspender o cancelar las personerías jurídicas de las organizaciones cooperativas y demás sociedades a que se refiere el artículo 1º de esta ley".

. . . . . .

Artículo 24. Sobre funciones de la Sección de ejecución de Programas de Fomento:

"3º Realizar en coordinación con las dependencias regionales los recursos de capacitación y adiestramiento para el personal del Departamento, de otras instituciones y de aquellas entidades sometidas al control legal de la entidad.

Artículo 25. Sobre funciones de la División de asuntos legales:

"3º Reconocer y registrar los cuerpos directivos y los representantes legales de las entidades sometidas a la acción del Departamento y autorizar la expedición de los certificados sobre la existencia jurídica y representación legal.

"7º Llevar un registro técnico y actualizado de las cooperativas, fondos de empleados, sociedades mutuarias y demás organismos cooperativos, bajo la vigilancia del Departamento.

"Artículo 29. Son funciones de la Sección de Fondos de Empleados y Sociedades Mutuarias:

"1º Proponer y coordinar el ejercicio y aplicación oportuna y adecuada de las facultades y atribuciones generales del Departamento en relación con los fondos de empleados y sociedades mutuarias y controlar su estricto cumplimiento.

"2º Estudiar y aprobar las Actas de Asambleas de Afiliados Junta Directiva y organismos directivos de los fondos de empleados y sociedades mutuarias.

"3º Estudiar y conceptuar sobre el reconocimiento de personería jurídica para los fondos de empleados y sociedades mutuarias.

"4º Las demás que se asignen".

Consideraciones de la Sala

En primer término, la Sala considera pertinente ocuparse de la tesis sostenida por el señor Fiscal de la Corporación, expuesta en su concepto de fondo y consistente en que las "colectividades mutuarias" a que se refiere el Decreto acusado, no son personas, motivo por el cual "mal pueden encasillarse dentro del artículo 12 de la Carta, quedando al arbitrio de lo que resuelva el gobierno como en efecto lo hizo mediante el acto impugnado....".

Tal aseveración impone un estudio previo sobre las personas jurídicas y las mal llamadas "sociedades mutuarias".

Las personas, en general, son los sujetos del derecho, vale decir, los individuos de la especie humana, las asociaciones o instituciones dotadas de personalidad jurídica.

Bajo una concepción integral, en la acepción genérica "persona" se han comprendido dos especies: las personas naturales o los individuos de la especie humana cuya personalidad es consecuencia inmediata y simultánea, del nacimiento con vida; y las personas jurídicas que son colectividades, entes o instituciones a los que la autoridad competente del Estado les otorga personería.

De lo anterior se deduce que las personas jurídicas, para ser sujetos del derecho, deben provenir de una asociación de personas reunidas entre sí libremente, o de una simple institución, con las que se persigue un fin específico.

En las personas jurídicas de derecho público el fin se determina, por regla general, en el acto que las crea, aunque siempre orientado hacia el bien común, o lo que es lo mismo al bien social; en las personas jurídicas de derecho privado su fin suele ser particular o específico aunque en ciertos casos se pretenda como móvil o motivo determinante el de beneficiencia o utilidad públicas pero siempre ceñido al ámbito que se determina en la ley; es lo que ocurre con la sociedad definida en los artículos 2079 del C.C. y 98 del C. de Co. cuya finalidad última debe ser el ánimo de lucro; o con las corporaciones o fundaciones del C.C., cuya finalidad obedece a la atención de una necesidad de los asociados o corporados, o, de beneficencia o utilidad públicas, prescindiendo del ánimo del lucro.

Pero las colectividades de personas, los entes o las instituciones, no pueden actuar en la vida jurídica como sujetos del derecho independientemente de quienes las forman, constituyen o integran, sin que previamente hayan obtenido su personería jurídica, por parte de la autoridad competente del Estado. "Lo que hace que lleguen a ser personas jurídicas, lo que transforma a esas colectividades y organizaciones en unidades jurídicas, es el reconocimiento del derecho objetivo" (Francisco Ferrara. Teoría de las personas jurídicas. Editorial Reus Madrid 1929. Pág. 374).

De consiguiente, la colectividad de personas o la simple institución, son consideradas como personas jurídicas desde el momento en que la autoridad competente del estado, les confiere la categoría de sujetos del derecho.

El reconocimiento puede ser entonces coetáneo al acto constitutivo de la persona; o posterior como resultante de un acto expreso proferido por el funcionario competente del estado en el que se otorga la personería. Suele ocurrir lo primero, por regla general, en la creación de las personas jurídicas de derecho público en donde el mismo acto que las crea, Ley, Decreto, etc. lleva implícito el reconocimiento de tal personería, (Ley 153 de 1887 artículo 80); en cambio, lo segundo suele suceder de una de dos maneras: o como el cumplimiento de una serie de requisitos o condiciones establecidos por la ley o el acto respectivo, cuya culminación conduce a la adquisición de la personería jurídica de pleno derecho, como sucede con las sociedades comerciales, cuya constitución solemne está prevista en el C. de Co., cumplida la cual

surge como consecuencia la personalidad jurídica prevista en el inciso segundo del artículo 98 del Código respectivo; ó como el resultado del pronunciamiento particular de la autoridad del estado, previo el lleno de los requisitos y condiciones que se determinen en las disposiciones legales sobre la materia.

Es esto último lo que sucede con las corporaciones, fundaciones y demás asociaciones contempladas en el C. C., las que para ser tales y de consiguiente ser sujetos de derecho, deben llenar todas las exigencias legales previstas en las leyes respectivas, cumplidas las cuales, se proferirá el acto respectivo de reconocimiento de la personería jurídica por la autoridad competente.

Una vez obtenida la personería jurídica, la colectividad, ente o institución adquiere una capacidad jurídica autónoma, una aptitud propia para ser titular de derechos y obligaciones, para ejercer tales derechos, para poder obligarse y actuar en la vida civil, comercial o de la esfera del derecho público, de manera independiente de sus constituyentes o fundadores.

A través de la evolución histórica del derecho han exisitido diversas concepciones jurisprudenciales y doctrinales sobre la persona jurídica. Mientras que, vgr. para Savigny al lado de los individuos de la especie humana existen otros "seres ficticios" a los cuales se les llama personas jurídicas, vale decir, personas que no existen sino para fines jurídicos y que "aparecen para el lado del individuo como sujetos de relaciones de derecho" (Sistema del Derecho Romano Actual M.F. C. de Savigny. Madrid 1979. Tomo I pág. 60), para otros, con Beseler a la cabeza, y como una reacción contra la teoría de la ficción surge la teoría de la realidad que considera a la persona jurídica como sujeto del derecho semejante a la persona natural.

Los fundamentos sobre los que se estructura esta persona son:

> "1). El concepto de persona no coincide con el de hombre, sino con el de sujeto de derecho, por lo que no excluye que haya sujetos de derecho que no sean hombres. 2) Es preciso ensanchar el concepto de sujeto, sacándole de la esfera del Derecho privado patrimonial y llevándole a la del Derecho público. 3) Todas las personas jurídicas, públicas o privadas, son realidades".
>
> (Francisco Ferrara. *Ibídem pág.* 168).

"Como intermedias entre las dos teorías se han expuesto multiplicidad de ellas, entre otras, la de la realidad ideal, la de los derechos subjetivos o la comunmente llamada organicista que tiende a abrirse paso en nuestro medio jurídico, y sobre la que ha sostenido Rafael Martínez Sarmiento 'sin entrar a estudiar la doctrina de la propiedad colectiva de Planiol, de la realidad jurídica de Josserand, o de la ficción consagrada en el C.C. es incuestionable que la persona jurídica es sujeto de derechos que se ejercen por el órgano reglado de sus representantes. Los autores dividen las personas jurídicas en dos categorías: de derecho público y de derecho privado".

Refiriéndose al tema específico de la capacidad en las personas jurídicas, tema íntimamente vinculado a la normatividad contempla-

da en el artículo 12 de la Constitución Nacional, y cuya significación es fundamental para el caso de autos, sostiene el connotado autor Ferrara:

"Capacidad de las personas jurídicas:

1). Donde los principios teóricos repercuten más vivamente en el campo de la práctica, es en materia de capacidad. Porque desde el momento en que se trata de saber si las personas jurídicas tienen capacidad legal artificial por medio de representantes o bien real natural por medio de órganos, se puede pasar por alto sobre las diputas, en vista de que escritores de tendencias opuestas llegan luego por consideraciones de oportunidad a igual resultado. Así, Kuhlenbeck (1); que considera las personas jurídicas como mecanismos técnicos y concibe su capacidad como puramente pensada, no niega sin embargo, que esta capacidad, en cuanto es compatible, debe aplicarse en toda su extensión a las personas jurídicas y, por consiguiente, debe reconocerse, por ejemplo, un derecho al nombre, al domicilio al honor corporativo. Y Rumelin (2) y Meurer (3), que califican la capacidad de las personas jurídicas como imaginaria, están luego dispuestos a reconocerlas, no sólo derechos de naturaleza personal, sino en cuestiones graves, como la de la responsabilidad, llegan a las mismas consecuencias de los realistas. Pero a veces, en cambio, no se trata de un problema constructivo, por que la cuestión se traslada a la regulación práctica del instituto, y así es como se implanta la discordia entre los que delimitan la capacidad de la persona jurídica a la esfera patrimonial, y aquellos que, en cambio, la extienden más allá, fuera del mismo Derecho privado. Pero no es esto sólo, escritores de todas clases, secuaces de la ficción hombre, políticos, publicistas, han tratado a veces de restringir la capacidad de las personas jurídicas en el mismo campo patrimonial, reduciendo los entes morales a máquina para un fin que para la obra que tienen que realizar, o bien las consideran como sucursales y establecimientos menores del Estado, llamados burocráticamente a cumplir un servicio que les está confiado. Así se notan tendencias expansionistas o restriccionistas en materia de capacidad jurídica, y no sólo por parte de la doctrina, sino también de las legislaciones. Así en el Derecho inglés está vigente la teoría de la *ultra vires*: una persona jurídica, en tanto puede obrar, en cuanto es necesario para la consecución de su fin. Las facultades de que goza no se extienden más "allá de las consignadas expresamente en el acta de incorporación. Todo lo que se sale de este ámbito de vida de la persona jurídica, es nulo (ob. cit. págs. 777 y 778)".

Y más adelante agrega:

"Según nuestro Derecho, de una investigación que será completada en seguida, resulta que las personas jurídicas no sólo gozan de derechos y pueden entrar en relaciones que trascienden de la esfera patrimonial, sino que también en el comercio jurídico tienen una elasticidad de movimientos que son semejantes a otros sujetos. El fin es, ciertamente, el motor interno que encauza su

actividad, pero no es la medida de la personalidad, no es un círculo cerrado en que su vida se agote y fuera del cual se desvanezcan como sombras. Las personas jurídicas son reales y capaces, aún cuando trasciendan o traicionen su fin; esto podrá conducir a tutelas o reacciones internas administrativas, pero no puede hacer desaparecer su cualidad de sujetos.

"En torno a la medida de esta capacidad hay fundamentalmente una parificación entre personas físicas y jurídicas, esto es, la ley da por principio a los entes morales una capacidad correspondiente a la de los individuos. Esto resulta del artículo 2º del Código Civil: Los Municipios, las provincias, los institutos públicos y eclesiásticos y en general todos los cuerpos morales legalmente reconocidos, son considerados como personas jurídicas y gozan de los derechos civiles según las leyes y los usos observados como derecho público (1).

"Este principio, por otra parte, no puede llevarse hasta identificar las dos formas de capacidad, porque se entiende que ciertos derechos no son accesibles a las personas jurídicas, como entes ideales desprovistos de un sustrato y de una vida física. Ciertamente las personas jurídicas no pueden contraer matrimonio o hacer testamento o ser interdictas o tener relaciones de parentesco, edad o sexo; todas estas relaciones que presuponen como sustrato un organismo físico son naturalmente excluídas. Pero se engañaría quien creyese que la capacidad de las personas jurídicas se agota en la actividad patrimonial, porque hay otras relaciones de naturaleza personal, como los derechos de personalidad que sin obstáculo pueden competir a los entes ideales, y esto prescindiendo de las prerrogativas de Derecho público. Y viceversa, hay otras relaciones propias de los entes colectivos que no encuentran aplicación respecto de los particulares como las que se refieren a la estructura interna corporativa. Además, el derecho objetivo se conduce de modo diverso respecto de las personas físicas y jurídicas, sujetando estas últimas a especiales limitaciones y protecciones que son desconocidas a las primeras.

"Por lo cual se puede llegar al resultado: que las personas jurídicas gozan en nuestro Derecho de una capacidad jurídica general que trasciende de la esfera del patrimonio y penetra en el derecho personal y en el derecho público, salvo las limitaciones impuestas por el derecho objetivo o que nacen de la naturaleza de las relaciones. Respecto de las personas jurídicas, adquieren importancia, además de las leyes, las costumbres de derecho público (I) que concurren a delinear la posición jurídica hecha a algunas clases o a algunas corporaciones o instituciones cuyo origen es incierto y su esfera de actividad poco precisa, y en que es el regulador la práctica constantemente observada, ya para establecer su funcionamiento y representación, ya los derechos de injerencia estatal, como varias entidades eclesiásticas, de utilidad pública, etcétera. De esto resulta que la capacidad de las personas jurídicas no se muestra uniforme e igual, y aun habiendo un régimen común válido para todas, está sembrado de desviaciones, ya en cuanto a algunas clases de personas jurídicas se les concede una posición más elevada y poderosa, como sucede con las

personas de derecho público, o más reprimida o reducida, como sucede con ciertos entes cuya actividad quiere comprimir la ley. Por consiguiente, en el estudio de la fisonomía jurídica de una corporación o institución, deberá en primer lugar tenerse en cuenta aquellas leyes o usos especiales de derecho, y en su defecto y como complemento deberá recurrirse a la ley común, al tipo de capacidad jurídica atribuida a todos. Nuestro objeto es precisamente designar esta esfera típica general asignada a las personas jurídicas (*Ibídem* págs. 80, 81, 82)".

Esta somera transcripción del connotado tratadista sirve para destacar la particular trascendencia que tiene, en el régimen de las personas jurídicas, la capacidad como uno de los atributos que es desarrollo de su propia personalidad y que indudablemente fue el motivo que indujo a nuestro constituyente a reservar al legislador lo concerniente al establecimiento de su régimen.

El derecho colombiano ha seguido la legislación universal en cuanto a la concepción jurídica integral de la persona, al considerarla como un sujeto del derecho; y, a la persona natural, como al individuo de la especie humana (artículo 74 C.C.) la que por solo el hecho de separarse del vientre materno y existir siquiera un momento adquiere su existencia legal, vale decir, su personalidad (A- 90 C.C.).

Las personas jurídicas, al tenor de lo dispuesto por el artículo 633 del C. C., son personas ficticias, capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles y de ser representadas judicial y extrajudicialmente.

La personalidad de estos entes o instituciones jurídicas se adquiere, a diferencia de las naturales, por reconocimiento del Estado: unos casos por acto o declaración expresa y particular, en otros de manera tácita por el hecho de cumplir con los requisitos que la ley señala para adquirir tal personalidad.

Nuestro Código Civil, acogido por la Ley de 15 de abril de 1887, contiene idéntica reglamentación de las personas jurídicas, al C. C. de los E. U. de Colombia sancionado el 26 de mayo de 1873; éste es a su vez una réplica, del C.C. de la provincia, luego Estado, de Cundinamarca acogido por su Asamblea legislativa en 1859; este último código sigue muy de cerca al Chileno cuyo autor mas connotado fue don Andrés Bello quien acogió con vehemencia, dada su generalización en la época, la teoría de la ficción para expresar los alcances de la naturaleza de las personas jurídicas; ello explica el por que de su inclusión entre los relativamente incapaces enumerados por el inciso tercero del artículo 1504 del C. C. hoy reformado.

La concepción inicial de la persona jurídica como ficción por parte de nuestro legislador ha variado, primero debido a nuevas apreciaciones jurisprudenciales particularmente expresadas en sentencias de la Corte Suprema de Justicia, y, luego por reformas de tipo legal como es el artículo 60 del Decreto 2820 de 1974 mediante el cual se excluyó a las personas jurídicas de la lista de los incapaces.

Dentro de la multiplicidad de personas jurídicas concebidas por nuestro derecho, las hay de derecho público y de derecho privado; a a la vez dentro de éstas se encuentran diversas subclasificaciones; merece una especial atención para el caso de autos, la que sobre el par-

ticular se formula en el inciso segundo del artículo 633 del C.C., según el cual las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficiencia pública. A renglón seguido y en el tercer inciso del mismo artículo se agrega que pueden existir personas jurídicas que participan de uno y otro carácter, vale decir, del de fundación y del de Corporación.

Las fundaciones son personas jurídicas que resultan de la afectación de un patrimonio o de una masa de bienes, a un fin de utilidad o beneficencia pública, por parte de su creador o creadores, denominados comunmente fundador o fundadores. Es esencial en ella, además de los elementos propios de toda persona jurídica, la existencia de un conjunto de bienes, y su afectación por el fundador a un fin de beneficencia o utilidad pública.

A diferencia de la fundación, la Corporación exige una asociación de personas, denominados corporados, simplemente asociados o impropiamente socios, que persiguen como fin la obtención de un servicio o el desarrollo de una actividad que les represente un beneficio o una expansión.

Es común a la fundación y a la corporación la ausencia de lucro. Esto equivale a decir que su actividad no puede perseguir como fin próximo, remoto o eventual, la obtención de utilidades en dinero distribuibles entre los fundadores o corporados. Ello no se opone a que la persona jurídica como tal, corporación o fundación, ejecute actos encaminados a cumplir con su finalidad, con los cuales obtenga un beneficio económico; pero este debe estar dirigido al desarrollo de la actividad básica de beneficencia pública, de servicio o simple beneficio social, o académico, etc.

Según el mismo código, hay personas jurídicas que participan simultáneamente del carácter de corporación y de fundación, criterio este que parece haber predominado en la redacción del Decreto 3184 de 1981 cuando en su artículo primero le asigna a las mal llamadas "Sociedades mutuarias" el carácter de instituciones de utilidad común: este último concepto, en los términos del artículo 5º del Decreto 3130 de 1968, va íntimamente unido al de fundación. Pero a su vez el acto acusado restringe la actividad principal de las sociedades mutuarias a la "ayuda mutua mediante la prestación de servicios de asistencia social, de previsión y solidaridad a *sus asociados*", lo que es propio de la Corporación.

El artículo 1504 del C. C. incluía en la lista de los incapaces a los menores adultos, que no hubiesen obtenido habilitación de edad, a los disipadores bajo interdicción judicial, a las mujeres casadas y a las personas jurídicas. Esta enumeración se ha visto reducida con la exclusión de la mujer casada ante la vigencia del artículo 5º de la Ley 28 de 1932 que le concedió plena capacidad y con la del artículo 6º del Decreto 2820 de 1974 que excluyó a las personas jurídicas de la lista de los incapaces (La habilitación de edad desapareció entre nosotros con la vigencia de la Ley 27 de 1977).

De lo hasta ahora expuesto se tiene que las personas jurídicas, en el Derecho Colombiano, han dejado de ser asimiladas a menores, tal

como equivocadamente lo sostiene el señor fiscal de la Corporación. Esto había sido aceptado años atrás por la jurisprudencia.

Antes de la vigencia del Decreto 3143 de 1981, acusado, las sociedades mutuarias fueron consideradas como personas jurídicas comunes de las previstas en el C.C. por cuanto no existía un régimen legal particular al que tuviesen que someterse en su constitución, vida y extinción, distinto al régimen general consagrado en el mismo código y las demás leyes que lo complementasen. Su inspección y vigilancia quedaba sometida al marco general trazado por el numeral 1º del artículo 120 de la Constitución Nacional y demás reglamentaciones que el gobierno expidiera sobre el particular, dentro del ámbito de su competencia. Esto cambió cuando entró en vigencia la Ley 24 de 1981 que adscribió al nuevo departamento la inspección y vigilancia de las sociedades mutuarias.

El Decreto impugnado vino entonces a adicionar la normatividad del C.C. al contemplar a las sociedades mutuarias como una nueva especie de persona jurídica, cuyas características y en general su régimen fundamental se estableció en tal estatuto.

No comparte la Sala la afirmación formulada por el señor Agente del Ministerio Público en cuanto niega a las sociedades mutuarias, el carácter de personas jurídicas en nuestro derecho vigente, al considerarlas como relativamente incapaces.

Esto, a su vez, lleva a que la fuente primigenia de esta asociación, se encuentre en los artículos 12 y 44 de la Constitución Nacional.

Pero si lo anterior no fuere suficiente, bastaría entonces con recurrir a las disposiciones de la Ley 24 de 1981, anteriormente transcritas en las que se asigna la función de inspección y vigilancia de las sociedades mutuarias al Departamento Nacional de Cooperativas, y lo concerniente al reconocimiento de su personería. Esta afirmación sirve también como fundamento a las siguientes consideraciones de la Sala.

Cargos formulados en la demanda:

Primer cargo

Lo sustenta el demandante en los siguientes términos:

"*La ley de creación de personas jurídicas*:

"Del estudio de los contenidos anteriores se desprende que el Decreto demandado establece un estatuto completo de las sociedades mutuarias, al definirlas, señalar sus características, su forma de constitución, el contenido de sus estatutos, los organismos de dirección, administración, control interno y funciones de las asambleas, la confirmación del patrimonio, la composición del capital social, la creación de entidades de grado superior, la fusión e incorporación de las sociedades mutuarias, la disolución y liquidación, las funciones de los liquidadores, la composición de la comisión liquidadora, los honorarios de los miembros de esa co-

misión, el orden de prioridad de pago, la inspección y control, la aplicación de sanciones y su procedimiento, etc.

"En nuestro concepto, el Gobierno Nacional no tiene la facultad de regular en su integridad las personas jurídicas denominadas Sociedades Mutuarias, como lo ha hecho, sino que ésta corresponde al Congreso, como lo veremos más adelante.

"El Art. 44 de la Constitución Pol., permite 'formar compañías, asociaciones y fundaciones que no sean contrarias a la moral o al orden legal. Las asociaciones y fundaciones pueden obtener su reconocimiento como personas jurídicas. 'El artículo 12 de la Constitución Nacional, establece que, la capacidad, el reconocimiento y, en general, el régimen de las sociedades y demás personas jurídicas, se determinará por la ley Colombiana.

"De las disposiciones transcritas, que reemplazaron los artículos 14, 47 y 49 de la Constitución de 1886, se desprende que el derecho de asociación, corresponde y obedece a un 'orden legal', es decir, que compete al legislador o al gobierno investido de facultades extraordinarias la atribución de determinar el régimen de las personas jurídicas de derecho privado, en lo no previsto por la constitución. Igualmente, la Carta Fundamental atribuye al legislador la facultad de crear, reglamentar, o regular directamente las demás personas jurídicas, como lo establece, entre otras, el artículo 76, ordinal 5 de la Constitución Nacional.

"Consideramos entonces, que el Decreto 3143 de 1981 viola ostensiblemente las normas constitucionales antes enunciadas, porque como se dijo, el Decreto crea un estatuto completo de las personas jurídicas, denominadas sociedades mutuarias, las cuales no tienen hasta el momento una ley que determine su naturaleza, ni fines específicos, ni sus características, ni la ley ha sometido su funcionamiento a normas reguladoras originales. Las sociedades mutuarias, como lo ha afirmado acertadamente el Consejo de Estado, se forman y obtienen su reconocimiento como personas jurídicas dentro del marco genérico previsto para éstos en el Título 36 del Libro I. del Código Civil (Sala de Consulta y Servicio Civil, Co. Po. Jaime Paredes Tamayo, Concepto del 28 de agosto de 1978).

"De otra parte, viola los Arts. 50 y 76 numeral 2 de la Constitución Nacional, porque, de acuerdo con ellos, le compete al legislador de manera exclusiva y no al gobierno, como se hizo al dictar el Decreto demandado, la expedición de las normas que deben regular la constitución, funcionamiento, reconocimiento, fusión, incorporación y extinción de las personas jurídicas.

"Además, el Decreto demandado se extralimitó al determinar las sanciones a que se hacen acreedores quienes violen las disposiciones en él contenidas, porque el establecimiento de esta clase de sanciones corresponde necesariamente al legislador, quien debe regular en este aspecto las sociedades mutuarias, como personas jurídicas que son.

"El Consejo de Estado en reiteradas oportunidades ha manifestado para casos como el que se estudia que, la competencia

para regular la constitución, funcionamiento, y extinción de las personas jurídicas, corresponde al legislador y no al gobierno; por ejemplo, en Sentencia del 30 de octubre de 1978, expediente 2879, la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, con ponencia del Consejero Alfonso Arango Henao, manifestó: "Por Ministerio de los artículos 44, 50 y 76 Nº 2 de la Carta Fundamental, le compete al legislador de manera exclusiva, la expedición de las normas que deben regular la Constitución, funcionamiento y extinción de las personas jurídicas. Así mismo, es de competencia del legislador la expedición de los estatutos fundamentales bajo cuyo marco debe ejercerse la función gubernamental de inspección y vigilancia de las personas jurídicas sometidas a él, por la constitución o por la ley (120, Nº 15)".

"La misma sentencia agrega: 'Sólo en su orden jerárquico inferior al de la Ley, pero de todas maneras subordinado a éste, le incumbe al Gobierno dictar las normas necesarias para la ejecución de los preceptos legales, pero obviamente esta potestad no puede ejercitarse sin la previa existencia de aquellos' ".

En este cargo el demandante acusa el Decreto 3143 de 1981 por ser violatorio de los artículos 44, 12 y 76 ordinal 5/ (sic) de la Constitución, normas que son del siguiente tenor:

"Artículo 44. 'Es permitido formar compañías, asociaciones y fundaciones que no sean contrarias a la moral o al orden legal. Las asociaciones y fundaciones pueden obtener su reconocimiento como personas jurídicas' ".

"Artículo 12. 'La capacidad, el reconocimiento, y, en general, El régimen de las sociedades y demás personas jurídicas, se determinarán por la ley colombiana' ".

"Artículo 76 numeral 2º: Corresponde al Congreso hacer las leyes.

"Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:

"1ª.....

"2ª). Expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones".

Es evidente, como ya se ha expresado, que el Decreto 3143 de 1981, acusado, contiene un régimen integral de las entidades que impropiamente denomina como "sociedades mutuarias", por cuanto se contempla en su articulado todo lo relacionado con su naturaleza, características estructura, fines, personería, inspección y vigilancia, régimen de sanciones y otros pormenores. Y las considera la Sala impropiamente designadas por cuanto el término "sociedad" obedece a un contenido jurídico perfectamente definido en las leyes, como son los artículos 2079 del C. C. y 98 del C. de Co. que definen a la sociedad como un contrato, en el que es fundamental el aporte en dinero o bienes apreciables en dinero con la finalidad última de lucro, lo cual repugna con el concepto de corporación, de fundación o de la asociación que partícipe del carácter de una y otra.

Ante la concepción integral, pero pormenorizada del Decreto, es menester tener en cuenta lo contemplado por el artículo 12 de la Constitución, que reserva expresamente a la *ley colombiana* todo lo relacionado con el régimen de las sociedades y demás personas jurídicas, haciendo particular énfasis en su capacidad y reconocimiento. "Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio y según el uso general de las mismas palabras", según principio de hermenéutica consagrado en el artículo 28 del C.C.; Conforme al diccionario de la Real Academia Española por "régimen" se entiende "el modo de gobernarse y regirse una cosa".

En este orden de ideas se llega a la conclusión de que el Decreto 3143 de 1981, contiene un régimen integral de las personas jurídicas que denomina sociedades mutuarias, lo que al tenor del artículo 12 de la Carta está reservado al legislador.

Pero es más, la capacidad de las personas jurídicas, que presupone la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, y que para el caso de las personas jurídicas se determina por el objeto o actividad que se propone desarrollar y que se halla delimitado en sus estatutos, también toca con diversos artículos del estatuto acusado. Lo propio ocurre con el reconocimiento, que también es motivo de reglamentación en el Decreto 3143.

De todo lo anterior fluye una consecuencia final, cual es la de que al expedirse el Decreto acusado, se violó el artículo 12 de la Carta, y por ende el numeral 2º del artículo 76 de la misma, que reserva al legislador la reforma de la legislación contenida en los códigos de la Nación.

No obstante lo hasta ahora expuesto, se observa que los artículos 32 y 33 del Decreto acusado y referentes a las funciones de inspección y vigilancia, dados los términos en que se hallan concebidos, se sustraen de la violación aludida. En efecto, el artículo trigésimo segundo es del siguiente tenor:

> "Las sociedades mutuarias estarán sujetas, de acuerdo con la Ley 24 de 1981, a la vigilancia y control del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas, para asegurar que los actos atinentes a su constitución, funcionamiento, cumplimiento de su objeto social, disolución y liquidación, se ajustan a las normas legales y estatutarias".
>
> "Las funciones de vigilancia y control no implican facultad de congestión o intervención en la autonomía jurídica y democrática de las sociedades mutuarias".

Y el artículo 33 consagra lo siguiente:

> "Cuando las sociedades mutuarias realicen actividades que por su naturaleza requieran el control de otros organismos del estado, dicho control se ejercerá teniendo en cuenta las características propias de las sociedades con el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas, de acuerdo con las competencias establecidas en las leyes".

Las disposiciones citadas se acomodan integralmente en su reglamentación a lo dispuesto por las leyes vigentes. Más aún, el artículo trigesimosegundo, hace referencia a una situación jurídica ya creada por la Ley 24 de 1981 (Art. 1º) cual es la de que la inspección y vigilancia de las sociedades mutuarias, corresponde ejercerla a la Superintendencia Nacional de Cooperativas, y que tal función deberá ajustarse en todos sus aspectos a las normas *legales y estatutarias*. Lo propio ocurre con el principio general consagrado en el inciso segundo de la norma citada, el cual se acomoda en su integridad a los actuales principios constitucionales y legales sobre el ámbito en que debe ejercerse la función de inspección y vigilancia.

Algo semejante sucede con el artículo trigesimotercero, anteriormente transcrito, en el que no se ha hecho otra cosa que referirse a lo dispuesto en la ley, cuando por razón de la naturaleza de las sociedades mutuarias, requieren del control de diversos organismos del estado.

En tales ordenamientos se acata entonces lo establecido por el artículo 12 de la Constitución, norma según la cual el régimen general de las sociedades mutuarias, es de competencia exclusiva del legislador.

Las razones hasta ahora expuestas llevan a la conclusión de que el cargo debe prosperar, salvo en cuanto hace referencia a los artículos trigesimosegundo y trigesimotercero del Decreto acusado.

Segundo cargo

No obstante el orden seguido por el actor en la demanda, la Sala, por razones de orden práctico considera más lógico ocuparse del cargo relacionado con el exceso de la potestad reglamentaria, no obstante que en el libelo se le asigna un tercer lugar.

El cargo se sustenta en los siguientes términos:

"3. *La potestad reglamentaria*:

"El artículo 120, Ordinal 3, le asigna al Presidente de la República ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.

"A través del Decreto 3143 de 1981, el Gobierno pretende regular en su integridad las personas jurídicas denominadas sociedades mutuarias, pero en realidad al hacer un estudio histórico de la regulación de las Sociedades Mutuarias, en el país no encontramos normas legales aplicables a las materias reguladas en el Decreto demandado que permitan su reglamentación, porque por lo menos el Gobierno hubiese hecho referencia a ellas.

"De otra parte, si se alega que el Decreto reglamenta la Ley 24 de 1981, no encontramos los puntos necesarios para afianzar tal reglamentación, sino por el contrario, como se dijo en el punto anterior la citada ley fue violada.

"La reglamentación requiere de una ley anterior, la cual va a ser reglamentada y según la doctrina y la jurisprudencia ese

poder no es ilimitado, sino que debe estar sujeto al contenido mismo de la ley, sin ampliarla ni tampoco restringirla en sus alcances o disposiciones, respetando además el campo reservado exclusivamente al legislador.

"A través del Decreto demandado, no sólo se extralimitó en la reglamentación sino que no existe disposición legal que permita tal reglamentación asumiendo el Gobierno de esta manera una competencia que no le corresponde".

Sobre lo anterior considera la Sala

Si se analiza el encabezamiento del Decreto acusado, 3143 de 1981 se observa que tuvo como una de sus finalidades específicas la de reglamentar la Ley 24 de 1981.

Por su parte, del estudio detenido de la ley, se tiene que su finalidad primordial consistió en transformar la Superintendencia Nacional de Cooperativas en Departamento Administrativo, fijándole sus distintas funciones y, en general, toda su estructura.

Del contexto de la ley, cuya sinopsis se hizo en otro aparte de esta misma providencia, se llega a la conclusión de que ninguna de las disposiciones que hacen alusión directa o indirecta a las sociedades mutuarias, da cabida para sostener que existía materia suficiente para ejercer la potestad reglamentaria en la forma como se hizo en el Decreto acusado.

Sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria ha sostenido reiteradamente esta Corporación.

"En repetidas oportunidades esta corporación ha sentado una doctrina enteramente acorde con la establecida por la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que un Decreto reglamentario debe limitarse a dar vida práctica a la ley que tiende a desarrollar. La razón de ser del Decreto es la necesidad de hacer eficaz, activa, plenamente operante, la norma de derecho superior, facilitando su inteligencia y cumplimiento de parte de la misma administración y de los particulares. Todo aquello que lógica y necesariamente está contenido en la ley debe desenvolverlo de manera detallada y comprensiva el Decreto reglamentario. Pero nada más que eso. De ahí que introducir so pretexto de reglamentación normas nuevas, preceptos que no se desprenden conforme a la naturaleza de las cosas, de las disposiciones legales, reglas que impongan obligaciones o prohibiciones a los ciudadanos, más allá del contenido intrínseco de la ley, implica un acto exorbitante, una extralimitación de funciones, constituye una clara violación de la voluntad legislativa, cuya vida se pretende asegurar". (Anales del Consejo de Estado. Tomo XXXII. pág. 303).

La Ley 24 de 1981, tal como se ha expresado, tuvo como objetivo primordial la transformación de la Superintendencia Nacional de Cooperativas en Departamento Administrativo. En desarrollo de dicho objetivo la misma ley asigna funciones al nuevo departamento entre las que se menciona la inspección y vigilancia de las sociedades mutarias, las que somete a su control. Específicamente y con respecto a éstas,

además de las de inspección y vigilancia, añade las de servir de organismo consultivo para dilucidar el alcance de las normas que reglan las instituciones que vigila y controla, la de otorgar, suspender o cancelar la personería jurídica y otras semejantes.

Del objetivo de la ley, de su estructura y de la reglamentación que en ella se contempla no se puede sustraer como conclusión, que valiéndose de la potestad reglamentaria, el presidente de la República pudiese expedir el régimen integral de una determinada especie de personas jurídicas, aún de las sometidas a su inspección y vigilancia.

No pueden introducirse, ha sostenido esta Corporación so pretexto de reglamentación, normas nuevas, reglas que impongan obligaciones o prohibiciones, que vayan mas allá del "contenido intrínseco de la ley". El obrar de otra manera ocasiona una extralimitación de funciones, una violación de la voluntad legislativa, cuya vida pretende asegurar la propia constitución, que es precisamente lo ocurrido con el Decreto acusado.

En síntesis, con el pretexto de reglamentar la Ley 24 de 1981 referente a la estructura del Departamento Nacional de Cooperativas, se expidió el régimen integral de las sociedades mutuarias excediendo en ello el ámbito de la potestad reglamentaria, motivo por el cual el cargo, también por este aspecto, debe prosperar.

No obstante y conforme a lo expresado en el cargo anterior, tal exceso no se presenta con relación a los artículos 32 y 33, por cuanto los términos de tales disposiciones no sólo se acomodan dentro del ámbito de la ley, sino que se remiten a ella para efectos de su aplicación.

Tercer cargo

Lo sustenta el demandante en los siguientes términos:

"La inspección y vigilancia de las personas jurídicas:

"El artículo 120 Nº 19, asigna al Presidente de la República 'ejercer inspeccionar y vigilar sobre instituciones de utilidad común para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas, y que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores' ".

"El artículo 1º del Decreto demandado define las Sociedades Mutuarias, como Instituciones de utilidad común, constituidas por personas naturales que sin ánimo de lucro, tienen como actividad principal la ayuda mutua, mediante la prestación de servicios de asistencia social, de previsión y solidaridad a sus asociados.

"El Decreto 3143 de 1981, se dictó en ejercicio, entre otros, del numeral 19 del artículo 120 de la Constitución Nacional. Pero las disposiciones dictadas por el Gobierno, a nuestro parecer, regulan asuntos distintos a aquellos que tienen que ver con que las rentas de las sociedades mutuarias se conserven y sean debidamente aplicadas y que en todo lo esencial se cumpla con la vo-

luntad de los fundadores; así se desprende de la simple lectura de los artículos 14-15-16 y 17 del Decreto demandado y de los artículos 32 a 34 del mismo, que se refieren a la inspección y vigilancia de las sociedades mutuarias.

"Por lo expuesto, consideramos que el estatuto de las sociedades mutuarias, dictado por el Gobierno a través del Decreto 3143 de 1981, viola además de las disposiciones constitucionales enunciadas en el aparte 1º de esta demanda, el numeral 19 del artículo 120, porque en lo atinente a la inspección y vigilancia de las sociedades mutuarias, como instituciones de utilidad común, no se refiere a las rentas de dichas entidades y a la manera de adquirirlas, ni administrarlas e invertirlas para que se conserven y sean debidamente aplicadas, o bien a cuidar que se respete la voluntad de sus fundadores, sino a asuntos totalmente diferentes.

"De otra parte, la Ley 24 de 24 de febrero de 1981, por la cual se transforma la Superintendencia Nacional de Cooperativas en Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas, se fijan sus objetivos, estructura y funciones, se provee a su dotación presupuestal y se dictan otras disposiciones, no da pie para que el Gobierno expida un estatuto completo de las sociedades mutuarias, más cuando el artículo 1 de la mencionada ley, se refiere a que el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas debe ejercer vigilancia y control, sobre las Sociedades Mutuarias.

"La misma ley en el artículo 2, ordinal 5, asigna, entre otras funciones, al Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas la de ejercer el control y la vigilancia sobre las entidades que cobija su acción, para que su funcionamiento se ajuste a las *disposiciones legales* sobre el particular y los intereses de los asociados (el subrayado es nuestro).

"De la lectura de la norma transcrita, podemos apreciar, sin mayor esfuerzo que el legislador fue afortunado y tuvo en cuenta las disposiciones constitucionales que regulan esta materia, al exigir que ese control y vigilancia debe ajustarse a las disposiciones legales, es decir, de acuerdo a normas que tengan fuerza de ley y no a través de Decretos que no tengan tal carácter, pero siendo benévolos, al considerar que el sentido de 'disposiciones legales' sea amplio, en consideración a que se trata de entidades de utilidad común, es necesario concluír que el Decreto 3143 de 1981 al tratar la inspección y vigilancia de las Sociedades Mutuarias, no se refiere al desarrollo que exige el ordinal 19 del artículo 120 de la Constitución Política, como lo señalamos anteriormente.

"De otra parte, podemos observar que el ordinal 19 del artículo 120 consagra una facultad que debe ser ejercida por el Presidente de la República directamente o a través de los Ministros o Jefes de Departamento Administrativo. En la Ley 24 de 1981, se asigna la función de Inspección y Vigilancia de las Sociedades mutuarias al Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas, como se dijo, en el artículo 2, Ordinal 5, pero no

existe otra disposición que permita sustentar una reglamentación de tal magnitud en este aspecto, como se hizo en el Decreto demandado".

Considera la Sala

Tampoco, en ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia podía el Gobierno dictar el Decreto acusado, salvo los artículos 32 y 33.

En efecto, sobre este tema se limita la Sala a transcribir un aparte de una jurisprudencia de la Corporación, expresada para caso semejante y que tiene una cabal aplicación al caso de autos. Se sostiene en ella: "es competencia del legislador la expedición de los estatutos fundamentales bajo cuyo marco debe ejercerse la función gubernamental de inspección y vigilancia de las personas jurídicas sometidas a él, por constitución o por ley".

Con la salvedad anotada, también bajo este concepto el Decreto acusado está llamado a desaparecer.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Primera), administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Fiscal de la Corporación y en desacuerdo con el,

Falla:

Con excepción de los artículos trigesimosegundo y trigesimotercero, declárase la nulidad del Decreto 3143 de 1981 expedido por el Presidente de la República el 6 de noviembre. Decreto "por el cual se reglamenta la Ley 24 de 1981, en relación con las sociedades mutuarias y se dictan normas para la inspección y vigilancia".

Cópiese y notifíquese.

Sesión del día 10 de noviembre de 1983.

Mario Enrique Pérez Velasco, Samuel Buitrago Hurtado, Jacobo Pérez Escobar, Roberto Suárez Franco.

Lorenzo Rojas Surmay., Secretario.

IMPUESTO A LAS VENTAS. ARTICULOS ALIMENTICIOS. Distinción entre bienes procesados y no procesados para establecer si "NO CAUSAN" el impuesto sobre las ventas o son exentos (artículo 2º del Decreto 1988 de 1974).
Declárase la nulidad de la clasificación "NO CAUSA" dada al "CAFE SOLUBLE GRANULADO" comprendido en la posición 21.02.00.01 del artículo 2º del Decreto Reglamentario 2810 de 1974.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta. — Bogotá, D. E., noviembre veinticuatro de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctor Gustavo Humberto Rodríguez*)

Proyectó: Doctor Víctor Manuel Estupiñán C.

Referencia: Expediente Nº 5984. Actor: Luis Fernando Lloreda Londoño. Nulidad de la posición 21.02.00.01 del artículo 2º del Decreto 2810 de 1974 expedido por el Gobierno Nacional. Fallo.

El doctor Luis Fernando Lloreda Londoño, en nombre propio y en ejercicio de la acción pública de nulidad, demandó ante esta Corporación para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"a) Que es nula la clasificación 'No causa' dada al CAFE SOLUBLE GRANULADO, comprendido en la posición 21.02.00.01. de que trata el artículo 2º del Decreto Reglamentario número 2.810 de 1974; y

"b) Que en consecuencia al CAFE SOLUBLE GRANULADO comprendido en la posición arriba mencionada le corresponde la clasificación de exento, por ser un producto alimenticio no gravado específicamente" (folio 2 C. P.).

Hechos

El actor los describe así:

"a) Con base en el estado de emergencia puesto en vigencia por el Gobierno mediante el Decreto 1970 de 1974, se dictó el Decreto 1988 de 1974 orgánico del Impuesto a las Ventas en Colombia;

"b) De acuerdo con el artículo 2º del Decreto 1988 de 1974 se estableció que el impuesto a las ventas gravaría, como su nombre lo indica, las ventas de BIENES CORPORALES MUEBLES PROCESADOS, la importación de éstos y la prestación de los servicios de que trata el citado Decreto.

"A continuación el artículo mencionado aclaró que no se considerarán bienes procesados los primarios en estado natural aunque hayan sufrido un proceso elemental para su simple conservación o aprovechamiento".

"c) Según el Decreto mencionado, los productos y servicios prestados, elaborados o importados al país, pueden clasificarse, desde el punto de vista del impuesto a las ventas, como bienes y servicios gravados, bienes y servicios exentos y bienes y servicios que no causan el citado impuesto. Las consecuencias de cada una de estas clasificaciones desde el punto de vista legal son totalmente distintas como más adelante se verá;

"d) El artículo 8º del Decreto 1988 de 1974, estableció que los artículos alimenticios no gravados específicamente, se encuentran exentos del impuesto a las ventas, y para que no quedaran dudas sobre la definición que para efectos de este impuesto se daba a los citados artículos, el parágrafo de este artículo los precisa así: 'Por producto alimenticio se entiende todo producto natural o artificial que ingerido aporta al organismo humano nutrición y energía necesarias para el desarrollo de los procesos biológicos' ";

"e) Con el fin de permitir una mayor individualización de los productos objeto del impuesto a las ventas, el parágrafo 1º del Decreto 1988 de 1974 dispuso que en caso de duda sobre la posición de un artículo, se aplicará el Arancel de Aduanas, y la clasificación específica primaria sobre la genérica";

"f) Con base en la norma transcrita, el Gobierno Nacional, dictó el Decreto Reglamentario 2810 de 1974, que, basándose en el Arancel de Aduanas, le asignó el valor del impuesto a las ventas a cada posición arancelaria;

"g) Como el CAFE SOLUBLE GRANULADO no está incluido en forma específica en ninguna de las posiciones mencionadas en el Decreto 2810 de 1974, la División de Arancel de la Dirección General de Aduanas lo clasificó bajo la posición número 21.02.00.01 del Arancel de Aduanas, la cual, de acuerdo con el Decreto 2810 de 1974, NO CAUSA el impuesto;

"h) Esta clasificación es ilegal ya que el CAFE SOLUBLE GRANULADO, es un producto alimenticio que ha sufrido un proceso de transformación, que consiste, como se verá en el curso del proceso, en la extracción de los sólidos solubles del café por medio de agua, en la posterior evaporación del agua utilizada en la extracción mediante la utilización de bajas temperaturas y vacío, y en la pulverización y consiguiente aglomeración de la masa así obtenida para producir un polvo de solubilización instantánea; e

"i) De acuerdo con lo anterior, y teniendo en cuenta la reiterada jurisprudencia de ese Despacho y el hecho innegable que el CAFE SOLUBLE GRANULADO no se encuentra gravado específicamente, éste debe considerarse EXENTO para efectos del impuesto a las ventas".

Normas violadas

Como disposiciones violadas cita el actor los artículos 120 ordinal 3º de la Constitución Nacional: 2º y 3º del Decreto 1988 de 1974.

Concepto de su violación

Lo expresa así:

"Al dictar el Gobierno Nacional la disposición cuya nulidad solicito, se violaron las normas arriba transcritas en la siguiente forma:

"El Decreto 1988 de 1974, que por ser un Decreto expedido bajo el estado de emergencia económica tiene el mismo valor de un Decreto legislativo, dispuso muy claramente en su artículo 8º que los artículos alimenticios no gravados específicamente están exentos del impuesto sobre las ventas. Esta exención de tipo general se aplica a todos los productos alimenticios, salvo los gravados específicamente, que solo fueron los siguientes: Aceite de oliva; licores y vinos; goma de mascar, bombones, confites, caramelos y chocolatinas.

"El propio Consejo de Estado ha acogido esta interpretación y en sentencia del 13 de marzo de 1978, al estudiar una demanda similar a la presente, dijo lo siguiente:

"Estando concebida la ley con palabras tan claras cuando dice que están exentos del impuesto a las ventas los artículos no gravados específicamente, de manera que aparece expresa y terminante la voluntad del legislador de que los alimentos no sean gravados en mínima parte por razón del impuesto sobre las ventas, a menos que alguno lo sea específicamente, esto es, con individualidad, y siendo la harina de cereales (trigo, maíz, arroz, etc.) alimento indispensable para la vida del hombre colombiano, no gravada específicamente, resulta evidente que el Gobierno varió la letra, la esencia y el espíritu de esa descripción al reglamentarla cuando, dice que tales harinas no causan el gravamen, en lugar de reafirmar que están exentas.

"Al obrar de esa manera el Gobierno extralimitó la potestad reglamentaria, pues varió y modificó el alcance de la norma reglamentaria, que respecto de artículos alimenticios no permite hacer la distinción entre procesados y no procesados, o entre los que causan o no causan el impuesto, ya que por voluntad clara y terminante del legislador están exentos, con excepción de los gravados específicamente".

"Al incluir el Decreto Reglamentario 2810 de 1974 el CAFE SOLUBLE GRANULADO contenido en la posición número 21.02.00.01 bajo la clasificación NO CAUSA, se violó el Decreto 1988 de 1974 en cuanto que esta norma dispone que todos los artículos alimenticios, salvo los específicamente gravados, están exentos del impuesto a las ventas. Y se violó esta norma porque el CAFE SOLUBLE GRANULADO es sin duda alguna un producto alimenticio que no fue gravado específicamente por el Decreto 1988 de 1974.

"No sobra aclarar que entre la clasificación de NO CAUSA y la de EXENTO, existen profundas diferencias en materia de impuesto a las ventas. La principal diferencia radica en que la persona que fabrica productos en los cuales no se causa el gravamen, no tiene derecho a descontar los impuestos liquidados en la adquisición de los elementos constitutivos de costos y gastos de producción y ventas, (insumos), y por lo tanto no puede obtener la devolución de las sumas de dinero cargados por estos impuestos, según el procedimiento establecido en

el artículo 25 del Decreto 1988 de 1974. Esto, sin embargo, no ocurre cuando el producto está clasificado como exento para efectos del impuesto a las ventas, pues en este caso sí opera el mencionado descuento y la consecuente devolución de los impuestos pagados por la adquisición de los insumos.

"La clasificación de NO CAUSA aplicada al CAFE SOLUBLE GRANULADO, que de por sí es ilegal por tratarse de un producto alimenticio, se torna aún más aberrante si se tiene en cuenta que tanto el legislador primario al crear el impuesto a las ventas, como el Gobierno Nacional al reglamentar la materia, siempre trataron con benevolencia tributaria a los productos alimenticios, para eximirlos del citado impuesto y no gravar al consumidor final con el mayor costo que necesariamente implica este tributo. Esta tradición legislativa que se remonta a la Ley 21 de 1963, y continúa aún en el Decreto Legislativo 1988 de 1974, quedó relegada al olvido al dictarse el Decreto 2810 de 1974, que varió totalmente esa situación, al clasificar varios productos alimenticios como "no causantes" del impuesto a las ventas, con las consecuencias ya anotadas de encarecer ilegalmente su costo".

En el dictamen pericial rendido por los doctores Alvaro Campuzano y Alfredo Llanos, sobre la inspección realizada a las instalaciones de INPA S. A., en Bugalagrande, en relación a los diferentes procesos a que se somete al café verde, como son de tostación, molienda, extracción, separación de Aroma, concentración, secado y aglomerado y envasado, se llegó a las siguientes conclusiones:

"1º) Por lo observado en la inspección ocular y expuesto en el presente informe, la producción de café soluble granulado, corresponde a un proceso industrial que utiliza como única materia prima, el café en grano verde.

"2º) De acuerdo a los análisis efectuados en el Departamento de análisis Industrial de la Universidad del Valle, podemos concluir que el café soluble granulado, se puede clasificar dentro del grupo de alimentos, pues contiene un 17% de proteínas, 2.95% de grasa, 12% de calcio y 1.38% de fósforo.

"El porcentaje correspondiente a carbohidratos ha sido sacado por diferencia y por lo tanto da un poco alto en nuestro concepto, pues de acuerdo a los valores internacionales, éste no debiera pasar del 25%. No obstante lo anterior, el anállisis del cual anexamos copia en el presente informe, es una prueba fundamental para poder concluir que el café soluble constituye un producto alimenticio, de acuerdo con la definición del artículo 8º del Decreto 1988 de 1974".

La Secretaría de la División de Arancel de la Dirección General de Aduanas en respuesta a los Oficios y despachos librados por esta Corporación, para que certifique si el CAFE SOLUBLE GRANULADO, que consiste en un extracto seco de café, está clasificado bajo la posición arancellaria 21.02.00.01, contestó:

"1º Que de acuerdo al Arancel de Aduanas y a los antecedentes 'que reposan en el archivo de la División, el CAFE SOLUBLE GRANULADO se encuentra en la posición 21.02.00.01, gravamen ad-valorem en 30%".

Dentro del término de traslado para alegar de conclusión el actor manifestó que estando probado que el CAFE SOLUBLE GRANULADO es un producto alimenticio que ha sufrido una transformación industrial de tipo complejo, es aplicable la sentencia del Consejo de Estado de fecha 21 de abril de 1978 en la cual se dijo que el café tostado o descafeinado y los sucedáneos del café, están exentos del impuesto a las ventas, así como la sentencia de esa misma Corporación de fecha 5 de octubre de 1978, que dice así:

"En estas condiciones y partiendo del principio de que los almidones y las féculas son productos naturales que aportan al organismo humano nutrición y energías necesarias para el desarrollo del proceso biológico, ha quedado también demostrado que se trata de bienes corporales muebles procesados pues por el tratamiento de desintegración de la estructura del grano de maíz, el producto no se halla ya en estado natural y primario. Luego es objeto del impuesto por las ventas, pero exento por razón de tratarse de un alimento no gravado específicamente, que al tenor de lo previsto por el numeral 1º del artículo 8º del Decreto Legislativo Nº 1988 de 1974 está exento del impuesto aún cuando en principio sí lo causa.

El señor Fiscal Tercero del Consejo de Estado, en su vista de fondo consideró:

"En primer término se advierte que, al café soluble granulado no está incluido en forma expresa en ninguna de las posiciones del Decreto 2810 de 1974, pero teniendo en cuenta que el parágrafo 1º del artículo 7º del Decreto 1988 de 1974, preceptúa: 'en caso de duda sobre la posición de un artículo, se aplicará al Arancel de Aduana y la clasificación específica prima sobre la genérica', y que el Decreto 2810 toma como punto de partida para la determinación del impuesto a las ventas el Arancel de Aduana, y además atendiendo a la constancia expedida por el Secretario de la División de Arancel de la Dirección General de Aduanas, al café soluble granulado le corresponde 'la posición 21.02.00.01, gravamen *ad valorem* 30%' " (folio 53), la cual de acuerdo con el Decreto 2810 de 1974 no causa el impuesto.

"Hecha la anterior aclaración y toda vez que el caso *sub judice* coincide con los ya decididos por la Corporación, a los cuales se hizo alusión en este escrito, y partiendo del dictamen pericial rendido por los doctores Alvaro Campuzano y Alfredo Llanos (folios 41 y siguientes) en el cual se señala: que los diferentes procesos a que se somete el café verde para obtener el café soluble granulado, son:

"1º) Tostación (torrefacción).
"2º) Molienda.
"3º) Extracción.
"4º) Separación de Aroma.
"5º) Concentración.
"6º) Secado y Aglomerado.
"7º) Envasado".

"Que '.....la producción de café soluble granulado corresponde a un proceso industrial que utiliza como única materia prima, el café en grano verde' ".

"Y que el café soluble granulado, se puede clasificar dentro del grupo de alimentos, de acuerdo con la definición del artículo 3º del Decreto 1988 de 1974.

El suscrito Agente del Ministerio Público considera que se encuentra demostrado que el café soluble granullado es un alimento que aporta al organismo humano nutrición y energías necesarias para el desarrollo de los procesos biológicos (artículo 8º del Decreto 1988 de 1974), y que se trata de un bien mueble procesado, pues requiere de un procedimiento complejo, por lo que es evidente que el producto no se encuentra en estado natural ni fue sometido a un elemental proceso para su conservación, por lo cual causa el impuesto a las ventas, pero es EXENTO por expresa disposición del artículo 6º del Decreto Legislativo 1988 de 1974 por no estar gravado específicamente.

"Las anteriores razones son suficientes para considerar que las peticiones de la demanda están llamadas a prosperar".

Efectivamente la Sala Plena del Consejo de Estado en providencia del 21 de abril de 1978, Consejero ponente doctor Alvaro Pérez Vives, actor Gilberto Arango Londoño, al declarar la nulidad de la posición Nº 09.01 del capítulo 9º del artículo 2º del Decreto 2810 de 1974, y del artículo 2º del Decreto Reglamentario 2808 de 1975, apoyado en el fallo del 13 de marzo de 1978, expediente Nº 3394, del Consejero doctor Gustavo Salazar Tapiero, consideró:

No sólo porque ese fallo, el que constituye la actual jurisprudencia de la Corporación sobre la materia, contiene razones de peso innegables para ser reproducida su doctrina en este caso, sino porque la Sala abunda en la materia al fallar este negocio, considera la Corporación que debe mantenerse y complementarse esa jurisprudencia.

"En efecto, lo acusado aquí son los Decretos reglamentarios de los Decretos Legislativos número 1988, 2104 y 2363 de 1974, (Decreto Ejecutivo 2803 de 1976 y Decreto Ejecutivo 2810 de 1974), relativos al impuesto sobre ventas. Por tanto, es preciso ver si las normas acusadas se atemperan a las legales que reglamentan, o, por el contrario, las exceden.

"Si la norma legal no distingue entre alimentos que NO CAUSAN y alimentos EXENTOS, sino que, salvo norma expresa en contrario, los declara LIBRES del impuesto a las ventas, esto es, EXENTOS del mismo, no puede el reglamento establecer tal distinción para llegar a la desconcertante conclusión de la oficina recaudadora del impuesto a las ventas, de que, no obstante la clara intención del legislador y el ostensible espíritu de la ley, en el sentido de que LOS ALIMENTOS, cualquiera que sea su estado o naturaleza NO PAGUEN el impuesto a las ventas, ciertos alimentos en su ESTADO NATURAL, resultan gravados con el impuesto sobre los insumos, porque la caprichosa distinción establecida en el reglamento, que no, se repite, en la ley, conduce al singular resultado de que pese a hallarse exentos o libres del impuesto, los alimentos terminan pagándole, precisamente porque NO LO CAUSAN, gracias a este ejercicio jurídico cuya secuela es que el impuesto que grava los 'insumos entra a operar como un mayor costo del bien' (folio 10), lo que significa que en lugar de bajar el costo de la vida, ésta suba, contrariando así la finalidad de la ley.

No obstante, la doctora Alba Lucía Orozco, en nota visible al folio 10 del C. 1º dice:

"La legislación de ventas autoriza descontar el impuesto liquidado en la adquisición de elementos constitutivos de costos y gastos de producción, venta y administración de los bienes objeto del impuesto. Con relación a aquellos bienes cuya venta no ocasiona el gravamen, los cuales se hallan clasificados en el Decreto 2810 de 1974 con la denominada 'No causa, el impuesto liquidado en la adquisición de los citados elementos no es susceptible de descuento y en consecuencia entra a operar como un mayor costo del bien'.

"De donde se concluye cómo para la oficina recaudadora de impuestos, lo que importa no es que la ley haya declarado que determinado bien, por ejemplo, los alimentos estén de todos modos libres, esto es no paguen, se hallan EXENTOS del impuesto a las ventas, sino que se efectúa un ejercicio jurídico para decir cuándo no se causa el impuesto pese a lo cual, siempre se paga ese impuesto en cuanto a los insumos, o sea como lo expresa la doctora Alba Lucía Orozco, entra a operar como un mayor costo del bien, (folio 10), esto es, que en lugar de bajar el costo de la vida, por virtud de la gimnasia jurídica, que estamos presenciando, se sube su dicho costo, contrariando así la finalidad de la ley.

Es sencillamente aberrante el que si el artículo 8, numeral 1º, del Decreto 1988 de 1974, dice: "Están exentas del impuesto, las ventas de: 1. Artículos alimenticios no gravados específicamente, el decreto reglamentario mediante una distinción entre artículos alimenticios QUE NO CAUSAN el impuesto y artículos alimenticios EXENTOS de tal impuesto, no contenida en la ley que reglamenta, puede concluir gravando precisamente bienes que según tal tesis NO CAUSAN el impuesto.

La ley al no hacer esta distinción, permite el reintegro a los productores del impuesto a las ventas, pagado por concepto de los insumos utilizados en la producción, proceso o simplemente, venta de alimentos, como envases, empaques, etc., en la misma forma que permite el reintegro cuando se trate de otros bienes exentos.

Los actos acusados, al contrariar la ley, precisamente en aquellos casos en los que NO SE CAUSA el gravamen, de hecho lo establecen al no permitir su reintegro.

El honorable Consejero doctor Bernardo Ortiz Amaya en su salvamento de voto de las providencias antes citadas, expresó:

Auncuando, como lo expresé en los debates de la ponencia, que se convirtió en fallo por decisión de la mayoría, mi criterio es el de que la posición 11.01 del Capítulo XI, del artículo 2º, del Decreto Reglamentario Nº 2810 de 1974, que determinó las harinas de cereales como artículos que no causan impuesto está equivocado, pues se trata de un bien "corporal mueble procesado" que causa impuesto, de acuerdo con lo previsto por el artículo 2º del Decreto Legislativo Nº 1988 de 1974, pero que está exento por tratarse de un producto alimenticio de aquellos a que se refiere el numeral 1º del artículo 8 del mismo Decreto Legislativo; me veo obligado a salvar el voto pues en la ponencia apro

bada por la mayoría se acoge doctrina diferente al criterio anteriormente expuesto, se hacen unas afirmaciones contrarias a claras y expresas disposiciones legales, se incurre en contradicción y se cometen errores de técnica procesal que no me permiten compartir el fallo ni en la parte motiva ni en la decisoria.

"Me permito, señalar sintéticamente cuales son las fallas de esa ponencia para justificar mi disentimiento con la decisión mayoritaria:

"a) Se dice en la ponencia: Estando concebida la ley con palabras tan claras cuando dice que están exentas del impuesto las ventas de artículos alimenticios no gravados específicamente '.....resulta evidente que el Gobierno varió la letra, la esencial y el espíritu de esa prescripción al reglamentarla cuando dice que tales harinas *no causan* el gravamen en lugar de reafirmar que están *exentas.*

"Al obrar de esa manera el Gobierno extralimitó la potestad reglamentaria, pues varió y modificó el alcance de la norma reglamentada, *que respecto de artículos alimenticios no permite hacer la distinción entre procesados y no procesados....*" (la subraya es mía).

"Si se leé cuidadosamente el artículo 2º del Decreto Legislativo 1988 de 1974, se comprueba que la afirmación anterior es totalmente contraria a la letra y al espíritu de la norma, pues precisamente con ella se modificó el sistema que había sido establecido por el artículo 1º del Decreto Legislativo 3288 de 1963, y que fue expresamente derogado por aquel.

"Decía así el artículo 1º mencionado:

"Decreto número 3288 de 1963

"Artículo 1º Establécese un impuesto sobre las ventas de artículos terminados, el cual se regula por las disposiciones del presente Decreto.

"Quedan exceptuados los artículos alimenticios de consumo popular, los textos escolares, las drogas y los artículos que se exporten.

"El artículo 2º del Decreto 1988 que lo reemplazó reza así:

"Artículos 2º El impuesto grava la venta de bienes corporales muebles procesados, la importación de éstos y la prestación de los servicios expresados en el presente decreto.

"No se consideran bienes procesados los primarios en estado natural, aunque hayan sufrido un proceso elemental para su simple conservación o aprovechamiento.

"Tanto la venta de bienes inmuebles como la de bienes intangibles o incorporables no causa dicho impuesto, salvo en los casos determinados en el presente Decreto.

"Queda claro por lo tanto, que dentro del nuevo régimen del impuesto a las ventas es fundamental e ineludible establecer la diferencia entre los bienes muebles procesados y los que no lo son, pues esa dife-

rencia es la que determina si la venta de los productos correspondientes causa o no causa el impuesto.

"b) Dice la ponencia:

"Lo anterior está indicando de manera clara y evidente que tanto la legislación anterior como lo social declara libre del impuesto sobre las ventas los alimentos y que para la exención sea efectiva se deben considerar igualmente exentas las materias primas, envases, enpaques, envolturas, etiquetas y rótulos empleados y destinados a los alimentos".

"Pero el artículo 8º del Decreto Reglamentario 2815 de 1974 reza en su primer inciso así:

"Artículo 8º. Hay lugar a la liquidación del gravamen por la venta de materias primas y demás elementos que normalmente se incorporan a los costos y gastos de producción y venta, tanto de bienes gravados como de exentos o excluidos del tributo, cuando aquellos tuvieren el carácter de bienes gravados".

"Lo anterior está totalmente acorde con lo que el artículo 25 del Decreto Legislativo 1988 de 1974 dispone en su primer inciso, que a la letra dice:

"Artículo 26. Cuando hubiera ventas exentas, los correspondientes productores que figuren con saldo a su favor en la cuenta corriente del impuesto sobre las ventas, pueden solicitar su devolución, de conformidad con los reglamentos".

"De acuerdo con lo anterior queda claro que en esta sentencia se hacen afirmaciones contrarias y opuestas a expresas y claras disposiciones legales y reglamentarias.

"c) Vale la pena observar que en el auto admisorio de la demanda, el mismo ponente para denegar la suspensión provisional solicitada afirmó lo siguiente: 'Con todo, el punto sometido a examen de la jurisdicción no es tan sencillo. Porque acontece que los decretos legislativos distinguen, entre bienes corporales muebles procesados cuya venta *causan* (sic) el impuesto y bienes corporales muebles no procesados que *no lo causan*...' ".

"El anterior criterio esta contradicho por el mismo autor de la ponencia al afirmar que no puede hacerse esta distinción en tratándose de articulos alimenticios.

"d). Por último, se ha incurrido en un error de técnica procesal que no puedo cohonestar con mi voto favorable y que consiste en que los demandantes señores Gilberto Arango Londoño y Juan Rafael Bravo Arteaga, formularon demanda en acción pública de nulidad con fundamento en el artículo 66 del Código Contencioso Administrtivo para que se declare la nulidad de la posición 11-01, del Capítulo XI del artículo 2º, del Decreto Reglamentario número 2810 de 1974".

"En la sentencia se toman decisiones *'ultra petita'* y contrarias a la naturaleza de los fallos en este tipo de procesos, pues no solamente se declara la nulidad de la calificación *'no causan'* sino que hace

una declaración de que a los artículos señalados en la posición mencionada les corresponde una calificación de *exentos*". (sic).

Y en sentencia del 7 de octubre de 1976, de la Sección Cuarta, actor: José Cortés Castillo. Consejero ponente: Doctor Miguel Lleras Pizarro, expediente Nº 3443, sobre la nulidad del artículo 2º del Decreto número 2810 de 1974 en cuanto regula el impuesto sobre las ventas a que están sometidos los artículos de que trata la Sección Primera, Capítulo IV, posición 04-01 del Arancel de Aduanas, al establecer allí que la leche y nata, frescas, sin concentrar ni azucarar, no causan el impuesto sobre las ventas, para negar su nulidad, consideró:

"El artículo 2º del Decreto Legislativo número 1988 de 1974 que encabeza el Capítulo I cuyo título es el de hecho generador", reza:

"El impuesto grava la venta de bienes corporales muebles procesados, la importación de éstos y la prestación de los servicios expresados en el presente Decreto.

"No se consideran bienes procesados los primarios en estado natural, aunque hayan sufrido un proceso elemental para su simple conservación o aprovechamiento (sufrido tal cual en el texto).

"Tanto la venta de bienes inmuebles como la de bienes intangibles o incorporales no causa dicho impuesto, salvo en los casos determinados en el presente Decreto".

"En el Capítulo IV del mismo estatuto con el título de exenciones" se encuentra el artículo 8º así: "Están exentas del impuesto, las ventas de:

"1º Artículos alimenticios no gravados específicamente

.....

"El parágrafo del mismo artículo reza: Por producto alimenticio se entiende todo producto natural o artificial que ingerido aporta al organismo humano nutrición y energía necesarias para el desarrollo de los procesos biológicos...".

"Cabe advertir que hay algunos productos o bienes alimenticios o que se encuentran expresamente gravados como es el caso, para citar un solo ejemplo, del aceite de oliva.

"En el Capítulo VIII denominado 'débito y crédito fiscal' se lee en el artículo 20: 'El impuesto se determina aplicando la tarifa correspondiente al valor de la operación que constituye su base de cálculo'. El 21: El valor de los impuestos liquidados por las compras de materias primas y demás elementos que normalmente se incorporan a los costos y gastos de producción y venta se descontará del liquidado con base en las ventas.

".....

"El artículo 25 prescribe: 'Cuando hubiere ventas exentas, los correspondientes productores que figuran con saldo a su favor en la

cuenta corriente del impuesto sobre las ventas, pueden solicitar su devolución, de conformidad con los reglamentos.

"....

"De los anteriores preceptos se deducen algunas reglas que permiten despejar la incógnita así:

"1º El principio general consiste en que sólo se gravan los bienes corporales muebles procesados y algunos servicios.

"Se causan el impuesto en el momento de la venta de estos bienes o en el de la prestación de los servicios.

"2º No se consideran procesados los bienes primarios en estado natural, aunque se les haya sometido a proceso elemental, que no cambie su naturaleza primaria y sólo sirva para conservarlos, o sea para que no se dañen o se pudran, a fin de que puedan aprovecharse o consumirse. La venta de estos bienes sometidos a proceso elemental no es objeto de gravamen, es decir que no causa el gravamen en tanto que la venta de los mencionados en el numeral primero sí lo causa.

"3º Desde luego hay que tener en cuenta que están por fuera del impuesto, o sea que no causan en ningún caso las ventas de inmuebles, las de bienes intangibles o incorporables, que es el principio general, que tiene la excepción que expresamente se indica en la ley, para cada caso.

"Están exentas las ventas de aquellos bienes que según el principio general causarían el impuesto, pero que por disposición especial concreta de la ley, se les exime de pagarlo, como los fungicidas o los insecticidas o las drogas para uso humano y animal, los libros, los periódicos, los vehículos destinados exclusivamente al servicio público o taxis, etc.

"4º Es claro que todos los bienes primarios en estado natural, sea cualquiera su destino, están por fuera del sistema de impuesto sobre las ventas. Estas operaciones, las de ventas de los bienes primarios naturales, nada tienen que ver con las agencias del Estado encargadas del recaudo de los tributos ni existe relación jurídica tributria, de ventas, entre los productores y los vendedores de estos bienes y el Estado. La ley agrega que estos bienes también quedan excluidos del sistema, aunque hayan sido sometidos a algún proceso elemental destinado exclusivamente a su conservación, para garantizar su aprovechamiento o utilización.

"5º El punto que podría discutirse ante el contencioso administrativo, no es tanto la diferencia y sus consecuencias, entre bienes que causan, bienes que no causan, y bienes exentos del impuesto, sino si al clasificarlos, se deciden si son bienes muebles procesados o no, y si los primarios en estado natural que hayan sido sometidos a algún proceso elemental para su conservación, siguen siendo, después de este proceso, bienes primarios en estado natural o si por el contrario, tal proceso les hizo perder la calidad de primarios en estado natural, para transformarlos en bien nuevo diferente, aunque eventualmente similar.

"6º En cuanto al objeto de este proceso el punto es relativamente simple. El artículo correspondiente del reglamento colocó la leche y

la nata frescas, sin concentrar ni azucarar, en el grupo de los bienes muebles primarios en estado natural, que no causan impuesto, de acuerdo con el artículo 2º del Decreto 1988 de 1974. En el Decreto no se agrega ningún comentario acerca de proceso para su conservación, pero aún admitiéndolo, es obvio que si se trata de leche y de nata frescas, el proceso a que pueden ser sometidos para su conservación, es el de la esterilización que, sin requerir la asistencia de peritos, sabemos que puede obtenerse por sistemas tan simples o elementales como la ebullición, aunque haya de reconocerse que hay otros métodos ligeramente más sofisticados que, sin embargo, no tienen más objeto que el de conservarlos para hacer posible su consumo, sin daño para el consumidor. Tales métodos son, por ejemplo, la esterilización con las técnicas de Pasteur. Este y otros métodos similares son elementales por los sencillos y no cambian la naturaleza del producto, antes bien, sólo sirven para conservar dicha naturaleza y evitar el desarrollo de gérmenes patógenos. En todo caso, el Decreto no se refiere a método alguno de procesamiento para su conservación, de modo que se trata de bienes primarios en estado natural que no causan impuesto por su venta.

Lo anterior enseña sin necesidad de más disquisiciones, que el acto acusado coincide plenamente con las normas legales que se señalan como violadas.

De todo lo anterior y apartándose de la jurisprudencia, se llega a la conclusión de que en tratrándose de artículos alimenticios cabe la distinción entre bienes procesados y no procesados para establecer si no causan el impuesto sobre las ventas o son 'Exentos'.

El artículo 2º del Decreto Legislativo 1988 de 1974 que reemplazó el artículo 1º del Decreto 3288 de 1963, dispuso:

"El impuesto *grava la venta de bienes corporales muebles procesados,* la importación de éstos y la prestación de los servicios expresados en el presente Decreto.

"No se consideran bienes procesados los primarios en estado natural, aunque hayan sufrido un proceso elemental para su *'simple conservación o aprovechamiento'* ".

Tanto la venta de bienes inmuebles como la de bienes intangibles o incorporales no causa dicho impuesto salvo en los casos determinados en el presente Decreto.

Lo que determina la relación jurídico tributaria es que el bien mueble sea procesado o no; la venta de los bienes procesados resulta gravada, por lo cual en principio la venta de alimentos que hayan tenido un proceso diferente al necesario para su simple conservación o aprovechamiento, estarían gravados, pero en virtud de lo dispuesto en el artículo 3º del Decreto citado estan exentas del impuesto, las ventas de: "Artículos alimenticios no gravados específicamente..." los cuales a su turno tienen derecho a la devolución de lo pagado por la compra de materias primas y demás insumos según lo dispuesto por los artículos 21 y 25 del Decreto 1988 de 1974.

La venta de aquellos alimentos que no hayan sido procesados o los que han sido sometidos a un proceso elemental para su simple

conservación o aprovechamiento 'NO CAUSAN' el impuesto; la relación jurídica tributaria no se configura entre los productores y los vendedores y el Estado; y como consecuencia, no están sujetos a las obligaciones previstas en el artículo 12 del Decreto 1988 de 1974, sobre inscripción en las oficinas de impuestos: expedir facturas con indicación del valor del impuesto; llevar en su contabilidad cuentas y subcuentas para cada uno de los grupos gravados; presentar la declaración periódica; y consignar el valor del impuesto según la liquidación privada.

En el caso *sub judice* de la inspección judicial realizada en la ciudad de Cali, a las instalaciones fabriles de propiedad de Industria Nacional de Productos Alimenticios S. A. "INPA", se estableció claramente, porque así se comprobó y se confirmó con el concepto rendido por los peritos químicos nombrados por el Tribunal, que el CAFE SOLUBLE GRANULADO extraido del café en grano verde, que es la materia prima fundamental, se obtiene mediante un proceso industrial de tostación (torrefacción), molienda, extracción, separación de aroma, concentración, secado, aglomerado y envasado, diferente al proceso de simple conservación aprovechamiento, que cambia su estado natural y primario, y que causa el impuesto a las ventas; pero es exento por expresa disposición del artículo 8º del Decreto Legislativo 1988 de 1974, por no estar gravado específicamente.

Con lo expuesto se concluye que es nula la clasificación de "NO CAUSA" dada al CAFE SOLUBLE GRANULADO comprendido en la posición 21.02.00.01 de que trata el artículo 2º del Decreto 2810 de 1974.

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

Falla:

1º DECLARASE nula la clasificación "NO CAUSA" dada al "CAFE SOLUBLE GRANULADO", comprendido en la posición 21.02.00.01 del artículo 2º del Decreto Reglamentario 2810 de 1974.

2º DECLARASE que al "CAFE SOLUBLE GRANULADO" le corresponde la clasificación de "EXENTO" del impuesto a las ventas por ser un producto alimenticio no gravado específicamente.

Comuníquese al Ministro de Hacienda y Crédito Público.

Cópiese, notifíquese, archívese el expediente y cúmplase.

Se deja constancia que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de veintiuno de noviembre de mil novecientos ochenta y tres.

Gustavo Humberto Rodríguez, Bernardo Ortiz Amaya, Enrique Low Murtra, Carmelo Martínez Conn.

Jorge A. Torrado., Secretario.

DECRETO 3817 *de* 1982. *SOBRE CONTROL DE ARRENDAMIENTOS. — El consejo de Estado no tiene competencia para conocer de la presente acción, por tratarse de un Decreto expedido por el Gobierno Nacional mediante autorización dada por el Congreso, de conformidad con el ordinal* 11 *del artículo* 76 *de la Carta Política.*
CONTROL DE ARRENDAMIENTOS.
JURISDICCION CONSTITUCIONAL. — Distribución en la Corte Suprema de Justicia y en el Consejo de Estado.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., agosto nueve de mil novecientos ochenta y tres.

Referencia: Expediente Nº 4412. Actor: Luis Fernando Borja Avila.

Invocando el derecho que le confiere el artículo 216 de la Constitución Nacional, el ciudadano Luis Fernando Borja Avila se ha solicitado ante esta Corporación la declaración de inexequibilidad total del Decreto Nº 3817 de 30 de diciembre de 1982. "por el cual se dictan normas sobre control de arrendamientos de bienes inmuebles ubicados en áreas urbanas, expedido por el señor Presidente de la República 'en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial de las que le confiere el artículo 32 de la Constitución Nacional y en desarrollo del artículo 3º de la Ley 7ª de 1943' ".

Dice el demandante que "En tratándose de acusación de 'DECRETOS' dictados por el Gobierno Nacional la Corte adoptó el sistema de asignarle la competencia general a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en el artículo 216 y, por vía de excepción, en el artículo 214 en forma taxativa le otorga competencia a la Corte Suprema de Justicia, para 'Decidir definitivamente sobre la exequibilidad... de los decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los artículos 76, ordinales 11 y 12, y 30 de la Constitución Nacional', y en los casos de los artículos 121 y 122...".

Sostiene también el actor que en atención a que "El Decreto 3817 de 1983 se expidió, como él mismo lo dice, en ejercicio de las facultades previstas en el artículo 32 de la Constitución Nacional y en desarrollo de la Ley 7ª de 1943, luego debe ser acusado ante el Consejo de Estado, Corporación que tiene competencia general para decidir sobre todos los decretos expedidos por el Gobierno Nacional, salvo los que están expresamente exceptuados en el artículo 214 de la Constitución Nacional y entre tales excepciones no están contempladas los decretos dictados en desarrollo de las facultades consagradas en el artículo 32 de nuestra Carta Fundamental".

En el anterior sentido agrega el accionante que "No cabe afirmarse que el Decreto acusado es desarrollo de las autorizaciones previstas en el ordinal 11 del artículo 76 de la Constitución Nacional, como se ha afirmado, porque de haberlo entendido así la Honorable Corte lo habría expresado en el fallo que resolvió definitivamente sobre la exequibilidad de la Ley 7ª de 1943 y, tal vez, otra hubiera sido la decisión tomada".

La Sala Unitaria no comparte el criterio que en materia de competencia expresa el demandante y, muy por el contrario, considera, como lo ha aseverado en otras ocasiones, que el Consejo de Estado no tiene competencia para conocer de la presente acción, por tratarse de un Decreto expedido por el Gobierno Nacional mediante autorización dada por el Congreso, de conformidad con el ordinal 11 del artículo 76 de la Carta Política.

En efecto, varios ciudadanos instauraron ante esta Corporación acciones de nulidad contra el mismo Decreto cuestionado en este proceso y las respectivas demandas fueron rechazadas, por falta de competencia, con base en la jurisprudencia sentada por la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de 24 de octubre de 1969 y 3 de agosto de 1978, en las que se decidieron demandas promovidas contra disposiciones sobre control de arrendamientos, dictadas también en desarrollo del artículo 3º de la Ley 7ª de 1943. Concretamente, entre las demandas inadmitidas por esta Corporación se citan las radicadas bajo los números 4273 y 4264, presentadas por los doctores Pedro Alfonso Peñarete V. y Marco A. González Sánchez, en su orden. Entonces advirtió la Sala Unitaria que por ministerio del artículo 216 de la Constitución están sustraidas del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso las acusaciones por inconstitucionalidad contra los decretos expedidos por el Gobierno en uso de las facultades a que se refieren los artículos 76 —ordinales 11 y 12—, 80, 121 y 122 de la Constitución. A su turno, recordó que el artículo 214 *ibídem* faculta expresamente a la H. Corte para "Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de todas las leyes y decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los artículos 76, ordinales 11 y 12, y 80 de la Constitución Nacional, cuando fueren acusados ante ella de inconstitucionalidad por cualquier ciudadano".

Lo anterior debe adicionarse con este hecho fundamental, que constituye —por sí mismo—un argumento sólido y decisivo: recientemente, el 7 de julio del año en curso, la H. Corte Suprema de Justicia profirió la sentencia mediante la cual declaró exequible el Decreto 3817 de 1982, sin poner en duda la plena competencia que para ello posee. Lo único que la Corte declaró inexequible de tal decreto fue el inciso del artículo 3º, en su totalidad, y las expresiones " ... con el certificado de paz y salvo ..." del parágrafo del mismo artículo 3º.

La Corte aceptó su competencia afirmando que "el Decreto acusado es de aquellos con fuerza legislativa que pueden ser dictados por el Gobierno cuando, en los términos del ordinal 11 del artículo 76, y en los artículos 118-8 y 214, el Congreso le ha concedido autorización para 'ejercer otras funciones dentro de la órbita constitucional', mediante ley que, para el caso es la 7ª de 1943".

Finalmente, se agrega que como la H. Corte declaró la exequibilidad del Decreto 3817 de 1982 rechazando cargos de inconstitucionalidad semejantes a los esgrimidos por el demandante en el presente proceso, media autoridad de cosa juzgada. Lo mismo se dice con respecto al elemento competencia.

En conclusión, todo confluye para que se inadmita la demanda.

En mérito de lo expuesto, se rechaza *in limine* la demanda de que se ha hecho mérito, instaurado por el ciudadano Luis Fernando Borja Avila.

Notifíquese y cúmplase.

Mario Enrique Pérez (Consejero de Estado).

Lorenzo Rojas Surmay., Secretario.

LIBERTAD DE EMPRESA E INICIATIVA PRIVADA. — Ejercicio. Limitaciones.
ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS. — Reglas de juego económico de la actividad bancaria en general (Ley 45/23 y Ley 57 de 1931). SUPERINTENDENCIA BANCARIA. Intervención en su liquidación (artículo 48 de la Ley 45 de 1923). Posesión del establecimiento bancario por el Superintendente bancario. Consignación de sumas recaudadas por el Superintendente bancario. Consignación de sumas recaudadas por el Superintendente. Los gastos específicos en el caso de liquidación no están sujetos a la aprobación del Juez de circuito correspondiente.
El Superintendente "sin necesidad de licencia judicial" puede negociar los activos con inclusión de las deudas malas y dudosas.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., agosto veintitrés de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado*)

Proyectó: Doctor Carlos Horacio Urán. Abogado Asistente.

Referencia: Expediente Nº 4107. Decretos del Gobierno. Actor: Ignacio Mejía Velásquez.

El doctor Ignacio Mejía Velásquez, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo solicita que esta Corporación declare la nulidad de algunas frases contenidas en el Decreto Reglamentario Nº 2216 de 29 de julio de 1982, expedido por el Gobierno Nacional con la firma del señor Presidente de la República y de su Ministro de Hacienda y Crédito Público.

I

El acto acusado

El Decreto antes mencionado consta de 17 artículos de los cuales se solicita la nulidad de las siguientes expresiones:

a). la frase "administrando o" contenida en el artículo 1º y la frase "o administración" contenida en el artículo 17; b). el término "inmediata" contenido en el artículo 16; c). la frase "los gastos ocasionados por este concepto se cancelarán conforme se causen, con cargo a la entidad intervenida" incluida en el artículo 4º y d). la frase

"excepto aquellas que considere necesarias para los gastos de la intervención", contenida en el artículo 17.

II

La demanda

1) Como HECHOS el demandante refiere los relativos a la expedición del Decreto haciendo especial mención en que, a pesar de la falta de precisión en los fundamentos tenidos para expedir el Decreto, se trata indudablemente de un Decreto reglamentario. Hace también otras consideraciones que se refieren propiamente al capítulo de violación de normas superiores.

2) Como disposiciones violadas menciona los artículos 48, 68, 58 y 52 de la Ley 45 de 1923, artículo 2º Ley 57 de 1931, los artículos 32 y 26 de la Constitución Nacional y 1277, 1233, 1399 y 1962 del Código de Comercio. Sobre estas normas emite el correspondiente concepto de violación que será analizado más adelante, concepto que enfatiza en su escrito de alegato de conclusión.

En representación de la Superintendencia Bancaria la Dra. Lucía Gaitán de Bedoya presentó igualmente alegato de conclusión en el cual analizó cada uno de los cargos formulados por la demanda que serán tenidos en cuenta en la parte considerativa de esta providencia.

III

El concepto fiscal

En su concepto de fondo el señor Fiscal Primero de la Corporación reproduce extensamente algunos apartes de jurisprudencias tanto de la Corte Suprema de Justicia como del Consejo de Estado referentes a la potestad reglamentaria del Presidente de la República, para afirmar como consecuencia, que todo Decreto reglamentario "debe expedirse conforme a la ley que se reglamenta, sin desbordarla y en atención a la materia reglamentable".

Sobre el fondo de la controversia conceptúa que sólo debe declararse la nulidad de la expresión "excepto aquellas que considere necesarias para los gastos de la intervención" porque en su concepto, "a primera vista y sin entrar en estudios de fondo y análisis de normas encuentra este despacho que evidentemente existe un desbordamiento de la potestad reglamentaria de la materia reglamentable".

IV

Consideraciones de la Sala

Los cargos que fueron presentados en la demanda son los siguientes:

1. Las expresiones "administrando o" del artículo 1º y "o administración" del artículo 17 del Decreto 2216 de 1982 violan el artículo 48 de la Ley 45 de 1923 en concordancia con los artículos 49 a 68 de la misma ley y de su reforma por parte de la Ley 57 de 1931, en cuanto

estas disposiciones sólo contemplan la posibilidad de la liquidación de los entes bancarios intervenidos por la Superintendencia, pero no la de su administración o intervención con tal fin, que, por lo tanto, viene a ser una posibilidad "añadida como complemento jurídico de incalculables alcances que desborda lo reglamentado además de que es manifiestamente violatorio de la constitución".

Por la misma razón anterior, la demanda señala la violación del artículo 32 de la Constitución Nacional porque este artículo al consagrar el principio de la libre empresa y la iniciativa privada como marco de la intervención del Estado en la economía, "excluye la posibilidad de que una despendencia estatal llegue a asumir por sí y ante sí la administración, posesión de bienes y negocios y manejo en general de un establecimiento bancario no caído al estado de liquidación".

Análisis de este cargo

Para comenzar se dirá que si bien es cierto que la norma constitucional garantiza la libertad de empresa y la iniciativa privada, también lo es que no se puede interpretar como un ejercicio sin limitaciones ni condiciones porque esto significaría el desconocimiento absoluto de un Estado de Derecho que tiene por objeto asegurar el bienestar de la sociedad dentro de los límites del bien común, como expresamente lo dice el artículo 32 citado por el demandante. Es así como para asegurar el cabal cumplimiento de las funciones de los entes bancarios, fue dictada la Ley 45 de julio 19 de 1923 reformada por la Ley 57 de 5 de mayo de 1931 que establecen las reglas de juego económico de la actividad bancaria en general. Pensar en la libertad absoluta del funcionamiento de estas entidades sería tanto como afirmar que en una sociedad como la nuestra pueden existir unos entes dispersos y absolutamente autónomos que solo tienen por fin el del lucro, aún a costa del desconocimiento de todos los valores que constituyen nuestra nacionalidad. Obviamente la influencia del capitalismo entre nosotros hace que muchas personas puedan llegar a pensar de esta manera, pero afortunadamente también, las normas propias del Estado de Derecho elaboradas en nombre del bien común, le cierran el paso a tales pretensiones.

En tal sentido, si bien es cierto que la intervención propia de la Superintendencia Bancaria cuando constata las irregularidades contempladas en la misma Ley 45 de 1923 y su ley reformatoria, puede concluir en la liquidación, del ente bancario, también lo es que puede tratarse de un simple ordenamiento en la administración y dirección de tales entidades bancarias que pueden reencausarse, reorganizarse a raiz de dicha intervención.

El artículo 48 de la Ley 45 de 1923, aunque no la desconoce, no habla como lo sugiere el demandante de una liquidación indispensable como efecto de la intervención. El artículo dice que el Superintendente con la aprobación del Ministro del Ramo "puede tomar inmediata posesión de los negocios y haberes de un establecimiento bancario" en los casos contemplados en dicho artículo y, como cada artículo no debe ser interpretado aisladamente en el contexto de una ley, es necesario integrar el contenido de otros para su cabal interpretación. Así, en el presente caso, los artículos 49, 50 y aún el artículo 69 de la

Ley 45 de 1923 aluden a esa posibilidad de que la Superintendencia Bancaria entre a ejercer una administración en los entes intervenidos.

El artículo 49 habla de que el Superintendente después de haber tomado debida posesión de un establecimiento bancario la conserva hasta que los negocios sean liquidados, pero establece como excepción la de que se pueda permitir que el establecimiento bancario reanude sus negocios de acuerdo con el artículo 50 de la misma ley, que alude a que el superintendente puede en tales condiciones "devolver la referida posesión para permitir al ente bancario reanudar sus negocios".

Es claro entonces que antes de tal decisión, que puede llegar a ser excepcional dentro de las intervenciones propias de la Superintendencia, ésta debe asumir la administración del establecimiento bancario para poderse enterar del estado de sus negocios y poder apreciar si el giro de sus actividades puede ser vuelto a su estado normal o si es necesario llegar hasta el límite extremo de la liquidación. A esta misma actividad administradora que eventualmente debe ejercer el Superintendente, alude también el artículo 68 de la Ley 45 de 1923 como se verá más adelante. Por lo tanto el cargo anteriormente mencionado no puede prosperar.

2. Este cargo está referido al artículo 16 del Decreto acusado porque dicho artículo dice que el Superintendente Bancario podrá exigir no sólo la cancelación de todas las obligaciones de los accionistas sino que tal cancelación se haga en forma inmediata y aún tratándose, ya no de accionistas, sino de directores y administradores. Por esto, dice la demanda, resultó violado el artículo 68 de la Ley 45 de 1923 que sólo prevé que cuando los accionistas de una sociedad bancaria están obligados a cubrir una parte no pagada del capital de las acciones que poseen en el establecimiento bancario, el Superintendente puede obligarlos a cubrir total o parcialmente la parte no pagada del valor de las acciones, pero siempre que se trate de liquidar el establecimiento y que el Superintendente haya tomado posesión de los bienes y negocios de la casa bancaria y notificado a los acreedores para que estos presenten los comprobantes de sus reclamaciones, y que haya pasado ya el último día para hacerlas valer.

Con la exigencia contenida en el artículo 16 del Decreto acusado en el sentido de que la devolución sea inmediata y de que se pueda incluir a los directores y administradores, se violó entonces según la demanda, el artículo 68 de la Ley 45 de 1923 y además el 26 de la Constitución Nacional, porque ello significa que se juzga y sin procedimiento alguno a terceros que tengan obligaciones con el ente bancario, con la consiguiente extinción de los plazos propios de la quiebra o de la liquidación administrativa forzosas; en una palabra, modificando "los contratos celebrados por la entidad intervenida con terceros" y haciéndolo "por vía administrativa sin consulta de procedimiento alguno".

Análisis de este cargo

También como en el cargo analizado antes, se debe decir aquí que en la acusación de una norma se deben integrar las que sean concordantes para que se pueda hacer una cabal interpretación.

En este caso es cierto que el artículo 68 autoriza al Superintendente para obligar, solamente a los accionistas, a cubrir la parte no pagada del valor de las acciones que posean siempre que se den las condiciones ya mencionadas. Pero se observa que el artículo 57 de la misma ley modificado por el artículo 6º de la Ley 57 de 1931, dice que el Superintendente bancario cuando tome posesión de los haberes y negocios de un establecimiento bancario "deberá proceder a cobrar las deudas a favor de dicho establecimiento". Este deber en la forma en que acaba de mencionarse contenido en el artículo 57, fue incluido bajo la misma redacción por la ley de 1931 y, como se vé, ya no limita la intervención a las deudas de los accionistas sino que *la amplía* a todas las deudas y deudores del establecimiento bancario. A pesar de lo anterior, con la dicha ampliación las citadas leyes no se refieren a la posibilidad contemplada en el artículo 16 del Decreto acusado, en el sentido de que la cancelación de las obligaciones se verifique en forma inmediata. Esta exigencia introducida por el Decreto Reglamentario acusado, modifica entonces las citadas leyes en los artículos previamente indicados y por tanto debe ser anulada, puesto que, en verdad, se está desconociendo unos plazos otorgados para la cancelación de los créditos, plazos que ciertamente constituyen derechos adquiridos conforme a leyes preexistentes.

3). Este cargo alude a la violación de las normas ya citadas del Código de Comercio y del libro cuarto en general del citado Código, porque según la demanda ninguna de estas disposiciones facultan al Superintendente Bancario "para asumir la administración mediante la toma de posesión de los negocios, bienes y haberes de un establecimiento bancario no llevado a liquidación administrativa forzosa ni permiten exigir en forma inmediata la cancelación de las obligaciones de accionistas directores y administradores para con la entidad intervenida". Además, agrega la demanda, "un Decreto que como el acusado dice reglamentar parcialmente la Ley 45 de 1923 y el libro cuarto del Código de Comercio sin que en su articulado determine cuál o cuáles son las partes de la ley y el Código citado que se reglamenta..... viola por su generalidad la norma constitucional que emite la potestad reglamentaria".

Con relación a este cargo, que como se acaba de decir radica en la carencia de facultad para que el superintendente administre y exija el cumplimiento de las obligaciones para con la entidad intervenida por parte de accionistas y de terceras personas, se debe remitir a los razonamientos hechos en los dos numerales anteriores que, por lo mismo, impide que el cargo analizado pueda prosperar. En cuanto a la mención que el demandante hace de haberse violado "la norma Constitucional que emite la potestad reglamentaria", es una acusación sin definición de norma precisa violada por el acto que se acusa y sin claridad en el concepto de la violación.

4). Este cargo está referido al artículo 17 del Decreto acusado que dice que todas las sumas que recauda el Superintendente Bancario con motivo de su intervención, "deberán ser consignadas en el Banco de la República excepto aquellas que considere necesarias para los gastos de la intervención". En esta forma dice el demandante, se violó tanto el artículo 58 de la Ley 45 de 1923 como el segundo de la Ley 57 de 1931: el primero, porque dispone sin ninguna excepción que todas las sumas

que recauda el Superintendente Bancario deben ser consignadas en el Banco de la República, y el segundo porque al establecer el artículo 17 del decreto acusado la excepción antes mencionada, desconoce que los gastos necesarios para la superintendencia bancaria han de ser manejados por conducto del Banco de la República únicamente.

Análisis del cargo

Para analizar este cargo se debe hacer relación una vez más al artículo 57 de la Ley 45 de 1923 modificado por el 6º de la Ley 57 de 1931 que, además de permitirle al superintendente "cobrar las deudas a favor del establecimiento intervenido", le permite "ejecutar todos los actos y hacer todos los gastos que a su juicio sean necesarios para la conservación de los activos". Siendo así, no puede hablarse de que el artículo 17 entró en contradicción con la ley 45 de 1923 al establecer que el superintendente debe consignar las sumas recaudadas "con excepción de aquellas que considere necesarias para los gastos de la intervención", pues como se vio los artículos 57 y 6º de las Leyes 45 de 1923 y 57 de 1931 se lo están permitiendo.

5). Este último cargo también hace relación a la violación del artículo 2º de la Ley 57 de 1931 pero ya no por parte del artículo 17 del Decreto acusado, sino de su artículo 4º que establece que los agentes especiales que la Superintendencia Bancaria designe para asistirle en la tarea de posesión de los negocios de haberes del establecimiento intervenido, serán "con cargo a la entidad intervenida" y que al prever otros nombramientos, concluye que "los gastos ocasionados por este concepto se cancelarán conforme se causen con cargo a la entidad intervenida".

En esta forma, según la demanda, el citado artículo 4º del Decreto acusado viola no sólo el artículo 2º de la Ley 57 de 1931 como ya se dijo, sino también el 52 de la Ley 45 de 1923 que dispone que los gastos específicos en el caso de liquidación sean sujetos a la aprobación del juez del circuito correspondiente. Dice el actor que tal requisito fue eliminado por la norma reglamentaria para dejar el gasto al solo arbitrio del Superintendente Bancario.

Análisis del cargo

Como se dijo al analizar el cargo anterior, los artículos 57 y 6º de las Leyes 45 de 1923 y 57 de 1931, respectivamente, autorizan al Superintendente para hacer todos los gastos necesarios a la intervención, entre los cuales, sin exceder las normas reglamentadas, el Decreto reglamentario por medio de su artículo 4º incluyó a los agentes especiales que sean necesarios y también a personal auxiliar. En este aspecto entonces no puede haber contradicción con la norma superior.

Sí la hay, en cambio, en cuanto a que la norma reglamentaria introduce una nueva condición cual es la de que la providencia del nombramiento de agentes especiales con cargo a la entidad intervenida se protocolice en una Notaría del lugar de asiento principal de los negocios de la entidad intervenida. Sinembargo tal contradicción no fue señalada por el demandante y, por lo mismo, no se puede declarar la nulidad de la parte pertinente del artículo 4º del decreto acusado.

Por último, es de observar que la exigencia contenida en el artículo 52 de la Ley 45 de 1923 en el sentido de obtener del Juez del circuito en que esté situada la Oficina principal del establecimiento intervenido, la aprobación para realizar los gastos de la liquidación, no fue incluida en la Ley 57 de 1931 que por medio de su artículo 6º contempló tal situación. En efecto, este artículo dice que el Superintendente que haya tomado posesión de los haberes y negocios de un establecimiento bancario para verificar su liquidación, queda autorizado para ejecutar todos los actos y hacer todos los gastos que a su juicio sean necesarios para la conservación de los activos y para cobrar las deudas a favor de dicho establecimiento. Pero además, "sin necesidad de licencia judicial" puede negociar los activos con inclusión de las deudas malas y dudosas, activos que serán evaluados por dos peritos, uno nombrado por él y otro por el Juez del Circuito que es para lo único que dicho artículo señala la intervención del Juez. Asimismo, el citado artículo 6º introduce una exigencia distinta, cual es la necesaria aprobación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que el Superintendente pueda hacer las compensaciones convenientes a la pronta liquidación del establecimiento, cuando los activos sean suficientes para cubrir los pasivos del establecimiento para con el público.

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

Falla:

1). Se declara la nulidad del término "inmediata" contenido en el artículo 16 del Decreto 2216 de 29 de julio de 1982, que en consecuencia quedará así: "Podrá así mismo el Superintendente Bancario exigir la cancelación de las obligaciones de los accionistas, directores y administradores para con la entidad intervenida por operaciones de crédito realizadas a su favor".

2). No se accede a las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese.

El fallo anterior lo discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 19 de agosto de 1983.

Samuel Buitrago Hurtado, Jacobo Pérez Escobar, Mario Enrique Pérez, Roberto Suárez Franco.

Lorenzo Rojas Surmay., Secretario.

VIA GUBERNATIVA. REPOSICION. SUSTENTACION. — Un recurso no sustentado en tiempo es un recurso ineficaz.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., agosto treinta y uno de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejera ponente: *Doctora Aydée Anzola Linares*)

Referencia: Expediente Nº 9220. Decretos. Gobierno. Actor: José Manuel Castro Polo.

El señor José Manuel Castro Polo, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 67 del C. C. A., solicita de esta Corporación la nulidad del Decreto 2727 de 10 de octubre de 1980, expedido por la Presidencia de la República y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en virtud del cual se le destituyó del cargo de Jefe de Liquidación de la Administración de Impuestos Nacionales de Barranquilla y se le inhabilitó para el ejercicio de cargos públicos por un mes.

Según las constancias procesales que arrojan los autos, el Decreto impugnado fue expedido el 18 de octubre de 1980 y notificado el 14 del mismo mes y año, contra el cual se interpuso recurso de reposición por el demandante el 31 de octubre de 1980. Aquel estaba en su derecho de hacerlo, pero en ese caso su única alternativa consistía en sustentar con la interposición, el recurso, o hacerlo también por escrito, dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación. El artículo 14 del Decreto Ley 2733 de 1959 es terminante al respecto.

Defender la tesis de que la sustentación del recurso podía presentarse con posterioridad al término de cinco días, significa dejar a voluntad del administrado el término de agotamiento de la vía gubernativa y atar a la Administración al capricho o descuido del particular, lo cual no puede aceptarse legalmente.

En el asunto *sub judice,* el recurso de reposición no fue sustentado en el término legal previsto por lo cual no puede considerarse que está bien formulado, pues en una justicia rogada como la nuestra, la Administración no puede suplir al particular en la obligación que éste tiene de manifestar su querer.

Como la jurisprudencia de la Corporación ha reiterado que un recurso no sustentado en tiempo es un recurso ineficaz, y esto precisamente fue lo que ocurrió en el asunto *sub judice,* forzoso es concluír que en este caso, a pesar de no ser indispensable el agotamiento de la vía gubernativa ésta se intentó extemporáneamente por lo cual no podía el administrado esperar que se produjera el silencio administra-

tivo, pues este ocurre solamente cuando interpuestos *correctamente* el o los recursos pertinentes, en el plazo de un mes, la Administración no hace recaer ninguna decisión resolutiva sobre ellos, según el propio tenor literal del Decreto 2733 de 1959. En otros términos, la manifestación extemporánea del administrado no obliga al pronunciamiento de la Administración o ante la falta de este, hace nacer el fenómeno del silencio administrativo, de tanta trascendencia para efectos de determinar la caducidad de la acción.

No se podía, pues, argumentar que como la Administración no se pronunció dentro de los 30 días siguientes a la interposición del recurso, el administrado podía esperar indefinidamente la respuesta de la Administración, porque se repite, el recurso extemporáneo fue ineficaz, y por lo tanto el intento de agotamiento de la vía gubernativa no se completó y por ende no nació la expectativa del silencio administrativo como fenómeno jurídico consecuencial.

Sin embargo, la afirmación que acaba de hacerse sobre ineficacia del recurso, permite otra interpretación legal: Si el único recurso contra el Decreto 2727 era el de reposición y que dicho recurso no es obligatorio para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas (artículo 15 Decreto 2733 de 1959), *no era entonces necesario agotar la vía gubernativa.*

Si se acoge esta tesis, totalmente válida desde el punto de vista legal, se cae necesariamente en el punto relativo a la ejecutoria del Decreto impugnado a efectos de poder establecer el término de caducidad de la acción y, en este caso, habrá de concluirse que la acción de plena jurisdicción estaba caducada, en exceso, pues la demanda fue presentada el 10 de mayo de 1983, es decir a los dos años largos de la notificación y ejecución del acto impugnado.

Pero si lo anterior no fuera suficiente para denegar la admisión de la demanda, es lo cierto que en el caso de estudio existe cosa juzgada de conformidad con lo previsto en el artículo 332 del C. de P. C., sin que importe para el caso de estudio que no se trata de una sentencia sino de un auto, pues de todas maneras la declaratoria de caducidad de la acción impide que pueda volver a ventilarse otro proceso entre las mismas partes, sobre el mismo objeto y fundado en las mismas causales anteriores, como ocurre en el caso de examen y en el juicio número 5604, actor José Manuel Castro Polo, en el cual se demanda o enjuicia el mismo acto de que trata esta demanda. En esa ocasión, mediante providencia de treinta y uno de agosto de mil novecientos ochenta y uno, se declaró también caducada la acción con ponencia del H. Magistrado doctor Ignacio Reyes Posada, con razones parecidas a las expresadas en éste.

En mérito de las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en Sala Unitaria,

Resuelve:

NO SE ADMITE LA DEMANDA POR CADUCIDAD DE LA ACCION DE CONFORMIDAD CON LO EXPRESADO EN LA PARTE MOTIVA DE ESTA PROVIDENCIA.

Téngase como apoderado del demandante al doctor Pedro Claver Doaria, en los términos y para los efectos del poder visible a folio 1 del expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Radicado número 9220.

Aydée Anzola Linares.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

PERSONAL DOCENTE EN CARGOS ADMINISTRATIVOS. Asimilación, tiempo servido: ¿Cómo debe acreditarse?. Tiempo de servicio posterior, a la asimilación. ¿Cómo se acreditará? (Decreto Reglamentario 175 del 29 de enero de 1980. Artículo 2º). PROFESION DOCENTE. Definición. COMISIONES. En tal situación el educador no pierde su clasificación en el escalafón y tiene derecho a regresar al cargo docente, tan pronto renuncie o sea separado del desempeño de dichas funciones. SALARIO Y PRESTACIONES DEL DOCENTE COMISIONADO. NOMBRAMIENTO PARA UN CARGO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION: Consecuencias.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., septiembre ocho de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctor Alvaro Orejuela Gómez*)

Referencia: Resolución Nº 7324 Demandante: Vicente Miranda Melo.

Decretos del Gobierno.

El ciudadano Vicente Miranda Melo, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción *pública de nulidad* que consagra el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, ha solicitado de esta Corporación la declaratoria de nulidad del *artículo 2 del Decreto Reglamentario número* 175 *del* 29 *de enero de* 1980, *expedido por el Presidente de la* República y su Ministro de Educación Nacional.

La demanda contiene los EC, CS, las normas jurídicas que se consideran infringidas por el acto administrativo impugnando, así como los demás requisitos exigidos en las normas procesales, por lo cual habrá de admitirse.

Como el actor en silencio solicito la Suspensión Provisional y ello se decide dentro del mismo acto admisorio, esta Sala Unitaria procede a resolverla previas las siguientes

Consideraciones

Dice el demandante en el acápite de Suspensión Provisional que el artículo 2º del Decreto Reglamentario número 175 del 20 de enero de 1960, viola de manera abierta y ostensible los artículos 120 numeral 3º de la Constitucional Nacional; 66 del Código Contencioso Administrativo; 6º del Decreto 223 de 1972, 4º de la Ley 8ª de 1979; 2º y 86 del Decreto 2272 de 1979.

El artículo 2º del Decreto Reglamentario 175 del 29 de enero de 1966 acusado en este juicio, expresa textualmente: "Los docentes que en la actualidad estén desempeñando el cargo administrativo por nombramiento directo, para efectos de asimilación podrán acreditar el tiempo servido a partir de la última clasificación en el escalafón cuando las funciones desempeñadas se refieren a algunos de los siguientes aspectos docentes relacionados en el artículo 2º del Decreto 2272 de 1979: Programación, capacitación, consejería y orientación educativa, de educación especial y de alimentación de adultos.

"Para acreditar tiempo de servicio posterior a la asimilación deberá obtener la comisión de que el artículo 68 del Decreto 2277 de 1979. Si no lo obtienen, deberán regresar a la base docente o seguir desempeñando el cargo administrativo, pero el tiempo servido no se tendrá en cuenta para ascenso dentro del escalafón".

Mediante la Ley 6ª de 1979 el Congreso revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para entre otras materias, expedir las normas sobre Escalafón Nacional para el sector docente y derogar unas normas. El Ejecutivo Nacional, dentro del término legal hizo uso de las facultades otorgadas y expidió el Decreto 2277 del 11 de septiembre de 1979, conocido como Estatuto Docente.

"El artículo 2º del mencionado Decreto definió la profesión docente en los siguientes términos: Las personas que ejercen la profesión docente se denominarán genéricamente educadores. Se entiende por profesión docente el ejercicio de la enseñanza en planteles oficiales y no oficiales de educación en los distintos niveles de que trata este Decreto. Igualmente incluye esta definición a los docentes que ejercen funciones de dirección y coordinación de los planteles educativos, de supervisión escolar, de programación y capacitación educativa, de consejería y orientación de educandos, de educación especial, de alfabetización de adultos y demás actividades de educación formal autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional en los términos que determine el reglamento ejecutivo".

El artículo 66 que hace parte del Capítulo VII referente a las situaciones administrativas de los educadores, definió las comisiones en los siguientes términos: "El educador escalafonado en servicio activo, puede ser considerado en forma temporal para desempeñar por encargo otro empleo docente, para ejercer cargos de libre nombramiento y remoción, para adelantar estudios o participar en congresos, seminarios u otras actividades de carácter profesional o sindical. En tal situación el educador no pierde su clasificación en el escalafón y lleva derechos al regresar al cargo docente, tan pronto renuncie o sea separado del desempeño de dichas funciones. Si el comisionado fuere removido por una de las causales de mala conducta contempladas en el artículo 46 de este Decreto, se le aplicará el procedimiento disciplinario establecido en el Capítulo V.

El salario y las prestaciones sociales del docente comisionado serán los asignados al respectivo cargo.

El tiempo que dure la comisión será tenido en cuenta para efectos de ascenso en el escalafón.

Si el nombramiento para un cargo de libre nombramiento y remoción no se produce por comisión, sino en forma pura y simple el educador se considerará retirado del servicio activo docente".

De acuerdo con la anterior norma legal, el docente que sea comisionado para ejercer cargos administrativos, no pierde las garantías inherentes a su escalafón y, en consecuencia, el tiempo que dure la comisión se le debe tener en cuenta para efectos de ascensos: pero si el cargo administrativo, de libre nombramiento y remoción, lo e erce en forma pura y simple, es decir, sin que medie la comisión, el educador se considerará retirado de la docencia.

Del examen de estas normas, con el artículo del Decreto Demandado, no se ve, *prima facie,* la violación alegada por el accionante.

Tal como lo ha sostenido esta Corporación en innumerables providencias para que proceda la medida de la Suspensión Provisional, es necesario que se presente una violación flagrante, ostensible, o sea que se aprecie de la simple lectura y confrontación entre la norma enjuiciada y las disposiciones que se consideran infringidas. Mas esta transgresión, según los requisitos exigidos por el Código Contencioso Administrativo, no se presenta en el caso *sub lite* y, por tanto, habrá de denegarse la medida provisoria impetrada.

Como la demanda instaurada, reune los requisitos legales, habrá de admitirse.

Por lo expuesto, se

Resuelve:

Admítese la anterior demanda presentada por el doctor Vicente Miranda Melo en su propio nombre.

Notifíquese personalmente la admisión de la demanda al Fiscal de la Corporación y comuníquese al señor Ministro de Educación Nacional.

Fíjese el negocio en lista por el término de cinco (5) días, para los efectos del numeral tercero (3º) del artículo 126 del C.C.A.

Deniéguese la solicitud de Suspensión Provisional del artículo 2º del Decreto Reglamentario número 175 del 29 de enero de 1980, expedido por el Gobierno Nacional.

Cópiese y notifíquese.

Alvaro Orejuela Gómez.

Víctor M. Villaquirán., Secretario.

ACTO APROBATORIO Y ACTO APROBADO. DEMANDA. JUNTAS REGIONALES ADMINISTRADORAS DE DEPORTES. MANEJO DE LOS FONDOS PROVENIENTES DE IMPUESTOS. — Las Juntas Regionales Administradoras de Deportes son las que legalmente tienen derecho al manejo de los fondos provenientes de los impuestos creados por las Leyes 49 de 1967, 47 de 1968 y 30 de 1971. (Impuesto sobre entradas a espectáculos públicos. Impuesto sobre cajetillas de cigarrillos nacionales). Destinación y distribución. COLDEPORTES. Creación. Finalidad.

Declárase la nulidad de la frase "con el fin de administrar los fondos de origen nacional con destinación específica al fomento del deporte aficionado, la educación física y la recreación popular", que hace parte del artículo primero del Acuerdo Nº 000051 de 20 de junio de 1980, expedido por la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte. "Por el cual se establecen algunas modificaciones y la estructura orgánica del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte", en cuanto la administración comprenda recursos provenientes de las Leyes 49 de 1967, 47 de 1968 y 30 de 1971. En consecuencia, el mencionado artículo primero queda así: "Créanse las Direcciones Regionales de Deportes como dependencias del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte en cada uno de los Departamentos, Intendencias y Comisarías .....así como los recursos de carácter regional que las entidades territoriales aporten con tales objetivos".

Declárase la nulidad del literal a) del artículo segundo del Acuerdo Nº 000051 de 20 de junio de 1980, de la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte, que dice: "Administrar en cada entidad territorial las rentas creadas por las Leyes 49 de 1967, 47 de 1968 y 30 de 1971, con la destinación específica en ellas previstas, y aquellos otros recursos que reciban por distintos conceptos".

Declárase la nulidad del artículo décimo del Acuerdo Nº 000051 de 20 de junio de 1980, de la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte, en cuanto dispone de los recursos a que se refieren las Leyes 47 de 1968 y 30 de 1971.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera.— Bogotá, D. E., diciembre primero de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctor Mario Enrique Pérez*).

Referencia: Expediente Nº 3430. Actor: Ismael Quintero.

En ejercicio de la acción establecida en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, el ciudadano y abogado Ismael Quintero

solicitó ante esta Corporación la nulidad total de los siguientes actos administrativos:

1. El Decreto 1566 de 25 de junio de 1980, del Presidente de la República, por el cual fue aprobado el Acuerdo 000050 del 20 de los mismos mes y año, emanado de la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte —Coldeportes—, reformatorio de los Estatutos de ese Instituto, que estaban contenidos en el Acuerdo 001 de 1969 de dicha Junta y que a su vez había sido aprobado por el Decreto 148 del mismo año, dictado por el Gobierno Nacional.

No obstante que el Acuerdo 000050, expedido y aprobado como ya se dijo, no ha sido demandado específicamente, pues únicamente se ha cuestionado el Decreto que le impartió aprobación, en aras de la claridad se da una información general sobre su contenido. Dicho acuerdo afirmó que el Instituto es un establecimiento público adscrito al Ministerio de Educación Nacional, dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, "que se reorganiza conforme a las disposiciones establecidas en los Decretos 2743, 1050 y 3130 de 1968" (artículo 1º); dispuso que para garantizar la política de descentralización administrativa los distintos servicios del Instituto podrán prestarse a través de dependencias regionales que tendrán para su gobierno un Consejo y un Director (artículo 2º), y adicionó la reglamentación anterior en el sentido de que el Instituto deberá también "Ejercer el control y vigilancia de la inversión del producto del gravamen decretado en la Ley 30 de 1971 en el orden administrativo, tecnico, financiero, presupuestal y contable" (artículo 3º).

2. El Acuerdo 000051 de 20 de junio de 1980, de la Junta Directiva del Instituto en mención, que modificó su estructura orgánica y por cuyo artículo 1º se crearon las Direcciones Regionales de Deportes como dependencias del mismo en los Departamentos, Intendencias y Comisarías, "con el fín de administrar los fondos de orígen nacional con destinación específica al fomento del deporte aficionado, la educación física y la recreación popular, así como los recursos de carácter regional que las entidades territoriales aporten con tales objetivos". Además, el Acuerdo les fijó funciones a las Direcciones Regionales, como las de administrar en cada entidad territorial "las rentas creadas por las Leyes 49 de 1967, 47 de 1968 y 30 de 1971, con las destinaciones específicas en ellas previstas", y los recursos que reciban por distintos conceptos, lo mismo que administrar los bienes y auxilios que a cualquier título se hayan adquirido con esos dineros, y los equipos, instalaciones y programas deportivos "que les encomienden las entidades territoriales y otras de derecho público o de utilidad común".

De otra parte, el acuerdo creó un Consejo y un Director para cada Dirección Regional; señaló la forma como debían ser integrados los Consejos; les asignó funciones a éstos y al Director; estableció algunos procedimientos para las reuniones de los Consejos y determinó que, de acuerdo con las Leyes 47 de 1968 y 30 de 1971 los recursos de las Direcciones Regionales sólo podrán invertirse en el pago del personal administrativo que se determine en la planta y de servicios de especialistas en deporte; en la adquisición de equipos e implementos para la preparación de deportistas aficionados; y en la construcción, adecuación y mantenimiento de instalaciones deportivas.

Entre los considerandos de la resolución en referencia figuran los que se transcriben a continuación:

"Que las Leyes 47 de 1968 y 30 de 1971, crearon unos gravámenes nacionales con destino exclusivo al fomento del deporte en los Departamentos, Intendencias, Comisarías y el Distrito Especial de Bogotá y dispusieron su inversión en dichas entidades en la proporción correspondiente al recaudo que en cada una de ellas se efectuare:

"Ni las Leyes 1ª y 49 de 1967, ni la 47 de 1968, facultan a las Asambleas Departamentales o a los Concejos Municipales para establecer el impuesto de que se trata, ni les hizo sesión alguna del mismo; solamente ordena a (sic) esta última ley que el producto se distribuya entre las entidades enunciadas en proporción al recaudo que en cada una de ellas se haga.

"El impuesto fue creado por un acto discrecional del Congreso, con carácter nacional, sin ceder la propiedad del mismo.

"Los Departamentos, el Distrito Especial y los Municipios no han adquirido ningún derecho sobre tal impuesto y, por consiguiente, el mismo no puede ser incluido entre los bienes y rentas de las referidas secciones".

2. *La demanda*

Los hechos. Los fundamentos fácticos los hace consistir el actor en la expedición de las siguientes normas:

a) La Ley 47 de 1968, cuyo artículo 8º facultó al Gobierno Nacional para crear en el Distrito Especial y en las capitales de los Departamentos y Comisarías las Juntas Administradoras de los fondos provenientes del impuesto nacional a los espectáculos públicos, establecido por los artículos 1º de la Ley 1ª de 1967 y 5º de la Ley 49 de 1967;

b) El Decreto Reglamentario 893 de 1969, que por el artículo 3º creó las Juntas Administradoras de Deportes, en coordinación con el Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte;

c) El Decreto Ley 2343 de 1970, expedido en ejercicio de la facultad conferida por la Ley 47 de 1968, que modificó íntegramente el Decreto 893 de 1969;

d) El Decreto 2650 de 1977, que organizó las Juntas Administradoras de Deportes, derogó el Decreto 2343 de 1970 y que fue anulado por el Consejo de Estado, por lo cual el anterior Decreto recobró vigencia;

e) El Decreto Ley 2743 de 1968, que creó el Consejo Nacional y el Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte, que por el artículo 13 —numeral 3— le señaló a la Junta Directiva del Instituto la función de adoptar y reformar los estatutos de éste y someterlos a la aprobación del Gobierno,

f) El Acuerdo 001 de 1969, de la citada Junta Directiva, sobre estatutos de Coldeportes, aprobado por el Decreto 148 de 1969, el cual fue

modificado por el Acuerdo 000050 de 20 de junio de 1980 que, como ya se vio, recibió aprobación por el Decreto 1566 de 1980, acusado, y

g) Finalmente, el Acuerdo 000051 de la misma fecha, demandado, el cual se resumió atrás.

Normas violadas y conceptos de la infracción. El actor cita como violados los artículos 76 ordinales 9º, 10 y 12, 120, 132 y 183 de la Constitución Nacional, 2, 3 y 8º de la Ley 47 de 1968; 2, 3 y 4 de la Ley 30 de 1971; 5 a 15 y 19 del Decreto Ley 2743 de 1968; 1 a 15 y 19 del Decreto 2343 de 1970; 1 y 5 del Decreto Ley 1050 de 1968; 8, 9, 20 y 21 del Decreto 1950 de 1973; 1, 12 y 29 del Decreto Ley 1042 de 1978, y los Decretos 294 de 1973 y 148 de 1969, sin especificar qué disposiciones de los dos últimos decretos estima transgredidas.

Es bueno observar aquí que aunque al enunciar el actor las disposiciones legales no precisó —en cuanto a las leyes, decretos leyes y otros decretos— los artículos que en particular estima vulnerados, al dar el concepto de la violación sí los determina, siendo los mismos que, en cada caso, se relacionan en el párrafo anterior, con la excepción allí anotada.

En términos generales, el concepto de la violación lo hace consistir en que por medio del Acuerdo 000051 al Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte reemplazó, sin tener atribuciones para ello, a las "Juntas Administradoras", creadas en desarrollo de la Ley 47 de 1968, por las "Direcciones Regionales", como dependencias del mismo en todo el país y con facultad para administrar en cada entidad territorial las rentas creadas por las leyes 49 de 1967, 47 de 1968 y 30 de 1971, lo propio que los bienes y auxilios recibidos a cualquier título, usurpando asi funciones exclusivas de las Juntas Administradoras.

A continuación se compendian los principales cargos formulados contra los actos materia de impugnación:

a) Sobre la transgresión del artículo 183 de la Constitución, la demanda trae el siguiente resumen:

"En síntesis, la violación consiste en que por Acuerdo 000051, Coldeportes se arrogó las funciones, el patrimonio, la capacidad, la decisión, la autonomía de las Juntas Administradoras de Deportes, que son *de creación legal,* repito, y asumió la disposición no ya del 30% sino del 100% de los recursos obtenidos a través de los citados impuestos. Igualmente, *el Instituto centralizó la administración* de los "bienes y auxilios, los equipos, instalaciones y programas deportivos", que pertenecen a las veintinueve (29) Juntas Administradoras de Deportes. Tomo así Coldeportes para sí nuevos ingresos, nuevas funciones, un patrimonio adicional, e incluso *bienes que pertenecen a las Entidades Territoriales y que deben ser, por ley, administrados por las Juntas Administradoras de Deportes.*

"El Acuerdo Nº 000051, tiene su precedente necesario en el Acuerdo 000050. Los dos (2) Acuerdos guardan una relación numérica y cronológica, una identidad absoluta en los considerandos, una correlación y dependencia en lo preceptuado, una evidente unidad de propósito. Uno y otro obedecen a la misma intención y regulan la misma materia.

".....".

"El vicio de los Acuerdos 000050 y 000051 y del Decreto 1566 radica en que, sin facultades legales, adoptan para los Estatutos de Coldeportes las disposiciones, atribuciones, patrimonio, organismos, propios de las 'Juntas Administradoras de Deportes'. La única diferencia existente, que se refleja en el ejercicio de funciones, es aquella que se desprende de tener personería jurídica las 'Juntas Administradoras de Deportes' y carecer de ella las 'Direcciones Regionales de Deportes'. Basta con leerse detenidamente el Acuerdo número 000051 de 1980, junio 20; el Decreto 1566 de 1980, junio 25; y, el Decreto Ley 2343 de 1970, para concluír que la copia de sus preceptos sirvió de vehículo para trasladar bienes, rentas, funciones, de las veintinueve (29) Juntas Administradoras de Deportes de las Entidades Territoriales respectivas, a Coldeportes, instituto de carácter Nacional, que se las apropió en desconocimiento de la Constitución artículo 183". (Aparece destacado en el texto).

b) La violación de los ordinales 9º, 10 y 12 del artículo 76 de la Carta se presenta en la demanda, así:

"*El Acuerdo Nº* 000051 *y el Decreto* 1566, *crearon las Direcciones Regionales de Deportes* para "administrar... las rentas creadas por las Leyes 49 de 1967, 47 de 1968 y 30 de 1971...". O sea, que tomaron para Coldeportes las funciones que leyes anteriores y vigentes atribuyeron a las "Juntas Administradoras de Deportes", las cuales pertenecen a la estructura de la administración por voluntad del Legislador. (Artículos 1º y 5º del Decreto Ley 1050 de 1968; artículo 8º de la Ley 47 de 1968; artículo 1º del Decreto Ley 2343 de 1970). (Se destaca en el texto).

c) En cuanto al artículo 132 *ibídem* se expresa que su violación consiste en que al ser creadas por el Acuerdo 000051 y el Decreto 1566 las Direcciones Regionales de Deportes se cambió la nomenclatura de las Juntas Administradoras de Deportes y en que, además, las integraron a Coldeportes, el cual las absorbió bajo otra nomenclatura.

d) La trangresión del Decreto Ley 2743 de 1968 se radica en que habiendo sido creado Coldeportes por medio de él como Instituto adscrito al Ministerio de Educación y asignado funciones, señalada su estructura administrativa, fijado su patrimonio y establecido a qué entidades sustituye, sin citar a las Juntas Administradoras de Deportes ni disponer nada sobre las mismas, mal podían Coldeportes y el Gobierno Nacional emitir y aprobar Acuerdos que decidieran sobre dichas Juntas.

e) La infracción de los artículos 2º, 3º y 8º de la Ley 47 se presenta por ser éstos los que crean el gravamen y las Juntas Administradoras de estos fondos, las que ceden su producto a las Entidades Territoriales y las que señalan la destinación de los mismos.

f) El quebranto del Decreto Ley 2343 de 1970 se debe a que por los artículos indicados al respecto se desarrollan las facultades conferidas por la Ley 47 de 1968 y se hacen precisiones sobre la naturaleza jurídica, las principales funciones, la fijación de su patrimonio, etc. de las Juntas Administradoras de Deportes.

g) La violación de los artículos 2º y 4º de la Ley 30 de 1971 surge en razón de lo que la misma dispuso, como establecer un impuesto adicional, ceder su producido a las Entidades Territoriales, señalar su destinación especial y determinar la proporción de su distribución (70% para las Juntas Administradoras de Deportes y el 30% para que lo administre Coldeportes).

h) La infracción de los artículos 1º y 5º del Decreto Ley 1050 de 1968 radica en que si bien el artículo 8º de la Ley 47 de 1968 autorizó la creación de las Juntas Administradoras, en cambio el Decreto y el Acuerdo demandados fusionaron a Coldeportes con 29 Juntas sin la previa autorización legal (ordinal 9º del artículo 76 de la C.N.).

i) El quebranto de los artículos 8º, 9º y 20 del Decreto 1950 de 1973 proviene de que por medio de los actos enjuiciados el Gobierno Nacional y Coldeportes se arrogaron las facultades de hacer la "reestructuración orgánica" y reformar la planta de personal, así: el Decreto 1566, al aprobar el artículo 2º de los estatutos de Coldeportes, conforme el cual "los distintos servicios del Instituto podrán prestarse a través de dependencias regionales que tendrán para su gobierno un Consejo y un Director". Y el acuerdo, al crear las Direcciones Regionales de Deportes como dependencias de Coldeportes en los Departamentos, Intendencias y Comisarías con el fín de administrar los fondos tantas veces mencionados. En este sentido se agrega que esas atribuciones competen al Departamento Administrativo de Servicio Civil.

3. *El proceso*

1. La suspensión provisional solicitada por el actor fue decretada por el Consejero Sustanciador. Mas la Sala de Decisión, al resolver el recurso de súplica que contra la medida cautelar interpuso el doctor Carlos Castellanos Pulido en nombre del Ministerio de Educación Nacional y en el suyo propio, la revocó, por considerar que en el caso de que los quebrantos aducidos "fueran efectivos, ellos serían indirectos, y por lo mismo no son suficientes para fundamentar en ellos una medida de suspensión provisional" y, además, por estimar que no se había hecho la precisión de qué artículos en particular de los estatutos al efecto citado se habían violado.

2. El señor Fiscal Primero del Consejo de Estado solicitó la nulidad de la actuación porque, según él el poder anexado por el apoderado del Ministerio de Educación era inadecuado, por lo cual no estaba legitimado en la causa. Esta petición fue desestimada por el Consejero conductor del proceso y la negativa fue confirmada al ser decidido el recurso de súplica que en su contra se interpuso.

3. Como coadyuvante de la acción fue reconocido el doctor Héctor Restrepo Zuleta.

4. Las partes no solicitaron la práctica de pruebas ni presentaron alegatos de conclusión.

4. *La Vista Fiscal*

El señor Agente del Ministerio Público reprodujo como fundamento de su concepto de fondo la providencia que decretó inicialmente la

suspensión provisional de los actos impugnados, no obstante la circunstancia de haber sido desatendida por la Sala de Decisión. Por tanto, está de acuerdo en que se declare la nulidad de tales actos.

5. *Consideraciones de la Sala*

Las pretensiones de la demanda con la cual se inició esta acción persiguen la nulidad del Decreto Nº 1566 de 1980, emanando del Presidente de la República, aprobatoria del Acuerdo Nº 000050 del mismo año, de la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte, reformatorio de los Estatutos de éste, así como también la nulidad del Acuerdo Nº 000051 de 1980, originario de la citada Junta Directiva, por el cual se modificó la estructura orgánica del Instituto y se dictaron otras disposiciones. Por tanto, corresponde examinar de manera separada la impugnación formulada contra cada uno de estos actos.

1. *La acusación del Decreto* 1566 *de* 1980

El actor ataca de manera independiente el Decreto aprobatorio del Acuerdo 000050 y se abstiene de acusar el acto aprobado, lo cual constituye una grave omisión que incide directamente en el análisis del cuestionamiento del decreto.

En efecto, lo técnico y acertado era demandar tanto el acto aprobado —el Acuerdo— como el aprobatorio —el decreto—, pues los dos conforman la unidad jurídica completa.

El artículo 13 del Decreto Ley 2743 de 1968 señala entre las funciones de la Junta Directiva de Coldeportes la de "Adoptar y reformar los Estatutos del Instituto y someterlos a la aprobación del Gobierno". Siendo esto así, el Decreto y el acuerdo en comento integran un acto complejo, en atención a que ha requerido la intervención de dos órganos administrativos diferentes, vale decir que se ha necesitado la manifestación de voluntad de dos entes. Esto es más evidente si se repara en que una disposición legal ordena expresamente que los Estatutos que adopte y reforme dicha Junta Directiva requieren la aprobación del Gobierno, en este caso del Presidente de la República.

Sobre las características de acto complejo del Decreto en referencia basta al respecto reproducir lo que sobre el particular dice Enrique Sayagüés Laso en su Tratado de Derecho Administrativo —Edición Montevideo 1963, p. 395: "Así, discútese si los actos sujetos a aprobación de otro órgano son actos complejos o actos simples sujetos a una condición suspensiva de eficacia. La primera opinión parece más exacta, porque el acto y la aprobación forman conjuntamente la voluntad administrativa final",

Entonces, al estar afectada de la irregularidad anotada la petición referente a la nulidad del Decreto 1566 de 1980, aprobatorio del Acuerdo 000050, tiene cabida frente a tal pretensión el fenómeno de la falta de demanda en forma, circunstancia que trae la consecuencia de que no pueda recaer pronunciamiento de fondo sobre dicha pretensión en particular sino una decisión inhibitoria. Ciertamente, ésta se impone por estar la Sala frente a una petición de modo indebido, lo cual con-

figura una excepción de fondo, que al tenor del artículo 111 del C.C. A. debe decidirse en la sentencia defintiva y puede ser declarada sin instancia de parte, tal como se hará en esta providencia.

Independientemente de lo anterior se agrega que mal podría pronunciarse la Sala sobre el acuerdo aprobado, no estando acusado, porque ello equivaldría a una resolución *extra petita*, que donde menos cabe es en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de la que tradicionalmente ha hecho la jurisprudencia que es rogada y no oficiosa.

2. *La acusación del Acuerdo Nº* 000051 *de* 1980

La controversia sobre este acuerdo se ha planteado por estimar especialmente que él desconoce las normas superiores de derecho que establecieron que las Juntas Regionales Administradoras de Deportes podían manejar los fondos provenientes de los impuestos instituidos por las Leyes 47 de 1968 y 30 de 1971 para el fomento del deporte, y que creó otras entidades en su reemplazo, a las cuales les asignó esa función, hasta que finalmente Coldeportes se arrogó el citado derecho.

Los cargos contra el Acuerdo 000051 están presentados por el actor de diferentes maneras y su examen reclama el estudio de las normas pertinentes, así:

Los impuestos creados y su manejo

Los tributos son los siguientes:

a) El recargo del 10% sobre el valor de cada boleta de entrada a los espectáculos públicos, con destino a los VI Juegos Panamericanos y a la preparación de los deportistas, establecido por el artículo 5º de la Ley 49 de 1967.

Este impuesto se hizo extensivo a todo el territorio nacional para el fomento del deporte en general, por el artículo 4º de la Ley 47 de 1968 y se hizo permanente, con posterioridad al 31 de diciembre de 1972, por mandato del artículo 9º de la Ley 30 de 1971, para ser destinado y administrado en la forma establecida por los artículos 2º y 3º de la Ley 47 de 1968.

b) El impuesto adicional del 10% sobre los cigarrillos nacionales, establecido por el artículo 2º de la Ley 30 de 1971.

La administración del impuesto creado por la Ley 47 de 1968 le fue asignada expresamente a las Juntas Administradoras de Deportes por el artículo 3º del Decreto 893 de 1969, reglamentario de la citada ley y creador de dichas Juntas, y por el artículo 3º del Decreto 2743 de 1970 se definió la naturaleza jurídica de éstas.

La base de la liquidación de este impuesto y la forma de su recaudación fue fijada por el Decreto 021 de 1972, reglamentario de la Ley 30 de 1971.

La administración del impuesto adicional de la Ley 30 de 1971 le fue cedida expresamente a las mismas Juntas por el artículo 4º de esta ley, con la siguiente especificación: "Estas Juntas aplicarán a la

realización de sus objetivos el 70% de los recaudos así obtenidos, y girarán mensualmente el 30% restantes al Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte, Coldeportes, para que esta entidad auxilie a su vez a las regiones de menores ingresos y pueda desarrollar más amplia y armónicamente sus programas".

Del recuento anterior resulta incuestionable que las Juntas Regionales Administradoras de Deportes son las que legalmente tienen derecho al manejo de los fondos provenientes de los impuestos creados por las Leyes 49 de 1967, 47 de 1968 y 30 de 1971, con las siguientes destinación y distribución:

El impuesto sobre las entradas a espectáculos públicos (artículo 4º, Ley 47 de 1968) se debe dedicar "exclusivamente al fomento del deporte, a la preparación de los deportistas, a la construcción de las instalaciones deportivas y a la adquisición de equipos e implementos".

El impuesto sobre cajetillas de cigarrillos nacionales, creado por el artículo 2º de la Ley 30 de 1971, debe distribuirse así: el 30% será girado a Coldeportes y el 70% se aplicará a la realización de los objetivos de las mencionadas Juntas.

Por tanto, el Acuerdo 000051 de 20 de junio de 1980, de la Junta Directiva de Coldeportes, resulta violatorio de las normas citadas cuando en su artículo 2º dispone que la administración de tales fondos corresponde a las llamadas Direcciones Regionales de Deportes, creadas por el artículo 1º del mismo Acuerdo, pues solamente una nueva ley puede quitarle a las Juntas Regionales Administradoras de Deportes la aludida función, sea para dársela a otro organismo regional que se llegase a crear o, a escala nacional, a Coldeportes.

Concretamente la violación comentada se produce porque las normas citadas señalan expresamente que el manejo de esos fondos corresponde únicamente a las Juntas Regionales Administradoras de Deportes, tal como se ha explicado en los párrafos precedentes.

En cambio no sucede los mismo por el simple hecho de que Coldeportes haya creado nuevas entidades regionales, aspecto este que pasa a explicarse.

El Instituto en cuestión fue creado por el artículo 7º del Decreto Extraordinario 2743 de 1968, que dispuso:

"*Artículo Séptimo.* Créase el Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte (COLDEPORTES), como establecimiento público que se regirá por las normas del Decreto Nº 1050 de 1968. Este Instituto estará adscrito al Ministerio de Educación Nacional, su domicilio será la ciudad de Bogotá y podrá establecer dependencias en otros Municipios del país".

Como fácilmente se puede apreciar, el Decreto con fuerza de ley que creó a Coldeportes lo autorizó para establecer "dependencias en otros Municipios", autorización que puede equipararse a la creación de entidades o dependencias regionales, pues todo parece indicar que al utilizar la anterior disposición la expresión "otros municipios" no tuvo la intención de circunscribir las dependencias exclusivamente a un determinado marco distrital sino, por el contrario, abarcar un mu-

nicipio o varios entes municipales o una región, en la acepción de este vocablo. Ciertamente, el propósito de la norma es el de extender el radio de acción del Instituto mediante la descentralización de sus órganos y, consecuencialmente, de sus servicios.

De lo expuesto se deduce que el Acuerdo 000051 de 1980, al darles a las Direcciones Regionales de Deportes que él creó la función de administrar las rentas establecidas por las Leyes 49 de 1967, 47 de 1968 y 30 de 1971, función asignada por las mismas a las Juntas Regionales Administradoras de Deportes, incurrió en la violación de las anteriores normas superiores de derecho.

En este orden de ideas, corresponde declarar la nulidad de la frase "con el fin de administrar los fondos de origen nacional con destinación específica al fomento del deporte aficionado, la educación física y la recreación popular", en cuanto dicha administración comprenda recursos provenientes de las anteriores leyes.

De igual manera, procede decretar la nulidad del literal a) del artículo 2º de dicho acuerdo, por señalarles específicamente a las Direcciones Regionales de Deportes la administración de las rentas en referencia. Finalmente, es del caso anular el artículo 10 del acuerdo en cuestión, en cuanto dispone de los recursos de que tratan las Leyes 47 de 1968 y 30 de 1971.

El análisis que precede coincide, en gran parte, con los planteamientos jurídicos del demandante, en lo pertinente al Acuerdo 000051.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público y de acuerdo con él,

Falla:

Primero. Se declara probada la excepción de petición de modo indebido en relación con la nulidad del Decreto Nº 1566 de 25 de junio de 1980, expedido por el señor Presidente de la República y por el cual fue aprobado el Acuerdo Nº 000050 de 20 junio de 1980, de la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte y, en consecuencia, no se hace pronunciamiento de mérito sobre dicho Decreto.

Segundo. Declárase la nulidad de la frase "con el fin de administrar los fondos de origen nacional con destinación específica al fomento del deporte aficionado, la educación física y la recreación popular", que hace parte del artículo primero del Acuerdo Nº 000051 de 20 de junio de 1980, expedido por la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte, "por el cual se establecen algunas modificaciones a la estructura orgánica del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte", en cuanto la administración comprenda recursos provenientes de las Leyes 49 de 1967, 47 de 1968 y 30 de 1971. En consecuencia, el mencionado artículo primero queda así: "Créanse las Direcciones Regionales de Deportes como dependencias del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte en cada uno de los Departa-

mentos, Intendencias y Comisarías... así como los recursos de carácter regional que las entidades territoriales aporten con tales objetivos".

Tercero. Declárase la nulidad del literal a) del artículo segundo del Acuerdo Nº 000051 de 20 de junio de 1980, de la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte, que dice: "Administrar en cada entidad territorial las rentas creadas por las leyes 49 de 1967, 47 de 1968 y 30 de 1971, con la destinación específica en ellas previstas, y aquellos otros recursos que reciban por distintos conceptos".

Cuarto. Declárase la nulidad del artículo décimo del Acuerdo Nº 000051 de 20 de junio de 1980, de la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte, en cuanto dispone de los recursos a que se refieren las Leyes 47 de 1968 y 30 de 1971.

Quinto. Niéganse las demás peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

El Consejero ponente deja constancia de que la anterior providencia fue discutida por la Sala en sus sesiones de los días 28 de enero, 4 y 9 de febrero y 25 y 29 de noviembre, cuando sometió la ponencia a la consideración de ella, y que fue aprobada en la última sesión, y además, que en la misma colaboró el doctor Carlos Urán, en su carácter de Abogado Asistente de la Corporación.

Los consejeros,

Samuel Buitrago Hurtado, Mario Enrique Pérez Velasco, Jacobo Pérez Escobar, Roberto Suárez Franco.

Lorenzo Rojas Surmay., Secretario.

CAPITULO SEGUNDO

SUSPENSION PROVISIONAL DE DECRETOS DEL GOBIERNO

MEDIOS DE COMUNICACION. POLITICA EN COMUNICACIONES. — (Suspensión provisional). La facultad reglamentaria no puede ir hasta el punto de exceder la norma que se pretende reglamentar. ESPECIFICACION EN CORREO. POTESTAD REGLAMENTARIA, SOBRES OFICIALES.
Suspensión provisional del Decreto número 0665 *expedido por el señor Presidente de la República y su Ministro de Comunicaciones el* 8 *de marzo de* 1983 *"por el cual se adopta el sobre oficial de correo colombiano y se dictan otras normas.*

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., septiembre veintiséis de mil novecientos ochenta y tres.

Referencia: Expediente Nº 4461. Decretos del Gobierno. Actor: Héctor Carlos Gallego Osorio.

El doctor Héctor Carlos Gallego Osorio obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 66 de la Ley 167 de 1941, solicita a esta Corporación se declare la nulidad del Decreto Reglamentario 0665 de marzo 8 de 1983, expedido por el Gobierno Nacional, o en subsidio los artículos 1º, 2º, 3º, 5º, 6º y 7º del mismo Decreto.

Como la demanda satisface las exigencias de ley para su admisibilidad será admitida. Y dado que en ella se solicita de modo expreso la suspensión provisional del acto acusado, se procede a decidir acerca de tal petición al tenor de lo dispuesto en el artículo 94 del C.C.A.

Consideraciones

En desarrollo de facultades extraordinarias que en materia administrativa le confirió el Congreso al Gobierno Nacional por medio de la Ley 28 de 1974, el señor Presidente de la República expidió el 26 de enero de 1976 el Decreto Nº 129, "Por el cual se reorganiza el Ministerio de Comunicaciones". En el artículo 2º de dicho Decreto se dijo:

"Además de las que en forma general señala a los Ministerios el Decreto 1050 de 1968 en su artículo 3º, el Ministerio de Comunicaciones tendrá las siguientes funciones especiales:

"a) De acuerdo con el Presidente de la República, adoptar la política de comunicaciones del país, especialmente en materia postal, de telefonía, de telegrafía, radiodifusión, de televisión, de publicidad, de cinematografía y, en general, de todos aquellos servicios relativos a la tramitación de mensajes hablados, audiovisuales o postales entre distintas personas, en concordancia con la política general de desarrollo;

"b) .....".

En ejercicio de sus facultades legales y en especial de las que le confiere la norma antes transcrita, el señor Presidente de la República y su Ministro de Comunicaciones expidieron el 8 de marzo del año en curso, el Decreto Nº 0665, "Por el cual se adopta el sobre oficial de correo colombiano y se dictan otras normas". Dicho Decreto que es el acto acusado, está concebido así en su parte resolutiva:

"Artículo 1º Adoptar como distintivo nacional para el sobre de correo colombiano, las enseñas patrias del mapa y la bandera colombiana, así como las dimensiones y especificaciones que a continuación se detallan:

"a). Dimensiones de los sobres para carta:

"Mínimas. De 90 x 140 milímetros y una tolerancia de 2 milímetros.

"Máximas. De 120 x 235 milímetros y una tolerancia de 3 milímetros.

"b. Los sobres de dimensiones mínimas de que trata el inciso a), llevarán la bandera colombiana constituida por una franja vertical de 60 milímetros de largo, ubicada a 8 milímetros del borde lateral izquierda en forma paralela, que tendrá 10 milímetros de ancho, de los cuales, 5 estarán comprendidos por el color amarillo y los otros 5 en partes iguales para los colores azul y rojo.

"Sobre la franja estará colocado el mapa de la República de Colombia, cuyo tamaño será de 13 milímetros de largo por 9 milímetros de ancho.

"c). Los sobres de dimensiones máximas llevarán bandera colombiana constituida por una franja vertical de 90 milímetros de largo, de idénticas especificaciones a las señaladas en el inciso precedente.

"Artículo 2º. Distribución del anverso de los sobres:

"a). Debe reservarse por lo menos la mitad derecha del anverso del sobre para consignar la dirección del destinatario y el Código de Encadenamiento Postal.

"b). El ángulo superior izquierdo será reservado para ubicar la dirección del remitente, el Código Postal y la ciudad de origen, también podrá escribirse en el reverso del sobre.

"c). El ángulo superior derecho se reservará indefectiblemente para la ubicación de las impresiones de franqueo.

"d). El ángulo izquierdo está destinado para ser usado para las indicaciones o etiquetas del servicio.

"Artículo 3º Los sobres autoadhesivos o los denominados sobres flex, además de las especificaciones individuales para los sobres convencionales de que tratan los artículos precedentes, deberán cumplir las siguientes especificaciones:

"a) Ser confeccionados en un papel de 90 gramos, metro cuadrado para los formatos enmarcados dentro de las dimensiones mínimas.

"b) Para los formatos de carta amparados dentro de las dimensiones máximas, deberán confeccionarse en un papel de 110 gramos metro cuadrado.

"Artículo 4º Las entidades oficiales del orden nacional, departamental y municipal tendrán la obligación de encausar con su ejemplo el cumplimiento del presente Decreto, y en tal virtud la 'Imprenta Nacional' y las imprentas departamentales, fabricarán los sobres de acuerdo con la presente reglamentación.

"Artículo 5º La correspondencia epistolar que circule vía postal en el ámbito interno e internacional, deberá llevar las insignias en el sobre de que trata el presente Decreto.

"Artículo 6º A continuación se ilustran los sobres más usuales dentro de la normalización de que trata el artículo primero:

"a) Sobres de dimensiones mínimas.

"b) Sobres de dimensiones máximas.

"c) Sobres de dimensiones intermedias.

"Artículo 7º Corresponde a la Administración Postal Nacional la vigilancia y control de las normas contenidas en el presente Decreto y para tal efecto suministrará los modelos de los sobres y prestará la asistencia técnica requerida.

"Artículo 8º. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su expedición".

La demanda considera como única disposición violada por el acto anterior, el artículo 2º literal a) del Decreto Ley 129 de 1976, atrás transcrito, pues en su concepto al pretender el Gobierno so pretexto de reglamentar el Decreto Ley 129 de 1976, hacer obligatorio para todos los habitantes del territorio nacional el uso de las enseñas patrias del mapa y la bandera, así como las dimensiones y especificaciones de los sobres, en toda la correspondencia epistolar que circule vía postal en el ámbito interno e internacional, está desconociendo ostensiblemente la norma en mención, siendo así que la facultad reglamentaria no puede ir hasta el punto de exceder la norma que se pretende reglamentar. Existe además, dice, una clarísima extralimitación de funciones del Ejecutivo al pretender mediante el acto acusado establecer limitaciones a las libertades públicas, como la consagrada en el inciso final del artículo 38 de la Constitución Nacional.

El ordinal 3º del artículo 128 de la Constitución Nacional confiere al señor Presidente de la República como suprema autoridad administrativa la potestad reglamentaria, que debe ejercer conjuntamente con el Ministro o Jefe de Departamento Administrativo correspondiente según el inciso segundo del artículo 57 de la misma. Al desarrollar ese precepto, cuando se trate de reglamentar una norma legal determinada, el Gobierno no puede rebasar ni la letra, ni la intención, ni la materia que está intrínseca en el precepto mismo que se reglamenta.

Por manera que todo exceso en la potestad reglamentaria entraña ciertamente un abuso de poder, por lo mismo que el reglamento no puede sobrepasar, ni limitar, ni mucho menos modificar en modo al-

guno, la norma reglamentada. Ese ha sido el criterio reiterado del Consejo de Estado sobre el particular, que ha considerado que, "la función del reglamento es hacer eficaz, activa, plenamente operante la norma superior de derecho, pero nada más que eso. De ahí que introducir so pretexto de reglamentar normas nuevas, preceptos que no se desprenden conforme a la naturaleza de las cosas, de las disposiciones legales, reglas que impongan obligaciones y prohibiciones a los ciudadanos, más allá del contenido intrínseco de la ley implica un acto exorbitante, una extralimitación de funciones que constituye una clara violación de la voluntad legislativa".

En el caso presente, según el ordinal a) del artículo 2º del Decreto Ley 129 de 1976, que es la norma que se dice reglamenta el Decreto impugnado, el Gobierno debió limitarse a trazar de modo esquemático y general los rasgos fundamentales de la política a seguir en materia de comunicaciones, especialmente en materia postal, de telefonía, de radiofusión, de televisión, de publicidad, de cinematografía y, en general, de todos aquellos servicios relativos a la transmisión de mensajes hablados, audiovisuales o postales entre distintas personas, en concordancia con la política general de desarrollo, tal como lo determina el referido artículo 2º del Decreto Ley 129 de 1976.

Al expedir el Decreto Reglamentario Nº 0665 de 1983 demandado, el Gobierno indudablemente que fue más alla de la facultad que le resultó del ordenamiento contenido en el literal a) del artículo 2º del Decreto Ley 129 de 1976 y entró ciertamente a estatuír una serie de normas y de procedimientos nuevos, muy distintos a la verdadera adopción de una política de comunicaciones, que es lo que está previsto en la norma reglamentada, y lo que debe desarrollarse para facilitar no solamente su inteligencia, sino su cumplida operancia en la práctica, a tal conclusión se llega con la simple confrontación del acto impugnado con el Decreto Ley 129 de 1976, que permite establecer en forma manifiesta y clara la violación que se le atribuye.

Por manera que frente a un simple planteamiento de evidente contradicción de dos normas, como ocurre en el caso de autos, una de ellas de carácter superior como es el Decreto Ley 129 de 1976, sólo es procedente el análisis somero como el que aquí se ha hecho, que patentiza el quebrantamiento del orden jurídico. Ello está acorde con la misma preceptiva del artículo 94 de la Ley 167 de 1941, que regula la medida excepcional de la suspensión provisional.

Así las cosas, la petición de suspensión provisional que se ha formulado es atendible.

Por lo anteriormente expuesto, se

Resuelve:

Primero. ADMITIR la demanda presentada por el doctor Héctor Gallego Osorio contra el Decreto Nº 0665 expedido por el Gobierno Nacional el 8 de marzo de 1983, Decreto "Por el cual se adopta el sobre oficial de correo colombiano y se dictan otras normas". Para efecto de su trámite se dispone:

a). Notificar al señor Agente del Ministerio Público.

b) Comunicar al señor Ministro de Comunicaciones.

c). Fijar el negocio en lista por el término de cinco (5) días para los fines indicados en el numeral 3º del artículo 126 del C.C.A.

Segundo. DECRETAR la Suspensión Provisional del Decreto número 0665 expedido por el señor Presidente de la República y su Ministro de Comunicaciones el 8 de marzo de 1983, "Por el cual se adopta el sobre oficial de correo colombiano y se dictan otras normas".

Cópiese, notifíquese y comuníquese.

Samuel Buitrago Hurtado.

Lorenzo Rojas Surmay., Secretario.

SALARIO INICIAL DE LOS APRENDICES, QUE ADELANTAN CURSOS DE CAPACITACION EN EL SENA. — Suspéndese provisionalmente el artículo 13 *del Decreto Reglamentario* 083 *de* 1976, *expedido por el Gobierno Nacional en virtud del cual se reglamenta el Decreto Ley* 2375 *de* 1974 *y parcialmente el parágrafo del artículo* 55 *del Decreto* 2053 *de* 1974. *POTESTAD REGLAMENTARIA.*

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., diciembre diecinueve de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctor Joaquín Vanín Tello*)

Proyecto: Doctor José Gabriel Salom

Referencia: Expediente Nº 10.205. Decretos del Gobierno. Actor: Bernardo Vela Ordegozo y Guillermo Aparicio Angel.

Los ciudadanos Bernardo Vela Ordegozo y Guillermo Aparicio Angel, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, solicitan de esta Corporación la nulidad del artículo 13 del Decreto 083 de 1976, en virtud del cual "se reglamenta el Decreto Ley número 2375 de 1974 y parcialmente el parágrafo del artículo 55 del Decreto 2053 de 1974".

Como la demanda reúne las exigencias legales, habrá de admitirse y teniendo en cuenta que en ella se solicita la suspensión provisional de la norma enjuiciada, se procede a resolver lo conducente, previas las siguientes

Consideraciones

El texto del artículo 13, del Decreto 083 de 1976 es del siguiente tenor literal: "Artículo trece: El salario inicial de los aprendices contratados por las empresas obligadas a ello para que reciban formación profesional metódica y completa en el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), no podrá ser en ningún caso inferior al cincuenta por ciento (50%) del que rija en la respectiva empresa para los trabajadores que desempeñen el mismo oficio u otros equivalentes o asimilables, ya sea en virtud de convenciones colectivas de trabajo, pactos colectivos, laudos arbitrales o por la realidad de los hechos". (folio 8).

Por su parte, el Decreto ley reglamentado por la anterior disposición, preceptúa en el artículo que los demandantes han señalado como infringido, lo siguiente:

"Artículo 7º. El artículo 5º de la Ley 188 de 1959 quedará así:

"El salario inicial de los aprendices no podrá ser en ningún caso inferior al cincuenta por ciento (50%) del mínimo convencional o del que rija en la respectiva empresa para los trabajadores que desempeñen el mismo oficio u otros equivalentes o asimilables a aquel para el cual el aprendiz recibe formación profesional en el Servicio Nacional de Aprendizaje.

"Esta remuneración deberá aumentarse proporcionalmente hasta llegar a ser, al comenzar la última etapa productiva del aprendizaje, por lo menos igual al total del salario que en el inciso anterior se señala como referencia". (folio 3).

Ahora bien, para establecer si entre la disposición acusada y la norma reglamentada existe algún rebasamiento, basta con la simple confrontación de una y otra, para poder determinar la existencia, o inexistencia de la ostensible violación que se predica en el libelo.

Al respecto se tiene:

En virtud de lo dispuesto por la norma enjuiciada, se establece que el salario inicial de los aprendices que adelanten cursos de capacitación en el SENA, por cuenta de las Empresas obligadas a ello, no podrá ser inferior al 50% del que rija en las mismas, para los trabajadores que desempeñen el mismo oficio y otros equivalentes o asimilables, ya sea en virtud de convenciones, pactos colectivos o laudos arbitrales por la realidad de los hechos.

A su turno el artículo 7º del Decreto Ley 2375 de 1974 preceptúa que dicho salario en ningún caso podrá ser inferior al 50% del mínimo convencional o del que rija en la respectiva empresa para los trabajadores que desempeñen el mismo oficio u otros equivalentes o asimilables.

Efectuando la confrontación correspondiente de la norma contenida en la ley y en su Decreto reglamentario, se ve claramente que en la primera se señala las siguientes opciones para pagarle a los aprendices su salario inicial: el 50% del salario mínimo convencional, o el 50% del que corresponda a los empleados que realicen el mismo oficio u otros equivalentes o asimilables. Y en la segunda, o sea la reglamentaria, se restringió el contenido de la ley, ya que en ella se dispuso que el salario inicial que devengarán los citados aprendices será equivalente al 50% del que rija en la respectiva empresa para los trabajadores que desempeñen el mismo oficio u otros equivalentes o similables, desbordando de esta manera la potestad reglamentaria de que está investido el Presidente de la República.

Sobre este aspecto, es decir, el relativo a la potestad reglamentaria, ha sido bien reiterada la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, conforme a la cual "el Decreto que se expida en ejercicio de tal potestad debe limitarse a dar vida práctica a la ley que tienda a desarrollar, y sólo puede desenvolver lo que explícita o implícitamente está comprendido en la ley, y por tanto, no puede introducir normas que no se desprendan natural y lógicamente de sus disposiciones. Lo contrario implica una extralimitación de funciones y constituye una invasión en el campo propio del legislador.

".... Es claro y lo ha dicho hasta el cansancio el H. Consejo de Estado, que el Gobierno so pretexto del ejercicio de la potestad reglamentaria, no puede ampliar ni restringir el sentido de la ley dictando nuevas disposiciones o suprimiendo las contenidas en la misma, porque ello no sería reglamentar sino legislar.

"El reglamento es, como lo ha reiterado la jurisprudencia, el instrumento natural de la Administración para que los servicios públicos funcionen, para que la ley se cumpla pero nó para que la sustituya. Es un complemento indispensable pero sólo en la medida que actualice la ley y se acomode a las necesidades de cada tiempo" (sentencia de mayo 21 de 1973). (Ponente Doctor Miguel Lleras Pizarro).

En el asunto *sub judice,* fácilmente se puede observar que en el artículo impugnado se restringe considerablemente el contenido de la ley, cuyo desarrollo se pretende, con lo cual evidentemente se rebasa cuyo desarrollo se pretende, con lo cual evidentemente se rebasa la potestad reglamentaria, configurándose de esta manera la ostensible violación que se precisa en el libelo.

Reunidos en consecuencia los requisitos que señala la ley para que proceda la suspensión provisional, esta habrá de decretarse, máxime si se tiene en cuenta que para llegar a tal conclusión, no se realizó un detenido análisis jurídico del tema debatido, sino que bastó la simple confrontación de la norma acusada con la que se considera infringida.

Por lo expuesto, se

Resuelve:

Primero: Admítese la anterior demanda que en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 66 de la Ley 167 de 1941, promueven los ciudadanos Bernardo Vela Orbegozo y Guillermo Aparicio Angel, y para su trámite se *dispone*:

a) Notifíquese personalmente la admisión de la demanda al Señor Agente del Ministerio Público.

b) Comuníquese al Gobierno Nacional por conducto del Señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social y al Director del Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA".

c) Fíjese en lista por el término legal.

Segundo: SUSPENDESE PROVISIONALMENTE EL ARTICULO 13 del Decreto Reglamentario 083 de 1976, expedido por el Gobieno Nacional, en virtud del cual se reglamenta el Decreto Ley 2375 de 1974 y parcialmente el parágrafo del artículo 55 del Decreto 2053 de 1974.

Notifíquese y Cúmplase.

Joaquín Vanin Tello.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

CAPITULO TERCERO

RESOLUCIONES MINISTERIALES Y OTROS ACTOS DE LOS MINISTROS

CONTRATOS DE PRESTACION DE SERVICIOS TECNICOS EN MINERIA Y PETROLEOS. — Procedimiento para su revisión y aprobación. Nulidad de la Resolución Nº 000982 de Julio 7 de 1982, originaria del Ministerio de Minas y Energía.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera. — Bogotá, D. E., septiembre veintidos de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctor Jorge Valencia Arango*)

(Referencia: Expediente Nº 3730. Actor: Héctor Rodríguez Pizarro).

El ciudadano Héctor Rodríguez Pizarro, mayor y de esta vecindad, en ejercicio de la acción pública de simple nulidad, demanda la declaratoria de nulidad, "por inconstitucional o ilegal", de la Resolución Nº 00982 de julio 7 de 1982, proferida por el señor Ministro de Minas y Energía, por la cual se fijó el procedimiento para la revisión y aprobación de los contratos de prestación de servicios técnicos en la minería y petróleo.

I. *La demanda*

a) Dice así:

I. Hechos

"1. El día 7 de julio de 1982, el señor Ministro de Minas y Energía y el Secretario General profirieron la Resolución 00982, por medio de la cual se fijó el procedimiento para la revisión y aprobación de los contratos de prestación de servicios técnicos y en minería y petróleo.

"2. Al expedir la mencionada resolución el señor Ministro de Minas y Energía, sin tener atribución constitucional o legal alguna procedió a reglamentar el texto del artículo 155 del Decreto Ley 444 de 1967.

"3. El Decreto 444 de 1967, es un Decreto extraordinario que tiene plena fuerza de ley expedido por el Presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias que le concedió la Ley 6ª de 1967.

"4. De acuerdo con el Ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional, la potestad reglamentaria se atribuye como una facultad constitucional propia del Presidente de la República y no de sus Ministros.

II. Disposiciones violadas y concepto de la violación

La Resolución 00982 de julio 7 de 1982, expedida por el Ministro de Minas y Energía, viola ostensible y flagrantemente las siguientes disposiciones constitucionales y legales:

"A. Disposiciones violadas:

"1. Artículo 120 ordinal 3º, de la Constitución Nacional.

"Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado y Suprema Autoridad Administrativa:

"3. Ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones para la cumplida ejecución de las leyes".

"2. Artículo 135 de la Constitución.

"Los Ministros y Jefes de Departamentos Administrativos, como Jefes Superiores de la Administración, y los Gobernadores, como Agentes del Gobierno, pueden ejercer, bajo su propia responsabilidad, determinadas funciones de las que corresponden al Presidente de la República, como Suprema autoridad administrativa, según lo disponga el Presidente. Las funciones que pueden ser delegadas serán señaladas en la ley. La delegación exime al Presidente de la República de responsabilidad, la cual corresponde exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar el Presidente, reasumiendo la responsabilidad consiguiente".

B. Concepto de la violación:

"1. Como lo señala el inciso 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional es una atribución exclusiva del Presidente de la República ejercer la potestad reglamentaria. Esta atribución constitucional no lo autoriza para ampliar, restringir, o modificar la ley que reglamenta, ni para contrariar normas constitucionales o legales so pretexto de reglamentarlas. La potestad reglamentaria conferida al Presidente de la República se deriva de recibir por mandato expreso de la Constitución (artículo 120) la investidura por ser la Suprema Autoridad Administrativa y desde un punto de vista formal ejerce este atribución constitucional con el Ministro del ramo respectivo o con el Jefe del Departamento Administrativo correspondiente, constituyendo en esta forma el Gobierno (artículo 57 de la Constitución). El Ministro ni su Secretario tienen facultad alguna para ejercer la potestad reglamentaria en cabeza del Presidente.

"2. La Constitución establece que solamente la ley podrá señalar cuándo el Presidente puede delegar funciones en un Ministro, Jefe del Departamento Administrativo o en un Gobernador (artículo 135 de la Constitución). En el presente caso, ninguna ley autorizó al Presidente de la República para delegar en su Ministro de Minas y Energía la facultad para reglamentar el artículo 155 del Decreto Ley 444 de 1967, ni el Presidente ha hecho delegación por lo cual también se viola el artículo 135 de la Constitución Nacional.

"3. En consecuencia, el Ministro 'al fijar el procedimiento para la revisión y aprobación de los contratos de servicios técnicos en minería y petróleos' a que hace alusión la Resolución 00982 de 1982 ha usur-

pado a través de una mera resolución, la potestad constitucional de reglamentar las leyes conferidas al Presidente de la República por el inciso 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional.

III. Demanda

"Con base en los hechos que se ha dejado narrados y en las disposiciones constitucionales y legales que estimo quebrantadas, solicito a los señores Magistrados del Consejo de Estado que, previo el procedimiento señalado en el capítulo XV del Código Contencioso Administrativo, se declare nula, por inconstitucional e ilegal, la Resolución 00982 de julio 7 de 1982, proferida por el Sr. Ministro de Minas y Energía, por medio de la cual se fijó el procedimiento para la revisión y aprobación de los contratos de prestación de servicios técnicos en minería y petróleo". (folios 3 a 6).

II. En el mismo escrito de demanda solicitó la suspensión provisional del acto impugnado a lo que se accedió, por auto de octubre 1º de 1982, el que se encuentra ejecutoriado.

III. El proceso ha recibido el trámite previsto por la ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, por lo que se procede a dictar sentencia.

IV. El concepto fiscal

La doctora Edné Cohen Daza, Fiscal 2º de la Corporación, expone en su concepto de fondo:

"Estudiado el problema que plantea el presente negocio, esta agencia del Ministerio Público considera, que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar por las siguientes razones:

"La Resolución 00982 de julio 7 de 1982, no pretendió reglamentar el Decreto Ley 444 de 1967, los considerandos de la misma resolución así lo indican, también su contenido y sus alcances y aunque parezca obvio, el hecho mismo de haber sido dictado por el Ministro del ramo y no por el Presidente de la República.

"En los considerandos se dice simplemente que para efectos de llevar a cabo la revisión y aprobación de los contratos de prestación de servicio que específicamente se relacionan con la minería y el petróleo, fijando un trámite para agilizar su aprobación.

"Lo anterior está indicando que lo que se pretendía era unificar en el Ministerio el procedimiento interno para hacer más expedito el trámite en la aprobación de esos contratos. Si leemos con cuidado el articulado de la resolución nos podemos dar cuenta que realmente su contenido es intrascendente y nada encierra que pueda ser calificado de reglamentario. El artículo 1º dice simplemente en cuál oficina de las tantas que tiene el Ministerio deben presentarse las solicitudes. Con ello se está más que todo organizando o distribuyendo las funciones del personal del Ministerio. Resulta imposible pensar que tal determinación implique reglamentación del Decreto Ley 444 de 1967.

"Respecto a la exigencia que se hace de presentar el proyecto o minuta del contrato, el resultado o evaluación de los concursos de mérito y el valor del contrato, se observa lo siguiente:

"Los requisitos antes señalados no son en ningún momento nuevos o diferentes requisitos de los exigidos por el Decreto 150 de 1976 para esta clase de contratos.

"Por tratarse de contratos administrativos deben ser celebrados por escrito y como se trata de realizar la revisión para luego aprobarlos, se torna indispensable presentarlos por escrito.

Teniendo en cuenta el objeto de un contrato de prestación de servicio, el cual está sometido necesariamente al concurso de mérito según lo establecido en el artículo 71 del Decreto 150 de 1976, se hace necesario anexar el resultado de dicho concurso.

Tenemos pues que cuando la resolución solicita los anteriores documentos no hace cosa distinta que cumplir lo establecido en el Decreto 150 para esta clase de contrato. De no haberse dicho lo anterior, nada cambiaría, pues los requisitos seguirán siendo los mismos. El sentido o intención de la resolución más que todo fue el de señalar en forma ordenada y simple a los interesados los documentos que debían acompañar al celebrar los contratos de prestación de servicio. Lo anterior ha podido haberlo hecho el Ministerio por circular o por instrucciones orales a los interesados y aunque más dispendioso habría tenido igual alcance y similar resultado.

"La resolución acusada dice expresamente de sus considerandos que ella se aplica exclusivamente en el Ministerio de Minas y Energía. Así pues su aplicación fue de extensión local y para los contratos de prestación de servicios relacionados con la minería y el petróleo. Como ya se observó, el propósito de la resolución fue el de ordenar y facilitar el trámite de los contratos de prestación de servicios en ese Ministerio, se podría afirmar que con ella se orientaba en una forma general y ágil a los administrados, quienes enterados de su contenido podían llegar directamente a la oficina de planeación del Ministerio con toda la documentación necesaria para el trámite del contrato.

"Entendido así el contenido de la resolución se explica y resulta ser un argumento a favor el hecho de haber sido expedida la resolución precisamente por el Ministro.

"Debe anotarse también que el Decreto Ley 444 de 1967 en su artículo 155 no está legislando sobre el contrato de prestación de servicio, simplemente le asigna al Ministerio la tarea de revisar y aprobar esta clase de contratos con el fin de regular el empleo de los recursos de cambio exterior.

"Así pues aunque a primera vista se puede pensar que la resolución acusada desarrolló una función reglamentaria propia del Presidente de la República, un análisis más reposado y profundo de su contenido permite concluír que la mencionada resolución no tiene en ningún momento el alcance de un acto reglamentario. Expuesto lo anterior, esta fiscalía solicita a la H. Sala revoque el auto de suspensión provisional y niegue las súplicas de la demanda". (folios 19 a 21).

V. El acto acusado

Su texto es el siguiente:

"Resolución número 00982 de 1981
7 de julio de 1982.

"Por la cual se fija el procedimiento para la revisión y aprobación de los contratos de prestación de servicios técnicos en minería y petróleo.

El Ministro de Minas y Energía.

En uso de sus atribuciones legales, y

Considerando

"Que para efectos de llevar a cabo la revisión y aprobación de los contratos de prestación de servicios a que hace referencia el artículo 155 del Decreto Ley 444 de 1967 se hace necesario fijar unos requisitos indispensables y un trámite adecuado que agilicen y hagan más efectiva dicha aprobación por parte de este Ministerio,

Resuelve:

"Artículo Primero. La solicitud para la aprobación de los contratos de servicios técnicos relacionados con la minería y el petróleo, a que hace referencia el artículo 156 del Decreto Ley 444 de 1967, deberá ser presentada en la oficina de Planeación de este Ministerio acompañada de la siguiente documentación:

"1. Proyecto o minuta del contrato, para proceder a su estudio.

"2. Resultado o evaluación de los concursos de mérito y la modalidad de los mismos. Igualmente aclarar la participación de compañías extranjeras y nacionales en estos concursos. Si fuese la contratación directa, se deberá justificar la razón por la cual se optó este procedimiento.

"3. El valor del contrato debidamente discriminado.

"Artículo Segundo. La Oficina de Planeación de este Ministerio estudiará los proyectos o minutas de contratos que le sean presentados, para lo cual contará con la colaboración de la empresa del Estado correspondiente, en caso de que sea partícipe en el proyecto objeto del contrato en estudio.

"Las observaciones que se presenten serán comunicadas a los interesados, quienes fundamentados en las mismas suscribirán los contratos los presentarán nuevamente al Ministerio para la aprobación definitiva.

"Artículo Tercero. La presente resolución rige desde su expedición.

Comuníquese y cúmplase.

VI. Consideraciones de la Sala

1. Claramente dice el título del acto acusado, Resolución número 00982 de 1981 (julio 7 de 1982): *"Por la cual se fija el procedimiento*

para la revisión y aprobación de los contratos de prestación de servicios técnicos en minería y petróleo", por lo que, en desacuerdo con su colaborador Fiscal, la Sala considera que sí se trató de reglamentar y desarrollar el artículo 155 del Decreto Ley 444 de 1967;

2. Y claramente lo dice el CONSIDERANDO de la resolución acusada: *"Que para efectos de llevar a cabo la revisión y aprobación de los contratos de prestación de servicios a que hace referencia el artículo 155 del Decreto Ley 444 de 1967 se hace necesario fijar unos requisitos indispensables y un trámite adecuado que agilicen y hagan más efectiva dicha aprobación por parte de este Ministerio"*.

3. Conforme al ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Política, compete al Presidente de la República o, mejor a éste y el respectivo Ministro (artículo 57 *ibídem*) dictar los reglamentos mediante *órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes*, por lo que no pueden ser expedidos tales actos con la sola firma del Ministro del Ramo.

4. No hay ley que haya autorizado la delagación de la potestad reglamentaria ni acto de dellegación expresa en el Ministro de Minas y Energía.

5. Resulta, entonces, ostensible la violación de las normas constitucionales comentadas, por lo que deberá ser declarada NULA la Resolución demandada.

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

Falla:

Primero: ES NULA, en su integridad, la Resolución número 000982 de 7 de julio de 1982, originaria del Ministerio de Minas y Energía "Por la cual se fija el procedimiento para la revisión y aprobación de los contratos de prestación de servicios técnicos en minería y petróleo".

Segundo: COMUNIQUESE lo resuelto, para los fines legales consiguientes al señor Ministro de Minas y Energía.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Jorge Valencia Arango (Presidente de Sala), *Jorge Dangond Flores, Ricardo Suescún Monroy, Carlos Betancur Jaramillo.*

Félix Arturo Mora Villate., Secretario.

Se deja constancia que la presente providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

IMPUESTO DE TIMBRE. LEGALIZACION DE FACTURAS CONSULARES. — Sólo están vigentes las exenciones decretadas en la misma Ley 2 de 1976, que prefiere por su especialidad a la del artículo 1º de la Ley 74 de 1958 que decretó la exención de todo gravamen a la importación de papel con destino a la edición de periódicos, libros y revistas. LEY 74 de 1958. LEY 2ª de 1976. Interpretación.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta. — Bogotá, D. E., julio once de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn*)

Referencia: Expediente número 7958. Autoridades Nacionales. Nulidad del Oficio S.D.J. 09655 de junio 3 de 1980 de Subdirector Jurídico del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Actor: Jaime Arteaga Carvajal.

El doctor Jaime Arteaga Carvajal, abogado en ejercicio obrando en su propio nombre demanda de la Corporación que decrete la nulidad del Oficio S.D.J. 09655 de 3 de junio de 1980, mediante el cual el Subdirector Jurídico del *Ministerio de Hacienda y Crédito Público* comunicó al Jefe de la Oficina Jurídica del Instituto Colombiano de Comercio Exterior "INCOMEX" que la Ley 2ª de 1970 derogó todas las exenciones, referentes al impuesto de timbre sobre legalización de facturas consulares, incluso las expedidas para la importación de papel con destino a la edición de periódicos, revistas y libros y en consecuencia lo que INCOMEX haya liquidado y recaudado por impuesto de timbre nacional sobre facturas consulares correspondientes a la importación de papel destinado a la edición de periódicos, revistas y libros, carece de causa legal.

Al fundamentar la demanda expresó que con el fin de estimular la industria editorial, el artículo 1º de la Ley 74 de 1958 exoneró de todo gravamen, el papel que se importe al país con destino a la edición de periódicos, libros y revistas y que con fecha 3 de junio de 1980 al absolver una consulta hecha por el Jefe de la Oficina Jurídica del Instituto Colombiano de Comercio Exterior "INCOMEX" al Subdirector Jurídico del Ministerio de Hacienda y Crédito Público produjo el oficio cuya nulidad demanda, mediante el cual comunicó al INCOMEX que la Ley 2ª de 1976 había derogado todas las exenciones del impuesto de timbre al cual está sujeta la legalización de facturas consulares y como todas las importaciones que se hagan al país deben estar amparadas por la factura consular —hoy factura comercial— en virtud de lo dispuesto en la Ley 3ª de 1981, la importación de papel con destino a la edición de periódicos, libros y revistas quedó sujeta al pago del impuesto de

timbre a partir del citado oficio que es un acto administrativo creador de situación jurídica general, impersonal y objetiva.

Como normas violadas señala el artículo 76, ordinal 22 y 205 de la Constitución Nacional, 1º de la Ley 6ª de 1971, Ley 79 de 1931 artículo 2º, Ley 74 de 1958 artículo 1º, Decreto 1659 de 1964 artículo 2º ordinal i) y Código Civil artículos 27 y 28.

Al desarrollar el concepto de la violación expone que conforme al artículo 76, numeral 22 de la Constitución, corresponde al Congreso Nacional, hacer las leyes y por medio de ellas, puede dictar las normas generales a las cuales deba sujetarse el Gobierno, entre otros efectos, para modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas y que según el 205 *ibídem*, las variaciones en la tarifa de aduanas se decretarán por el Gobierno de conformidad con las leyes que contempla el ordinal 22 del artículo 76 las que entrarán en vigencia de acuerdo con las prescripciones de dichas normas. Además, según el artículo 1º de la Ley 6ª de 1971, las restricciones y modificaciones que en el arancel de aduanas decrete el Gobierno con base en el artículo 65 del Acto Legislativo Nº 1 de 1968 modificatorio del artículo 205 de la Constitución Nacional, se efectuarán con sujeción a las siguientes normas generales, y entre ellas, la del literal d) sobre derogación o restricción de exenciones de derechos arancelarios de importación, se decretarán cuando sean incompatibles con la protección que debe otorgarse a la producción y al trabajo nacionales, y, como es clara la restricción de esta norma, no es posible extenderla a situación distinta a las contempladas en la misma, agregando que conforme al artículo 76 ordinal 22 de la Constitución es competencia del Congreso señalar en las leyes, los lineamientos generales que servirán de pauta al Gobierno para "modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas", y, en desarrollo de esta facultad se dictó la Ley 6ª de 1971 cuyo artículo 1º ordinal d) fija las oportunidades en que el Gobierno puede restringir o derogar las "exenciones de derechos arancelarios de importación", como cuando sean incompatibles con la protección que deba otorgarse a la producción y al trabajo nacionales, disposición destinada a permitir la importación de bienes que no se produzcan en el país, y como en Colombia no se produce papel con destino a la edición de periódicos, libros y revistas ,porque no existen especies maderables aptas para la producción de pulpa, se importa la totalidad del papel destinado a estos fines, de Canadá y Finlandia, por todo lo cual concluye que el Oficio S.D.J. 09655 de 3 de junio de 1980 emanado de la Subdirección Jurídica del Ministerio de Hacienda y Crédito Público viola el ordinal 22 del artículo 76 y 205 de la Constitución y el artículo 1º de la Ley 6ª de 1971, al rebasar totalmente las limitaciones señaladas en tales normas al Gobierno Nacional, igualmente viola el artículo 2º de la Ley 79 de 1931 y 1º de la Ley 74 de 1958 que dicen:

> Ley 79 de 1981, artículo 2º La expresión "derechos de aduana" se aplica a todo derecho, emolumento, impuesto, contribución, gravamen de cualquier clase que sea, y todo pago que se tase o exija, directa o indirectamente sobre la importación de mercancía, a la República o fuera de ella, o en relación con dicha importación o exportación, *lo mismo que a toda clase de estampillas, derechos* de timbre, emolumentos o gravámenes *que se exigen o*

se tasen con respecto a cualesquiera documentos requeridos para tal importación o exportación, o en cualquier otra forma tuvieren relación con tales operaciones, *que hayan de tasarse o cobrarse por la República en cualquiera de sus oficinas,* divisiones o subdivisiones administrativas sea que hayan de pagarse dentro del territorio de la República o fuera de él. (Lo subrayado es del texto del libello).

Ley 74 de 1958, artículo 1º. A partir de la vigencia de la presente ley y con el fin de estimular la industria editorial, el papel que se introduzca al país con destino a la edición de periódicos, libros y revistas, *estará exento de todo gravamen*". (Lo subrayado es del libelo).

La demanda anterior fue admitida y notificada a los funcionarios a quienes podría interesar. La doctora María Cristina Velásquez en su condición de apoderada judicial de la Nación, Dirección de Impuestos Nacionales, solicitó reposición del auto admisorio, alegando que el acto demandado no era administrativo por tratarse de un simple oficio, recurso que fue resuelto en sentido adverso al considerarse que el Oficio S.D.J. 09655 de 3 de junio de 1980, contiene una declaración de la voluntad de la Administración acerca de la interpretación de una norma de la ley, para que sea aplicada por las autoridades encargadas de liquidar y recaudar derechos por importación de bienes.

Tramitado el proceso, se ordenó traslado a las partes las que se expresaron de la siguiente manera:

El doctor Pablo Acuña Fergunson, obrando en su condición de delegado de la Dirección General de Impuestos Nacionales, se opone a que se hagan las declaraciones y limitaciones, como la que condiciona la exención a la calidad del papel importado, como se dispuso en el artículo 3º del Decreto 2230 de 1975, que modificó el artículo 1º del Decreto 2717 de 26 de diciembre de 1973, en los siguientes términos:

"Artículo 1º. Para los efectos señalados en el artículo 1º de la Ley 74 de 1958, solamente podrán considerarse como papeles destinados a la impresión de libros y revistas, los que tengan marcas de agua o filigranas consistentes en líneas o rayas continuas, paralelas, separadas unas de otras por distancia de 4 a 6 centímetros y que sean clasificables en las posiciones 48.01.02, 48.01. 02.01 y 48.07.01.01 del Arancel de Aduanas".

Continuando con las limitaciones impuestas a la Ley 74 de 1958 el impugnador cita el artículo 6º del Decreto 2031 de 1968, conforme al cual no podrá reconocerse la exención del gravamen que establece la Ley 74 de 1958 y el Decreto 1659 de 1964 sin que se hayan cumplido por parte del importador los requisitos establecidos en ese Decreto para la importación de papeles con destino a la impresión de libros y revistas.

Por otra parte el Decreto 1659 de 1964, en el literal .) del artículo 2º estableció la continuidad de la exención establecida en la Ley 74 de 1958, para todos los gravámenes disposición que fue aclarada y limitada en el artículo 1º del Decreto 1247 de 1969, al disponer que las exenciones esablecidas en el artículo 2º del Dto. 1659 de 1964 comprenden *exclusivamente* los derechos establecidos en el Dto. 3168 de 1964, orgánico del Arancel de Aduanas, y en las disposiciones que lo modifi-

quen o reformen". (Subraya el memorialista), que continúa razonando en el sentido de considerar que los derechos arancelarios consagrados en el Decreto 3168 de 1964 hacen referencia únicamente a los derechos *ad-valorem* de las mercancías de importación o exportación y cuyo pago debe hacerse en moneda legal del país, para concluír que debe considerarse que cualquier otro gravamen que pese sobre las mercancías importadas o exportadas, están excluidas de la exención consagrada en la Ley 74 de 1958 y, si bien la expresión "derechos de aduana" que define la Ley 79 de 1931, comprende todo derecho, emolumento, impuesto, contribución, gravamen, estampillas, derechos de timbre, tanto sobre la importación o exportación de mercancías o sobre los documentos requeridos para ello, no se puede entender que al tratar la Ley 74 de 1958 de gravámenes se deba entender entre ellos a los derechos de timbre, pero si así se considera, el Decreto 1247 de 1960 despeja toda duda al establecer a qué gravámenes se refiere tanto la ley precitada, como el Decreto 1659 de 1964 al decir que exclusivamente comprende los derechos arancelarios establecidos en el Decreto 3168 orgánico del Arancel de Aduanas, el cual fue a su vez modificado por el Decreto 1484 de 1973 y 895 de 1980. Por consiguiente, continúa, debe considerarse por impuesto de aduana, los siguientes:

a) Impuestos para el Fondo de Promoción de Exportaciones (PROEXPO) artículo 229 del Decreto 444 de 1967.

b) Impuesto destinado a los fondos comunes, antiguamente llamados, Fondos Cafeteros, artículo 26 del Decreto 638 de 1967.

c) Gravámenes arancelarios (Decreto 3168 de 1964, Decreto 1484 de 1973 y 895 de 1980).

Por consiguiente, la exención sólo se refiere a los gravámenes arancelarios, que es a los que se refiere como exentos el Decreto 1347 de 1969 para la importación de papel destinado a la impresión de periódicos, libros y revistas.

En cuanto al impuesto de timbre propiamente dicho no estaría incluido en la exención y se rige íntegramente por la Ley 2ª de 1976 la cual dispone en el artículo 1º que "Los impuestos de papel sellado y timbre nacional, se regirán por las disposiciones de la presente ley y en su artículo 76 dispuso derogar todas las exenciones del impuesto de papel sellado y timbre nacional, ordenadas por disposiciones anteriores a la presente ley. Termina citando los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley 153 de 1887 y como la ley posterior prevalece sobre la anterior tiene vigencia el artículo 14 de la Ley 2ª de 1976 que establece:

"Causan el impuesto de Timbre Nacional:

"34. La legalización de facturas consulares, el uno por ciento (1%) del valor neto FOB de la mercancía amparada por cada factura".

A su vez el actor en su alegato de conclusión expone:

En cuanto a la naturaleza del acto acusado, dice que si bien desde el punto de vista formal, no es un acto administrativo, en cambio materialmente sí lo es, pues si aparentemente sólo contiene concepto

jurídico dirigido por una entidad a otra, en realidad sí tiene fuerza jurídica, tanto que el "INCOMEX" ha venido cobrando impuestos sobre legalización de facturas consulares a partir de la expedición del citado Oficio y en obedecimiento al párrafo final del Oficio en el cual se ordena hacer efectivo su cobro aunque la mercancía esté destinada a la edición de periódicos, revistas y libros. Continúa el actor diciendo que el Instituto de Comercio Exterior, hasta la expedición del acto acusado había considerado que las importaciones de papel para la edición de periódicos, libros y revistas gozaban de la exención consagrada en la Ley 74 de 1958 como consta en circular SI 7-73 de 28 de noviembre de 1973 y Circular SI 50-78 del 8 de octubre de 1978.

En cuanto a la ilegalidad del acto acusado, señala el actor que la Ley 74 de 1958 estableció normas de carácter especial para el fomento de la industria editorial para lo cual dispuso la exención de todo gravamen para la introducción de papel destinado a la edición de periódicos, libros y revistas. Agrega que el artículo 76 de la Constitución Nacional señala las funciones del Congreso y en el numeral 22 establece la competencia para modificar las normas relativas a aduanas; el 205 *ibídem* establece limitaciones para variar la tarifa de aduana, norma que fue desarrollada en la Ley 6ª de 1971 que en su artículo 1º fijó límites al Gobierno para modificar el arancel, disponiendo además, que la derogatoria de exenciones de derechos arancelarios podía hacerse cuando fueran incompatibles con la protección debida a la producción y al trabajo nacionales, y como está probado en el expediente que en el país no se produce papel destinado a la impresión de periódicos, el Gobierno no podía derogar la exención, puesto que al hacerlo no estaría protegiendo la producción y el trabajo nacionales, y ahí estaría perjudicando la industria editorial.

Alega que la ley define lo que significa la expresión derechos de aduanas, en su artículo 2º comprende todo gravamen; que la Ley 74 de 1958 es especial en cambio que la Ley 2ª de 1978 orgánica del impuesto de papel sellado y timbre nacional, es general aunque especial por la materia, pero como la expresión de impuesto de aduana comprende todo gravamen que se pague por la importación de bienes, debe entenderse que el impuesto de timbre está comprendido.

El Ministerio Público representado por el señor Fiscal Tercero de la Corporación, doctor Carlos Octavio Rodríguez, comienza diciendo que de la sola lectura del oficio se deduce que es otra autoridad de superior jerarquía la encargada de dar aplicación al concepto sometido al Subdirector, de lo cual concluye que como la Subdirección Jurídica aclara al Jefe de la Oficina Jurídica sólo le está emitiendo un concepto mas no imponiendo una obligación a terceros, por lo que la tal aclaración no podría catalogarse como un acto administrativo, pues sólo lo sería si lo emitiera el propio Director de Impuestos Nacionales que es el funcionario competente y que el caso que examina se está en presencia de un concepto que ni siquiera se sabe si fue acogido por el Jefe del Departamento Jurídico de INCOMEX y que el mundo de los conceptos no expresa voluntad administrativa.

Agrega que el concepto de la Subdirección Jurídica para que fuera acto administrativo tenía que "pasar por el tamiz del intelecto y la voluntad del administrador del INCOMEX o su delegatario y así crear

obligaciones a cargo de los administrados" y como ello no ocurrió el contenido del concepto no es un acto administrativo, para finalizar diciendo que como en este caso no sólo el acto es un concepto sino que si se le quiere dar el cariz del acto tendría que provenir del Director del INCOMEX o de su delegatario y en efecto no lo fue, el Ministerio Público considera que el Oficio acusado es inepto para recibir un pronunciamiento de fondo y por consiguiente la decisión debe ser inhibitoria; pero si se aceptara por el juzgador que el concepto del Subdirector Jurídico constituye un acto administrativo las súplicas de la demanda deben prosperar porque el acto constituiría un verdadero abuso de poder ya que el asesor jurídico que lo expidió no era la autoridad competente para hacerlo.

Para resolver, se considera

De la relación que antecede acerca de las distintas posiciones de los que han intervenido en el curso del proceso, se puede concluir que la Sala debe pronunciarse acerca de los siguientes aspectos:

1º Decidir si el Oficio objeto de la demanda es o no un acto administrativo demandable, y

2º Cuál de las normas prefiere en su aplicación, si la ley que creó la exención de todo gravamen a la importación de papel periódico con destino a la industria editorial o la orgánica del impuesto de timbre en el caso concreto sobre la legalización de facturas consulares sobre la importación de papel periódico con destino a la industria editorial.

Para decidir el primer aspecto de la cuestión nada mejor que transcribir en su integridad el Oficio demandado ya que realmente no es un simple oficio, aunque tiene tal carácter por la forma en que fue emitido y comunicado la absolución de una consulta relativa a la vigencia de la norma que exoneró de todo gravamen la importación de papel periódico con destino a la impresión de periódicos, revistas y libros. Dice así:

"Subdirección Jurídica S.D.J. 39665

"Bogotá, D. E., junio 3 de 1980

"Señor Doctor

"JOSE FERNEY VICTORIA LOZANO
"Jefe Oficina Jurídica
"Instituto Colombiano de Comercio Exterior
"INCOMEX
"Calle 28 Nº 13A - 15
"La Ciudad

"Ref: Su oficio Nº 8623 de mayo 23 de 1980
"IMPUESTO: Timbre Nacional
"TEMA: Facturas Consulares.

"Apreciado doctor:

"Para dar respuesta adecuada a su escrito de la referencia, mediante el cual solicita aclaración sobre la aplicabilidad del gra-

vamen establecido por la Ley 2ª de 1976 a la legalización de facturas consulares, esta Subdirección Jurídica gustosamente procede a declarar:

"1. Este gravamen específico se remonta en el tiempo a la Ley 2ª de 1935 que creó una tarifa de $ 4.00 por cada juego de facturas consulares. Más tarde, el Decreto 2144 de 1955 señaló una base y una alícuota diferentes: el 1% del valor FOB de la mercancía comprada con cada factura; en este Decreto se designó a los Cónsules como recaudadores del impuesto, destinados o su producto a la compra y dotación de casas o edificios para las representaciones diplomáticas y consulares de la República de Colombia en el exterior (artículo 1º), tal como previamente lo habían preceptuado los Decretos 369 de 1942 y su reglamentario, el 885 del mismo año.

"Luego, el Decreto Nº 58 de 1968 varió el sujeto recaudador en adelante sería el Banco de la República o cualquier otro banco debidamente autorizado; recaudo que se haría en dólares provenientes de los mercados libres en el momento de expedir el correspondiente giro al exterior para la importación de mercancías.

"A raíz de la expedición del Decreto Ley 44 de 1967, se dispuso en el artículo 232: "El Banco de la República recaudará en el momento de otorgarse el registro de importación y será liquidado en moneda legal colombiana a la tasa de cambio del mercado de capitales". Norma que se complementa con la contenida en el artículo 67 del mismo estatuto cambiario, al exigir que se acompañe a la solicitud de registro del recibo de consignación del impuesto.

"Finalmente, la Ley 2ª de 1976 recogió la dispersa legislación sobre impuesto de timbre y papel sellado y reguló en forma exclusiva dichos gravámenes, deponiendo en su artículo 14, numeral 84 que la legislación (sic) de facturas consulares causa impuesto de timbre nacional, siendo su cuantía el uno por ciento (1%) del valor neto FOB de la mercancía amparada por cada factura.

"En lo tocante con la posible vigencia de la exención general consagrada en la Ley 74 de 1958 (artículo 1º) con relación a la introducción de papel al país con destino a la edición de periódicos, libros y revistas, cabe manifestar que la Ley 2ª de 1976 *fue enfática en afirmar que quedaban derogadas todas las exenciones del impuesto de papel* sellado y timbre nacional ordenadas por disposiciones anteriores (artículo 1º). Sólo existen las excepciones contempladas en la misma, entre las cuales no se encuentra la que venimos comentando".

"En consecuencia, siempre que se trate de legalización de facturas deberá procederse a liquidar y recaudar el importe del gravamen, aunque la mercancía sea papel con destino a la edición de periódicos, revistas y libros". (Subraya la Sala).

"Atentamente,

"HERNAN ALBERTO GONZALEZ PARADA
"Subdirector Jurídico".

Aunque por el aspecto puramente formal, como lo anota el actor, el acto acusado no es un acto administrativo, por cuanto su forma, la de un oficio, es la de un medio de comunicación entre las oficinas oficiales, en cambio sí lo es por el aspecto de fondo, toda vez que luego de hacerse en el mismo un estudio de las normas sobre el particular, termina diciendo como conclusión de todo lo expuesto: "En consecuencia, siempre que se trate de legalización de facturas *deberá procederse a liquidar y recaudar el importe del gravamen, aunque la mercancía sea pepel con destino a la edición de periódicos, revistas y libros*" y, aunque como ya se dijo, es un Oficio mediante el cual se absuelve una consulta hecha por el INCOMEX, su parte final contiene una decisión de carácter general para que en lo futuro SE COBRE SIEMPRE EL IMPUESTO de timbre aunque la mercancía sea papel con destino a la edición de periódicos libros y revistas. Quien así se pronuncia es el funcionario que en virtud del artículo 34 del Decreto 74 de 1976 tiene como atribución 'absolver las consultas escritas que formulen los funcionarios y los particulares relacionados (sic) con la interpretación y aplicación de normas tributarias, según el literal c), así como la de determinar y mantener la unidad doctrinal en la interpretación y aplicación de las normas tributarias, en el proceso de determinación, recaudación y discusión administrativa de los impuestos de competencia de la Dirección General de Impuestos Nacionales", por lo que la interpretación dada acerca del campo de aplicación de la Ley 2ª de 1976 y la conminación final para que siempre y sin exclusión alguna, se cobre por los encargados del recaudo el impuesto de timbre sobre facturas consulares, en el acto administrativo de carácter general y como tal sujeto a control jurisdiccional, por el cual se expresa a la institución encargada de recaudar el gravamen que debe hacerlo aunque la mercancía sea papel periódico con destino a la industria editorial.

Ventilada en los anteriores términos la competencia de la Sala para un pronunciamiento de fondo, es conveniente transcribir las normas en conflicto para decidir a quien asiste razón.

Dice el artículo 1º de la Ley 74 de 1958 "Por la cual se fomenta la industria editorial y se dictan disposiciones sobre importación y circulación de libros impresos":

> "A partir de la vigencia de la presente ley, y con el fin de estimular la industria editorial, el papel que se introduzca al país con destino a la edición de periódicos, libros y revistas, estará exento de todo gravamen".

El artículo 2º de la Ley 79 de 1981, cuya violación se acusa define la expresión derechos de aduana así:

> "La expresión derechos de aduana se aplica a todo derecho, emolumento, impuesto, contribución, gravamen, de cualquier clase que sea y todo pago que se haga o exija, directa o indirectamente, sobre la importación o la exportación de mercancías a la República o fuera de ella, o en relación con dicha importación o exportación, lo mismo que toda clase de estampillas, derechos de timbre, emolumentos o gravámenes que se exijan o se tasen con respecto a cualesquiera documentos requeridos para tal importación o exportación, o en cualesquiera otra forma tuvieren

relación con tales operaciones, que hayan de tasarse o cobrarse por la República, en cualesquiera de sus oficinas, divisiones, o subdivisiones administrativas, sea que se hayan de pagar dentro del territorio de la República o fuera de él".

La Ley 2ª de 1976 orgánica del impuesto de timbre y papel sellado, estatuye en el artículo 14:

"Causan impuesto de timbre nacional:

".....

"34 La legalización de facturas consulares, al uno por ciento (1%) del valor neto FOB de la mercancía amparada por cada factura".

La Sección Tercera, del Capítulo II de la misma ley, en el artículo 26 establece las exenciones al impuesto en 49 numerales y en ninguno de ellos se exceptúa del pago del impuesto de timbre la legalización de facturas consulares por la importación de papel destinado a la edición de periódicos, libros y revistas. Y finalmente el artículo 76 expresa:

"Deróganse las excepciones del impuesto del papel sellado y timbre nacional, ordenadas por disposiciones anteriores a la presente ley".

De lo expuesto en el relato anterior aparece que lo que debe decidirse en esta oportunidad es el conflicto entre dos normas, ambas de igual origen, a saber, el artículo 1º de la Ley 74 de 1958 y la Ley 2ª de 1976; por la primera se decretó una exención de todo gravamen a la importación de papel periódico con destino a la impresión de periódicos, libros y revistas, norma dictada por el Congreso Nacional, con miras al fomento de la industria editorial, por la segunda, la misma institución, Congreso Nacional, reglamentó íntegramente la materia relativa al impuesto de timbre y papel sellado, para decidir si esta ley derogó la exención de todo gravamen decretada por la 74 de 1958 en cuanto al impuesto de timbre sobre facturas consulares por la importación de papel periódico con destino a la industria editorial, quedando vigente, como es obvio, la excepción en relación con los demás gravámenes.

Una regla de interpretación de la ley es la de que el intérprete no puede desatender el tenor literal de la ley prefiriendo otros criterios, lo que aplicado al caso *sub judice,* quiere decir que en ningún caso puede ignorarse que el artículo 14, numeral 34 de la Ley 2ª de 1976, que es posterior en el tiempo a la Ley 74 de 1958 y especial sobre la materia relativa al campo de aplicación del impuesto de timbre nacional, derogó la exención general de todo gravamen de la Ley 74 de 1958, punto en el cual necesariamente debe preferirse en su aplicación a la Ley 74 de 1958, que dijo: "Artículo 14. Causan impuesto de timbre nacional: ... 34. La legalización de facturas consulares, el uno por ciento (1%) del valor FOB de la mercancía amparada por cada factura", disposición de la ley que no hizo excepción alguna en este artículo ni en el artículo 26 *ibídem*, primero de la Sección Tercera que trata de las exenciones del impuesto de timbre, criterio que se reitera en la disposición del artículo 76 por el cual expresamente se dijo: "Deróganse todas las exenciones del impuesto de papel sellado y timbre

nacional, ordenadas por disposiciones anteriores a la presente ley", por lo que no queda duda alguna de que en cuanto al impuesto de timbre para la legalización de facturas consulares sólo están vigentes las exenciones decretadas en la misma ley, que prefiere por su especialidad a la del artículo 1º de la Ley 74 de 1958 que decretó la exención de todo gravamen a la importación de papel con destino a la edición de periódicos libros y revistas.

Ahora bien, si conforme al artículo 2º de la Ley 79 de 1931 o Código de Aduanas, la expresión "derechos de aduana" se aplica a todo "derecho, emolumento, impuesto, contribución, gravamen, de cualquier clase que sea, y todo pago que se exija, directa o indirectamente, sobre la importación o exportación, lo mismo que toda clase de estampillas, derechos de timbre", que se tasen o cobren en cualesquiera de las oficinas de la República, definición amplia en la cual estaría comprendido el pago del impuesto de timbre por la legalización de facturas consulares, es también inequívoco que el legislador de 1976 gravó expresamente la legalización de facturas consulares con impuesto de timbre y ante esta manifestación del Congreso Nacional, sin hacer ninguna excepción, al intérprete no le es dado hacer distinciones para llegar a una conclusión distinta y, además, contraria. Así las cosas, deben negarse las peticiones del libelo.

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

Falla:

1. Niéganse las peticiones de la demanda.

2. Archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Bernardo Ortiz Amaya, Enrique Low Murtra, Carmelo Martínez Conn, Gustavo Humberto Rodríguez.

Jorge A. Torrado Torrado., Secretario.

CARRERA PENITENCIARIA.

1. *Situaciones para ingreso a la carrera penitenciaria. 2) Calificación después del período de prueba.* 3). *Los empleados del Ramo Carcelario y Penitenciario no inscritos en el escalafón de la Carrera Penitenciaria pueden ser removidos libremente.*

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., septiembre veintiuno de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctor Joaquín Vanín Tello*)

Referencia: Expediente Nº 7545. Res. Ministeriales .Actor: Guillermo Lozano Guzmán.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el señor Guillermo Lozano Guzmán contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 21 de mayo de 1982, mediante la cual dicha Corporación negó las súplicas de la demanda que aquél había presentado, con el fin de hacer valer las pretensiones que formula así su apoderado:

"Primero. La nulidad de la Resolución Nº 3209 de 10 de septiembre de 1979 en lo que hace a la declaración de insubsistencia del nombramiento de Guillermo Lozano Guzmán como Profesional Universitario Código 3020 grado 3 de la División de Inspecciones de Prisiones, pertenecientes a la Dirección General de Prisiones, Resolución ésta emanada del Ministerio de Justicia.

"Segunda. Como consecuencia de la petición que antecede, se declare el restablecimiento del derecho de mi patrocinado, y, consecuentemente, sea restituido al cargo que venía ocupando antes de ser declarado insubsistente, o a otro de igual o superior categoría.

"Tercera. Que se paguen al señor Guillermo Lozano Guzmán los sueldos, primas, bonificaciones, vacaciones que haya dejado de percibir con cargo al Tesoro Nacional (Ministerio de Justicia), desde la fecha en que fue declarado insubsistente su nombramiento hasta cuando sea restituido a éste.

"Cuarta. Que se reconozca al tiempo de retiro del señor Guillermo Lozano Guzmán sin solución de continuidad para efecto de prestaciones sociales, ascensos y escalafón".

De la siguiente manera el actor presenta los hechos en que se fundamenta la demanda:

"Primero. El señor Guillermo Lozano Guzmán fue nombrado para desempeñar el cargo de Profesional Universitario código 3020 grado 3 de la División de Inspecciones de Prisiones, pertenecientes a la División General de Prisiones, del cual tomó posesión.

"Segundo. El señor Guillermo Lozano Guzmán desempeñó el cargo enunciado en el numeral anterior hasta el 10 de septiembre de 1979, fecha en la cual fue declarado insubsistente su nombramiento por disposición de la Resolución Nº 3209 de la fecha precitada.

"Tercero. El señor Guillermo Lozano Guzmán cursó y aprobó satisfactoriamente el Curso de Capacitación del Personal Directivo del Ramo Carcelario y Penitenciario, verificado del 7 de junio al 8 de julio de 1978, según calificaciones que se adjuntan.

"Cuarto. El artículo 100 del Decreto 1817 de julio 17 de 1964 y los artículos 101, 102 y 106 del mismo expresan:

"Artículo 100. Establécese la carrera del personal del Ramo Carcelario y Penitenciario, independiente del servicio civil, la que estará regulada por los principios que consagra este estatuto y por las normas que dicte el gobierno para su organización.

"Artículo 101. Pertenecería a la carrera los empleados que hubieren obtenido títulos de idoneidad en la Escuela Penitenciaria Nacional.

"Artículo 102. Podrán pertenecer también a la carrera, los empleados que estén prestando o hayan prestado con eficiencia servicio en el ramo de prisiones que aprueben los cursos que organice la Dirección General de Prisiones.

"Por su parte el ordinal a) del artículo 104 del Decreto 1817 del 17 de julio de 1964 establece: "El personal carcelario de carrera tendrá los siguientes derechos: a) la estabilidad en el empleo mientras observe buena conducta y esté capacitado para el desempeño de aquél".

"Artículo 106. *Ibídem*: "El retiro del servicio carcelario se producirá por las siguientes causas: a) incapacidad absoluta, y b) destitución por las causales que se determinan en el artículo 129".

"Artículo 129. *Ibídem*: 'Son causales de destitución: a) la participación en hechos delictuosos o culposos desde un punto de vista administrativo; b) la reincidencia en la violación grave de los reglamentos internos del respectivo establecimiento; c) la manifiesta incapacidad profesional para ascender de categoría, dentro de los grados que se han establecido, y de graves faltas contra la moral y el prestigio de la institución' ".

"Quinto. El Sr. Guillermo Lozano Guzmán fue declarado insubsistente en su nombramiento por medio de la Resolución 3209 de 10 de septiembre de 1979, como Profesional Universitario código 3020 grado 3 de la División de Inspecciones de Prisiones, pertenecientes a la Dirección General de Prisiones".

Del folio 6 al 8 del expediente se consignan las disposiciones que el actor considera infringidas y el concepto de la violación.

Para dictar su fallo denegatorio el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se fundamentó en que el actor no estaba inscrito en la carrera penitenciaria y que era, por consiguiente, empleado de libre nombramiento y remoción, y, por lo tanto, "el nominador tenía la facultad discrecional de removerlo del empleo, declarado —como en efecto lo hizo— la insubsistencia de su nombramiento".

En la segunda instancia a que dio lugar el recurso de apelación interpuesto, la señora Fiscal Quinto del Consejo de Estado solicitó la confirmación del fallo del *a quo* con razonamientos que habrán de ser tenidos en cuenta más adelante.

Habiendo culminado la actuación, sin que se observen vicios que la invaliden, se procede a decidir, previas las siguientes

Consideraciones

La Sala comparte los plantemientos del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y de la señora Fiscal Quinto del Consejo de Estado y acoge el concepto de esta última como fundamento de su decisión, razón por la cual lo transcribe a continuación.

"Se solicitó en la demanda, la nulidad de la Resolución Nº 3209 de 10 de septiembre de 1979 en lo que hace relación a la declaración de insubsistencia del nombramiento de Guillermo Lozano Guzmán como Profesional Universitario Código 3020 Grado 3 de la División de Inspección de Prisiones, perteneciente a la Dirección General de Prisiones, Resolución emanada del Ministerio de Justicia.

"El señor apoderado del demandante sostiene que la declaratoria de insubsistencia no era posible en la forma como se produjo, por encontrarse éste amparado por la carrera penitenciaria, en razón de haber aprobado un curso de capacitación verificado del 7 de junio al 8 de julio de 1978, según calificaciones que obran a folio 3 del informativo.

"El Tribunal en la sentencia apelada hace un análisis de las normas citadas en el libelo y plantea de conformidad con ellos, tres situaciones para ingreso a la carrera penitenciaria:

"a) La de quienes al entrar en vigencia el Decreto 1662 de 1965 se encontraban escalafonados en la carrera administrativa y por tanto quedaban automáticamente incorporados a la penitenciaria.

"b) La de quienes al entrar en vigencia tal Decreto estaban prestando o habían prestado servicios en la Dirección General de Prisiones y aprobaron los cursos o superado los concursos que convocare la mencionada Dirección, quedando también escalafonados así en Carrera Penitenciaria sin necesidad de período de prueba.

"c) La de los nombrados con posterioridad, quienes a más de aprobar un curso, necesitan ser incluidos en una lista de elegibles, ser escogidos de tal lista sometiéndose a período de prueba y superar este con buenas calificaciones para poder ser inscritos en carrera.

"Agrega el H. Tribunal que con las pruebas aportadas no se demostró con la plenitud probatoria necesaria, que el actor estuviese en alguna de las situaciones planteadas y por consiguiente era empleado de libre nombramiento y remoción por lo que no accede a las peticiones de la demanda.

"Del estudio del informativo se tiene:

"El señor Lozano se vinculó a la Dirección General de Prisiones en 1975 (folio 3c. adtiv) con carácter provisional para el cargo de Visitador Administrativo mediante la Resolución Nº 662 de febrero 19 de 1975, de donde se deduce que no fue seleccionado por concurso.

"El actor fue convocado mediante la Resolución 8628 de junio 28 de 1978 para realizar un curso de capacitación que fue aprobado, según certificado de estudios que obra a folios 3 del informativo.

"Cuando el actor ingresó al servicio ya estaba vigente el Decreto 2655 de 1973, reglamentario de la carrera penitenciaria, y derogatorio del 1661 de 1955. De conformidad con el inciso 2º del artículo 14 del Decreto 2655 de 1973, el actor para ingresar a la carrera debía continuar en el servicio en período de prueba.

"Ahora bien, el artículo 15 de la misma norma dispone que tal período de prueba tendrá una duración de 6 meses, vencidos los cuales el funcionario será calificado.

"Si tal calificación, de conformidad con el artículo 18, fuere igual o superior a 60 puntos, el Director General de Prisiones informará a la Escuela Nacional Penitenciaria para que esa entidad le otorgue el título de idoneidad a que se refiere el artículo 101 del Decreto 2817 de 1964.

"Con fundamento en las anteriores disposiciones y de conformidad con las pruebas aportadas se observa que en el caso de autos, el actor no obtuvo la calificación de servicios requerida y por consiguiente no exhibe título de idoneidad expedido de conformidad con el artículo 18 del Decreto 2655 de 1973. El que se aporta al proceso tiene fecha 13 de julio de 1978, es decir, 5 días después de terminado el curso de capacitación.

"En consecuencia, no se ha demostrado el cumplimiento de los requisitos necesarios para la inscripción en carrera y tal inscripción tampoco ha sido acreditada.

"Por otra parte, el inciso 2º del artículo 3º del Decreto 819 de 1974, que modificó parcialmente el Decreto 2655 de 1973 sobre carrera penitenciaria dispone:

"Los empleados del Ramo Carcelario y Penitenciario no inscritos en el escalafón de la Carrera Penitenciaria pueden ser removidos libremente".

"Así las cosas, al ser el actor un emplado de libre nombramiento y remoción, la declaratoria de insubsistencia proferida por el Ministerio de Justicia se ajusta a derecho".

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, de acuerdo con su Fiscal

colaborador, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Confírmase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 21 de mayo de 1982.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 2 de septiembre de 1983.

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Reynaldo Arciniegas Baedecker.

Víctor M. Villaquirán., Secretario.

EMPLEADOS EN ENCARGO. — Remuneración (Artículo 37 del Decreto 1950 de 1973).

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., octubre veinticuatro de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctora Aydée Anzola Linares*)

Referencia: Expediente Nº 8407. Resoluciones Ministeriales. Actor: Ivo José Gutiérrez Palomino.

Ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el señor Ivo José Gutiérrez Palomino, por conducto de apoderado, *instuaró demanda de plena jurisdicción* para que, previos los trámites legales pertinentes se hagan las siguientes declaraciones:

"Primera. Que en el proceso, por el presente caso aludido, se ha operado el fenómeno jurídico del silencio administrativo *del Ministerio de Justicia* al no resolver éste, dentro del término legal previsto en el parágrafo del artículo 80 del Código Administrativo, la solicitud elevada a dicho Ministerio por Ivo José Gutiérrez Palomino el 6 de marzo de 1980 solicitando el reconocimiento y pago de la diferencia de sueldos entre el cargo de auxiliar administrativo, Código 5120, Grado 5 de la Colonia penal y agrícola de oriente y el subdirector de esta misma entidad, en el lapso comprendido entre el 11 de enero de 1979 y el 22 de abril del mismo año".

"Segunda. Que es nula la negativa que surge del silencio administrativo por parte del Ministerio de Justicia de la solicitud presentada por Ivo José Gutiérrez Palomino a que no ha hecho referencia y, consecuentemente, negándole el reconocimiento y pago de la diferencia de sueldos en cuestión";

"Tercera. Que, como consecuencia de la anterior y, a manera de restablecimiento del derecho violado, se disponga el reconocimiento y pago de la diferencia de sueldos entre auxiliar administrativo, Código 5120, Grado 5 de la Colonia penal y agrícola de oriente que era de $ 5. 100.00 mensuales y el de Subdirector del mismo establecimiento carcelario que era de $ 11.800.00 mensuales, en el lapso comprendido entre el 11 de enero de 1979 y el 22 de abril de 1979 o sea 3 meses 11 días, por un valor total de $ 22.553.00".

Los hechos que sirven de fundamento a las peticiones anteriores, son los siguientes:

"Primero. El señor Ivo Gutiérrez Palomino venía desempeñando en el año de 1979 el cargo de auxiliar administrativo, Código 5120, Grado 5 de la Colonia penal y agrícola de oriente. El día 11 de enero de 1979,

mediante Resolución Nº 004 de esta misma fecha de la Dirección de la Colonia penal y agrícola de oriente, la que fue aclarada por la Resolución Nº 060 de mayo 8 de 1979 de esta misma entidad el señor Ivo José Gutiérrez Palomino fue encargado de la subdirección del citado establecimiento carcelario. Su permanencia como encargado de la subdirección en cuestión se prolongó desde el 11 de enero de 1979 hasta el día 22 de abril de 1979, o sea un total de 3 meses 11 días";

"Segundo. El señor Ivo José Gutiérrez Palomino, como auxiliar administrativo Código 5120, Grado 5 de la Colonia penal y agrícola de oriente, devengaba un sueldo de $ 5.100.00, pero al quedar encargado de la subdirección de dicho establecimiento carcelario debía haber devengado, durante su ejercicio, 3 meses 11 días, un sueldo mensual de $ 11.800.00. En consecuencia, se le debe la diferencia de sueldo que asciende a la suma de $ 22.553.00".

"Tercero. El señor Ivo José Gutiérrez Palomino presentó una solicitud al Ministerio de Justicia el 6 de marzo de 1980, (cuya copia se anexa a esta demanda), solicitando le fuese pagada la diferencia de sueldos anteriormente relacionada, sin que hubiese habido pronunciamiento alguno hasta la fecha".

"Cuarto. Como la anterior solicitud fue presentada el 6 de marzo de 1980, a los 30 días siguientes, o sea hasta el 6 de abril de 1980, debía haberse pronunciado el Ministerio de Justicia sobre el particular. No habiéndolo hecho así, desde el 6 de abril en adelante de 1980, se operó la negativa presunta, por el fenómeno jurídico del silencio administrativo previsto por el parágrafo del artículo 80 del Código Administrativo".

Las normas legales violadas y el concepto de la violación, aparecen relacionados a folios 6 a 7 del informativo.

Después de que se cumplió el trámite que corresponde a esta clase de procesos, el Tribunal del conocimiento profirió la sentencia que ha venido a virtud de apelación y en dicha providencia accedió a las peticiones de la demanda, con argumentos que la Sala comparte:

En efecto, está demostrado en el proceso que el demandante fue encargado, con fecha 11 de enero de 1979, de las funciones propias de la Subdirección del establecimiento carcelario denominado Colonia Penal y Agrícola de Oriente Acacias, mientras el Director General de la misma entidad procedía a nombrar el titular. La resolución que dispuso dicha novedad, fue aclarada en el sentido de que la anterior debía ser comunicada a la División de Personal y a la Dirección General de Prisiones "para el reconocimiento de la diferencia de sueldo ocasionada por dicho encargo".

Ahora bien: De conformidad con la documental de folio 29 del expediente, el demandante, sólo devengó durante el lapso en que desempeñó el encargo, el sueldo asignado a las funciones que venía desempeñando y era inferior, al que tenía el puesto materia del encargo pues aquél tenía asignado la suma de $ 11.800.00 mensuales y éste la cantidad de $ 5.100.00 la cual demuestra la diferencia entre las dos sumas. Además debe tenerse en cuenta que de conformidad con el artículo 37 del Decreto 1950 de 1973; "el empleado encargado tendrá derecho al

EMPLEADOS EN ENCARGO. — Remuneración (Artículo 37 del Decreto 1950 de 1973).

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., octubre veinticuatro de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctora Aydée Anzola Linares*)

Referencia: Expediente Nº 8407. Resoluciones Ministeriales. Actor: Ivo José Gutiérrez Pallomino.

Ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el señor Ivo José Gutiérrez Palomino, por conducto de apoderado, *instuaró demanda de plena jurisdicción* para que, previos los trámites legales pertinentes se hagan las siguientes declaraciones:

"Primera. Que en el proceso, por el presente caso aludido, se ha operado el fenómeno jurídico del silencio administrativo *del Ministerio de Justicia* al no resolver éste, dentro del término legal previsto en el parágrafo del artículo 80 del Código Administrativo, la solicitud elevada a dicho Ministerio por Ivo José Gutiérrez Palomino el 6 de marzo de 1980 solicitando el reconocimiento y pago de la diferencia de sueldos entre el cargo de auxiliar administrativo, Código 5120, Grado 5 de la Colonia penal y agrícola de oriente y el subdirector de esta misma entidad, en el lapso comprendido entre el 11 de enero de 1979 y el 22 de abril del mismo año".

"Segunda. Que es nula la negativa que surge del silencio administrativo por parte del Ministerio de Justicia de la solicitud presentada por Ivo José Gutiérrez Palomino a que no ha hecho referencia y, consecuentemente, negándole el reconocimiento y pago de la diferencia de sueldos en cuestión";

"Tercera. Que, como consecuencia de la anterior y, a manera de restablecimiento del derecho violado, se disponga el reconocimiento y pago de la diferencia de sueldos entre auxiliar administrativo, Código 5120, Grado 5 de la Colonia penal y agrícola de oriente que era de $ 5. 100.00 mensuales y el de Subdirector del mismo establecimiento carcelario que era de $ 11.800.00 mensuales, en el lapso comprendido entre el 11 de enero de 1979 y el 22 de abril de 1979 o sea 3 meses 11 días, por un valor total de $ 22.553.00".

Los hechos que sirven de fundamento a las peticiones anteriores, son los siguientes:

"Primero. El señor Ivo Gutiérrez Palomino venía desempeñando en el año de 1979 el cargo de auxiliar administrativo, Código 5120, Grado 5 de la Colonia penal y agrícola de oriente. El día 11 de enero de 1979,

mediante Resolución Nº 004 de esta misma fecha de la Dirección de la Colonia penal y agrícola de oriente, la que fue aclarada por la Resolución Nº 060 de mayo 8 de 1979 de esta misma entidad el señor Ivo José Gutiérrez Palomino fue encargado de la subdirección del citado establecimiento carcelario. Su permanencia como encargado de la subdirección en cuestión se prolongó desde el 11 de enero de 1979 hasta el día 22 de abril de 1979, o sea un total de 3 meses 11 días";

"Segundo. El señor Ivo José Gutiérrez Palomino, como auxiliar administrativo Código 5120, Grado 5 de la Colonia penal y agrícola de oriente, devengaba un sueldo de $ 5.100.00, pero al quedar encargado de la subdirección de dicho establecimiento carcelario debía haber devengado, durante su ejercicio, 3 meses 11 días, un sueldo mensual de $ 11.800.00. En consecuencia, se le debe la diferencia de sueldo que asciende a la suma de $ 22.553.00".

"Tercero. El señor Ivo José Gutiérrez Palomino presentó una solicitud al Ministerio de Justicia el 6 de marzo de 1980, (cuya copia se anexa a esta demanda), solicitando le fuese pagada la diferencia de sueldos anteriormente relacionada, sin que hubiese habido pronunciamiento alguno hasta la fecha".

"Cuarto. Como la anterior solicitud fue presentada el 6 de marzo de 1980, a los 30 días siguientes, o sea hasta el 6 de abril de 1980, debía haberse pronunciado el Ministerio de Justicia sobre el particular. No habiéndolo hecho así, desde el 6 de abril en adelante de 1980, se operó la negativa presunta, por el fenómeno jurídico del silencio administrativo previsto por el parágrafo del artículo 80 del Código Administrativo".

Las normas legales violadas y el concepto de la violación, aparecen relacionados a folios 6 a 7 del informativo.

Después de que se cumplió el trámite que corresponde a esta clase de procesos, el Tribunal del conocimiento profirió la sentencia que ha venido a virtud de apelación y en dicha providencia accedió a las peticiones de la demanda, con argumentos que la Sala comparte:

En efecto, está demostrado en el proceso que el demandante fue encargado, con fecha 11 de enero de 1979, de las funciones propias de la Subdirección del establecimiento carcelario denominado Colonia Penal y Agrícola de Oriente Acacias, mientras el Director General de la misma entidad procedía a nombrar el titular. La resolución que dispuso dicha novedad, fue aclarada en el sentido de que la anterior debía ser comunicada a la División de Personal y a la Dirección General de Prisiones "para el reconocimiento de la diferencia de sueldo ocasionada por dicho encargo".

Ahora bien: De conformidad con la documental de folio 29 del expediente, el demandante, sólo devengó durante el lapso en que desempeñó el encargo, el sueldo asignado a las funciones que venía desempeñando y era inferior, al que tenía el puesto materia del encargo pues aquél tenía asignado la suma de $ 11.800.00 mensuales y éste la cantidad de $ 5.100.00 la cual demuestra la diferencia entre las dos sumas. Además debe tenerse en cuenta que de conformidad con el artículo 37 del Decreto 1950 de 1973; "el empleado encargado tendrá derecho al

sueldo de ingreso señalado para el empleo desempeñado temporalmente, siempre que no deba ser percibido por su titular". A su vez, el artículo 34 del mismo estatuto reza: "Hay encargo cuando se designa temporalmente a un empleado para asumir total o parcialmente las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitivo de su titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo".

Y como en la sentencia consultada se accede a ordenar el pago de la diferencia entre las dos sumas a las cuales se hizo referencia anteriormente, necesario es concluir que debe ser confirmada porque se ajusta a la verdad procesal.

En mérito de las consideraciones anteriores, 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,

Resuelve:

CONFIRMASE la sentencia consultada proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, con fecha 22 de octubre de 1982.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en la sesión celebrada el día 16 de septiembre de 1983.

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Orejuela Gómez.

Víctor M. Villaquirán., Secretario.

CONSULTORIOS JURIDICOS UNIVERSITARIOS. FUNCIONAMIENTO DENTRO DE LAS CARCELES NACIONALES. COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE JUSTICIA.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., noviembre quince de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctor Jacobo Pérez Escobar*)

Referencia: Expediente Nº 4172. Actor: Hernando Robles Alvira, Rubén Darío Alvarez Arévalo y Jairo Alberto González Buriticá.

Los Sres. Hernando Robles Alvira, Rubén Darío Alvarez Arévalo y Jairo Alberto González Buriticá, en ejercicio de la acción consagrada en el Art. 66 de la Ley 167 de 1941, han pedido a esta Corporación que declare la nulidad de la Resolución Nº 10.196 de 21 de diciembre de 1981 expedida por el Ministerio de Justicia, "por la cual se reglamenta el funcionamiento de los consultorios jurídicos universitarios e independientes en las cárceles nacionales".

I. Fundamentos de la demanda

A. Los hechos

Como hechos que sirven de fundamento a la acción exponen los demandantes, en síntesis, los siguientes.

1) El 12 de febrero de 1971 el Presidente de la República, con base en la Ley 16 de 1968, que le otorgó facultades extraordinarias, expidió el Decreto Ley 196 de 1971, "por el cual se dicta el estatuto del ejercicio de la abogacía". Este Decreto dispuso lo siguiente en su artículo 30:

"Las facultades de derecho oficialmente reconocidas organizarán, con alumnos de los dos últimos años lectivos, consultorios jurídicos cuyo funcionamiento requerirá aprobación del respectivo tribunal Superior de distrito judicial, a solicitud de la facultad interesada. Los consultorios jurídicos funcionarán bajo la dirección de profesores designados al efecto o de los abogados de pobres, a elección de la facultad y deberán actuar en coordinación con éstos en los lugares en que este servicio se establezca.

"Los estudiantes, mientras pertenezcan a dichos consultorios, podrán litigar en causa ajena en los siguientes asuntos:

"a) En los procesos penales de que conocen los jueces municipales y las autoridades de policía;

"b) En los procesos laborales de única instancia y en las diligencias administrativas de conciliación en materia laboral;

"c) En los procesos civiles de que conocen los jueces municipales en única instancia, y

"d) De oficio, en los procesos penales, como voceros o defensores en audiencia".

2) El 1º de abril de 1977 el Presidente de la República, en ejercicio de la facultad que le confiere el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución, expidió el Decreto 765, "por el cual se reglamentan los artículos 30, 31 y 32 del Decreto Ley 196 de 1971, y se regula la prestación del servicio profesional para optar el título de abogado".

3) El señor Ministro de Justicia por medio de la resolución acusada vino a disponer sobre la materia antes reglamentada sin competencia para ello.

B. Normas violadas y concepto de la violación

Según los demandantes la resolución impugnada transgrede de una manera directa los artículos 120, ordinal 3º, 20, 55, 57 y 135 de la Constitución Nacional.

En cuanto al concepto de la violación expresan los demandantes, en síntesis, lo siguiente:

a) El ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución, que atribuye al Presidente de la República la potestad de reglamentar las leyes para su cumplida ejecución, fue violado por la resolución acusada porque el funcionario que la expidió reglamentó el Decreto Ley 196 de 1971 sin competencia alguna, puesto que lo hizo el Ministro de Justicia.

b) El artículo 20 de la C. N. fue violado por la resolución impugnada porque ésta fue expedida por el Ministro de Justicia y su Secretario General careciendo de competencia para reglamentar un Decreto ley, facultad que constitucionalmente sólo corresponde al Presidente de la República.

c) El artículo 55 de la C. N., que establece que "son ramas del poder público la legislativa, la ejecutiva y la jurisdiccional. El Congreso, el Gobierno y los jueces tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado". Esta norma fue violada porque el Ministro de Justicia se tomó una facultad que pertenece al órgano legislativo.

d) El artículo 57 de la C. N. fue violado por el acto acusado porque ningún acto del Presidente de la República, excepto el de nombramiento y remoción de Ministros y Jefes de Departamentos Administrativos, tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea refrendado y comunicado por el Ministro del ramo respectivo o Jefe del Departamento Administrativo correspondiente, quienes por el mismo hecho se constituyen responsables. La facultad de expedir resoluciones es atribución que compete al Gobierno constituido por el Presidente y el respectivo Ministro del ramo, cosa que no sucede con la resolución acusada.

e) El artículo 135 de la C. N. también ha sido violado porque por medio de una resolución ministerial no se puede reglamentar un Decreto legislativo, según sentencia del Consejo de Estado de 26 de junio de 1959.

II. Concepto del fiscal

El señor Fiscal Primero de la Corporación en su concepto de fondo opina que no debe accederse a las súplicas de la demanda, porque en nada se han violentado los artículos citados por los actores como infringidos por la disposición acusada. Al respecto expresa lo siguiente:

"Es que la disposición acusada en nada riñe o se contrapone con el artículo 30 del Decreto 196 de 1971, pero lo que sí determinó fue el *modus operandi* en los establecimientos carcelarios, precisamente para dar eficacia en la prestación del servicio de defensoría del recluso, sobre todo para aquéllos que no cuentan con medios económicos para que un buen profesional del derecho los asista, pueden recurrir a este sistema, que prestan algunos Consultorios Jurídicos de algunas Universidades del país. Entonces, se hace necesario dictar un reglamento para establecer requisitos para poder asitir a dichos establecimientos, como bien lo dicen los considerandos de la resolución acusada".

III. Consideraciones de la Sala

Habiéndose ejecutoriado el auto de citación para sentencia y no hallándose causal que invalide lo actuado en el presente juicio, se procede a decidirlo previas las siguientes consideraciones:

Aun cuando los demandantes citan varias normas constitucionales como infringidas por el acto acusado, en sentencia no hacen sino un cargo de inconstitucionalidad, consistente en que se violó el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución al reglamentarse por el Ministro de Justicia el artículo 30 del Decreto Ley 196 de 1971, ya que la potestad reglamentaria de las leyes la tiene el Presidente de la República. Como consecuencia de esta infracción se violaron también los artículos 20, 55, 57 y 135 de la Constitución, aunque debe advertirse que en cuanto a estas normas no se da en la demanda un concepto claro y preciso de violación, pues se limitan los actores a transcribirlas o a deducir consecuencias contrarias a sus textos.

En relación con el cargo anterior, estima la Sala que el acto acusado no viola el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución por cuanto la Resolución 10.196 de 21 de diciembre de 1971 expedida por el Ministro de Justicia no dice reglamentar ninguna norma legal, sino que se ocupa de establecer la manera cómo deben funcionar los consultorios jurídicos universitarios e independientes dentro de las cárceles nacionales, lo cual está dentro de la órbita de competencia que le corresponde al Ministerio de Justicia. El artículo 1º de la Resolución cuestionada precisa el alcance de la reglamentación al establecer que "las facultades de derecho, legalmente reconocidas, podrán prestar consultoría jurídica en los establecimientos carcelarios y penitenciarios, teniendo en cuenta los reglamentos y el régimen interno de cada cárcel"; luego la resolución expresa en su artículo 2º que los decanos de las facultades de derecho o los directores de los consultorios

interesados en prestar asesoría jurídica en las cárceles deben hacer solicitud en tal sentido al Director General de Prisiones. Por las normas siguientes se exige a los Directores de los Consultorios Jurídicos enviar mensual o semestralmente a las Direcciones de las Cárceles las listas de los estudiantes que vayan a prestar el turno en la cárcel escogida "para efectos del control de ingreso al establecimiento"; se establece por otra parte que los Directores de los establecimientos carcelarios y penitenciarios del país deben destinar un local u oficina dedicado exclusivamente para el consultorio jurídico universitario, dotado de los equipos, elementos y útiles de escritorio necesarios para su normal funcionamiento; se dispone además que los establecimientos de detención deben llevar el registro de la facultad de derecho existente en la localidad con determinados detalles y que la Dirección General de Prisiones debe llevar también un libro de registro y coordinar el servicio teniendo en cuenta las normas legales vigentes que regulan la administración carcelaria; se establecen pautas para elaborar la cartilla biográfica o prontuario interno del recluso a su ingreso, debiéndose identificar a los que carecen de medios económicos para atender su defensa, cuyas listas deberán entregarse al monitor del consultorio jurídico interesado. Las restantes normas de la resolución acusada son de contenido similar, ya que se refieren a actuaciones o procedimientos que los funcionarios de las cárceles deben cumplir para los fines de la asesoría jurídica prestada a los reclusos por los estudiantes adscritos a los consultorios jurídicos universitarios e independientes. Desde luego que se les prohibe, conforme al artículo 10, realizar cualquier actividad distinta a la asistencia legal de los sindicados, fuera de que son normas que sólo se aplicarán a los estudiantes que presten servicios de consultoría en forma permanente.

De conformidad con lo dispuesto por el literal j) del artículo 1º del Decreto Ley 576 de 1974 corresponde al Ministerio de Justicia "organizar, administrar y vigilar los establecimientos de detención, penas y medidas de seguridad". A su turno el literal e) del artículo 17 *ibídem* establece que corresponde al Ministro de Justicia "dictar reglamentos para el adecuado funcionamiento de los diversos establecimientos carcelarios, con arreglo a las disposiciones legales vigentes". Esta atribución, en concepto de la Sala, le permite al Ministro dictar reglamentos como el contenido en la resolución acusada, tendiente a facilitar dentro de las cárceles la prestación del servicio de defensa de los reclusos por parte de los integrantes de los consultorios jurídicos de que trata el artículo 30 del Decreto Ley 196 de 1971, sin que ello implique su reglamentación.

En mérito de las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con su colaborador Fiscal,

Falla:

No se accede a las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha tres de noviembre de mil novecientos ochenta y tres.

Mario Enrique Pérez V., Jacobo Pérez Escobar, Samuel Buitrago Hurtado, Roberto Suárez Franco.

Lorenzo Rojas Surmay., Secretario.

PRESUPUESTOS PROCESALES. —Son los requisitos que el derecho procesal exige para que el juzgador pueda entrar a resolver sobre el fondo de la pretensión instaurada por el demandante mientras no sean satisfechas no se origina regularmente la relación procesal. COMPETENCIA. CAPACIDAD PARA SER PARTE, CAPACIDAD PROCESAL Y DEMANDA EN FORMA. CAPACIDAD PARA SER PARTE (ART. 44 C.P.C.). PERSONERIA JURIDICA. ESTABLECIMIENTO MERCANTIL.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., noviembre nueve de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctor Roberto Suárez Franco*)

Referencia: 3932. *Demandante*: Continental Films de Colombia.

1. *Antecedentes*

El apoderado de la firma "Distribuidora Continental Films de Colombia" solicitó la declaratoria de nulidad de las Resoluciones números 0223 y 0236 del 3 y del 5 de junio de 1981 y la 3963 de 30 de noviembre del mismo año emanadas, las dos primeras, del Comité de Clasificación de Películas y, la última, del Ministerio de Comunicaciones, mediante las cuales se prohibe, la exhibición de la película titulada "MARY MARY" en todo el territorio nacional; se solicita igualmente, que como consecuencia de tal declaración, se autorice la exhibición de la cinta cinematográfica mencionada.

Como hechos de la demanda se relatan los siguientes:

"a) Por disposición legal (artículo 1º Decreto 1993 de 1970), el Ministerio de Comunicaciones tiene adscrita, a través del Comité respectivo, la función de clasificación de películas que, de conformidad con las normas pertinentes, pueden ser exhibidas en público en la República de Colombia.

"b). En ejercicio de tal atribución, el Comité de Clasificación de Películas, primero, y el propio señor Ministro de Comunicaciones, al final, decidieron, por medio de los actos 'aquí acusados de nulidad, que la película intitulada 'MARY MARY', sometida a su revisión por la demandante, no podía ser exhibida en ningún teatro o cinematógrafo de la Nación por cuanto que, según los integrantes de ese Comité y el señor Ministro, esa cinta es violatoria de lo estatuido por el artículo 1º de la Ley 47 de 1933 mediante la cual se aprueba un tratado internacional 'que reprime la circulación y comercio de publicaciones obscenas' ".

"c). La firma demandante, inconforme con la determinación adoptada inicialmente por el Comité por medio de la Resolución 0223, recurrió contra ella en reposición y subsidiariamente en apelación, recursos que fueron resueltos adversamente mediante las Resoluciones Nºs 0236 del 15 de junio, emanada de dicho Comité y 3963 del 30 de noviembre, ambos de 1981, como la primera, dictada por el señor Ministro de Comunicaciones.

"d). La vía gubernativa se encuentra cabalmente agotada, por no ser susceptible la última resolución antes mencionada de recurso alguno y haber sido interpuestos los procedentes en dicha vía con el lleno de los requisitos de ley al efecto señalados".

Como disposiciones violadas se citan los artículos 16, 17, 20 y 26 de la Constitución Nacional, del artículo 156 del Código Nacional de Policía modificado por el artículo 6º del Decreto 2055 de 1970 y el artículo 1º del C. P. vigente. El concepto de la violación aparece desarrollado a través de varios párrafos de la demanda que figuran bajo los folios 11, 12 y 13.

2. *Concepto fiscal*

Conceptúa el señor Agente del Ministerio Público que ante la falla probatoria consistente en no haberse practicado una inspección judicial que orientase al juzgador sobre diversos hechos fundamentales relacionados con las pretensiones de la demanda, o ante la ausencia en el expediente de otra prueba semejante, no es posible accederse a lo pedido, motivo por el cual deben desecharse las súplicas de la demanda.

3. *Consideraciones Previas*

1º). Obra en el expediente a folio 1, un poder conferido por Alvaro Hernández Elicechea, a favor del doctor Guillermo Tapias Corso, poder que otorgó en su condición de "representante legal de la Firma Continental Films de Colombia".

2º). Se lee en el encabezamiento de la demanda que quien actúa como apoderado de la demandante lo hace en su "calidad de apoderado de la firma 'Distribuidora Continental Films de Colombia' ".

3º). En providencia de 27 de abril de 1982 (folio 15), mediante la cual se dispone el envío de unos documentos con destino al proceso, se lee en el encabezamiento: "Ref. Nº 3932. Actora: Continental Films de Colombia".

4º). A folio 17 del expediente aparece una certificación expedida por la Cámara de Comercio de Bogotá, en cuya parte pertinente se lee: "Que en el Registro Mercantil, figura bajo el Nº 33681-2, con fecha 23 de marzo de 1973 y a nombre de Alvaro Hernández Elicechea el establecimiento comercial, denominado 'Continental Films de Colombia' ". En dicha matrícula consta:

Actividad del Negocio: "Explotación de Películas.....".

5º). A folio 27 del expediente se encuentra el auto admisorio de la demanda proferido el 16 de julio de 1982. En el encabezamiento, se lee una vez más "Actora" "Continentall Films de Colombia".

En el literal del citado auto se dispuso textualmente "Tiénese al doctor Guillermo Tapias Corso como apoderado del establecimiento comercial denominado 'Continental Films de Colombia', en los términos del poder a él conferidos".

6º). Mediante auto de octubre de 1982 se corrió traslado a las partes. En el encabezamiento se hace figurar, una vez más, como parte actora a "Continental Films de Colombia".

7º). Lo propio ocurre en los autos de fecha 10 de diciembre de 1982 y 8 de marzo de 1983 (Folios 32 y 42), en los que figura como "Actora: Continental Films de Colombia".

Habiéndose cumplido la tramitación de rigor, y encontrándose el negocio para fallo la Sala previo estudio de la ponencia, presentada por el magistrado sustanciador, no la acogió, motivo por el cual pasó al siguiente consejero en turno.

Para resolver se considera

Conforme a lo establecido por el artículo 44 del C. de P. C. "Toda persona natural o *jurídica* (subraya la Sala) puede ser parte en un proceso".

Las personas jurídicas se, agrega en la citada disposición, comparecerán al proceso por medio de sus representantes, con arreglo a lo que disponga la Constitución, la ley o los estatutos.

El artículo citado no contempla otra cosa que uno de los presupuestos procesales. En efecto, los presupuestos procesales son los "requisitos que el derecho procesal exige para que el juzgador pueda entrar a resolver sobre el fondo de la pretensión instaurada por el demandante, pues mientras no sean satisfechos no se origina regularmente la relación procesal". (Hernando Morales. Curso de Derecho Procesal. Editorial ABC. Bogotá 1973 pág. 196).

Para la Corte Suprema de Justicia, según el autor citado, los presupuestos procesales son a) Competencia; b) Capacidad para ser parte; c) Capacidad procesal y d) Demanda en forma (*ibídem* pág. 198).

La capacidad para ser parte hace referencia a la aptitud para ser sujeto del derecho. Esta calidad, aunque es obviamente exigible en el derecho procesal como un presupuesto, toca más con el derecho sustancial. En nuestro derecho son sujetos del mismo las personas naturales y las personas jurídicas: unas y otras pueden comparecer en juicio como demandantes o demandadas; no obstante dada su naturaleza no es menester probar la existencia de la persona natural; por el contrario, al ser las personas jurídicas creaciones de derecho se requiere la prueba de su existencia para actuar en la vida civil como sujetos del derecho, en los casos en que lo que hagan como sujetos de una relación jurídico procesal. No obstante, hay casos en los cuales, cuando se trata de personas jurídicas de Derecho público de creación cons-

titucional o legal no es necesario acreditar su existencia legal dentro del proceso.

Con respecto al presupuesto de la capacidad de ser parte ha sostenido la Corte:

> "La capacidad para ser parte resulta de la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones. Es una consecuencia de la personalidad atribuida a los seres humanos y a los entes morales a quienes la ley les concede capacidad jurídica...La carencia de este presupuesto procesal se presenta con frecuencia respecto de las personas jurídicas que obrando como demandantes o como demandados no acreditan su existencia. Si 'el Juez al examinar los presupuestos procesales no encuentra en el juicio la prueba adecuada de la existencia de la persona jurídica que figura como sujeto del juicio, debe inhibirse de fallar en el fondo del negocio y declarar la carencia de tal presupuesto' ". (LXXVIII, 349). (Curso de Derecho Procesal Civil, Parte General, página 202).

En el caso de autos, obra en el expediente a folio 17 una certificación expedida por la Cámara de Comercio de Bogotá, a la cual ya se hizo referencia, en la que consta qué la firma "Continental Films de Colombia" es un establecimiento de comercio cuyo titular es el señor Alvaro Hernández Elicechea.

Tal documento está demostrando que "Continental Films de Colombia" no es persona jurídica, es un simple establecimiento mercantil, motivo por el cual no puede ser parte en juicio.

Más aún, conforme al artículo 515 del C. de Co. "se entiende por establecimiento de comercio un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa". Esto quiere decir que el establecimiento de comercio es medio material o económico de que se vale el empresario para desarrollar su empresa.

Por otra parte es reiterada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, sobre patrimonios autónomos, según la cual, al no tener personería jurídica, mal puede considerárseles como sujetos del derecho y de consiguiente como demandantes o demandados.

De acuerdo a los antecedentes que obran en el expediente, tanto en el poder, como en la demanda en toda la actuación procesal, a la institución "Continental Films de Colombia" se le concedió el carácter de persona jurídica, sin serlo, antes por el contrario, como se expresó, existe prueba mediante la cual se constata que no lo es.

Si ello es así, faltó el presupuesto procesal de capacidad para ser parte y conforme al artículo 44 del C. de Procedimiento Civil, a doctrina de la Corte ya citada, e incluso a jurisprudencia de esta Corporación, conduce a que no se pueda pronunciar fallo de mérito; por el contrario, debe proceder la Sala, conforme al artículo 111 del C.C.A. a declarar probada la excepción de falta de personería de la parte demandante.

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

Falla:

Declárase inhibido para fallar de mérito por falta del presupuesto procesal de capacidad para ser parte.

Cópiese y notifíquese.

Sesión del día 28 de octubre de 1983

Mario Enrique Pérez Velasco (Con salvamento de voto)., *Samuel Buitrago Hurtado, Jacobo Pérez Escobar, Roberto Suárez Franco.*

Lorenzo Rojas Surmay., Secretario.

PRESUPUESTOS PROCESALES. CAPACIDAD PARA SER PARTE. ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO.— (*Salvamento de Voto*). *Actúan por intermedio de sus propietarios o empresarios, sin que éstos adquieran por ello la representación legal de los mismos, pues los referidos entes no son personas jurídicas.*

Del Consejero Doctor: *Mario Enrique Pérez*

Referencia: Expediente Nº 3932. Actora: Continental Films de Colombia. Ponente: Doctor *Roberto Suárez Franco.*

Con el debido respeto consigno las razones de índole legal y jurídica que me distancian de la sentencia inhibitoria recaída en el proceso de la referencia.

La anotada sentencia se ocupa de los presupuestos procesales y, concretamente, de la capacidad para ser parte. Todo lo dicho al respecto lo comparto, pues es rigurosamente cierto. Mas sucede que lo expuesto sobre el particular no se podía aplicar en el caso de autos, por estar fuera de lugar.

Evidentemente, en el caso *sub judice* existe el establecimiento comercial denominado "CONTINENTAL FILMS DE COLOMBIA", matriculado en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá a nombre del señor Alvaro Hernández Elicechea, cuya actividad es la explotación de películas. Dicho establecimiento no es por sí mismo una persona jurídica y por ello carece de capacidad para ser parte en un proceso. Esto es incontrovertible.

Pero dada la manera como el señor Alvaro Hernández Elicechea se presentó a la causa se desprende que intervino como propietario del establecimiento comercial, es decir, que no actuó —*motu propio*— el establecimiento sino su dueño o empresario.

No se pueden derivar mayores consecuencias de la manera como está concebido el poder que el Sr. Hernández Elicechea le confirió a un profesional del derecho. En este documento dice que obra como "Representante Legal de la firma Continental Films de Colombia", obviamente sin tener ese carácter por no ser dicho establecimiento una persona jurídica. Mas detrás del establecimiento está el verdadero mandante, es decir, su propietario. Por manera que debe entenderse que el poder lo confirió el propietario del establecimiento, quien es una persona natural y, como tal, capaz de ser titular de derechos y de contraer obligaciones. Lo anterior se explica de manera obvia porque los establecimientos de comercio actúan por intermedio de sus propietarios

o empresarios, sin que éstos adquieran por ello la representación legal de los mismos, pues los referidos entes no son personas jurídicas.

Lo acontecido con la forma como fue otorgado el poder para promover esta causa se puede comparar con el caso de que una persona natural, jurídicamente capaz, confiera un mandato en su condición de representante legal de sí misma, evento en el cual no se podría desconocer la personería sustantiva de esa persona natural, pues siendo claro que por sí misma no es persona jurídica, la alusión hecha en el anterior sentido resultaría inocua, sin dejar de ser, por lo mismo, persona natural.

De ahí que el Código de Comercio defina en el artículo 515 esta clase de establecimientos como "un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa", en armonía con el artículo 25 de la misma obra, conforme el cual "Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio".

Para efectos relacionados con el conocimiento público de los establecimientos de comercio el artículo 26 del Código de Comercio impone la obligación de que los comerciantes y los establecimientos en referencia se inscriban en el registro mercantil, así como también "todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exige esa formalidad".

En el presente asunto actuó la persona natural en cuyo favor se matriculó en el Registro Mercantil el tantas veces citado establecimiento de comercio, así hubiera constituido apoderado aduciendo ser, sin serlo, el representante legal de su establecimiento comercial, por no ser éste persona jurídica. Por este motivo lo mucho que expone la sentencia de la cual me aparto sobre los llamados presupuestos procesales, particularmente sobre la capacidad para ser parte, sobra porque en el caso *sub lite* es muy secundaria la afirmación hecha por el señor Alvaro Hernández Elicechea de ser el representante legal del establecimiento comercial "CONTINENTAL FILMS DE COLOMBIA".

En resumen, la causa fue decidida con rigorismo procesal y de esta manera no se profirió un fallo de mérito, como era procedente hacerlo. Se le dio preferencia a la ley adjetiva sobre la sustantiva siendo al contrario, según el artículo 4º del C.P.C. Así sucede bajo imperio del procesallismo.

Respetuosamente,

Mario Enrique Pérez

Bogotá, D. E., noviembre quince de mil novecientos ochenta y tres

HORAS EXTRAS EN EMPLEADOS PUBLICOS. — Prohibición establecida en el Decreto 3181 *de* 1968. *Sólo le reconoce ese derecho a los trabajadores oficiales; y a los empleados subalternos del Ministerio de Hacienda y de Crédito Público. Requisitos. Límites en el pago. Decreto* 1912 *de* 1973.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., noviembre dieciocho de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejera ponente: *Doctora Aydeé Anzola Linares*)

Referencia: Expediente Nº 8406. Resoluciones Ministeriales. Actor: Isnel Arteaga Salcedo.

Ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, el señor Isnel Arteaga Salcedo, por conducto de apoderado, instauró demanda haciendo uso de la acción de plena jurisdicción, para que previos los trámites legales pertinentes, se hicieran las siguientes declaraciones:

"1º Declárase nulo en lo pertinente el acto administrativo complejo integrado por las Resoluciones del Ministerio de Hacienda Nºs 13708 y 13709, expedidas el 20 de noviembre de 1975, en cuanto mediante este acto complejo se le reconoció al actor una suma inferior al 20% de sus acreencias por concepto de horas extras laboradas, quedando por tanto insoluto y pendiente más del 80% restante".

"2º Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad, ordénese el restablecimiento de los derechos del señor Isnel Arteaga Salcedo, y en consecuencia, condénese a la Nación (Ministerio de Hacienda) a reconocerle y pagarle totalmente estos valores: a) El porcentaje insoluto, superior al 80% del valor de las horas extras causadas por el actor durante el período comprendido entre el 18 de febrero de 1974 y el 2 de mayo de 1975 (para cubrir así el 100% a que tiene derecho el empleado). b) El reajuste general de todas las prestaciones sociales del demandante, de conformidad con el incremento salarial aludido en el precedente literal".

Los hechos en que se fundó el libelo son los siguientes:

"1º Actualmente el señor Isnel Arteaga Salcedo, desempeña en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el cargo de Oficinista III Grado 9, Sección de Liquidación de Impuestos Indirectos, de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá".

"2º El demandante fue trasladado provisionalmente en comisión al Aeropuerto Internacional de El Dorado de Bogotá, desde el 18 de

febrero de 1974 hasta el 2 de mayo de 1975, para desempeñar allí las funciones de Revisor de Pasaportes de los pasajeros que viajaban al exterior".

"3º Durante todo el tiempo que permaneció en la citada comisión, tuvo el actor que trabajar regularmente varias horas al día de trabajo suplementario (horas extras), según las necesidades del servicio y, obviamente, contando para cada caso con las autorizaciones previas de sus respectivos superiores".

"4º Por el tiempo en que estuvo trabajando horas extras en la comisión temporal, el Ministerio de Hacienda no le cubrió la correcta retribución salarial".

"5º A varios de los compañeros del actor que trabajaron en circunstancias similares a éste (v. gr. Humberto Leal, Gonzalo Alayón), el Ministerio de Hacienda sí les reconoció y pagó el valor de las horas extras que trabajaron durante el segundo semestre de 1973, conforme al procedimiento autorizado por el Decreto 114 de 1970 y por el 3131 de 1968, o sea siguiendo los lineamientos del C.S. del T. sin limitación de ninguna clase".

"6º El actor presentó según radicación del 11 de diciembre de 1975, una detallada y concreta reclamación de sus mencionados derechos insolutos, para agotar así la vía gubernativa".

"7º El Ministro de Hacienda expidió finalmente las Resoluciones Nºs 13708 y 13709, ambas del 20 de noviembre de 1975, en las que se le hacen al actor algunos reconocimientos pecuniarios por trabajo de horas extras durante 1974 (de febrero a diciembre) y 1975 (de enero a mayo), observándose empero que en tales providencias se toman como factores de liquidación presupuestos falsos, ya que toman arbitrariamente en cuenta sólo algunas de las horas extras diurnas trabajadas, no incluyen las horas extras nocturnas causadas ni tampoco las laboradas en días festivos. Aparte de esto, las liquidaciones hechas por la Administración adolecen de inexactitud material, por no corresponder sus cifras a los cómputos anunciados, ni mucho menos, al monto total de lo debido".

"8º Las resoluciones recién aludidas (Nºs. 13708 y 13709) no fueron notificadas al interesado con las formalidades de rigor, y además, dentro de la supuesta notificación de las mismas no se hizo mención alguna acerca de los recursos contra ellas procedentes".

"9º Las resoluciones acusadas solamente reconcen al actor un total de 588 horas extras por el período durante el cual estuvo trabajando en comisión, cuando en realidad el empleado laboró efectivamente un total de 3.395 horas extras durante ese lapso, incluyendo las diurnas, las nocturnas y las trabajadas en días festivos".

La síntesis del concepto de la violación, es la siguiente:

Que si bien es cierto que los actos acusados reconocen al demandante el valor de algunas horas extras por él laboradas, se basan en factores de liquidación materialmente inexactos, pues sólo le liquida y reconoce un número de horas discrecionalmente tomado, pues a pesar de haber trabajado un total de 3.395, solamente se le reconocen

588. Además se ha cometido un error de derecho en cuanto a que las resoluciones demandadas se apoyan para liquidar el tiempo suplementario, en lo previsto en el Decreto 1912 de 1973, en lugar de hacerlo con apoyo en normas reguladoras de la situación como son el Decreto 113 de 1970, 2161 de 1968, y Resolución 12449 de 1973 del citado Ministerio, por medio de la cual se aumentan sueldos de los empleados. Agrega que también se violó el ya citado Decreto 1912 de 1973 que fija el sistema de remuneración para los empleados de los Ministerios. Se configuró, en consecuencia una manifiesta desmejora en las condiciones salariales del accionante y una desviación de poder por parte de la administración.

Después de que se produjo concepto fiscal favorable parcialmente a las pretensiones del actor, el Tribunal del conocimiento, se pronunció así al desatar la controversia; "Sea lo primero hacer notar que aquí se demandan las resoluciones 13708 y 13709, de 20 de noviembre de 1975, originarias del Despacho del Señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, en cuanto dichos actos reconocen y ordenan pagar al demandante, la remuneración correspondiente a las horas extras o suplementarias laboradas por éste durante los años de 1974 y 1975... .....". Ahora bien, el reconocimiento y pago de las horas extras o del trabajo que sobrepasa el máximo de horas establecido para la jornada ordinaria, es preciso entenderlo en la Administración, como un derecho del empleado público, a recibir una contraprestación accesoria a su sueldo, que sólo tendrá lugar en determinadas circunstancias contempladas en la ley. El Decreto 3181 de 1968 prohibió, por regla general, el pago del trabajo excedente de la jornada ordinaria para los empleados públicos, reconociéndolo solamente para trabajadores oficiales; para los empleados subalternos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público que intervengan en la elaboración del presupuesto de Rentas y ley de apropiaciones; los Celadores que por consideraciones del servicio tengan que laborar traspasando el límite de la jornada legal de 8 horas. Este Decreto reprodujo la prohibición del trabajo suplementario, contenida en la Ley 148 de 1931".

"Pero durante el tiempo correspondiente a las actividades cumplidas por el actor, las cuales, por su índole especial no podían quedar sometidas al horario normal u ordinario, regía como norma especial, en materia de trabajo suplementario o extraordinario, el Decreto 1912 de 1973, que es del siguiente tenor:

"Cuando sea necesario realizar trabajo en horas distintas a la jornada ordinaria por razones urgentes del servicio, el Jefe del Organismo respectivo podrá autorizar descanso compensatorio o pago de horas extras, con sujeción a los siguientes requisitos:

a) El empleo deberá estar comprendido dentro de los niveles Auxiliar o Asistencial;

b) Deberá ser previamente autorizado por el Jefe del Organismo o su Delegado, mediante comunicación escrita en la cual se especifiquen claramente las actividades que se deben realizar;

c) El pago deberá autorizarse por resolución motivada expedida por el Jefe del Organismo y se liquidará de acuerdo con las disposiciones que regulan la materia en el Código Sustantivo del Trabajo, y

d) EN NINGUN CASO EL MONTO TOTAL DE LO PAGADO POR HORAS EXTRAS DURANTE EL MES PODRA EXCEDER EL 20% DE LA REMUNERACION CORRESPONDIENTE AL SUELDO MENSUAL".

"Así pues, conforme a lo probado en esta actuación, se tiene que la situación laboral del demandante se encuentra definida dentro de las circunstancias previstas en la norma transcrita, por cuanto el actor pertenecía a un nivel Auxiliar del Ministerio de Hacienda; estaba cumpliendo en el Aeropuerto el Dorado, actividades autorizadas por el Jefe respectivo, las cuales, por su naturaleza o carácter especial no podían cumplirse durante la jornada ordinaria y, finalmente, se trata de trabajo suplementario o extraordinario que fue reconocido y ordenado pagar por virtud de los actos acusados, pero en un número de horas y por un valor que resulta inferior a las pretensiones que tiene el trabajador".

"En efecto, en el libelo demandatorio se reclama el valor de 3.395 horas extras, en tanto que se afirma en este mismo documento, que los actos acusados sólo reconocen al demandante un total de 588 horas extras trabajadas. No se pide en cambio, en la demanda, el reconocimiento de descansos complementarios por el tiempo que no quedó cubierto con el porcentaje prefijado para el pago en dinero de las horas extras, en relación con el valor del salario correspondiente a la jornada ordinaria".

"En resumen, considera la Sala que el demandante tiene derecho a que la Administración le reconozca y pague el valor de las horas extras trabajadas, de acuerdo con las liquidaciones de tiempo de servicio extraordinario que aparecen en los documentos que obran a los folios 3 a 18 del expediente y, teniendo en cuenta el sueldo devengado por el empleado durante cada mes. Pero, el precio de este trabajo no podía ser liquidado de acuerdo con las normas que regulan esta materia en el C. S. del T., sino en la proporción que no sobrepase el límite del '20% de la remuneración correspondiente al sueldo mensual', toda vez que, en cuanto exceda de dicho tope, no es posible sino el reconocimiento del descanso compensatorio, como quiera que el pago en dinero, por encima del límite prefijado, se encuentra prohibido expresamente en el Decreto 1912 que reglamenta de manera especial y en forma total esta materia".

"Sólo que, al confrontar el número de horas liquidadas para cada mes, en los documentos que obran en el expediente, lo mismo que los datos que existen sobre el sueldo del demandante en los distintos períodos, con los datos que se anotan en las resoluciones acusadas, bien se advierte entonces, que la Administración incurrió en errores que determinan la procedencia de la declaración de nulidad solicitada, para que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, proceda a liquidar y pagar al demandante el valor de las horas extras cuya relación aparece en el expediente, sin que el monto total del precio de este trabajo suplementario, sobrepase el límite del 20% calculado sobre el sueldo mensual del demandante, conforme a lo previsto en el citado Decreto 1912 de 1973, aplicable al caso".

La Sala teniendo en cuenta que en realidad en el caso de estudio las normas aplicables son las contenidas en el Decreto 1912 de 1973 y

no las que se relacionan en la demanda y que la forma como fue aplicado en la sentencia es la correcta y que además en esta providencia se consulta, en un todo, la realidad que arroja el proceso, considera que es el caso de confirmarla en todas sus partes, sin necesidad de agregar otros argumentos para no incurrir en redundancia.

En mérito de las consideraciones anteriores, 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 en todas sus partes la sentencia consultada, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, de fecha 5 de noviembre de 1982.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 4 de noviembre de 1983.

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Orejuela Gómez.

Víctor M. Villaquirán., Secretario.

CAPITULO IV

RESOLUCIONES Y ACTOS DE OTRAS ENTIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN NACIONAL

COMISION DE PERSONAL DEL INTRA. ELECCION DE REPRESENTANTES. GARANTIA DE LOS DERECHOS SINDICALES.— El artículo 4º del Decreto Reglamentario 2045 de 1969, establece en forma perentoria un requisito previo para la expedición del reglamento para la elección de representantes de los empleados en la Comisión de Personal y es la audiencia con los representantes de los sindicatos legalmente autorizados.

El organismo o entidad oficial no puede entonces proceder a reglamentar la elección del representante de los empleados en la comisión de personal sin que se haya oído a los representantes de los sindicatos legalmente autorizados ante la respectiva entidad.

Nulidad de la Resolución 0325 del 13 de octubre de 1980, dictada por el Director General del Instituto Nacional del Transporte "Por lo cual se reglamenta la elección del representante de los empleados del Instituto Nacional del Transporte ante la de Personal del Instituto".

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda.— Bogotá, D. E., catorce de julio de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctor Ignacio Reyes Posada*)

Referencia: Expediente número 5172. Autoridades Nacionales

Actor: Fernando Dávila Villamizar y otros

El ciudadano Julio Villamizar Gómez, diciendo obrar en su nombre propio y también en representación de Fernando Dávila Villamizar, Gabriel Botero Tobón y Humberto Cabrera Amaya, en sus calidades de Presidente, Seretario General y Fiscal de la Junta Directiva Nacional del Sindicato de Empleados de Obras Públicas Nacionales, SINDOPNALES, y en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 66 del C. C. A., demanda la nulidad de la Resolución número 0326 del 13 de octubre de 1980 emanada de la Dirección General del Instituto Nacional del Transporte, por la cual se reglamenta la elección del representante de los empleados del Instituto Nacional del Transporte ante la Comisión de Personal del Instituto.

La demanda enumera los hechos que constituyen antecedentes de la acción propuesta, enumera las disposiciones violadas y da un extenso concepto de la violación.

Sin haberse obtenido concepto fiscal de fondo sobre la materia que debe dilucidarse, el proceso llega a estado de dictar sentencia, lo cual se hace previas las siguientes.

Consideraciones

El libelo acusa el acto demandado de ser violatorio de los artículos 17, 20, 26 y 44 de la Constitución Nacional; de los artículos 12, 353, 354, 366, 372 y 414 del Código Sustantivo del Trabajo; del Decreto Ley 2400 de 1968 en sus artículos 57, 58 y 61 y del Decreto Reglamentario número 2045 de 1968 en sus artículos 1º, 3º y 4º.

Analizados cuidadosamente cada uno de los cargos formulados la Sala encuentra sin fundamento los relativos a los artículos citados de la Constitución Nacional, del Código Sustantivo del Trabajo y del Decreto Ley 2400 de 1968, todas las cuales contienen garantías sociales, como el derecho de defensa y de asociación, en especial los derechos de asociación sindical y en lo que hace al funcionamiento de comisiones de personal tampoco se encontró que la reglamentación contenida en la Resolución acusada violara los artículos correspondientes del Decreto 2400 de 1968.

No ocurre lo mismo al analizar las normas del Decreto Reglamentario 2045 de 1969. En efecto, sus artículos 1º y 4º establecen:

"Artículo 1º. En cada organismo funcionará una comisión de personal integrada por el Secretario General, el Jefe de la Oficina Jurídica o quienes hagan sus veces en las diferentes entidades y un representante de los empleados, de conformidad con el artículo 57 del Decreto número 2400 de 1968. Actuará como Secretario el Jefe de Personal".

"Artículo 4º. Cada organismo expedirá, previa audiencia con los representantes de los Sindicatos legalmente autorizados, dentro de un término de 60 días contados a partir de la fecha de promulgación del presente Decreto, antes de la primera elección, un reglamento en que teniendo en cuenta el número de empleados, su distribución geográfica y demás modalidades del organismo se establezca entre otros aspectos":

"a) ...".

La última disposición transcrita establece en forma perentoria un requisito previo para la expedición del reglamento para la elección del representante de los empleados en la Comisión de Personal y es la audiencia con los representantes de los Sindicatos legalmente autorizados. El organismo o entidad oficial no puede entonces proceder a reglamentar la elección del representante de los empleados en la comisión de personal sin que se haya oído a los representantes de los sindicatos legalmente autorizados ante la respectiva entidad. Esta orden no puede ser irrisoria, sino estrictamente acatada por los organismos respectivos, pues no se concibe que disposición tan clara, expresa y positiva, pueda pretermitirse sin acarrear la condigna sanción que en este caso sería la nulidad del reglamento expedido con pretermisión del mandato analizado.

En el presente caso está probado en el expediente la existencia del Sindicato de Empleados de las Obras Públicas Nacionales, SINDOPNALES, con personería jurídica reconocida por el Ministerio del Traba-

jo, mediante la Resolución número 097 de 1961, enero 30, en cuyo artículo 1º se establece que "el Sindicato estará integrado por empleados al servicio de las Obras Públicas Nacionales y de los Institutos que el Gobierno adscriba al Ministerio de Obras Públicas que ingresen a él con los requisitos legales". El Instituto Nacional del Transporte es un establecimiento público adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transporte, de suerte que sus empleados pueden integrar el Sindicato de Empleados de Obras Públicas Nacionales, que, en consecuencia, tiene la representación de sus afiliados ante las directivas del Instituto Nacional del Transporte. Esto es, se trata de un Sindicato legalmente autorizado cuya audiencia previa era requisito esencial para la validez de la resolución que reglamentara la forma de elección del representante de los empleados de la Comisión de Personal del Instituto.

No cabe duda alguna para el intérprete más desprevenido que este requisito previo consagrado en el artículo 4º del Decreto Reglamentario 2045 de 1969 es el mecanismo encontrado por el legislador para garantizar los derechos de los organismos sindicales, consagrados en las normas constitucionales y legales. La pretermisión de este requisito conduce indirectamente a la violación de tales derechos, al desconocerse la representación legal que el Sindicato tiene de sus afiliados.

Ni en los considerandos de la resolución acusada ni en parte alguna del expediente aparece que la Dirección del Instituto Nacional del Transporte hubiera celebrado audiencia previa con los representantes del Sindicato de Empleados de Obras Públicas Nacionales, para dictar la resolución enjuiciada, luego es forzoso concluir que ella está viciada de nulidad, como habrá de declararse en la parte resolutiva de esta providencia.

En mérito de las consideraciones anteriores, 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:

DECLARASE la nulidad de la Resolución número 0325 del 13 de octubre de 1980, dictada por el Director General del Insituto Nacional del Transporte "Por la cual se reglamenta la elección del representante de los empleados del Instituto Nacional del Transporte ante la Comisión de Personal del Instituto".

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 24 de junio de 1983.

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares (Ausente), *Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.*

Víctor M. Villaquirán., Secretario.

CONTRIBUCION, IMPUESTO Y TASA. Diferencias. CONTRIBUCION DE LAS CAJAS DE COMPENSACION FAMILIAR PARA EL SOSTENIMIENTO DE LA SUPERINTENDENCIA DE SUBSIDIO FAMILIAR. El que intente una acción de nulidad deberá hacerlo como de plena jurisdicción. PRESUPUESTO NACIONAL. Artículo 208 *Constitución Nacional. El presupuesto de rentas deberá formularse anualmente junto con la ley de apropiaciones. Corresponde al legislador expedir las reglas o normas a las cuales debe sujetarse el Presupuesto General de rentas y la ley de apropiaciones. PRESUPUESTO DE LOS ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS NACIONALES. Es parte del presupuesto general de la Nación junto con el presupuesto nacional y por lo tanto deben ser expedidas ambas por el Congreso. PRESUPUESTO NACIONAL. Partes de que consta. AÑO FISCAL. ¿Cuándo comienza? PRESUPUESTO NACIONAL. Presentación al Congreso Nacional. Confección. SUPERINTENDENCIAS. PRESUPUESTO. Como organismos adscritos a los ministerios, tendrán que ceñirse a las disposiciones previstas en la ley general del presupuesto. SUPERINTENDENCIA DE SUBSIDIO FAMILIAR. Presupuesto y naturaleza de dicha entidad. Evolución.*

Declárase la nulidad de las Resoluciones 005 *de septiembre,* 023 *de* 29 *de septiembre y* 099 *de* 9 *de noviembre todas expedidas en* 1981, *por la Superintendencia de Subsidio Familiar.*

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera. — Bogotá, D. E., septiembre nueve de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctor Roberto Suárez Franco*)

Sesión del día 26 de agosto de 1983

Referencia: 3927.

Demandante: Caja Colombiana de Subsidio Familiar Colsubsidio.

I. Antecedentes

La Caja Colombiana de Subsidio Familiar-Colsubsidio, por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción consagrada en los artículos 62, 67 y 68 del C. C. A., ACUSO los actos administrativos contenidos en las Resoluciones 005 de 28 de septiembre y 023 de 29 del mismo mes y 099 de 9 de noviembre de 1981 originarias de la Super-

intendencia de Subsidio Familiar, por ser violatorias de normas superiores y haberse expedido con violación y abuso de poder".

Como hechos sustentatorios de la demanda, relata los siguientes:

"PRIMERO. Por Resolución número 023 de 29 de septiembre de 1981, la SUPERINTENDENCIA DEL SUBSIDIO FAMILIAR fijó a la Caja Colombiana de Subsidio Familiar —Colsubsidio— la suma de seis millones cuatrocientos ochenta y cuatro mil setecientos setenta y tres pesos con setenta y siete centavos (6.484.773.77) equivalente al medio por ciento (0.5%) del total de los aportes pagados por los empleadores a dicha entidad durante su último ejercicio, como contribución al sostenimiento de la Superintendencia correspondiente a mil novecientos ochenta y uno (1981), ordenando en su artículo 2º que esta contribución debería ser cancelada por la entidad mediante 'consignación a favor de la Superintendencia en la cuenta corriente del Banco Cafetero, sucursal Las Nieves, en Bogotá, D. E.

SEGUNDO. El artículo 3º ordenó notificar la resolución y advirtió que contra ella procedía únicamente el recurso de reposición, recurso que oportunamente ejercitó el representante legal de la entidad señor doctor Roberto Arias Pérez.

TERCERO. La Resolución número 099 de 9 de noviembre de 1981 se pronuncia sobre el recurso, que alcanza prosperidad parcial, siendo denegado en sus aspectos fundamentales.

CUARTO. Las Resoluciones 023 y 099 se generan de lo dispuesto por la Resolución 005 de 28 de septiembre de 1981.

QUINTO. Se encuentra agotada la vía gubernativa".

Cita como disposiciones violadas los artículos 1º, 3º y 6º, literales a), c), e) y l) y 19 de la Ley 25 de 1981, 30 y 76 literal 1º de la Constitución Nacional, 14 del C. S. del T., 27 del C. C., y 59 del C. de R. P. y M.

De las disposiciones citadas por el demandante como violadas omite luego, en el concepto de la violación, referirse a los literales b) y c) del artículo 6º de la Ley 25 de 1981, motivo por el cual no serán tenidos en cuenta para efectos de este fallo.

En primer término, analiza el actor la Ley 25 de 1981 por la cual se creó la Superintendencia de Subsidio Familiar, pero circunscribiéndose a los artículos 1º y 6º, luego se ocupa del estudio del artículo 19 de la misma ley en aquel aspecto en que consagra que las entidades sometidas a control de la Superintendencia "están obligadas a proveer, mediante contribuciones anuales" los gastos que ocasione el sostenimiento de la Superintendencia siendo obligaciones del Superintendente "fijar por anualidades tal contribución como un porcentaje a los aportes totales pagados por los empleadores según los balances de su último ejercicio". Explica luego lo que debe entenderse por año para los efectos de la disposición. Por último se concreta su análisis a la Resolución 023 de 1981; sobre este particular sostiene:

"Quiso la ley y así expresamente lo dispuso, que las entidades obligadas provean mediante contribución anual", que tal contribución se fije "por anualidades", que la base para señalarla sean "los balances del último ejercicio"; "que la Superintendencia debe establecer un presupuesto anual de ingresos y gastos", que tal presupuesto debe ser "previamente sometido a la aprobación del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social".

"El criterio para determinar y exigir que la contribución sea, anual, que se fije 'por anualidades', que la Superintendencia establezca un presupuesto anual de ingresos y gastos y que aquella se determine sobre la base del último ejercicio; debe tener un funcionamiento en la norma que no puede ser otro que la elaboración del respectivo presupuesto para cada una de las respectivas vigencias fiscales que se determinan 'anualmente', y el que se elabore sobre el balance del último ejercicio que de acuerdo a los mandatos legales y estatutarios conocidos o debidos conocer por la Superintendencia, se corta por anualidades a 31 de diciembre del respectivo año o ejercicio fiscal, y así igualmente lo ordenó como función del Superintendente en el literal l) del artículo 6º.

Se concluye que la contribución debe ser fijada por anualidades, que la obligación de contribuir lo es mediante contribución anual, y que el presupuesto debe elaborarse anualmente.

De conformidad con el artículo 59 del Código de Régimen Político y Municipal, 'por año y por mes se entienden los del calendario común', lo que también obliga a concluir que el 'año o la anualidad' se cuentan del 1º de enero al 31 de diciembre inclusive.

Finalidad de la contribución

Se hace necesario examinar cuál es la finalidad de esta contribución.

En los términos del artículo 19 se impone "para proveer los fondos necesarios para los gastos que ocasione el sostenimiento de la Superintendencia", o sea, que la causa, la finalidad y el objeto de la contribución, lo es en razón al sostenimiento del funcionamiento de tal entidad. No otra es su causa generadora ni la finalidad a que atiende. Si esta causa no existe, no se genera la obligación; si esta causa desaparece, desaparece la obligación. Consecuencia obligada es entonces que la contribución tiene realidad jurídica y exigibilidad, desde el momento en que sea necesario atender los gastos de funcionamiento de la Superintendencia.

Y precisamente con tal criterio se expide la Resolución 023 que en sus considerandos enuncia que la Superintendencia "debe fijar a cargo de las entidades sometidas a su vigilancia la contribución para proveer los recursos que su sostenimiento requiere"; "que la contribución debe establecerse por anualidades como un porcentaje de los aportes totales pagados por los empleadores a las entidades vigiladas según los balances de su último ejercicio",

procediendo a señalar la contribución correspondiente a la Caja Colombiana de Subsidio Familiar por la "anualidad de 1981".

"Violan los actos de la Superintendencia los artículos 1º, 3º, 6º numerales e) y l) y 10 de la Ley 25 de 1981 y 59 del Código de Régimen Político y Municipal, por cuanto su actuación desborda la atribución legal, carece de cause y han sido expedidos con abuso de poder produciendo lesión del interés particular.

El artículo 1º somete la organización y funcionamiento de la Superintendencia a las normas de la ley; el 3º le atribuye la inspección y vigilancia "con el propósito de que su constitución y funcionamiento se ajustan a las leyes, los decretos y los mismos estatutos internos de la entidad vigilada"; el 6º en su literal e), "definir para cada entidad vigilada, atendiendo lo prescrito en la ley, el límite máximo del monto anual... de los gastos administrativos", y, conforme al literal l) "liquidar la contribución que le corresponde a cada una de las entidades" para el presupuesto anual en los términos del artículo 19.

"Si el señalamiento de la contribución no se ajusta a los mandatos legales transcritos, o sea, a que aquella se señale por anualidad sobre los aportes totales según los balances del último ejercicio, se violan las disposiciones mencionadas y se violó lo prescrito por el artículo 59 del Código de Régimen Político y Municipal, pues se desborda el mandato legal. La facultad otorgada autoriza que la contribución se fije por anualidad, o sea, por períodos de un año, año que se entiende como año calendario y que corre del 1º de enero inclusive al 31 de diciembre inclusive, mas no de 9 de marzo a 8 de marzo pues no es este el año calendario conforme el mandato legal, ni la contribución puede tenerse como anual sobre el balance del último ejercicio.

"Se incurre en violación de las disposiciones señaladas por cuanto la finalidad de la contribución no corresponde. Si la Superintendencia inició su funcionamiento a partir del día 2 de septiembre de 1981, no puede liquidarse para el sostenimiento 'correspondiente a 1981', como tampoco puede por igual razón liquidarse a partir de la considerada anualidad comprendida entre el 9 de marzo de 1981 y el 8 de marzo de 1982 por cuanto tampoco se encontraba funcionando a partir del 9 de marzo de 1981.

"Si los gastos no corresponde, como en el caso presenta a una anualidad comprendida entre el 1º de enero al 31 de diciembre, deberá la contribución ajustarse a la proporción que encaje dentro de tal facultad, y no por el contrario excederla, o sea, como la simple lógica lo indica y la operación aritmética lo establece, a la parte proporcional de dicha anualidad. En cuanto no corresponda la contribución a su finalidad el acto excede la ley, desborda la facultad y se expide con abuso y desviación de poder.

"Se daría a la ley, en los términos del acto administrativo, un efecto retroactivo sobre y para situaciones que no están com-

prendidas en aquélla, que no se han causado, carecen de finalidad, ello sin tomar en consideración la necesidad y obligatoriedad impuesta por la misma ley, de presentar un estado real de gasto.

"SEGUNDO CARGO. Violación de los artículos 6º literales b) y c) de la Ley 25 de 1981; 30 y 76-1 de la Constitución, 14 del Código Sustantivo del Trabajo y 27 del Código Civil.

"FUNDAMENTACION. Violan los actos administrativos el artículo 30 de la Constitución por cuanto inciden en el campo de los derechos adquiridos, los cuales tienen en este campo el carácter de orden público y de irrenunciabilidad conforme al artículo 14 del Código Sustantivo del Trabajo.

"Producen los actos administrativos acusados una congelación de fondos o dineros que tienen por destinación legal una finalidad específica como prestación social, la cual puede ser por voluntad de la ley pagadera en dinero, en especie o en servicios (aa, 1-56 de 1973; y 1 y 5 Ley 21 de 1982), por lo cual dejan de producir los beneficios propuestos, beneficios que corresponden a quienes son sujetos del subsidio, que constituyen derechos adquiridos de carácter social, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Mucho menos podrán desconocerse estos derechos mediante actos administrativos que lesionen el interés de los particulares, congelen sin una finalidad legal los fondos del subsidio e impidan su normal utilización.

"Violan los actos administrativos el numeral 1º del artículo 76 y el 27 del Código Civil por cuanto constituye función del legislador la interpretación de las leyes, y por cuanto no existe oscuridad en el tenor literal de las disposiciones para que ellas vengan a ser interpretadas por la Superintendencia, que como entidad administrativa se encuentra obligada a cumplirlas y observarlas, estructurando sus actos sobre el principio de la legalidad y no sobre interpretaciones de equidad.

"A pesar de los razonamientos contenidos en los considerandos, de advertirse en las varias resoluciones que la Superintendencia inició su funcionamiento el 2 de septiembre de 1981 y de ordenarse la elaboración interna de un presupuesto anual cuya vigencia fiscal se señala entre el 9 y el 8 de marzo; las Resoluciones 023 y 099 liquidan el medio por ciento (0.5%) sobre la totalidad de los aportes recibidos por la Caja en el año de 1980 ajustando dicha liquidación a un presupuesto que no comprende el año calendario; no discrimina el gasto, no distribuye las partidas, no presupuesta la anualidad conforme al mandato legal y carece de aprobación por parte del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, y únicamente al decir de los considerandos, se extiende entre el 2 de septiembre de 1981 y el 8 de marzo de 1982 sin que presente una causación real.

"Si la contribución se liquida por anualidades como un porcentaje sobre la totalidad de los recaudos, el porcentaje deberá corresponder al gasto que deba causarse, lo cual implica para que

sea cierto aplicarlo a las mensualidades que lo requieran y a las necesidades que lo exijan. Si hubiere, por cuaquier razón, exceso en su señalamiento, el exceso no causado deberá reintegrarse al patrimonio de la entidad.

"Se ha liquidado a cargo de la Caja Colombiana de Subsidio Familiar —Colsubsidio— la suma de cuatro millones trescientos veintiocho mil doscientos treinta y tres pesos con cuarenta y siete centavos ($ 4.328.233.47), liquidación que lo ha sido sobre el total de los aportes recaudados en el año de mil novecientos ochenta (1980), como contribución correspondiente a la anualidad de mil novecientos ochenta y uno (1981), apareciendo demostrado de acuerdo al mismo texto de las resoluciones, que la Superintendencia inició su funcionamiento el día dos (2) de septiembre de mil novecientos ochenta y uno (1981).

"Ello implica que si la contribución ha sido liquidada sobre los aportes totales recaudados en el año de 1980; que si la contribución debe fijarse por anualidades (a. 19-25 de 1981) y definirse el límite máximo del monto anual de los gastos administrativos (a 6º-e-25 de 1981), pues la obligación es la de proveer mediante contribución anual los fondos necesarios para los gastos que ocasione el sostenimiento de la Superintendencia (a. 19-25 de 1981), y si la Superintendencia inició labores el día dos (2) de septiembre de 1981, únicamente han podido causarse gastos en la anualidad de 1981 por los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre. La contribución debe entonces liquidarse en correspondencia al gasto causado.

"Se tiene así que la contribución liquidada a cargo de la Caja Colombiana de Subsidio Familiar por la anualidad de 1981 sobre el total de los aportes recibidos durante el año de 1980 fue de $ 4.328.233.47, suma que debe dividirse por las mensualidades que conforman la anualidad (12), lo que arroja una suma mensual de $ 360.686.12. Como los gastos causados o el sostenimiento que debe cubrirse corresponde a cuatro (4) mensualidades, su total debe ascender a la suma de $ 1.442.744.48.

"Y si en gracia de discusión, el año calendario para la Superintendencia corre entre el 9 de marzo y el 8 de marzo, el máximo de la contribución llamada a liquidarse correspondería a seis (6) mensualidades, para un total de $ 2.194.116.72.

"No es válido el argumento de que únicamente se aplicó el medio por ciento (0.5%) sobre el total de los recaudos pues al señalar la ley un límite del uno por ciento (1%) no quiere decir que sea éste o aquel el que deba liquidarse, sino que la liquidación de la contribución está llamada a arbitrar los recursos 'necesarios' a su sostenimiento procurando 'el máximo beneficio individual de los trabajadores con derecho a la prestación social del subsidio familiar' definiendo el 'límite máximo de los gastos administrativos' (a. 6º-c) y nunca por el contrario lesionando los derechos a esta prestación social con violación de las normas acá citadas y de los artículos 30 de la Constitución y 14 del Código Sustantivo del Trabajo y contradiciendo el mandato del artículo

19 de la Ley 25 pues los fondos son los 'necesarios' con violación también de los artículos 1º, 2º y 3º de esta ley, pues es la Superintendencia la primera que debe someterse a la normatividad legal a fin de que se cumpla, y no por el contrario se lesione, la finalidad del subsidio".

2. *Los actos acusados*

Conforme al texto de la demanda, los actos acusados son los siguientes:

a) Resolución número 005 de 28 de septiembre de 1981, "por la cual se establece el presupuesto de ingresos y gastos de la Superintendencia de Subsidio Familiar para efectos de la liquidación de contribuciones a cargo de las entidades sometidas a su vigilancia".

Previos diversos considerandos su parte resolutiva se concreta a cuatro artículos: En el primero se calcula el cómputo de ingresos de la Superintendencia del Subsidio Familiar por la anualidad comprendida entre el 9 de marzo de 1981 y el 8 de marzo de 1982 específicamente con relación al período que se extiende entre el 2 de septiembre de 1981 y el término de la anulidad mencionada lo que arroja según la Superintendencia la suma de $ 45.663.507.36.

Mediante el artículo segundo se fija una suma igual para atender el presupuesto de gastos de la misma entidad.

En el artículo tercero se establece que lo contemplado en la resolución se entiende para efectos exclusivos de la liquidación de contribuciones a cargo de las entidades sometidas a la Vigilancia de la Superintendencia y en cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 6º literal l) de la Ley 25 de 1981, sin perjuicio de lo preceptuado en el artículo 5º del Decreto 294 de 1973 y demás normas orgánicas del Presupuesto Nacional.

En el artículo cuarto se determina el criterio que debe seguir la Secretaría General de la Institución y la Sección Administrativa para los efectos de la confección del presupuesto.

Por último, según el artículo 5º, la resolución regirá a partir de la fecha de la aprobación por el Concejo de Ministros.

b) Resolución 023 de 29 de septiembre de 1981, "Por la cual se fija la contribución a cargo de la Caja de Compensación Familiar —Colsubsidio—.

Consta de tres artículos, mediante el primero se fija tal contribución de tal institución en la suma de $ 6.484.737.77 que es el equivalente al 0.5% del total de los aportes pagados por los empleados de dicha entidad durante su último ejercicio, los artículos tercero y cuarto se refieren a la forma de pago, a la notificación y a los recursos respectivamente.

c) Resolución 099 de 9 de noviembre de 1981 por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Caja de Compensación Familiar, en el artículo 1º se niega la revocatoria solicitada por la

parte interesada; en el segundo se modifica la liquidación inicialmente practicada para reducir su monto a la suma de $ 4.328.233.47; el tercero confirma, en lo demás, la resolución recurrida, y, por el cuarto, se declara agotada la vía gubernativa.

3. Alegatos de las partes

La parte demandante, en su alegato de conclusión, se limita a reafirmar las argumentaciones expuestas en la demanda y a reiterar las súplicas en ella formuladas (folios 79 y 80).

La parte impugnadora propone en primer término, las excepciones de caducidad de la acción e ineptitud sustantiva de la demanda. Con respecto a la primera sostiene que el actor está reclamando contra un impuesto definitivamente liquidado, para lo cual consagra la Ley 107 de 1981 un juicio especial sobre impuestos en el Capítulo XXIII, cuya acción caduca a los tres meses (3) según el artículo 272 del C. C. A., después de realizada la operación defintiva.

En lo que hace alusión a la segunda afirma que estando consagrado en juicio especial para esta clase de reclamación, el hecho de no acatar el procedimiento indica claramente que la acción de plena jurisdicción acogida por el demandante implica que la demanda es inepta y que por lo mismo el juzgador no puede pronunciarse sobre ella.

Luego, la parte opositora, en su alegato impugna el asunto debatido y, con fundamento en disposiciones de la Ley 25, que cita, plantea argumentos para debatir las tesis de la parte demandante, en cuanto a la anualidad de la liquidación correspondiente al ejercicio presupuestal así como también lo relacionado con la liquidación correspondiente al año de 1981.

Concluye su alegato en los siguientes términos:

> "De todo lo anterior se concluye que en ningún caso la Superintendencia del Subsidio Familiar procedió al margen de la ley ni se excedió en la fijación de los aportes y, por lo tanto, el H. Consejero ponente debe rechazar por improcedente los pedimentos de nulidad de los actos administrativos tantas veces mencionados y, como consecuencia, el pretendido restablecimiento de su derecho".

4. Concepto Fiscal

El señor Agente del Ministerio Público sostiene en su concepto de fondo que, la *litis* en el presente proceso gira en torno al concepto de anualidad contemplado en las resoluciones acusadas, y para los efectos del presupuesto de gastos e ingresos de la Superintendencia de Subsidio Familiar".

Parte del supuesto inicial consistente en que las Superintendencias, en general, integran la Rama Ejecutiva del Poder Público en lo nacional, conforme al Decreto 1060 de 1968 (artículo 1º y 8º) lo que conduce a que deban someterse al Estatuto Orgánico del Presupuesto Nacional (artículo 1º Decreto Ley 294 de 1973).

Luego, con fundamento en el artículo 5º del Decreto 294 de 1973, el 59 de la Ley 4ª de 1913 y el 28 del C. C., concluye en los siguientes términos:

"Quiere lo anterior significar, y así ha de ser interpretado, que en tratándose de presupuesto, lo anual o anualidad ha de entenderse el período comprendido entre el 1º de enero y el 31 de diciembre, o año calendado. Pero es que además, de conformidad con las normas legales que sobre la materia están vigentes, la ejecución del Presupuesto se hace por doceavas partes, y si ello es así, la preparación de éste ha de hacerse o calcularse también por doceavas.

"Como el literal l) del artículo 6º de la Ley 25 de 1981, atribuciones del Superintendente, establece que éste ha de 'liquidar la contribución que le corresponda a cada una de las entidades sometidas a su vigilancia para proveer los ingresos correspondientes para su funcionamiento', teniendo como requisito indispensable la 'previa aprobación impartida por el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, al presupuesto *anual* de la Superintendencia del Subsidio Familiar' no entiende este Despacho cómo en uno de los considerandos de la Resolución 005 de 28 de septiembre de 1981, se establece una *anualidad* comprendida entre el 9 de de marzo de 1981 y el 8 de marzo de 1982, pretermitiendo claras disposiciones legales atinentes al Presupuesto de Gastos e Ingresos.

"Tampoco se comprende, cómo en el artículo 2º de tal resolución se establezca que 'para los efectos señalados en la parte motiva de esta providencia, con el fin de atender los gastos de la Superintendencia del Subsidio Familiar durante el período que se extiende entre el 2 de septiembre de 1981 y el 8 de marzo de 1982...'. Y se determina una suma de dinero como ingresos para atender gastos de funcionamiento e inversión de la Superintendencia, también cambiando el sentido del año fiscal y de lo que debe tenerse como anualidad.

Es por todo esto, que se repite en la otra resolución y se confirma en la última, que en sentir de esta Fiscalía deben prosperar las pretensiones de la accionante, por violaciones flagrantes a las normas invocadas como infringidas por las disposiciones acusadas.

"Para terminar, ha de expresarse que no le asiste razón a la impugnadora en cuanto a las excepciones propuestas —caducidad e ineptitud de la demanda—, habida consideración en el caso de la caducidad, que ella no tiene asidero jurídico, pues lo que se demanda es un acto administrativo expedido por un ente del orden nacional, cuya caducidad de conformidad con el artículo 83 del C.C.A., se configura en cuatro meses, y no de un impuesto definitivamente liquidado como lo cree la parte impugnadora, pues se trata de una contribución establecida por ley para el sostenimiento de una Superintendencia. Tampoco existe ineptitud de la demanda, pues ella se basa en que ha debido seguirse el juicio especial de impuestos como corolario del punto anterior.

"En cuanto al escrito para impugnar los cargos, no se entra al estudio de ellos, pues se basan en parte en lo ya argumentado por este Despacho, con lo cual se ratifica lo expuesto".

5. Consideraciones de la Sala

En primer término se ocupa la Sala de las excepciones propuestas por la parte impugnadora, consistente en la caducidad de la acción y en la ineptitud sustantiva de la demanda. Una y otra se las hace descansar sobre la tesis consistente en que, en el caso de autos, el demandante está reclamando contra "un impuesto definitivamente liquidado", para lo cual el C. C. A., contempla un juicio especial y una caducidad particular de tres meses.

Para la Sala es evidente que la contribución y el impuesto no son jurídicamente sinónimos. En muchos casos se ha considerado la contribución como el término genérico e impuesto y tasa específicos.

La propia Constitución, en su artículo 204, distingue los conceptos de contribución e impuesto.

Esta corporación, en reiterada jurisprudencia, ha establecido tal distinción; en efecto, en sentencia de 21 de noviembre de 1980, con ponencia del Consejero doctor Bernardo Ortiz Amaya sostuvo:

"Siendo por lo tanto tan sustancial las diferencias entre los impuestos y las contribuciones de valorización por una parte, con las tasas por la prestación de servicios, por la otra, no parece ajustado el derecho que los reclamos por la vía jurisdiccional contra los presuntos abusos o errores en la liquidación y cobro de dichos servicios por parte de las entidades oficiales, tengan que sujetarse al procedimiento de la acción especial de revisión de impuestos, pues los actos que constituyen esas liquidaciones y cobros y que sean materia de demanda, previo el debido agotamiento de la vía gubernativa, son susceptibles de ser anulados y de producir en consecuencia el restablecimiento del derecho que se considera conculcado, lo cual debe hacerse mediante el procedimiento establecido para las acciones de plena jurisdicción como ocurre en este caso.

(Sentencia de noviembre 21 de 1980. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Expediente 5554. Actor: Confecciones X-15 Limitada. Asuntos Municipales)".

La anterior jurisprudencia, que acoge la Sala, lleva a la conclusión de que en el caso *sub judice* la contribución de las Cajas de Compensación Familiar para el sostenimiento de la Superintendencia, no constituye propiamente un impuesto sino, como bien lo expresa en las resoluciones acusadas que implica una contribución, lo cual conduce a que quien intente una acción de nulidad deberá hacerlo como de plena jurisdicción. Si ello es así, no se configura la ineptitud sustantiva de la demanda en los términos propuestos por la parte actora, como tampoco se configura la caducidad de la acción, en razón de que el término de tres meses no es admisible aplicarlo en el caso *sub judice*.

En cuanto al aspecto de fondo, se tiene lo siguiente:

1º. Conforme a la Resolución 005 de 28 de septiembre de 1981 la Superintendencia de Subsidio Familiar estableció "el presupuesto de ingresos y gastos, para efectos de la liquidación de contribuciones sometidas a su vigilancia".

En uno de los párrafos de la parte motiva se expresa: "Que para los efectos de establecer un presupuesto anual de ingresos y gastos de la Superintendencia del Subsidio Familiar y liquidar las contribuciones a cargo de las entidades vigiladas es conveniente fijar las anualidades comprendidas entre el 9 de marzo de cada año calendario y el 8 de marzo del año calendario siguiente, de manera que se disponga de un plazo razonable para tomar como fundamento los balances del último ejercicio de cada entidad a 31 de diciembre.

Igualmente en otro de los apartes de la citada resolución se lee: "Que para que la primera anualidad, comprendida entre el 9 de marzo de 1981 y el 8 de marzo de 1982 es procedente efectuar los cálculos y los períodos por liquidaciones por el período que se extiende entre el 2 de septiembre de 1981, y el término de la anualidad mencionada".

Luego, en la parte resolutiva del citado acto se fijan los cómputos de ingresos de la Superintendencia por la anualidad comprendida entre el 9 de marzo de 1981 y el 8 de marzo de 1982, y comprendidos entre el dos de septiembre y el término de la anualidad mencionada en la suma de $ 35.683.507.36 proveniente de aportes de las entidades vigiladas y la suma de $ 10.000.000.00 como aportes del Presupuesto Nacional.

No obstante en la misma resolución se expresa que la fijación del presupuesto se entiende para los efectos exclusivos de la liquidación de las contribuciones a cargo de las entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia "sin perjuicio de lo preceptuado en el artículo 5º del Decreto 294 de 1983 y demás normas orgánicas del Presupuesto General de la Nación".

Si se analiza con detenimiento la resolución de cuyo estudio se viene ocupando la Sala, se llega a la conclusión, de que, en primer término, se establece como anualidad para calcular el presupuesto de rentas y gastos la comprendida entre los días 8 de marzo y el 9 del mismo mes del año subsiguiente: Pero, a renglón seguido se consagra que debe en todo caso ceñirse a lo dispuesto sobre el particular en el Decreto orgánico del presupuesto en lo que existe evidentemente una impugnidad.

Por otra parte, en el texto de la Resolución número 023 de 29 de septiembre de 1981, no se encuentra nada con respecto a la determinación del año que le sirvió como base para la liquidación de la contribución de la Caja de Compensación de Subsidio Familiar; tampoco se hace referencia a la Resolución 005 de 1981. Sin embargo, en la resolución 099 de 1981 se hace expresa mención, de que tanto ésta, como la que es objeto del recurso se tuvo como fundamento la Resolución 005 de 28 de septiembre de 1981, ello conduce a que para efectos de la liquidación practicada a la Caja Colombiana de Compensa-

ción Familiar se tuviera en cuenta el año comprendido entre el 9 de marzo del año siguiente, 1982, lo que por demás aparece expresado en tal acto.

De consiguiente, será menester entonces analizar si la Superintendencia de subsidio familiar podía, a *motu propio* tomar como año base para calcular su presupuesto de rentas y gastos el que fijó en las resoluciones mencionadas y al que se ha hecho mención en diversas oportunidades.

Dispone el artículo 208 de la Constitución Nacional que "El gobierno formará *anualmente* el Presupuesto de Rentas y junto con el proyecto de ley de apropiaciones, que deberá reflejar los planes y programas, lo presentará al Congreso en los primeros diez días de las sesiones ordinarias de julio".

A su vez el artículo 210 de la Carta consagra que "El Congreso establecerá las rentas nacionales y fijará los gastos de la Administración. En cada legislatura, y estrictamente de acuerdo con las reglas de la ley normativa, se expedirá el presupuesto General de Rentas y Ley de Apropiaciones".

De estas dos normas constitucionales, fluyen, entre otras, dos consecuencias: Que el presupuesto de rentas deberá formarse *anualmente* junto con la ley de apropiaciones, y que corresponde al legislador expedir las reglas o normas a las cuales debe sujetarse el Presupuesto General de Rentas y la ley de apropiaciones.

En este orden de ideas el Gobierno Nacional, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 17 de 1972 dictó el Decreto 294 de 1973 por el cual se expidió "el Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación".

Conforme al artículo 1º del Decreto citado, las disposiciones en materia presupuestal deberán ceñirse a las precisiones que en él se contienen. Y según el parágrafo del artículo 2º el presupuesto de los establecimientos públicos nacionales es parte del Presupuesto General de la Nación junto con el presupuesto nacional y por lo tanto deben ser expedidos ambos por el Congreso.

El Presupuesto Nacional, de conformidad con el artículo 3º del Decreto 294 de 1973, consta de diversas partes. Específicamente la primera hace relación al presupuesto de rentas que "contendrá la estimación de las que se espere conocer durante *el año fiscal.*

Por parte el artículo 5º del citado Decreto establece que el año fiscal comienza el primero de enero y termina el 31 de diciembre de cada año. Según el artículo 12 del mismo estatuto el cálculo de rentas que transfieran al presupuesto nacional las entidades descentralizadas se ejecutará de acuerdo al producto líquido del año fiscal inmediatamente anterior, y de acuerdo al producto bruto *en el caso de las Superintendencias.* (Subraya la Sala). Para tal efecto, estas entidades presentarán anualmente a la Dirección General de Presupuesto y al Departamento Administrativo Nacional de Planeación sus balances y sus estatutos de fuentes y aplicación de fondos y de pérdidas y ganancias".

Por lo demás el artículo 18 del Decreto orgánico del Presupuesto estatuye que, salvo disposición expresa en contrario, las únicas normas de este estatuto aplicables en forma directa a los Establecimientos Públicos son las contenidas en este capítulo. Las demás normas de este estatuto se aplicarán a ello sólo por vía de interpretación y analogía".

De la anterior disposición se tiene que el Presupuesto de los establecimientos públicos debe sujetarse a lo dispuesto en el Capítulo Cuarto del Decreto 294 de 1973, salvo disposición legal que contenga, en forma expresa, reglamentación específica distinta. En caso de que no exista reglamentación específica o que no se diga nada en los estatutos particulares del establecimiento público o en otras leyes especiales deberá recurrirse por vía de interpretación o analógica a las demás normas que conformen el Decreto orgánico del Presupuesto.

De consiguiente, el caso de autos tendrá entonces que recurrirse, en primer término, a las normas particulares que la ley 25 de 1981, o en su defecto a lo dispuesto por las normas contenidas en el capítulo IV del Decreto 294 de 1973 referente a "El Presupuesto de los establecimientos públicos nacionales o en últimas al resto de normas contenidas en el citado Decreto a las que podrá recurrirse por vía de interpretación o analogía".

El artículo 19 del estatuto orgánico prevee la manera como el gobierno debe presentar al Congreso, antes del 10 de septiembre de cada año, el proyecto de presupuesto de los Establecimientos Públicos Nacionales, el cual aprobado por el Congreso tiene fuerza de ley. Igualmente en la mencionada norma y en las subsiguientes se señalan pautas que deben tenerse en cuenta en la confección de presupuesto de los establecimientos públicos, y, en los artículos 22, 23, y 24 se establecen las directrices que se deben seguir para la ejecución del presupuesto, una vez aprobado por el Congreso.

Más adelante y en el capítulo relacionado con la preparación del proyecto de presupuesto, en el artículo 25, se estatuye que corresponde al gobierno preparar *anualmente* el proyecto de presupuesto nacional en forma que refleje los planes y programas según las disposiciones legales en vigor y el artículo 29 reza que el cómputo de las rentas que deben incluirse en el proyecto de presupuesto, tendrá por base el monto del reconocimiento de cada renglón de rentas, *durante el año fiscal* inmediatamente anterior, sin tomar en consideración el costo de su recaudo. El Gobierno podrá autorizar hasta en un 10% el cálculo de cada renglón de ingresos corrientes o disminuirlo en un treinta (30) por ciento, según las perspectivas económicas y fiscales que contemple para el año en que va a regir el presupuesto....

De lo hasta ahora expuesto se tiene entonces que el presupuesto nacional de rentas y la ley de apropiaciones se deben ceñir en su confección, y, en lo que al tiempo se refiere a una anualidad que equivale al año fiscal comprendido entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de cada año, salvo las contadas excepciones que la misma ley señala.

De consiguiente, todas las dependencias del Estado adscritas a un ministerio deberán confeccionar el proyecto de presupuesto, calculando de la manera más acertada que les sea posible el producido.

Las Superintendencias, como organismos adscritos a los ministerios, tendrán que ceñirse a las disposiciones previstas en la ley general del presupuesto. Sólo los establecimientos públicos están expresamente exonerados de someterse a tales disposiciones pero sólo cuando existan otras leyes particulares, o cuando en sus estatutos se prevea otra cosa. De lo contrario tendrá que someterse a lo contemplado en la normatividad general de la ley orgánica.

6. El caso de autos

En el caso debatido en autos se encuentra que la Superintendencia de Subsidio Familiar, fue creada mediante la Ley 25 de 1981, con personería jurídica propia y autonomía patrimonial. No obstante la designación que se le dio, adquirió realmente el carácter de establecimiento público.

Así lo sostuvo la Corporación a través de la Sala de Consulta cuando conceptuó:

> "De manera que, si por el objeto la Ley 25 de 1981 trató de instituir 'la Superintendencia de Subsidio Familiar', al reconocerle 'personería jurídica y patrimonio autónomo' creó un establecimiento público nacional adscrito al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social. No obstante esta conclusión que el artículo 1º de la Ley 25 de 1981 lo denomine 'Superintendencia', porque lo esencial es que le reconoce personería jurídica, patrimonio propio y relativa autonomía administrativa, conforme a lo prescrito por los artículos 5º del Decreto Ley 1050 y 2º inciso 2º del Decreto Ley 3130 de 1968. En un caso semejante, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia del 9 de junio de 1980, afirmó, con el criterio que sustenta la Sala, que 'la Superintendencia de Notariado y Registro es en virtud del artículo 1º del Decreto Ley 1659 de 1978 un establecimiento público, aunque así no lo denomine expresamente...' " (Consulta de 3 de noviembre de 1981. Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Radicación número 1599).

Esta situación perduró hasta cuando la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia proferida el 27 de mayo de 1982 declaró inexequibles varias de las disposiciones de la citada ley, particularmente aquella frase del artículo primero que expresaba "que tal entidad se constituía como unidad administrativa especial, esto es, con personería jurídica y patrimonio autónomo". Tal decisión entraña que esta entidad quedase ubicada dentro del concepto de Superintendencia expresada en el artículo 4º del Decreto 1050 de 1968 según el cual estas "son organismos adscritos a un ministerio dentro del marco de la autonomía administrativa y financiera que les señala la ley, cumplen algunas funciones que corresponden al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa y las que la ley les asigna".

Se tiene entonces que la Superintendencia de Subsidio Familiar creada por la Ley 25 de 1981, nació como establecimiento público, lo cual perduró hasta cuando la Corte Suprema de Justicia, declaró a la ley que así la concebía como inexequible, a partir de entonces se de-

finió su naturaleza como superintendencia adscrita al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social.

Las resoluciones acusadas fueron expedidas, todas ellas, cuando aún se hallaba integralmente vigente, el artículo 1º de la Ley 25 de 1981, que era del siguiente tenor: "Créase adscrita al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, la Superintendencia de Subsidio Familiar, como unidad administrativa, especial, esto es, con personería jurídica y patrimonio autónomo, cuya organización y funcionamiento se somete a las normas de la presente ley".

De consiguiente cuando aún participaba del carácter de establecimiento público, se expidieron las resoluciones acusadas, las que, conforme a doctrina reiterada de esta Corporación, y no obstante la declaratoria de inexequibilidad mantuvieron su vigencia.

Bajo la concepción de establecimiento público se tiene entonces que la Superintendencia, en la confección de su presupuesto debía ceñirse, en primer término, a sus estatutos y demás leyes particulares, en segundo a las normas específicas establecidas en el Decreto 294 de 1973 para los Establecimientos Públicos Nacionales previstas en el capítulo IV y en últimas, por las demás disposiciones reglamentarias del Presupuesto Nacional.

En el caso *sub judice* y en cuanto al régimen presupuestarial se tiene la Ley 25 de 1981 consagró en su artículo 19: "Las entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia de Subsidio Familiar, están obligadas a proveer, mediante contribución anual, los fondos necesarios para los gastos que ocasione el sostenimiento de la Superintendencia".

"El Superintendente fijará por anualidades tal contribución como un porcentaje de los aportes totales pagados por los empleadores a las entidades sometidas a la vigilancia, según los balances de su último ejercicio".

"La contribución que se imponga a cada entidad no podrá ser superior al 1% del respectivo total de aportes a que el inciso anterior se refiere".

La norma transcrita contempla de manera específica lo referente a la confección del presupuesto de la Superintendencia de Subsidio Familiar sólo expresa que las entidades sometidas a su vigilancia están obligadas a proveer, mediante contribución anual; agrega que corresponde al Superintendente fijar por "anualidades" tal contribución.

Se aprecia entonces el régimen general del presupuesto no se reforma por esta norma, ni por ninguna otra de la ley particular creadora de la Superintendencia, lo que lleva a la conclusión de que para la confección de su presupuesto de rentas y gastos tiene que ceñirse a los términos del artículo 18 del Decreto 294 de 1973, según el cual, salvo disposición expresa en contrario, las normas aplicables a los establecimientos públicos son las contenidas en el capítulo IV. Las demás se aplicarán por vía de interpretación o analogía, pero claro está cuando no haya disposición aplicable.

En el caso de autos, no existe disposición alguna que justifique que la Superintendencia pueda variar el año fiscal como base para el cálculo de sus ingresos y gastos; antes por el contrario, de la forma como aparece redactado el artículo 19 frente a las normas orgánicas del presupuesto nacional, se encuentra que tal norma se compagina perfectamente en sus alcances a lo previsto por las normas pertinentes del presupuesto, vale decir, que el cálculo de sus rentas y gastos debe ajustarse al año fiscal comprendido entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de cada año.

Mal podía por una simple resolución del Superintendente modificar las normas pertinentes contenidas en el Decreto Ley 294 de 1973 y lo previsto en el artículo 19 de la Ley 25 de 1981.

De consiguiente y por razones análogas a la anterior, la liquidación practicada, para el año de 1982, adolece de ilegalidad por cuanto se tomó el año de 8 de marzo a 9 de marzo del año siguiente, con lo cual se incurre en violación semejante a la anterior. No obstante la Superintendencia obró bien en cuanto la confección del presupuesto para el año de 1981 en aquél aspecto en que se fijó el día 2 de septiembre tal como se expresa en la Resolución 099 (folio 8), como inicial para efectuar los cálculos y liquidaciones correspondientes a la primera anualidad.

De consiguiente la fecha inicial la considera esta Corporación correcta, mas no la fecha de finalización que ha debido ser el 31 de diciembre.

De lo hasta ahora expuesto se tiene que las resoluciones acusadas violan los artículos 6º literales c y l y 19 de la Ley 25 de 1981, por cuanto no se les dio a los actos acusados un alcance que legalmente no tienen.

También indirectamente se vulneró el numeral 1º del artículo 78 de la Carta, en razón de que sólo a través de una ley, o un Decreto que tenga tal fuerza, podrá modificarse las normas que regulan el presupuesto nacional y en el caso de autos ello se hizo a través de una simple resolución del Superintendente de Subsidio Familiar.

No es menester entonces entrar a considerar las demás violaciones propuestas por la parte actora por cuanto con las anteriores es suficiente para que las pretensiones de la demanda deban prosperar.

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

Falla:

1º. Declárase la nulidad de las Resoluciones 005 de 28 de septiembre, 023 de 29 de septiembre y 099 de 9 de noviembre todas expedidas en 1981, por la Superintendencia de Subsidio Familiar.

2º. Procédase por la Superintendencia de Subsidio Familiar a practicar una nueva liquidación, con relación a la Caja de Compensación de Subsidio Familiar —Colsubsidio— en lo que respecta a la cuota que dicha caja debe aportar a la Superintendencia, para el año de 1981.

3º. Si resultare diferencia a favor de la entidad demandante, deberá devolverse a ésta dentro del término previsto en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo.

Cópiese y notifíquese.

Sesión del día 26 de agosto de 1983.

Mario Enrique Pérez Velasco, Samuel Buitrago Hurtado, Jacobo Pérez Escobar, Roberto Suárez Franco.

Lorenzo Rojas Surmay., Secretario.

INVERSIONES FORZOSAS DE LOS AUMENTOS DE LAS RESERVAS TECNICAS. COMPAÑIAS DE SEGUROS Y DE REASEGUROS DE VIDA. SOCIEDADES DE CAPITALIZACION. Diferencias entre esas compañías, desde el punto de vista de las garantías exigidas por la ley y en especial sobre la forma de computar sus reservas técnicas y las inversiones forzosas que deben hacerse. (Decreto 2165 de 1972. Decreto 2812 de 1978. Decreto 548 de 1973 y Decreto 1523 de 1974). INVERSIONES Y FORMA DE HACERLAS.

Declárase la nulidad de la palabra "EXCLUSIVAMENTE" contenida en el párrafo de la Circular Externa DAB número 056 de mayo 11 de 1979 dictada por la Superintendencia Bancaria.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., septiembre dieciséis (16) de mil novecientos ochenta y tres (1983)

(Consejero ponente: *Doctor Bernardo Ortiz Amaya*)

Referencia: Expediente número 7746. Actor: Gonzalo Vargas Rubiano. Nulidad y suspensión provisional. Circular Externa DAB número 056 de 11 de mayo de 1979 de la Superintendencia Bancaria. Autoridades Nacionales.

El ciudadano abogado Gonzalo Vargas Rubiano en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, formuló demanda ante esta Corporación para obtener la nulidad de un párrafo de la Circular externa DAB número 056 de mayo 11 de 1979, originaria de la Superintendencia Bancaria, por medio de la cual comenta e intenta interpretar los términos del artículo contenido en la Ley 16 de marzo 30 de 1979, que estableció un régimen de inversiones forzosas para las compañías de seguros y de reaseguros generales y dictó otras disposiciones.

El párrafo cuestionado por el demandante es el que se transcribe a continuación y que considera violatorio del artículo 4º de la Ley 16 de 1979 comentada:

> "En el caso de que por disminución de las reservas se presenten excesos en la inversión, de conformidad con el inciso 2º del artículo 4º, éstos podrán transferirse entre las Compañías de Seguros Generales y las de Reaseguros Generales, exclusivamente, toda vez que las compañías de Seguros de Vida y Sociedades de Capitalización se rigen para la inversión por el Decreto 2812 de 1978, que exige que los Bonos de Vivienda Popular sean adquiridos directamente en el Instituto de Crédito Territorial".

A su vez el artículo 4º de la mencionada ley dice lo siguiente:

"Artículo 4º. Autorízase al Instituto de Crédito Territorial para emitir títulos de deuda pública denominados Bonos de Vivienda Popular, que deberán ser adquiridos por las Compañías de Seguros y de Reaseguros generales en la tesorería de la entidad, para dar cumplimiento a la obligación que se establece en la presente ley.

"Los Bonos de Vivienda Popular, provenientes de transacciones entre las compañías obligadas a adquirirlos, cuando éstas presenten excedentes de títulos, se considerarán como inversión forzosa para los efectos de esta ley.

"El producto de la colocación de los referidos bonos será destinado por el Instituto de Crédito Territorial a la construcción y el mejoramiento de vivienda popular".

Como concepto de violación expresó:

"El pasaje impugnado de la Circular 056, en el evento de que por disminución de las reservas técnicas se presente exceso en la inversión que obligatoriamente las compañías aseguradoras deben hacer en títulos representativos de deuda pública, ordena que los Bonos representantivos de tal exceso no podrán transferirse sino *exclusivamente entre las compañías de Seguros Generales y las de Reaseguros Generales*. Y excluye de dicha posibilidad a las *compañías de seguros de vida y a las sociedades de Capitalización* con el argumento de que estas últimas deben adquirir los Bonos de Vivienda Popular *'directamente'* en el Instituto de Crédito Territorial.

"Salta a primera vista que la circular establece una distinción entre las Compañías de Seguros Generales y las de Reaseguros Generales, de una parte, y las de seguros de Vida y Sociedades de Capitalización de la otra. Para las primeras sí concede autorización a efecto de que entre ellas se transfieran los sobrantes de inversión. Al paso que las niega para las segundas.

"Esta distinción no aparece en parte alguna del artículo 4º de la Ley 16 de 1979, que es precisamente la norma que la Superintendencia Bancaria pretende interpretar. Y es bien sabida la existencia de un principio universal de derecho: donde la ley no distingue, no es lícito al intérprete distinguir, consignado por los romanos en la locución latina: *ubi lex non distinguir, nec non distinguere debemus.*

"Patentiza aún más la sinrazón de la diferencia que la Superintendencia establece extralegalmente entre las compañías de Seguros Generales y de Reaseguros Generales de un lado, y las Compañías de Seguros de Vida y Sociedades de Capitalización, del otro, lo siguiente:

"Dice el parágrafo acusado que los excesos de inversión podrán transferirse *exclusivamente* entre las Compañías de Seguros Generales y las de Reaseguros Generales, 'toda vez que las compañías de Seguros de Vida y las de Seguros de Capitalización

se rigen para la inversión —subrayo— *por el Decreto* 2812 *de* 1978, *que exige que los Bonos de Vivienda Popular sean adquiridos directamente en el Instituto de Crédito Territorial'* ".

Pues bien:

"Basta leer con algún detenimiento el artículo 4º de la Ley 16 de 1979 para apreciar que ésta textualmente ordena también a las Compañías de Seguros Generales y de Reaseguros Generales adquirir los Bonos de Vivienda Popular '*directamente en la Tesorería de la entidad,* (Inscredial) para dar cumplimiento a la obligación que se establece en la presente ley'. (también es mío lo subrayado).

"De manera que estando obligadas todas las cuatro especies de Compañías de que se viene hablando a adquirir los Bonos *directamente* en la Tesorería del Inscredial, rompe la lógica transmitir, o mejor permitir la transferencia de los sobrantes exclusivamente para dos de ellas (las de Seguros Generales y las de Reaseguros Generales) y en cambio prohibir tal transferencia a las otras dos (las de Seguros de Vida y las de Capitalización).

"Por consiguiente, la orden impartida por la Superintendencia Bancaria viola directamente el artículo que pretende interpretar (el 4º de la Ley 16 de 1979), al hacerle establecer una distinción que éste no establece en manera alguna, distinción que va contra el expreso texto legal, que ciertamente habilita la transferencia de los bonos sobrantes de inversión '*entre las compañías obligadas a adquirirlo*'. Es decir, entre todas las cuatro especies de que se ha venido hablando pero no entre dos únicamente.

"Acontece que la obligación legal consistente, para las compañías Aseguradoras, en adquirir *directamente* en la Tesorería del Inscredial la cantidad necesaria para cubrir el porcentaje obligatorio de sus reservas técnicas. Pero cuando éstas decrecen, se presenta un sobrante del cual pueden disponer las compañías que ostentan superávit transfiriéndolo a aquellas otras compañías deficitarias. Porque el mismo precepto infringido proclama que cuando se presentan excedentes de títulos las transferencias de estos 'se considerarán como inversión forzosa para los efectos de esta ley' (Ley 16 de 1979).

"Ni siquiera cabría la interpretación que la Superintendencia hace dentro de la potestad reglamentaria que al Presidente de la República asiste en virtud del artículo 120 numeral tercero de la Constitución Nacional. Porque en armonía con la doctrina uniforme de los tratadistas y la jurisprudencia común de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, el reglamento no puede traspasar el marco de la norma reglamentada, ni hacerle decir cosas que ésta no dice y muchísimo menos, como en el presente caso, estrellándose contra el propio texto legal. Si al Presidente de la República, suprema autoridad administrativa, le estaría vedado interpretar la ley de semejante manera, muchísimo más a entidad jerárquicamente inferior, no obstante su encumbrada categoría.

"La distinción que hace la Superintendencia, hoy por hoy, solamente podría hacerla el legislador mediante ley reformatoria del precepto contenido en el artículo 4º de la Ley 16 de 1979. Pero mientras esto no ocurra, no puede la Superintendencia torturar el texto legal para encontrar en él distinción que ni real ni virtualmente establece".

Simultáneamente solicitó la suspensión provisional, y el Consejero conductor del proceso mediante providencia del 11 de marzo de 1981, confirmada por la Sala de Decisión el 8 de mayo del mismo año, decretó la suspensión provisional de la palabra "exclusivamente" contenida en el párrafo acusado, por considerar que la violación alegada sólo era patente por la utilización del mencionado término, que no fue consagrado en la ley comentada.

La Superintendencia Bancaria por medio de apoderado judicial se hizo presente para impugnar la acción y solicita que se nieguen las peticiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:

"Considera el demandante que el párrafo de la Circular ya transcrito, viola el artículo 4º de la Ley 16 de 1979 por cuanto en su concepto en el evento de que por disminución de las reservas técnicas, se presenten excesos en la inversión, que las compañías aseguradoras están obligadas a efectuar en títulos de deuda pública, esa Circular ordena que los Bonos representativos de tal exceso no sean transferidos sino exclusivamente entre las compañías de Seguros Generales y las de Reaseguros Generales, excluyendo la posibilidad de celebrar la aludida transacción a las compañías de Seguros de Vida y a las Sociedades de Capitalización estableciendo una distinción entre Compañías de Seguros Generales y Reaseguros Generales, de una parte, y las de Seguros de Vida y Sociedades de Capitalización de la otra, distinción ésta que según el demandante no aparece en parte alguna del artículo 4º de la Ley 16 de 1979. Mal podría aparecer, por cuanto la aludida ley, como su encabezamiento lo dice, fue para disponer "unas inversiones forzosas a cargo de las Compañías de Seguros y Reaseguros Generales y se dictan otras disposiciones", no para las Compañías de Seguros en general, puesto que como más adelante se explicará, el régimen legal de las Compañías de Seguros Generales y Reaseguros Generales debe tener origen en el Congreso de la República, en tanto que el mismo régimen de las Compañías de Seguros de Vida y Capitalización compete, como Compañías que captan y manejan ahorro privado, al ejecutivo. Valga una ampliación del tema:

"a) Al respecto es de vital importancia establecer las diferencias existentes entre las Compañías de Seguros y Reaseguros Generales y Compañías más especializadas, sometidas a un régimen jurídico y contable totalmente distinto, pues como lo anota atinadamente el Honorable Magistrado sustanciador en el auto admisorio de la demanda:

" 'Desde el punto de vista técnico, tanto los expertos en seguros en sus diferentes tratados, como la propia legislación han

establecido una diferencia sustancial entre las compañías de seguros y reaseguros generales y las compañías más especializadas como las de seguros y reaseguros de vida, que *se hallan sometidas a un régimen diferente desde el punto de vista de las garantías exigidas por la ley y en especial sobre la forma de computar sus reservas técnicas y las inversiones forzosas que deben hacerse'* ". (El subrayado es nuestro).

"Teniendo presente, este diverso tratamiento a que se hallan sometidas las Compañías Aseguradoras, el legislador, ya material en el caso de la regulación de las inversiones forzosas de las sociedades de capitalización y Compañías de Seguros de Vida, considerando que a partir de la reforma de 1968, es prerrogativa propia y exclusiva del Presidente de la República intervenir por medio de decretos 'autónomos o reglamentos constitucionales, en las actividades de personas naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo, aprovechamiento o inversión de los fondos provenientes del ahorro privado, según las voces del extinto ordinal 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional, derogado por el artículo 32 del Acto Legislativo número 1 de 1979, pero prorrogada la misma facultad al ejecutivo por un período de dos años por el literal i) del artículo 63 *ibídem* o formalmente como con relación a las inversiones y a la forma de hacerlas por parte de las compañías de Seguros Generales y Reaseguros Generales que no tienen por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado, por cuanto el asegurador no cobra sino la prima pura o de riesgo para constituir la prima comercial y por lo tanto el Gobierno en ejercicio de la facultad constitucional antes aludida no tiene autoridad para regularlas, ha sido consecuente con estas distancias que las separan dictando diversos decretos, tales como el 2812 de 1978 relativo únicamente a las Compañías de Seguros y Reaseguros de Vida y Sociedades de Capitalización, el 1523 de 1974, el 548 de 1973, etc.

"De manera que fue el mismo poder soberano del Estado, a través del Ejecutivo o del Legislativo, quien se encargó, según la atribución constitucional propia, de fijar los términos de referencia de una y otra clase de compañías de seguros.

"b) El Decreto 2812 de 1978, regulador de las inversiones forzosas de las Compañías de Seguros de Vida y Capitalización determinó en forma expresa y por primera vez, la obligación para tales Compañías de adquirir los bonos de Vivienda Popular, directamente en la Tesorería de la entidad emisora. Dice así:

" 'El Presidente de la República de Colombia en ejercicio de las facultades que le confiere el ordinal 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional,

" *'Decreta*

" 'Artículo 1º Para dar cumplimiento a la obligación establecida en los Decretos 2165 de 1972, 548 de 1973 y 1523 de 1974, las inversiones forzosas sobre los aumentos que registren las ci-

fras de las reservas técnicas según los balances trimestrales de las compañías de Seguros de Vida, de Reaseguros de Vida y de las Sociedades de Capitalización, deberán efectuarse mediante la adquisición directa de los Bonos de Vivienda Popular' en la Tesorería del Instituto de Crédito Territorial".

"La norma, se dedica a regular el *fenómeno de la inversión forzosa sobre los aumentos que registren las cifras de las reservas técnicas,* asunto éste que debe tenerse muy en cuenta y muy presente, en lo atinente al cotejo que realizó el demandante, de esta norma con el artículo 4º de la Ley 16 de 1979, y la circular acusada pretendiendo unificar el régimen de la Ley 16 de 1979 y del Decreto 2812 de 1978, cuando por el contrario el decreto en referencia no menciona y aún menos regula el fenómeno de los excesos en la inversión provenientes de una disminución en las reservas técnicas.

"Sentado el precedente de que la norma antes referida no trató el punto relativo a los excesos de inversión forzosa en títulos de deuda pública provenientes de la disminución de las reservas técnicas, y de que tampoco previó procedimiento alguno para la transacción de dichos títulos, y en razón de que se trata de entes jurídicos sometidos a estatuto excepcional, no podían realizar negociación alguna con otras Compañías de Seguros sobre los bonos excedentes. Cómo habría podido entonces el artículo 4º de la Ley 16 de 1979 referirse a las Compañías de Seguros de Vida y Capitalización, si éstas no tenían capacidad jurídica para efectuar tales transacciones?

"Los tratadistas del Derecho Mercantil, siguiendo todos la misma orientación, han enfatizado al respecto, y sin necesidad de verificarlo repetidamente, basta citar la mención que hace el actor Ramón E. Madriñán cuando afirma en lo atinente a las entidades sujetas a la inspección y control de la Superintendencia Bancaria que:

" 'Invierten su régimen privado de conducta (artículos 1602 del C. C., y 4º del C. de Co.) por el *reglado* típico del derecho público (artículo 63, Constitución Nacional)' (1).

(1) Madriñán de la Torre, Ramón Eduardo. "Principios de Derecho Comercial", Editorial Temis, Bogotá, 1980.

"De manera pues, que la actividad de las sociedades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria es reglada y escapa por completo a la aplicación del principio representativo del más puro racionalismo según el cual 'Todo lo que no está prohibido, está permitido'. Es así que ninguna disposición referente a las Compañías de Seguros de Vida, Reaseguros de Vida y Sociedades de Capitalización, hasta la fecha de la expedición de la Circular DAB número 056, les permitía realizar ningún tipo de transacciones con los títulos provenientes de excesos en la inversión, luego la Circular DAB número 056 de 1979 al impartir instrucciones a las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria para el debido cumplimiento de la Ley 16 de 1979 (que de-

termina el régimen de inversiones forzosas a cargo de las Compañías de Seguros y Reaseguros Generales) les estaba vedado por completo permitir la realización de este tipo de transacciones por dos motivos:

"i) El vacío legislativo existente en lo tocante a los excesos de inversión que por disminución de las reservas técnicas presentaron las Compañías de Seguros de Vida, Reaseguros de Vida y Sociedades de Capitalización, ya que el Decreto 2812 de 1978 *únicamente estipulaba* la adquisición de los 'Bonos de Vivienda Popular' directamente en la Tesorería del Instituto de Crédito Territorial.

"ii) La Superintendencia Bancaria al expedir la Circular tenía que procurar, el debido cumplimiento de la ley, calibrando su ámbito de aplicación por el órgano de procedencia (el legislativo en este caso, pues es de su competencia) y no extender sus efectos a las Compañías de Seguros de Vida, Reaseguros de Vida y Sociedades de Capitalización, que según hemos visto son objeto de regulación dictada exclusivamente por parte del Presidente de la República en uso de las facultades que hoy le confiere el literal i) del artículo 63 del Acto Legislativo número 1 de 1979.

"Es ineludible antes de proseguir con el análisis de los cargos, poner de manifiesto cómo el tiempo y la sana interpretación de las normas referentes a la inversión forzosa que deben hacer las Compañías Aseguradoras, vinieron a patentar la claridad meridiana con que la Superintendencia Bancaria interpretó, según sus atribuciones propias (y no legisló, ni distinguió donde la ley no distingue, según los términos de la demanda) la Ley 16 de 1979, referentes a las transacciones que podían celebrarse entre las Compañías de Seguros y Reaseguros Generales, teniendo por objeto los excedentes en la inversión provenientes de una disminución en las reservas técnicas.

"Tan ajustados a la realidad son los hechos y razonamientos expuestos, que el Presidente de la República en ejercicio de las facultades que le confiere el literal i) del artículo 63 del Acto Legislativo número 1 de 1979, dictó el Decreto 1645 de junio 30 de 1981, por cuanto se hacía necesario determinar la forma de negociar los títulos de deuda pública que resultaran como exceso de Inversión Forzosa, de las Compañías de Seguros de Vida y Capitalización, en los siguientes términos:

" 'Artículo 1º Cuando las Compañías de Seguros de Vida, Reaseguradoras de Vida y las Sociedades de Capitalización presenten excedentes en 'Bonos de Vivienda Popular', podrán realizar *exclusivamente* entre ellas transacciones con el fin de cumplir la inversión obligatoria señalada en las normas legales' (El subrayado es nuestro).

"Indispensable es deducir del texto transcrito que por primera vez se les permite a las Compañías de Seguros de Vida, Reaseguradoras de Vida y Capitalización, efectuar transacciones con los excedentes de bonos de vivienda popular que están obligadas a adquirir como inversión forzosa, y que ha sido intención del legis-

lador que dichas negociaciones tengan lugar únicamente entre las Compañías sometidas a regulación del ejecutivo, por cuanto son las únicas también que entran en la esfera de su competencia, y excluye expresamente a las demás compañías que tienen su propio régimen legislativo" (Ley 16 de 1979).

"Se hace patente hoy más que nunca, el error en que incurrió el demandante al creer que el artículo 4º de la Ley 16 de 1979, presentaba una posibilidad para todas las Compañías de Seguros obligadas a adquirir Bonos de Vivienda Popular por cuanto esta disposición se dictó exclusivamente para las Compañías de Seguros Generales y Reaseguros Generales, tal como vino a confirmar lo la expedición del Decreto 1645 de junio 30 de 1981.

"Por su parte, el Decreto 2812 de 1978, artículo 2º consagró:

" 'Artículo 2º La Superintendencia Bancaria vigilará el cumplimiento de los requisitos fijados en el artículo anterior...' ".

"c) De qué otra manera podría haber cumplido más legal y fielmente el artículo 2º del Decreto 2812 de 1978 que, impidiendo celosamente una indebida intromisión de legislativo (Ley 16 de 1979) en materias que la mismísima Carta le confiere, actualmente al Presidente de la República.

"d) Reafirmando nuevamente lo antes expuesto, es imprescindible señalar de una vez por todas las diferencias entre los modos de adquirir los 'Bonos de Vivienda Popular' y otros tópicos.

"i) Para las Compañías de Seguros y Reaseguros Generales se aplica lo dispuesto en la Ley 16 de 1979, que en su artículo 4º contempla la posibilidad para esas compañías de adquirirlos directamente en la Tesorería del Instituto de Crédito Territorial.

"Así mismo, su inciso 2º dispone que:

" 'Los Bonos de Vivienda Popular' provenientes de transacciones entre las Compañías obligadas a adquirirlos, cuando éstas presenten excedentes de títulos, se consideran como inversión forzosa para los efectos de esta ley".

Incluye de esta manera la posibilidad para las Compañías de Seguros y Reaseguros Generales de realizar este tipo de transacciones, pero exclusivamente entre ellas, pues la armonía es principio prioritario de sana interpretación, considerando que al hablar el inciso de los "Bonos de Vivienda Popular", calificados éstos por su origen cuando dice:

" '...provenientes de transacciones...:

"Incurre, por tanto el intérprete en tremendo error cuando hace extensiva la frase '...entre las Compañías obligadas a adquirirlos..." a todas las Compañías Aseguradoras mencionadas, pues desconoce por completo la calificación que la ley impone a esos bonos, y que no es otra que la *procedencia de transacciones,* para lo cual según lo ya expuesto sólo estaban facultadas las Com-

pañías de Seguros y Reaseguros Generales hasta la expedición del Decreto 1645 de 1981.

"ii) Para las Compañías de Seguros de Vida, Reaseguradoras de Vida y Sociedades de Capitalización, se aplica lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 2812 de 1978, que facultó a esas Compañías para adquirir bonos directamente en la tesorería de la entidad ya aludida.

"Para efectos de las transacciones, cuando presenten excedentes en la inversión les estaba prohibido, hasta la expedición del Decreto 1645 del 30 de junio de 1981, que limitó la realización de esas transacciones entre las Compañías de Seguros de Vida, Reaseguros de Vida y Sociedades de Capitalización.

"e) Es conveniente anotar además que los dos grupos ya tan diferenciados, se encuentran sometidos a diverso régimen de inversiones forzosas, consistentes, en la adquisición de títulos de diferente denominación y rentabilidad, atendiendo a las especiales características que reviste en uno y otro caso, la actividad aseguradora. Así, las Compañías de Seguros y Reaseguros Generales están obligadas por disposición de la Ley 16 de 1979, a adquirir Bonos de Vivienda Popular cuyas especificaciones determinó la Junta Monetaria mediante la Resolución número 49 de 1979, de la siguiente manera:

"a) Plazo de vencimiento de 10 años.

"b) Rendimiento del 18% anual pagadero por semestres vencidos.

"c) Amortización semestral a partir del décimoprimer semestre.

"Las Compañías de Seguros de Vida y Sociedades de Capitalización están sometidas a una regulación especial según la cual se les obliga a adquirir bonos productores de una rentabilidad inferior, de acuerdo con lo dispuesto por el Decreto 2699 de 1976, que establece que tales bonos tendrán las siguientes especificaciones:

"a) Vencimiento a 10 años.

"b) Tasa del 16% anual.

"Tenemos que concluir que la negociación de títulos excedentes entre las Compañías de Seguros Generales de Vida y Sociedades de Capitalización dadas las divergencias que presentan, pondrían en vilo las posibilidades de desarrollo y buen desenvolvimiento del comercio jurídico de los 'Bonos de Vivienda Popular'; olvidando, así mismo por completo las previsiones del inciso 2º, artículo 4º de la Ley 16 de 1979 cuando expresa que esos bonos 'provenientes de transacciones... *se considerarán como inversión forzosa para los efectos de esta ley*'". (El subrayado es nuestro).

Tramitado el negocio con el lleno de las formalidades procesales se oyó el concepto de la señora Fiscal 6º del Consejo de Estado quien

comparte el criterio expuesto por la representante judicial de la Superintendencia Bancaria y solicita negar las peticiones de la demanda.

Para resolver se considera

En el auto por medio del cual se decretó la suspensión provisional de la expresión "exclusivamente" del párrafo de la Circular acusada se dijo:

"Desde el punto de vista técnico, tanto los expertos en seguros en sus diferentes tratados, como la propia legislación han establecido una diferencia sustancial entre las compañías más especializadas como las de seguros y de reaseguros de vida, que se hallan sometidas a un régimen diferente desde el punto de vista de las garantías exigidas por la ley y en especial sobre la forma de computar sus reservas técnicas y las inversiones forzosas que deben hacerse.

"Así vemos que desde el Decreto 2165 de 1972 se establecieron porcentajes diferentes para las inversiones forzosas con relación a las reservas computadas para una y otra clase de compañías de seguros.

"Con relación a las compañías de seguros y de reaseguros de vida y de las sociedades de capitalización se halla vigente el Decreto 2812 de diciembre 22 de 1978, que dispone la forma como deben efectuarse las inversiones forzosas en bonos de vivienda popular de acuerdo con los porcentajes establecidos por los Decretos 2165 de 1972, 548 de 1973 y 1523 de 1974.

"Ahora bien, el Decreto 2165 de 1972 dispuso hacer una inversión obligatoria del 55% del aumento de las reservas para las compañías de seguros y de reaseguros generales, del 60% para las compañías de seguros y de reaseguros de vida y del 55% para las sociedades de capitalización.

"El Decreto 548 de 1973 disminuyó el porcentaje de inversión para las sociedades de capitalización al 40% y mantuvo para todas las compañías de seguros los mismos porcentajes de inversión establecidos en el Decreto 2165 de 1972, pero con la obligación de que durante el año de 1973 debían invertir un 65% de esas inversiones en bonos de la Corporación Financiera Popular.

"El Decreto 1523 de 1974 separó las inversiones de las Compañías de seguros en función del origen de las primas por razón de su aceptación en el interior del país o en el exterior.

"Pero en febrero 17 de 1978 el Consejo de Estado por sentencia dictada por la Sección Primera, declaró la nulidad de los artículos 2º, 5º y 8º del Decreto 2165 de 1972, 3º del Decreto 548 de 1973, y 1º y 2º del Decreto 1523 de 1974. Pero únicamente en cuanto comprende dentro de sus prescripciones a las compañías de seguros y de reaseguros generales".

En consecuencia el fallo del Consejo de Estado dejó vigentes todas las normas relacionadas con las inversiones forzosas de las

compañías de seguros y de reaseguros de vida y de las sociedades de capitalización, pero desaparecieron del panorama jurídico las normas correspondientes a las inversiones forzosas establecidas para las compañías de seguros y de reaseguros generales.

"El fundamento jurídico de la decisión del Consejo es el de que como las compañías de seguros generales no tienen por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado, por cuanto el asegurador no cobra sino la prima pura o de riesgo para constituir lo que se denomina 'prima comercial', en la cual se está cobrando al asegurado el costo del riesgo de la misma, no recauda ni maneja ahorro privado, por lo tanto el gobierno en ejercicio de la facultad otorgada por el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional no tenía la autoridad de imponer las inversiones forzosas a que se referían esos artículos, siendo ello privativo del legislador.

"Por el contrario tanto los seguros de vida en sus dos diferentes modalidades y las sociedades de capitalización, son entidades que por la naturaleza de sus actividades manejan y aprovechan el ahorro privado y por lo tanto los actos de intervención que ejerza el gobierno le corresponden con fundamento en el extinguido numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional.

"Por esa razón la Ley 16 de 1979, en desarrollo de lo decidido por la sentencia mencionada, estableció en su artículo 1º la obligación de invertir el 40% del valor total de las reservas técnicas para las compañías de seguros y de reaseguros generales y por lo tanto el articulado de dicha ley no puede relacionarse sino con este tipo de compañías, por cuanto con relación a las otras es al Gobierno a quien le corresponde tomar las decisiones pertinentes de acuerdo con lo anteriormente expuesto y en desarrollo de la facultad derivada del tantas veces mencionado numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional.

Ahora bien, como con relación a las inversiones y a la forma de hacerlas por parte de las compañías de seguros y de reaseguros de vida y de las sociedades de capitalización rige lo previsto en el Decreto número 2812 de 1978 no puede entenderse que esas disposiciones hayan sido modificadas por el articulado de la Ley 16 de 1979 y siendo ello así no se ve, cómo el párrafo acusado viola ostensiblemente una norma que está dictada para producir efectos en determinado tipo de compañías que no pueden ser intervenidas por las facultades especiales del Gobierno sino por determinación del legislador.

"Cabría estudiar si el párrafo en cuestión impide que las compañías de seguros y reaseguros generales puedan adquirir bonos de la vivienda popular de los sobrantes que pudieran tener las compañías de seguros y de reaseguros de vida y las sociedades de capitalización, lo cual está implícitamente autorizado por el artículo 4º de la Ley 16 de 1979 y en esta inteligencia habría que estimar que tan sólo la palabra 'exclusivamente' incorporada en

el párrafo acusado violentaría el texto y el sentido de la norma que se dice violada".

Como se ve desde el comienzo del proceso se tuvo una visión clara del problema sometido a estudio y está debidamente explicado que estando las normas contenidas en la Ley 16 de 1979 enderezadas a regular el régimen de inversiones forzosas de los aumentos de las reservas técnicas, en las compañías de seguros y de reaseguros generales; la previsión hecha en el artículo 4º de la misma ley comprendía la posibilidad de que estas compañías pudieran adquirir bonos de vivienda popular de las compañías obligadas a adquirirlos cuando ellas tuvieran excedentes por razón de la disminución que pudieran haber tenido de sus reservas técnicas.

Como la ley no distinguió si la adquisición de esos bonos tenía que hacerse solamente entre las compañías de seguros y de reaseguros generales y como en la fecha de la circular acusada (11 de mayo de 1979) no existía ninguna regulación legal sobre prohibición a las compañías de seguros y de reaseguros de vida y de capitalización para negociar los excedentes de esos títulos con terceras personas, el concepto de la Superintendencia al interpretar la norma, excedía los alcances de la misma y por lo tanto la violentaba.

Esta reflexión toma mayor fuerza si se tiene en cuenta que ante el mencionado vacío legal, el propio gobierno en ejercicio de las facultades transitorias consagradas en esa época por el literal i) del artículo 63 del Acto Legislativo número 1 de 1979, dispuso mediante el Decreto 1645 de 1981 que las compañías aseguradoras y reaseguradoras de vida y las sociedades de capitalización podían realizar las operaciones de ventas de los excedentes de bonos de vivienda popular, mediante operaciones realizadas entre ellas *exclusivamente.*

Dicha norma vino a llenar el vacío legal anotado pero lógicamente hasta esa fecha no existía prohibición a esas compañías para enajenar los excedentes de esas inversiones con terceras personas cuando ello ocurriere. Por lo tanto, la expresión suspendida provisionalmente y contenida en el párrafo acusado es violatoria de las previsiones de la ley.

En razón de lo anteriormente expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, en desacuerdo con el concepto fiscal administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

Falla:

DECLARASE la nulidad de la palabra "EXCLUSIVAMENTE" contenida en el párrafo de la Circular Externa DAB número 056 de 11 de mayo de 1979 dictada por la Superintendencia Bancaria y que ha sido materia de acusación en este proceso.

NIEGANSE las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día 16 de septiembre de mil novecientos ochenta y tres.

Enrique Low Murtra, Bernardo Ortiz Amaya, Gustavo Humberto Rodríguez, Carmelo Martínez Conn.

Jorge A. Torrado., Secretario.

PUBLICIDAD. LIMITACION. SUPERINTENDENCIA BANCARIA. — Tiene la función de "velar porque los programas publicitarios de las entidades vigiladas se ajusten a la realidad jurídica y económica del servicio promovido.
Decrétase la nulidad de la Circular Externa DB Nº 020 de 1980. Febrero 1º, emanada de la Superbancaria.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta. — Bogotá, D. E., octubre diez de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctor Gustavo Humberto Rodríguez*)

Referencia: Expediente Nº 7799. Actor José Luis Mozo Sánchez. Nulidad con suspensión provisional de la Circular Externa DB Nº 020 de 1980 expedida por el *Superintendente Bancario. Fallo.*

En esta providencia se dicta sentencia en el proceso que en ejercicio de la acción pública de nulidad promovió el señor José Luis Mozo Sánchez para que se anulara la Circular Externa DB Nº 020 del 11 de febrero de 1980 dirigida por el señor Superintendente Bancario a los Bancos, Corporaciones Financieras, de ahorro y vivienda, compañías de financiamiento comercial, Almacenes generales de depósito, Sociedades administradoras de inversión y sociedades fiduciarias, en la parte que dice:

Por medio de la presente les solicito supender en forma inmediata toda alusión a tasas de interés efectivo o nominal que estén contenidas en sus campañas publicitarias, a través de todos los medios de comunicación. Les solicita acusar recibo de la presente circular.

I. La demanda

Considera el actor que al prohibir toda alusión a tasas de interés, efectivo o nominal, está infringiendo normas superiores de derecho, especialmente el artículo 1º, literal f) del Decreto Ley 125 de 1976 y el Decreto 1355 de 1970, artículo 110, inciso 1 y el Código de comercio, artículo 77, normas que expresan:

Ley 125 *de* 1978, *artículo* 9º, *literal f*):

La Superintendencia Bancaria es un organismo (II..) y le corresponde ejercer las siguientes funciones (...) f) Velar porque los programas publicitarios de las entidades vigiladas se ajusten a la realidad jurídica y económica del servicio promovido.

Decreto 1355 *de* 1970, *artículo* 110, *inciso* 1:

La publicidad con fines comerciales podrá ser limitada por reglamento con el fin de que por este medio no sean sorprendidos en su buena fe los compradores o consumidores.

Código de Comercio, artículo 77:

Prohíbese la propaganda comercial que tienda a establecer competencia desleal a otros productores o distribuidores de mercancías, en general, o servicios de igual o similar naturaleza. Presúmese desleal la propaganda comercial si se hace por sistemas de bonificación al consumidor, consistente en rifas, sorteos, cupones, bonos, vales, estampillas y otros medios pagaderos en dinero o en especie ....

Anota el actor que si se prohibe la mención a las tasas de interés y modalidad de pago, está impidiendo que el inversionista conozca en su plenitud la realidad jurídica y económica del servicio promovido, en su aspecto más importante, la rentabilidad ofrecida al inversionista, y que la publicidad de la rentabilidad con todos sus componentes, tasa de interés, modalidades de pago y liquidez, garantiza que los compradores o consumidores de un servicio financiero *no serán sorprendidos en su buena fe*, lo que sí podría ocurrir con campañas vagas, que prescindan de estos elementos fundamentales.

Agrega que en el mercado de capitales los intereses utilizan el factor capital, mediante el pago de un precio, y los dueños de ese factor lo ceden mediante el pago de ese precio. En tal virtud, el precio es la remuneración al factor capital y es el elemento clave en el mercado de capitales. Entonces, el precio por el uso del capital debe analizarse a través de los conceptos de rentabilidad, liquidez y riesgo. Y mientras el riesgo es igual en los casos en que el demandante de capitales de una entidad sometida al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, la rentabilidad y la liquidez están en función directa de las condiciones del servicio propuesto.

Añade que la tasa de interés es apenas una parte de la rentabilidad, en la que también interviene la modalidad de pago, y que precisamente por ello la Superintendencia Bancaria emitió la Circular ACT y CF 033 de 1977, marzo 29, en la cual se señalaron normas claras sobre la forma en que debe ofrecerse la rentabilidad, para que corresponda a la realidad jurídica y económica de los servicios financieros promovidos por las entidades que controla. En ella se definen tipos de interés y de descuentos, y determina una serie de restricciones para cualquier campaña publicitaria de las entidades vigiladas.

A la demanda acompañó copia auténtica de la Circular Externa DIV, ALN Nº 87 de 1980, de la Superintendencia Bancaria.

2. *Concepto fiscal*

El Fiscal 3º ante esta Corporación en su vista de fondo conceptúa que las súplicas de la demanda deben prosperar, y para ello argumenta así:

Antes de entrar a estudiar el fondo del asunto aquí debatido, es menester advertir que, la doctora Lucía Gaitán de Bedoya en escrito del 5 de junio de 1981 (folios 14 y siguientes) presentó su alegato de conclusión como apoderado judicial de la Superintendencia Bancaria, calidad ésta que no se encuentra ameritada dentro del proceso, pues no allegó el poder otorgado por el Superintendente, para tal fin; por tanto estima este Despacho que no puede reconocérsele personería para actuar.

"Hecha la anterior aclaración y en torno al problema planteado, el suscrito Agente del Ministerio Público observa que, al ordenar la Superintendencia Bancaria que los bancos, corporaciones financieras, corporaciones de ahorro y vivienda, compañías de financiamiento comercial, almacenes generales de depósito, sociedades administradoras de inversión y sociedades fiduciarias, suspendan en las campañas de publicidad la mención de los intereses efectivos y nominales, está contrariando abiertamente las normas que facultan para vigilar los programas publicitarios de dichas entidades, pues es evidente que si bien ellos deben ajustarse a la realidad jurídica y económica del servicio promovido para no sorprender en su buena fe a los compradores o consumidores y evitar a su vez una competencia desleal, con la Circular Externa DB 020 de 1980, aquí demandada, se está propiciando la competencia desleal, por cuanto al suprimir en las campañas publicitarias las tasas de intereses efectivos y nominales, está cortando la libre competencia en el mercado de capitales, lo cual redunda en beneficio de los grandes grupos económicos. Además si bien existe cierta libertad en la fijación de intereses dentro del mercado de capitales, ello no es suficiente para prohibir la mención de los aludidos intereses, puesto este mecanismo está impidiendo el libre juego de la oferta y la demanda.

La vigilancia de la Superintendencia Bancaria debe estar encaminada, en este aspecto, para que dentro de los marcos competitivos del mercado de capitales, no se quebranten las normas legales fijadas para el efecto.

Por otra parte el inversionista y el consumidor tienen derecho a estar informados de los intereses a que están sujetas sus negociaciones.

"El conocimiento de un interés módico significa también el fomento y la prestación de un buen servicio público por parte de la Superintendencia.

"Por las razones anteriormente expuestas esta Agencia del Ministerio Público considera que las súplicas de la demanda están llamadas a prosperar.

3. *Intervención de la Superintendencia Bancaria*

La representante judicial de la Superintendencia Bancaria se opuso a las pretensiones de la demanda alegando:

a) *En cuanto a la violación del Decreto* 125 *de* 1976

Sostuvo que la Circular acusada obedeció a un cambio de política gubernamental en torno a las tasas de interés que podían cobrar las

entidades de crédito, la cual venía siendo gradualmente demostrada, hasta desembocar en una liberación total de dichas tasas, proceso que se desenvolvió así: Con el artículo 1º del Decreto 432 de 1979 se dispuso que la tasa pasiva de interés máximo autorizado era el de 23% anual sobre los recursos que captan los establecimientos bancarios a través de certificados de depósitos a término; luego, con el artículo 1º de la Resolución 23 de 1979 de la Junta Monetaria se estableció una tasa activa de interés del 27% anual, que rigió hasta el 1º de febrero de 1980, fecha en la que el Decreto 253 de ese año derogó el Decreto 432 citado; y después la Resolución 9 de 1980 de la Junta Monetaria dejó sin vigencia la Resolución 23 de 1979 que señalaba la tasa activa; todo ello con el fin de dejar en libertad a los bancos para estipular con su clientela el monto del interés, tanto de captación como de colocación.

Agrega que ante esa libertad contractual las tasas de interés ya no tendrían ningún tipo de control, quedando por tanto sometidas únicamente a la ley de oferta y demanda. En tales condiciones se consideró que era imposible desde todo punto de vista permitir que se anunciaran tasas de interés en las campañas publicitarias de los establecimientos de crédito, puesto que si bien en el momento mismo de la oferta probablemente correspondía a una realidad jurídica y económica, los mismos oferentes no podían asegurar que en un corto plazo no hubieran cambiado las circunstancias de oferta y demanda del mercado y no pudieran sostener las condiciones dadas a conocer a través de su misma publicidad, situación que haría engañosa la oferta, se asaltaría en su buena fe a los inversionistas y en último término no correspondería a los presupuestos legales de reflejar la realidad jurídica y económica del servicio. O sea que con la medida tomada en la Circular acusada se estaba precisamente ejerciendo la facultad de defender la legalidad y al público en general.

b) *En cuanto a la violación del artículo* 110 *del Decreto* 1855 *de* 1970:

Considera que dada la liberación de tasas de interés, en el evento de que una entidad crediticia ofrezca públicamente determinada tasa por el dinero recibido, ya por razón de las fluctuaciones del mercado de capitales no pueda dar cumplimiento a su oferta,, se estaría permitiendo asaltar la buena fe y los intereses del público, ante lo cual la Superintendencia debe ejercitar precisamente la facultad de limitar la publicidad, para lo cual está autorizada por el citado artículo 110 del Decreto 1355 de 1970. Por lo demás, agrega, el gran público no distingue entre Tasa de interés nominal y efectiva, y, por lo tanto, no puede apreciar lo que realmente contiene la oferta, circunstancia que hace imperiosa la aplicación del dicho artículo 110.

c) *En cuanto a la violación del artículo* 77, *inciso* 1º *del C. de Co.*

Explica que la circular no se ha dictado en cumplimiento de esta norma —que prohibe la propaganda comercial que tienda a establecer competencia desleal—, ya que tal competencia no es la única causa de restricción o prohibición de la publicidad. O sea que la Circular acusada se inspiró en diferente filosofía, de contenido financiero y social, como es el explicado en los puntos anteriores.

Concluye afirmando que si se permitiera el libre anuncio de tasas de interés en el estado actual, se estaría propiciando un caos en el mercado de valores, pues las entidades crediticias entrarían a competir ofreciendo cada una tasa de interés superior, lo cual podría dar lugar al incumplimiento de lo ofrecido y al engaño a los ahorradores, y además a la desestabilización de las tasas de interés, que aumentarían tanto en las de captación como en las de colocación, en perjuicio de la estabilidad de la economía nacional.

4. *Considera la Sala*

Para esta Sala es claro que si el Decreto 1355 de 1970, artículo 110, inciso 1º, autoriza para limitar por reglamento la publicidad que tenga fines comerciales, para que no sean sorprendidos en su buena fe los compradores o consumidores, la Circular acusada, en cuanto hace esa limitación, se ajusta a tal norma legal, que no especifica si la limitación debe ser parcial o puede ser total. Eso en cuanto a la cantidad limitable simplemente, o sea que resta precisar si es aplicable la norma al caso controvertido.

El Decreto 1355 de 1970, en cuestión, es un estatuto "por el cual se dictan normas sobre policía", en desarrollo de lo establecido en la ley de facultades Nº 16 de 1958, en cuyo artículo 20 se revistió al Presidente de la República de facultades, entre otras, para "13. Expedir normas sobre policía que *determinen y reglamenten las materias de su competencia* y las contravenciones que sean de conocimiento de los funcionarios de policía en primera y segunda instancia... (se subraya).

A su turno, el artículo 110 invocado hace parte del capítulo IV sobre "libertad de comercio e industria", que corresponde al Libro II sobre "ejercicio de algunas libertades públicas".

Se tiene, entonces, que una es la publicidad con fines comerciales que supervigila y reglamenta la policía, y otra la que debe ser controlada por la Superintendencia Bancaria, señalada esta última en la Ley 125 de 1976, artículo 1º literal f). Como puede apreciarse es ésta una norma posterior y especial, que faculta a tal Superintendencia para velar porque los programas publicitarios de las entidades vigiladas se ajusten a la realidad jurídica y económica. De suerte que la materia publicitaria no comprendida dentro de esta disposición especial es la que corresponde controlar por parte de la policía.

Se deduce de lo anterior que el citado artículo 110 invocado como contrariado no tiene aplicación al caso controvertido, y, por lo tanto, no puede ser considerado como violado.

Además, el inciso 1º del artículo 110 citado autoriza a la policía para que limite "por reglamento" la publicidad con fines comerciales, de suerte que ha debido invocarse, si fuera aplicable, ese reglamento, y no simplemente la norma que autoriza para expedirlo, como se hizo.

Una segunda norma considerada como violada es la contenida en el literal f) del artículo 1º de la Ley 126 de 1976, que le señala a la Superintendencia Bancaria la función de "velar porque los programas publicitarios de las entidades vigiladas se ajusten a la realidad jurídica

y económica del servicio promovido". Se trata, pues, de una facultad de limitación de la publicidad. Si así, simplemente, se enfoca el asunto, habrá que decir que por cuanto la circular acusada limita la publicidad, al expedirse estaba actuando dentro de la atribución conferida.

Pero la norma en cuestión agrega que esa limitación sólo puede ser aplicada para que se ajuste "a la realidad jurídica y económica del servicio", o sea que le señala reglas para su ejercicio.

a) *Realidad jurídica.* Los análisis sobre el desarrollo normativo legal hecho en su alegato por la Superintendencia Bancaria son correctos. Y de ellos se desprende que hubo un cambio de política gubernamental en torno a las tasas de interés que podían cobrar las entidades de crédito, las que venían siendo gradualmente desmontadas, hasta desembocar en una liberación total.

Habrá que examinar ahora cuál es la relación jurídica entre esa liberación y la prohibición contenida en la circular acusada de anunciar públicamente las tasas de interés. Jurídicamente no se advierte que tal liberación conduzca forzosamente a dicha prohibición; que por cuanto la norma legal autorizó o para liberar las tasas, de tal autorización no se desprende que complementariamente debe prohibirse su publicidad. Podrá haber razones económicas que justifiquen ese complemento, pero no jurídicas.

Pero es claro que nuestro Estado es intervencionista, por mandato constitucional, y que ese intervencionismo o se manifiesta, entre otras situaciones, en cuanto a la Superintendencia Bancaria se le faculta para el control y vigilancia de las entidades crediticias, máxime cuando prestan servicios públicos. Sin embargo, paralelamente a la consagración constitucional del intervencionismo estatal en lo económico, permitimos el libre juego de la oferta y la demanda, y para precisar en cuáles eventos se aplica uno y otro sistema es necesario acudir a la norma legal. Es así como el artículo 32 de la Carta Política prescribe que se garantiza la libertad de empresa y la iniciativa privada, para decir a renglón seguido que el Estado 'intervendrá, por mandato de la ley', en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía. Es pues, la ley, y solamente la ley, la que señala los casos y el grado de intervención.

Se advierte, entonces, que si no existe norma legal expresa que establezca la intervención en la actividad bancaria, debe considerarse que ella actúa dentro del concepto de libertad de empresa. Es el caso, pues, de analizar si el literal f) invocado constituye precepto intervencionista, al decir que la dicha Superintendencia debe velar porque los programas publicitarios de las entidades vigiladas se ajusten a la realidad jurídica y económica del servicio promovido. Se tiene, en primer término, que la realidad jurídica del servicio bancario es la de que actúa éste dentro de las pautas legales y bajo el control y vigilancia de una entidad pública, o sea que sobre él opera el intervencionismo estatal, para efecto de racionalizar la economía. No se puede afirmar válidamente, en tales condiciones, que la circular viola el aludido

literal, diciendo que no está conforme con la realidad jurídica del servicio bancario, si así se entendiera esa realidad.

Pero ocurre que la realidad jurídica es también, y de manera especial, la liberación de las tasas de interés mediante actos administrativos. Es claro, entonces, que la Superintendencia Bancaria debe obrar de acuerdo con esa realidad. Ello indica que las entidades bancarias pueden señalar a su arbitrio la tasa activa y pasiva que estime aconsejable. Y si la pueden señalar, igualmente la pueden ofrecer mediante campañas publicitarias, toda vez que la función de la Superintendencia es la de "velar" porque tal publicidad se ajuste a la realidad jurídica de cada servicio, y mal podría prohibirse que se hiciera pública la libertad de oferta de las aludidas tasas, cuando la autoridad ha consagrado esa liberación. Lo decimos así, porque la expresión de la circular "les solicito suspender en forma inmediata toda alusión a tasas de interés", no es una simple petición sino que contiene una prohibición.

Otra situación diferente es la de que en cada caso concreto la Superintendencia Bancaria debe velar porque las tasas de interés ofrecidas se ajusten a la realidad jurídica y económica de cada entidad bancaria en particular. En ello consiste su función de control y vigilancia para los efectos que se cometan. Hasta allí se extiende el intervencionismo. Extenderla a la prohibición citada dentro de tal realidad jurídica, implica entonces una violación a la norma legal invocada, por ocurrencia del vicio consistente en indebida aplicación, dado que se han dado alcances de que carece.

b) *Realidad económica.* Compete a la Administración la calificación de esa realidad, pues es ella la que dispone de los instrumentos y medios requeridos para conocerla y evaluarla, y no la jurisdicción. Sobre la materia económica tiene la Superintendencia Bancaria, como la Junta Monetaria y como otras instituciones, un cierto poder que le permite actuar de conformidad con la realidad económica del mercado de capitales, tan sensible por naturaleza, para proveer las medidas que estime necesarias y que le autorice la ley, precisamente en garantía de ahorradores y de protección de deudores, con lo cual contribuye a la racionalización de la economía.

Sin embargo, el juzgador también puede advertir el entronque esencial existente entre la norma legal y la economía. En el caso que se controvierte, las normas legales establecieron la liberación de las tasas de interés, activas y pasivas, creando así una realidad económica y financiera cuyo control cae bajo la competencia de la Superintendencia Bancaria. Ello explica que tales entidades están en capacidad, y tengan el deber, de tomar las medidas aconsejables para el correcto manejo del mercado de capitales, como aquélla de que se ocupa la circular acusada, pero dentro de una competencia reglada.

No hay, pues, elementos de juicio para afirmar que la prohibición de dar a la publicidad las tasas de interés contradiga o violente la realidad económica.

Resta por examinar si la circular cuestionada es contraria al precepto del inciso 1º del artículo 77 del Código de Comercio, el que prohibe la propaganda comercial que tienda a establecer competencia des-

leal a otros productores o distribuidores de mercancías, en general, o servicios de igual o similar naturaleza.

Salta a primera vista que la competencia desleal se produce o puede producirse precisamente con los anuncios de propaganda comercial, y no cuando la totalidad de los servicios de igual o similar naturaleza están impedidos para hacer tal publicidad. Tanto es así, que en la misma norma invocada para establecer una presunción de deslealtad cita como ejemplos la propaganda consistente en bonificaciones, rifas, etc., o sea que no puede haber deslealtad si falta la publidad, puesto por lo menos ésta es el vehículo apropiado para ejercerla.

Afirma el demandante que conforme a la doctrina hay dos formas de ejercer la deslealtad: cuando se utiliza la mendacidad y cuando se obstaculiza la libre competencia. Considera la Sala que ninguna de tales formas se dan en este caso con la prohibición contenida en la circular, pues si se prohibe publicar las tasas de interés, no hay posibilidad de mentir sobre ellas, y por lo mismo no es posible que se impida la libre competencia, ya que esta libertad se da cuando precisamente hay posibilidad de ejercer la publicidad.

Sin desconocer que el interés es elemento esencial de la oferta, tal circunstancia no desvirtúa los anteriores asertos. No prospera este cargo.

Como prospera uno de los cargos formulados, conforme se ha expuesto anteriormente, debe decretarse la nulidad del acto acusado.

En mérito de lo expuesto, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por atuoridad de la ley,

Falla:

Decrétase la nulidad de la circular externa DB. Nº 020 de 1980 febrero 1º emanada de la Superintendencia Bancaria.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, archívese el expediente y cúmplase.

Se deja constancia que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Los Consejeros:

Gustavo Humberto Rodríguez, Bernardo Ortiz Amaya, Enrique Low Murtra, Carmelo Martínez Conn (No asistió).

Jorge A. Torrado., Secretario.

JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Actos no acusables. Artículo 73 numeral 2º
Esta disposición no se refiere a los actos administrativos propios del poder de policía como sería por ejemplo los reglamentos de policía o determinados permisos o restricciones para el ejercicio de actos públicos, o más globalmente para todo lo que tiene que ver con las libertades ciudadanas, porque tales actos sin lugar a dudas son de competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. CAPITANES DE PUERTO Y DIRECCION GENERAL MARITIMA Y PORTUARIA. — Son agentes administrativos, pero con precisas funciones judiciales no confiadas a otro juez de la República. DIRECCION GENERAL MARITIMA Y PORTUARIA. — Funciones (Decreto 2349 de 1971). Administrativas y judiciales. AUTORIDAD MARITIMA NACIONAL. — Constitución, si el fondo de las decisiones tomadas por las autoridades marítimas, por dirimir conflictos entre particulares no puede llegar a ser controlado sino por la justicia ordinaria; la forma como se aborda tal función judicial y se toman las decisiones, por provenir de una autoridad administrativa, es controlable por la Jurisdicción contenciosa administrativa. COMPETENCIA DE LA JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO PARA CONOCER DE CIERTOS ACTOS DE LAS AUTORIDADES MARITIMAS.

Declárase la nulidad de las resoluciones de fecha 22 de julio de 1980 y de 16 de septiembre de 1981, dictadas por la Capitanía del Puerto de Cartagena y la Dirección General Marítima y Portuaria, respectivamente.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., diciembre trece de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctor Roberto Suárez Franco*)

(Proyectó el doctor Carlos H. Urán).
Referencia: 3834. Demandante: Offshore Logistics Inc.

En ejercicio de la acción consagrada en el *artículo* 67 *del Código Contencioso Administrativo*, por medio de apoderado, la compañía Offshore Logistics Inc, sociedad comercial norteamericana con sucursal legalmente constituida y registrada en Colombia, solicita la nulidad de las *resoluciones de fechas* 22 de julio de 1980 y de 16 de septiembre de 1981 de la *Capitanía del Puerto* de Cartagena y de la Dirección General Marítima y *Portuaria,* respectivamente; y que a consecuencia se

declare la exención de la responsabilidad atribuida por medio de dichas resoluciones.

I

Los actos acusados

1) La Resolución de 22 de julio de 1980 dictada por la Capitanía del Puerto de Cartagena, declara responsable al Capitán del Remolcador "Resolute", de la colisión ocurrida entre la M/N "Darien" y dicho remolcador, "en grado de culpa de acuerdo a pruebas obrantes" y ordena oficiar a la Compañía Aseguradora que garantiza el pago de los daños, para los fines legales pertinentes. Ordena también que se envíe dicha providencia en grado de consulta a la Dirección General Marítima y Portuaria si no fuere apelada.

2) La resolución de 16 de septiembre de 1981 dictada por la Dirección General Marítima y portuaria por la que se decidió el recurso de apelación interpuesto contra la anterior, y que ordena la confirmación de la providencia en todas sus partes.

II

La demanda

1) El demandante relata como hechos que el 3 de agosto de 1979 el capitán de la motonave M/N "Darién" de Líneas Agromar Ltda. presentó protesta ante la Capitanía del Puerto de Cartagena por los daños que su motonave había sufrido al ser golpeada en la parte de la popa a la altura del timón, por la popa del remolcador "Resolute" de propiedad de la compañía demandante. A continuación el demandante relaciona los hechos relativos al procedimiento seguido hasta terminar con las resoluciones acusadas; este procedimiento, según su narración, adolece de graves irregularidades, que dan base para acusarlas por tal causa, como se verá luego al hacer el recuento de las disposiciones señaladas como violadas y al presentar el concepto de violación.

2) Como normas violadas por la resoluciones aludidas, el demandante señala las siguientes:

"Artículo 26 de la Constitución Nacional, artículo 6, 118, 233 del Código de Procedimiento Civil, artículo 8, 27, 28 y 30 del Código Civil; artículos 11 y 12 de la Ley 153 de 1887; y el Decreto 2349 de 1971, los artículos 37, 43, numerales 2 a 5; 45, 46; 48; 49, numeral 4º".

3) El concepto de violación de las anteriores normas, como ya se dijo, se fundamenta en la falta de observancia del procedimiento ordenado específicamente para este tipo de juicios, en los artículos 37 a 74 del Decreto 2349 de 1971, con violación por tanto de las normas constitucionales y legales que protegen el debido proceso reglamentado por normas de orden público y de obligatorio cumplimiento.

Concretamente, el demandante señala que la Capitanía del Puerto de Cartagena debió haber nombrado el Tribunal de Capitanes en el mismo auto en que ordenó la apertura de la investigación de lo ocu-

rrido, el 6 de agosto de 1979, tal como se contempla en el artículo 45 del Decreto 2349 de 1971. Al no haber procedido de esta manera por cuanto su nombramiento sólo se produjo el 23 de abril de 1980, la Capitanía hizo imposible el cumplimiento de las funciones, por parte de dicho Tribunal, en perjuicio de los intereses de la demandante; en dichas condiciones, el Tribunal no podía participar de todas las etapas de la investigación en la forma señalada por el artículo 43 del mismo decreto, es decir, en las diligencias de peritazgo, inspecciones, interrogatorios, no presentar solicitud de las pruebas dentro de la investigación.

A pesar de tales irregularidades, sostiene la demandante, las resoluciones acusadas se fundamentaron en el concepto emitido por dicho Tribunal de Capitanes que, por lo explicado anteriormente, fue emitido teniendo en cuenta las piezas probatorias y no obstante lo expresado en el artículo 49 del Decreto 2349 de 1971 en la etapa instructora no se allegaron los libros de bitácora, a lo que tampoco accedieron la capitanía ni la Dirección Marítima.

Después de hacer alusión a las normas constitucionales y del Código de Procedimiento Civil tenidas como violadas, la demandante concluye diciendo que "se vulneró el derecho de defensa de mi representado, cuando en la formación de dichos actos se intentó hacer valer una actuación que no se ajustó a la plenitud de las formas procesales del procedimiento especial del Decreto 2349 de 1971".

A la solicitud de suspensión provisional, solicitada en la demanda, no se accedió por no haberse cumplido con presupuestos propios de tal medida.

III

Alegatos de las partes

1) El señor apoderado de "Lineas Agromar Ltda" propone, en su escrito de conclusión de acuerdo con el artículo 109 del Código Contencioso Administrativo, propone dos excepciones de fondo, así:

a) Falta de jurisdicción, con fundamento en el numeral 4º del artículo 73 del Código Contencioso Administrativo y b) carencia de jurisdicción con base en el numeral 2 del artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, por tratarse de resoluciones dictadas en un proceso de naturaleza civil.

La primera excepción (según el numeral 4º del artículo 73 del Código Contencioso Administrativo) la expone basándose en el Decreto 2349 de 1971 que, en la primera parte del título VI, crea "un procedimiento para un proceso civil especial. En dicho proceso se pretende declarar a quién se le imputa la culpabilidad y la consecuente responsabilidad de un accidente o siniestro marítimo. Asímismo se ordena la correspondiente indemnización previo avalúo". Señala que "el hecho de que la ley le haya asignado a un funcionario administrativo la competencia para conocer de un proceso civil es simplemente el desarrollo del artículo 56 de la Constitución Nacional tal como lo declaró ese H. Consejo en sentencia dictada por la Sección Primera con fecha 22 de enero de 1981, expediente 3448".

En cuanto a la excepción prevista por el numeral 2º del artículo 73 del Código Contencioso Administrativo sostiene que "la investigación que se ordena adelantar en los casos de accidentes o siniestros marítimos constituye una función policiva", y cita en su apoyo la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 29 de marzo de 1982 cuando dice que: "A la Dirección General Marítima y Portuaria se le determina una estructura administrativa y se le otorga competencia, entre otras cosas, para conocer de los accidentes que ocurran en los puertos con motivo de operaciones navales.....es esta función típicamente policiva.....".

Sobre este punto concluye el alegato diciendo que "sin lugar a dudas nos enfrentamos ante un proceso policivo de carácter civil cuya resolución, fallo o sentencia no es acusable ante esta jurisdicción según lo establece la norma contenida en el artículo 73 numeral 2 del Código Contencioso Administrativo. Finalmente, cita en apoyo de sus tesis la sentencia del 8 de junio de 1976 dictada por la Sección Tercera del Consejo de Estado. Actor Cía. de Vapores Norden S. A., en donde se afirma que "no queda duda de que dicha competencia está atribuida a la 'autoridad marítima' y no a la jurisdicción contencioso administrativa".

2) Por su parte el apoderado de la actora insiste en los planteamientos formulados en la demanda y hace notar que sentencias posteriores a la de 8 de junio de 1976 del Consejo de Estado antes citada, admitieron la competencia de esta Corporación para conocer asuntos como el planteado en este proceso. Cita al efecto los fallos de 11 de marzo de 1981 con ponencia del doctor Carlos Galindo Pinilla y la de 31 de marzo del mismo año, ponente Alfonso Arango Henao, de la cual transcribe lo siguiente .....estos actos administrativos y no sentencias, que sólo puede omitir la rama jurisdiccional son demandables ante esta jurisdicción mediante el ejercicio de la acción de plena jurisdicción que persigue no sólo la nulidad de esos actos de la administración, sino el restablecimiento del derecho consistente en este caso, en la liberación de resposabilidad de orden pecuniario fijada en ellos".

IV

Concepto fiscal

El señor Fiscal Primero del Consejo de Estado propone que se dicte fallo inhibitorio. Para ello transcribe apartes de las sentencias antes aludidas a saber: Sección Primera, 23 de septiembre de 1970, ponente Enrique Acero Pimentel acogida en la de 8 de junio de 1976 de la Sección Tercera ya citada, y en la de 15 de noviembre de 1977 también de la Sección Tercera de esta Corporación. Menciona igualmente la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 29 de marzo de 1982 ya aludidas por el apoderado de una de las partes.

Propone que el fallo debe ser inhibitorio "pero atendiendo a los razonamientos expuestos en el fallo de la Corte Suprema de Justicia antes invocado, en el cual esa alta Corporación dice que la investigación cuyo procedimiento está regulado por el Decreto 2349 de 1971 tiende a concluír necesariamente con la concresión de todas las circunstancias del hecho investigado y la determinación de sus causantes.

El avalúo de los daños es la necesaria consecuencia de la investigación.....el asunto deja de ser materia de la jurisdicción de policía, para convertirse en cuestión estrictamente judicial cuando haya lugar a otras investigaciones y decisiones por hechos diferentes a los señalados en la ley como objeto de investigación por parte de la Dirección General Marítima y Portuaria.....La policía administrativa colabora así con la administración de justicia, con lo cual se satisface la exigencia del artículo 55 de la Constitución".

V

Consideraciones de la Sala

Las excepciones propuestas por el apoderado de una de las partes constituyen el punto inicial en estas consideraciones, porque ellas tienen que ver con la competencia del Consejo para conocer del mismo.

Aunque presentadas con base en dos numerales distintos del artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, ambas coinciden sobre la incompetencia del Consejo de Estado para conocer de las decisiones acusadas por corresponder a otra jurisdicción, sea por expresa atribución de la ley (numeral 4) o por el señalamiento de la competencia en forma negativa, al excluír el caso de la jurisdicción contencioso (numeral 2).

De las numerosas sentencias citadas por las partes y reproducidas por el señor Fiscal, se deduce claramente que no ha sido uniforme el tratamiento dado a las controversias surgidas de las decisiones de las capitanías de Puerto y de la Dirección General Marítima y Portuaria.

Esta Sala considera que la deficiencia en el tratamiento proviene de la dificultad de apreciación uniforme con relación al numeral 2º del artículo 73 del Código Contencioso Administrativo.

El numeral citado es del siguiente tenor:

"Artículo 73. No son acusables ante la jurisdicción contencioso administrativa:

"Las resoluciones que se dicten en los juicios de policía de naturaleza penal o civil, y las sentencias proferidas en los juicios seguidos por fraude a las rentas nacionales, departamentales o munincipales".

Con relación a este numeral se impone una primera precisión: Esta disposición no se refiere a los actos administrativos generales propios del poder de policía, como sería por ejemplo los reglamentos de policía o determinados permisos o restricciones para el ejercicio de actos públicos, o más globalmente para todo lo que tiene que ver con las libertades ciudadanas, porque tales actos sin lugar a duda, son de competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa.

Excluidos tales actos, la excepción contemplada en el numeral antes transcrito en la parte que concierne a este proceso, es decir, "las resoluciones que se dicten en los juicios de policía de naturaleza civil o penal", tiene que ver con la frontera existente entre lo puramente administrativo y lo jurisdiccional y más aún con los actos propios de

la policía administrativa y la judicial, civil o penal. De ahí la dificultad para precisar el alcance de su contenido y la jurisdicción competente para conocer de las controversias surgidas.

Referida esta consideración al caso *sub judice* se tiene lo siguiente: los capitanes de puerto y la Dirección General Marítima y Portuaria son agentes administrativos, pero con precisas funciones judiciales no confiadas a otro juez de la República.

Ello explica el por qué en uno de los fallos citados se refiere a la "autoridad marítima" por exclusión de la administrativa y de la judicial; por su parte el Decreto 2349 de 1971 se refiere a la Dirección General Marítima y Portuaria como la entidad que tiene entre sus funciones la de "ejecutar la política del Estado en materia de regulación y control de todas las actividades marítimas y portuarias en su jurisdicción, e intervenir en la aplicación de las normas legales sobre marina mercante para alcanzar los fines de fomento y defensa de la actividad" (artículos 3-2) y "dar curso a las apelaciones y consultas de los fallos pronunciados por las Capitanías de Puerto en las infracciones de las disposiciones legales" (artículo 3-18).

Esta doble función administrativa y judicial, queda más claramente revelada a través de otros artículos del mismo decreto: El artículo 14 dice que "la autoridad marítima nacional estará constituida por la Dirección General Martíma y Portuaria y sus diferentes dependencias ....., en cada uno de los puertos colombianos se ejercerá por el respectivo capitán de Puerto o quien haga sus veces" en cuanto a la función judicial el título VI, Primera Parte, capítulo I a VI establece un procedimiento a seguir por parte de dichas autoridades para efectos de investigar y decidir los conflictos sobre accidentes o siniestros marítimos de naves y artefactos navales, hasta terminar con las sentencias de segunda instancia dictadas por la Dirección General ante la apelación de las sentencias de primer grado dictadas por los capitanes de puerto.

Esta doble función de que se viene hablando, tiene la característica de que se ejerce sólo en cuanto autoridad marítima, para las controversias marítimas y por medio del procedimiento especial definido en los capítulos antes mencionados.

La función judicial. Ejercida por las autoridades marítimas de acuerdo con el procedimiento especial establecido para el efecto por los artículos 37 a 74 del Decreto 2349 de 1971, tiene por finalidad decidir los conflictos surgidos de "accidentes o siniestros marítimos y artefactos navales de cualquier nacionalidad ocurridos en aguas jurisdiccionales o en puerto, y de naves y artefactos navales colombianos en alta mar".

Se trata entonces de conflictos (por accidentes o siniestros) entre particulares, sin que medie para nada la actividad pública del Estado. En tal sentido, la decisión judicial que tomen las autoridades marítimas inequívocamente hace parte de la justicia ordinaria y será ella la competente para conocer de los eventuales recursos o revisiones si es que éstos existen contra las sentencias proferidas.

La función administrativa. En la enunciación de funciones y atribuciones establecidas por el Decreto 2349 de 1971 para las autoridades

marítimas, se incluyen las típicamente administrativas, que son la mayoría, entre las cuales se cuentan las generales ya mencionadas de "ejecutar la política del Estado en materia de regulación y control de todas las actividades marítimas y portuarias en su jurisdicción", "asesorar al Estado en la adopción de políticas y programas de regulación de dichas actividades así como en el desarrollo de la materia mercante colombiana".

Los actos ejercidos en tal calidad administrativa, por lo mismo, están sometidos al control de la jurisdicción contencioso administrativa; y al asumir las funciones judiciales los agentes administrativos no pierden esa calidad porque algunas de las funciones judiciales siguen sometidas al control de la jurisdicción contenciosa. Estas son las que tienen que ver con el abordaje, referente a lo administrativo, de la función judicial, esto es, con las normas procesales establecidas especialmente para tal efecto.

Lo anterior quiere decir que si el fondo de las decisiones tomadas por las autoridades marítimas, por dirimir conflictos entre particulares no puede llegar a ser controlado sino por la justicia ordinaria, la forma como se aborda tal función judicial y se toman las decisiones, por provenir de una autoridad administrativa, es controlable por la jurisdicción contenciosa. No podría la autoridad administrativa, valiéndose de tal calidad, asumir en la forma propia de la función administrativa, o en forma arbitraria, la función judicial que se le ha encomendado. Se admite que la vida administrativa tiene un funcionamiento más independiente y en ocasiones más expedito o más engorroso que la actividad judicial. Pero es obligatorio para la autoridad administrativa ejerciendo funciones judiciales, sin desprenderse de su calidad de administrativa, observar las normas de procedimiento que se le señalen, normas que como se sabe, son de orden público.

Si lo afirmado es válido como apreciación general con relación a la primera parte del numeral 2º del artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, en el caso controvertido esta precisión es mucho más urgente, porque lo contrario significaría que ante la imposibilidad para la justicia ordinaria de revisar la sentencia de segundo grado proferida por la Dirección General Marítima y Portuaria, (pues según el artículo 66 del Decreto 2349 de 1971 "las sentencias de segunda instancia deben remitirse a la capitanía de Puerto respectivo para su cumplimiento y archivo"), las autoridades marítimas podrían utilizar a su antojo cualquier procedimiento en la investigación de los hechos y en la toma de las decisiones, sin que ninguna jurisdicción pudiera conocer de su arbitrariedad.

En una palabra, cuando esta providencia alude a la naturaleza administrativa de las autoridades marítimas, lo hace para relevar que el procedimiento que debe observar al asumir la función judicial, es parte también de su función de agente administrativo y no sólo de la función judicial.

El caso sub judice

De los documentos que obran en el proceso, se desprende sin duda ninguna lo siguiente:

1. De acuerdo con lo establecido por el artículo 45 del Decreto 2349 de 1971 la Capitanía del Puerto de Cartagena una vez tenido conocimiento de los hechos, declaró abierta la investigación mediante el "auto cabeza de investigación" de 6 de agosto de 1979 (folio 29 Cuad. 1).

2. En dicho auto la Capitanía del Puerto no designó el llamado "Tribunal de Capitanes" cuyas funciones aparecen claramente definidas en los artículos precedentes y subsiguientes al artículo 45 citado, pues esto solo ocurrió el 28 de abril de 1980, es decir ocho meses después (folio 31).

Entonces, la no observancia de lo ordenado por el artículo 46 del Decreto 2349 de 1971, sería suficiente para declarar que las sentencias proferidas están viciadas de nulidad, pero conviene aclarar lo siguiente. No es sólo el acto formal de constitución del Tribunal de Capitanes lo que el Decreto 2349 reclama, sino que exige que se haga en momento preciso debido a que este Tribunal juega papel fundamental en el desarrollo de la investigación como lo señalan expresamente los artículos 43, 46 y 48 del decreto. Este Tribunal en efecto, debe oír a los capitanes de las naves siniestradas, los oficiales y tripulación que sea necesario, los armadores, representantes legales, peritos y cualquier persona que ayude a esclarecer los hechos, (artículo 46). Es por ello por lo que el artículo 48 establece también que en la etapa instructiva el Tribunal debe sesionar en "forma permanente hasta su culminación".

Si el Tribunal no fue constituido en su debido momento, es obvio que no puede cumplir con estos preceptos y que por lo mismo se verá forzado a rendir el concepto de que habla el artículo 43-1, solamente con base en las pruebas que se le presenten sin haber podido apersonarse en el proceso en la forma prescrita por los artículos aludidos, que le impone hasta la obligación de solicitar la práctica de las que considere convenientes dentro de la investigación (artículo 43-5).

En tales condiciones, no desmentidas dentro del proceso, sin necesidad de entrar en otros análisis, como el relativo a la obligación de acreditar los libros de bitácora, debe declararse la nulidad de las resoluciones acusadas, por violación de los artículos mencionados del Decreto 2349 de 1971 y, consecuencialmente, de las normas constitucionales (artículo 26) que garantizan el derecho a la defensa y del Código de Procedimiento Civil (artículo 6) que establecen el carácter de normas de orden público de obligatorio cumplimiento, tratándose de normas de procedimiento.

No se accede al restablecimiento del derecho solicitado porque, para ello, la Sala carece de competencia según lo explicado en la parte motiva precedente.

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:

1. Se declara la nulidad de las resoluciones de fecha 22 de julio de 1980 y de 16 de septiembre de 1981, dictados por la Capitanía del

Puerto de Cartagena y la Dirección General Marítima y Portuaria, respectivamente.

2. Niéganse las demás súplicas de la demanda.

Cópiese y notifíquese

Sesión del día 2 de diciembre de 1983

Mario Enrique Pérez Velasco, Samuel Buitrago Hurtado (Ausente), *Jacobo Pérez Escobar, Roberto Suárez Franco.*

Lorenzo Rojas Surmay., Secretario.

PELICULAS CINEMATOGRAFICAS DE CARACTER OBSCENO. PORNOGRAFIA. — Desaparecida como delito en el nuevo estatuto penal. Frente a los términos estrictos del artículo 6º del Decreto 2055 de 1970 y al haber dejado de ser la pornografía un delito, mal puede prohibirse la proyección de una película en la que se incite a la pornografía. CONVENCION DE GINEBRA. — La supresión de la Pornografía como delito en nada modificó el articulado de la Convención de Ginebra, aprobada por la Ley 47 de 1933, y sancionada por el Presidente de la República, mediante la cual el Estado Colombiano se comprometió a evitar "poner en circulación o en cualquier otra forma que fuere películas cinematográficas de carácter obsceno, lo que no significa que se esté pasando por encima del C. P.; simplemente el existir legalmente la Junta de Clasificación de Películas según el texto del artículo 4º del Decreto 2055 de 1970, y estando facultado de acuerdo al artículo 5º del mismo estatuto para prohibir la exhibición, dicho organismo puede recurrir a cualquier disposición de tipo legal que justifique tal prohibición.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., junio catorce de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctor Roberto Suárez Franco*)

Referencia: 3754. *Demandante*: *Películas Real Limitada.*

1. *Antecedentes*

La Sociedad Películas Real Limitada, por conducto de apoderado, valiéndose de lo dispuesto *en el artículo* 67 *del C.C.A.* demandó ante esta Corporación las siguientes peticiones:

1º "Que se declare la nulidad de la Resolución Nº 0078 del 26 de febrero de 1981, por medio de la cual el Comité de Clasificación de Películas prohibió la exhibición de la película "CALIGULA";

2º "Que se declare, igualmente, la nulidad de la Resolución *Nº* 1531 *de* 8 *de mayo de* 1981, por la cual el Ministerio de Comunicaciones confirmó la prohibición establecida por la Resolución 0078 de febrero de 1981;

3º "Que como consecuencia de la declaración de nulidad que se solicita y a manera de restablecimiento del derecho, se autorice la exhibición en Colombia de la Película "CALIGULA", de conformidad con la clasificación de la misma haga el COMITE

DE CLASIFICACION DE PELICULAS, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia del Consejo de Estado".

Relata como hechos sustentatorios de su pretensión los siguientes:

"1º La sociedad denominada 'PELICULAS REAL LIMITADA' adquirió para Colombia los derechos de exhibición de la Película 'CALIGULA' ;

"2º Películas REAL LIMITADA, a través de su representante legal, presentó ante el COMITE DE CLASIFICACION DE PELICULAS solicitud para la clasificación de la película 'CALIGULA',

"3º EL COMITE DE CLASIFICACION DE PELICULAS por medio de la Resolución Nº 0078 de 25 de febrero de 1981, prohibió la exhibición de la citada película;

"4º Películas Real Limitada interpuso oportunamente recurso de APELACION, el que fue resuelto por el Ministerio de Comunicaciones en Resolución Nº 1531 de 8 de mayo de 1981, confirmando la prohibición argumentando que la película *"incita al delito y atenta contra la moral y las buenas constumbres"* (he subrayado).

"5º Con la decisión del Ministerio de Comunicaciones, que fue notificada a mis poderdantes el día 1º de junio de 1981, quedó agotada la vía gubernativa.

"6º El término para iniciar la acción de plena jurisdicción se vence el día 1º de octubre de 1981, partiendo de la notificación de la Resolución 1531 de 8 de mayo de 1981".

Como disposiciones violadas cita el artículo 6º del Decreto 2055 de 1970, el artículo 188 del Código Penal (Decreto 100 de 1980), la Ley 47 de 1933 y el artículo 55 de la Constitución Nacional.

El concepto de la violación lo desarrolla a través de cuatro literales que aparecen en la parte IV de la demanda a folios 12 y 13 del expediente.

En el alegato de conclusión, el demandante reitera una vez más los argumentos expuestos en la demanda, ampliándolos, aunque circunscribiéndolos fundamentalmente a lo siguiente:

a). En los actos administrativos acusados se incurre en una "falta de motivación y en una desviación de poder".

b). El carácter pornográfico de una película no es causal para prohibir su exhibición frente a las nuevas disposiciones del Código Penal y al claro texto del artículo 6º del Decreto 2055 de 1970.

2. Concepto del señor fiscal primero de la Corporación.

Previo el análisis de las peticiones de la demanda, así como del dictamen rendido por peritos dentro del presente asunto, el señor agente del ministerio público sostiene en la parte final de su concepto:

"En este caso, lo mismo que en otros ya fallados, la prueba fundamental ha sido la inspección judicial con intervención de peritos. Así, pues, es evidente que el actor, que es a quien corresponde la carga de la prueba en esta clase de procesos, debe demostrar fehacientemente que los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoyó la administración, son falsos y que su contenido no se ajustó a la realidad, para así desvirtuar la presunción de legalidad que ampara a las Resoluciones acusadas.

En el asunto *sub judice,* el demandante para lograr su cometido, solicitó y obtuvo la práctica de una diligencia de inspección judicial con intervención de peritos, la cual fue decretada mediante providencia de febrero 19 del año en curso (folio 21).

Para la peritación se nombró a la doctora Beatriz Caicedo Ayerbe y al doctor Carlos Didacio Alvarez, quienes en dictamen visible a folios 29 y ss. del expediente, fueron de concepto que la película objeto de prohibición era obscena y absolutamente pornográfica".

"..... .....

"De acuerdo con lo anterior y, en general, con todo el texto del dictamen, en la película en comento se incita y se hace la apología del delito de incesto, además de ser pornográfica y obscena, y como dicho dictamen aparece bien fundamentado, considera esta Fiscalía que en este caso, conforme al reiterado criterio del H. Consejo de Estado, no se debe acceder a las pretensiones de la demanda.

"No está por demás agregar, que tratándose de asuntos como el planteado, la asesoría de peritos no sólo viene a servir de gran ayuda a la formación del convencimiento del fallador, sino que por la razón misma del cargo, ellos pueden profundizar más en la investigación, lo que no sería fácil para el Juez, ya que su función frente a la prueba no es propiamente la de investigar sino la de verificar las que en distinta forma se lleguen al proceso.

"En los anteriores términos y consecuente con lo dicho, esta Fiscalía es de concepto que se despachen desfavorablemente las súplicas contenidas en la demanda".

3. *El dictamen pericial*

Los señores peritos, en su dictamen sostienen:

"Aunque el cuestionario contenido en el memorial de pruebas presentado por la parte actora, que obra en los folios 18 y 19 del único cuaderno del proceso, contiene puntos de derecho, que, por su naturaleza, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 236 del C. P.C., son inadmisibles en una lista de cuestiones sobre las cuales deben pronunciarse los peritos, por ser función del Juez —y no de los éstos— (sic) decidir sobre ellos, pasamos a contestarlo, punto por punto, con la salvedad anotada.

"En la racha de cine sobre temas sexuales que inunda el mercado, la película CALIGULA es una más. Sin pretensión artística

apreciable, el filme, desde el punto de vista de la técnica cinematográfica, es una realización aceptable. Se trata de una película comercial destinada a entretener el grueso público, que es uno de los objetivos del cine como espectáculo. A pesar del título, no se puede afirmar, ni siquiera en sentido lato, que sea un filme de contenido histórico. No fue éste el propósito del productor. Esto es manifiesto. El tema histórico, si es que lo hay, sirve únicamente de pretexto para realizar una exhibición de cuerpos desnudos, órganos genitales y uno que otro acto sexual, donde la historia, el erotismo, como valor humano, y la estética, pasan al segundo plano.

A cada una de las cuestiones planteadas, en el memorial de pruebas, contestamos así:

"a). Si la exhibición de la película CALIGULA constituye una incitación o instigación a delinquir, y en caso positivo, a qué delito se refiere dicha instigación?".

"No obstante que la película presenta la relación incestuosa Drusila, como una realización normal del amor fraterno, opinamos que no se configura la instigación a delinquir, pues, no se da a la incitación directa a la comisión del delito. Quizás podría tipificarse la apología del delito de incesto, por cuanto se presenta esta conducta como loable e inclusive meritoria. Tampoco se tipifica, en nuestro concepto, la instigación a delinquir, por la simple presentación de los asesinatos de los emperadores Tiberio y Calígula y de Tiberio Gemelo, como soluciones políticas. Ya que, para que se tipifique la instigación a delinquir, se requiere que la incitación al delito sea directa y hecha de propósito. Y debemos suponer que ésta no es la intención del productor, ni tampoco la del distribuidor de la película.

"b). Si después de presenciar la película CALIGULA, el ánimo de los espectadores queda afectado, en tal forma que los induzca efectivamente a ejecutar actos delictuosos, y en caso positivo, qué actos delictuosos?".

Desprovista, como está, la película, de valores estéticos, que dignifiquen las escenas eróticas presentadas a todo lo largo del filme, éste constituye un agravio a la dignidad individual de las personas que lo ven. Sobre esto no hay duda. En el cine, la actitud del espectador común es puramente contemplativa. El espectador, por regla general, es pasivo. Recibe la imagen sin discernir sobre la conducta que se le presenta. Cuando tal conducta es de aquellas, a las cuales, el hombre, por su naturaleza, es propenso, y está desprovista de valores estéticos que la justifiquen, constituye una violación de la siquis individual. Pero no se puede afirmar en rigor de términos, que los espectadores, después de haber visto la película queden afectados de manera que los induzca efectivamente a ejecutar actos delictuosos. Puede darse el caso, en algunas situaciones muy particulares. Casos individuales de personas cuya sicología está predispuesta de antemano por la perversión del sentido genital. Pero en nuestro concepto, no se puede hacer esta afirmación, en sentido general.

"c). Si analizando el conjunto de la película y teniendo en cuenta el conocimiento y respeto que el cine exige a quien lo juzga, puede considerarse que tiene una finalidad artística e histórica"?

"Con el respeto debido, debemos manifestar que la película no tiene finalidad artística ni histórica. Como lo dijimos antes, es un filme estrictamente comercial. Es una película más de tema sexual, para el grueso público. El hecho de que el protagonista se llame Calígula y de que figuren los nombres de Tiberio Gemelo, Claudio y Marco Emilio Lépido, el marido de Drusila y Drusila misma, no implica que se trate de un filme de contenido histórico. Tampoco le dan este carácter los episodios narrados fragmentariamente. Más que en la historia de la primera época del imperio romano, el filme se basa en esa serie de leyendas tejidas en torno de las monstruosas perversiones y "refinadas crueldades atribuidas a los cuatro césares de la estirpe Julia -Claudia, que gobernaron a Roma entre los años 14 y 68: Tiberio, Calígula, Claudio y Nerón. Período conocido como la 'época del terror', por el hecho de haber recurrido, los cuatro emperadores, a métodos de violencia sistemática y abierta, en contra de la oposición de la antigua aristocracia, que añoraba los tiempos de la República, cuando, desde el senado, gobernaba a Roma.

No es posible reducir la historia de un pueblo al recinto de una alcoba. Roma, por aquella época, era mucho más. Contemporáneos de Calígula fueron Cayo Plinio Segundo, conocido como Plinio el Viejo, autor de la historia natural; Lucio Anneo Séneca, cuya dimensión sobrepasa su siglo, y el autor del Satiricón. Libro, en cuyas páginas, a pesar de haberse conservado muy poco de él, se encuentra el reflejo de los usos y costumbres, así como del proceso económico y social de la época. Escrito en un estilo del más puro naturalismo, nos permite apreciar que la realidad de la vida romana de los años 14 a 41 no era la que nos muestra la película. Se habían relajado las costumbres, las medidas de Augusto, para sanear la familia, habían perdido vigencia. Pero todavía se advertía una fuerte reacción de parte de un gran sector de la sociedad. Séneca encarna esa reacción. El centro de su filosofía es la moral.

Calígula era relativamente joven. Tenía 25 años. Había crecido en Capri, al lado de Tiberio, lejos de los asuntos del Estado, en condiciones de servidumbre. De su madre Agripina había heredado el carácter indomable, que en él se había transformado en desequilibrio síquico. Después de algunos meses de su reinado ordenó matar a Gemelo y a Macrón sin la menor apariencia de proceso. La frívola disipación de las riquezas que Tiberio había acumulado lo llevó a aumentar los impuestos y reanudar la práctica de las confiscaciones, para revitalizar el tesoro. En el año 39 emprendió una expedición a Germania y a Galia septentrional con fines puramente decorativos y aunque la misma resultó un fracaso, al llegar a Roma, celebró un grandioso triunfo que costó sumas enormes.

Sin embargo, el gobierno de Calígula constituyó una importante etapa en la transformación del principado en monarquía. Por primera vez introdujo en palacio un ceremonial monárquico: las genuflexiones, el beso de los pies, etc. El palacio imperial que fue organizado rígidamente y los libertos empezaron a ejercer en su interior una función importante. A causa del desequilibrio síquico del emperador, las manifestaciones de respeto hacia su persona comenzaron a adquirir pronto las formas más absurdas. Calígula exigía honores divinos, paragonándose a Júpiter y hasta llegó a pretender hacer senador a su caballo predilecto. Pero históricamente se trataba de un proceso lógico. Se sentía en Roma la influencia de las monarquías helénicas, en las que la divinización de la persona del rey empezó con Alejandro de Macedonia.

"d). Si, sin lugar a dudas, puede afirmarse que la película es pornográfica y obscena y, en caso positivo, en qué radica su carácter pornográfico y obsceno?".

"Como lo hemos dicho y repetido antes, se trata de un filme estrictamente comercial, sin pretensión cultural alguna. En esta línea de producción, la película tiende a exacerbar el instinto sexual de los espectadores, para conseguir público. Esto se echa de ver desde el comienzo de la película hasta su final. La película va directamente al detalle del acto sexual o de los actos que lo preceden, sin el menor recato, con el propósito manifiesto de despertar el instinto de quienes la ven. Tiene escenas que son literalmente actos sexuales, tales como la violación de una recien casada, en el acto mismo de la ceremonia matrimonial, por parte de Calígula. Tiene, además, escenas rayanas en el más crudo sadismo, cuyo tratamiento carece hasta del disfraz estético. So capa de narrar un proceso histórico, solamente se ocupa de las aberraciones sexuales —reales o noveladas— del personaje central. Pareciera que se propone revelar la intimidad únicamente. Sin tener en cuenta que la actividad sexual del hombre, por su naturaleza, no está hecha para mostrarla al público, sino para realizarla dentro de dicha intimidad.

"Todo lo cual nos permite afirmar, sin que nadie pueda 'remitirlo a duda, que la película CALIGULA es obscena y francamente pornográfica' ".

Del dictamen transcrito, se colige lo siguiente:

a). La película "Caligula" carece de valores estéticos.

b). Puede constituír en ciertos casos "una violación de la psiquis individual".

c). Carece de unas finalidades tanto artísticas como históricas.

d). Es una película de tema sexual, para el grueso público.

e). Puede tipificar la apología del delito de incesto.

f). Es obscena y francamente pornográfica.

4. *Consideraciones de la Sala*

Conforme a lo establecido por el artículo 16 de la Constitución Nacional, las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas honra y bienes y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del estado y de los particulares.

La norma citada es lo suficientemente clara en cuanto le asigna a las autoridades de la República ciertas obligaciones de carácter primordial cuales son las referentes a la protección de la persona humana, de su vida honra y bienes, pero particularmente las de "asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares".

En este sentido obró el gobierno colombiano en 1923 cuando suscribió la Convención de Ginebra mediante la cual se comprometió a reprimir "la circulación y el comercio de publicaciones obcenas".

Así lo entendió el Congreso de la República en 1933 al expedir la Ley 47 de ese mismo año con la que aprobó la mencionada convención ley que luego fue sancionada el 28 de noviembre por el entonces Presidente de la República doctor Enrique Olaya Herrera. Igualmente la convención fue luego debidamente ratificada.

En la parte inicial del tratado, los estados suscribientes manifestaron que "deseosos todos por igual de dar la mayor efectividad posible a los medios de suprimir circulación y el comercio de las publicaciones obscenas".

Luego, en el artículo I de la Convención, se consagró:

"Las Altas Partes contratantes se comprometen a adoptar todas las medidas conducentes a descubrir, perseguir, y castigar a toda persona que se haga culpable de cualquiera de las siguientes contravenciones, y en consecuencia convienen en que se considerarán actos punibles los siguientes:

"(1) Hacer, producir, o poseer escritos, dibujos, impresiones, pinturas, impresos, cuadros, carteles, emblemas, fotografías, películas cinematográficas, de carácter obsceno, o cualesquiera otros objetos obscenos, con fines o por medios comerciales, o para exhibirlos al público;

"(2) Con iguales fines o por iguales medios, importar, transportar, o exportar, o hacer importar, transportar, o exportar, cualquiera de dichos objetos o cosas obcenas, o ponerlas en circulación en cualquier forma que fuere;

"(3) Ejercer, o participar en negocios, sean públicos o privados, relacionados con cualquiera de dichos objetos o cosas obscenas, o negociar en dichas cosas u objetos en cualquier forma que fuere o distribuirlos o exhibirlos públicamente, o ejercer el negocio de darlos en préstamo o alquiler;

"(4) Anunciar o hacer saber en cualquier forma o por cualquier medio que fuere, con el fin de cooperar a dicha circulación

o comercio punible, que tal o cual persona se ocupa en cualquiera de tales actos punibles; o anunciar o hacer saber cómo o de quién pueden obtenerse dichos objetos o cosas obscenas, ya sea directa o indirectamente".

La norma es lo suficientemente clara en cuanto considera como contravención, a los actos y actividades que en ella se relacionan y el compromiso que se adquiere de perseguir y castigar a tales actos.

Ahora bien, no existe duda que, con la aprobación del tratado por el Congreso, mediante la expedición de la Ley 47 de 1933, el Estado Colombiano quedó ligado a la observancia de dicho tratado en los términos y condiciones que se expresan en el mismo, y sólo podrá sustraerse de las obligaciones adquiridas en tal estatuto, con su denuncia y demas formalidades que la ley y los tratados internacionales preveen para que un estado suscribiente pueda desligarse de sus obligaciones.

Por otra parte, conforme lo dispone el artículo 4º del C. C. la ley es una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida por la Constitución Nacional. El carácter de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar". No se entiende entonces, ante disposiciones perentorias de una ley, que ésta no se observe por los funcionarios a quienes corresponda aplicarla alegando pretexto distinto a su propia derogatoria.

Y no es necesario que la ley que "manda, prohibe o permita dispone el artículo 5º del C.C. —contenga o exprese en si misma la pena o castigo en que se incurre por su violación. El Código penal es el que define los delitos o señala las penas".

En un mismo orden de ideas, el artículo 1º del Decreto 2055 de 1970, que subrogó el artículo 151 del D.L. 1355 de 1970 dispuso que "ninguna película podrá pasarse por cinematógrafo, en sala o sitio abierto al público sin autorización del comité de clasificación de películas".

Y el artículo 5º del mismo estatuto, prevee como modalidades de clasificación:

1) Para niños

2) Permitidas para mayores de doce años

3). Permitidas para mayores de 18 años

4) Prohibidas

Este comité fue adscrito al Ministerio de Comunicaciones por mandato expreso del Decreto 1993 de 1970 en su artículo 1º y el Decreto 056 de 1970 reglamentó el funcionamiento del Comité de películas.

El artículo 4º del Decreto 2055 de 1970 asignó, como funciones, al comité de Clasificación de Películas: "a) preparar un sistema de clasificación de películas teniendo en cuenta la edad de los espectadores. El ministerio de comunicaciones, aprobará dicho sistema, pudiendo modificarlo".

"b) Decidir sobre la clasificación de cada película".

De lo hasta ahora expuesto, se tiene que el Comité de Clasificación de Películas es el organismo legal competente para decidir sobre la Clasificación de éstas ya sea permitiendo su exhibición para niños, para adultos mayores de doce años para mayores de 18 años, o, simplemente prohibiéndolas.

Luego, el artículo 6º del Decreto 2055 de 1970 sustitutivo del 156 del Decreto Ley 1355 de 1970, ordena: "Sólo podrán ser prohibidas las películas que inciten al delito o hagan su apología.

Del texto citado se deduce que la prohibición consistente en exhibir películas sólo puede darse en dos casos, cuando la película incite al delito o cuando constituya su apología.

Pero en uno y otro caso la norma hace alusión al delito, lo que en términos legales implica que en la proyección cabe contemplarse, sin lugar a dudas, actos que conforme al Código penal constituyan hechos delictuosos, cualquiera sea su modalidad, y que de la manera como esos hechos se presenten, se deduzca de los mismos la apología o la incitación al delito.

En el Código Penal anterior, al actualmente vigente, la pornografía estaba constituida en delito, lo que en términos del artículo 6º del Decreto 2055 quería decir que, cuando en una película se hacía su apología o se incitaba a ella, la Junta de Clasificación se hallaba en la obligación legal de prohibir su exhibición, sanción que bajo ningún aspecto es de orden penal.

Desaparecida la pornografía como delito en el nuevo estatuto penal, puede mantenerse el mismo criterio frente a la legislación penal vigente?. Es indudable que, frente a los términos estrictos del artículo 6º del Decreto 2055 citado y al haber dejado de ser la pornografía un delito, mal puede prohibirse la proyección de una película en la que se incite a la pornografía.

Sin embargo la supresión en mala hora, de la pornografía, como delito, en nada modificó el articulado de la Convención de Ginebra, aprobada por la Ley 47 de 1933, y sancionada por el Presidente de la República, mediante la cual el Estado Colombiano se comprometió a evitar "poner en circulación o en cualquier otra forma que fuere películas cinematográficas del carácter obsceno".

Y esto no quiere decir, que se esté pasando por encima del actual Código Penal. Simplemente, para la Sala es incuestionable que al existir legalmente la Junta de Clasificación de Películas, según el texto del artículo 4º del Decreto 2055 de 1970, y estando facultada de acuerdo al artículo 5º del mismo estatuto para prohibir la exhibición, dicho organismo puede recurrir a cualquier disposición de tipo legal que justifique tal prohibición.

Por consiguiente, cuando así obró la junta de clasificación, al expedir la Resolución 078, no hizo otra cosa que dar aplicación al tratado citado, tal como se expresa en la parte motiva de la resolución.

Consecuencialmente no se violó el artículo 6º del Decreto 2055 de 1970 como tampoco el 100 del C.P. ni el 55 de la Constitución Nacional, que dicho sea de paso hace referencia a un tema distinto al debatido.

Lo anterior sería suficiente para negar las súplicas de la demanda.

No obstante, y para un mayor abundamiento, la Sala acoge el concepto fiscal, particularmente en aquel aspecto, en el que sostiene:

> "De acuerdo con lo anterior y, en general, con todo el texto del dictamen, en la película en comento se incita y se hace la apología del delito de incesto, además de ser pornográfica y obscena, y como dicho dictamen aparece bien fundamentado, considera esta Fiscalía que en este caso, conforme al reiterado criterio del H. Consejo de Estado, no se debe acceder a las pretensiones de la demanda".

En efecto, dispone el artículo 259 del C.P. "El que realice acceso carnal, u otro acto erótico sexual, con un descendiente o ascendiente, adoptante o adoptivo, o con un hermano o hermana, incurrirá en prisión de seis (6) a cuatro (4) años.

En el caso de autos se observa en la película, por cierto en escenas bastante frecuentes y prolongadas, el desarrollo de las relaciones sexuales entre Calígula y su hermana Drusila, lo que tipifica, sin lugar a discusión, el delito de incesto.

A este respecto sostienen los peritos en su dictamen:

> No obstante que la película presenta la relación incestuosa "entre Cayo César Augusto Germánico, o más simplemente Calígula, y su hermana Drusila, como una realización normal del amor fraterno, opinamos que no se configura la instigación a delinquir, pues, no se da la incitación directa a la comisión del delito. Quizás podría tipificarse la apología del delito de incesto, por cuanto se presenta esta conducta como loable e inclusive meritoria".

La Sala coincide con el dictamen y con el concepto Fiscal en cuanto se sostiene que se configura la apología del delito de incesto "por cuanto presenta esta conducta como loable e inclusive meritoria".

Las razones expresadas llevan a la conclusión consistente en que el Comité de Clasificación de Películas, al proferir la resolución impugnada, no violó los términos del artículo 6º del Decreto 2055 de 1970, como tampoco con el artículo 188 del C. P., ni menos la Ley 47 de 1933 ni el artículo 55 de la Constitución.

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

Falla:

No prosperan las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Sesión del día 9 de junio de 1983

Mario Enrique Pérez Velasco (Con salvamento de voto), *Samuel Buitrago Hurtado, Jacobo Pérez Escobar* (con aclaración de voto), *Roberto Suárez Franco.*

Lorenzo Rojas Surmay., Secretario.

PELICULAS CINEMATOGRAFICAS DE CARACTER OBSCENO. — Salvamento de voto. Existe un vacío normativo para la represión de la obscenidad y de la pornografía, que tanto imperan contemporáneamente, especialmente en el cine y que han llegado a extremos inverosímiles, por lo cual, en defensa de la moral pública, reclaman urgentes medidas que las impidan. Se trata de un vacío legislativo que debe llenarse con una normatividad adecuada.
Siendo inaplicable para esta materia en particular el artículo 16 de la C.N. TRATADO DE GINEBRA. — Aplicación. No se puede aplicar la tesis de que una vez aprobados y ratificados los tratados éstos modifican la legislación preexistente y que condicionan la que se expida durante su vigencia, porque el Tratado de Ginebra no adoptó normas concretas para reprimir la obscenidad, sino que las partes signatarias apenas se comprometieron a adoptarlas. Y este convenio no ha tenido desarrollo normativo.

Del Consejero doctor Mario Enrique Pérez.

Referencia: Expediente Nº 3754. Actor: Películas Real Ltda. Ponente: Doctor Roberto Suárez Franco.

Respetuosamente presento las razones legales y jurídicas que me separan del criterio de la mayoría de los miembros de la Sala frente a la sentencia de 14 de junio del año en curso.

Dice el considerando sexto de la Resolución 0078 de 1981, del Comité de Clasificación de Películas, que dentro de sus facultades legales "tiene como función fundamental prevenir las infracciones a la Ley Penal, en todos los aspectos y en el caso concreto de la película 'Calígula' presenta en todo su desenvolvimiento, escenas obscenas claramente pornográficas que atentan contra la moral y las buenas costumbres, motivo legal suficiente para prohibir una película". Y en el octavo agrega: "En esta película con el propósito de mostrar una etapa histórica del Imperio Romano se aprovecha para presentar las más crudas escenas de pornografía. Además en la cinta 'Calígula' se cumplen los postulados de incitación al delito contemplados en el nuevo Código Penal en su artículo 198 (sic, se trata del 188)....".

De acuerdo con lo anterior, los motivos que llevaron al Comité a prohibir la exhibición pública de dicho filme fueron la obscenidad y la instigación a delinquir. Mas acontece que el dictamen pericial, en el que se apoyan tanto la vista del Ministerio Público como la sentencia de la cual disiento, si bien es cierto que califica la película como "obscena y francamente pornográfica", también es evidente que descarta la pre-

sencia de la incitación al delito, que es la entidad punible que interesa en el caso de autos. En efecto, al contestar la pregunta de si la cinta "Calígula" constituye instigación a delinquir y concretamente a qué delito en particular, los peritos respondienron:

"No obstante que la película presenta la relación incestuosa entre Cayo César Augusto Germánico, o más simplemente Calígula, y su hermana Drusila, como una realización normal del amor fraterno, *opinamos que no se configura la instigación a delinquir, pues, no se da la incitación directa a la comisión del delito. Quizás podría tipificarse la apología del delito de incesto por cuanto se presenta esta conducta como loable e inclusive meritoria.* Tampoco se tipifica, en nuestro concepto, la instigación a delinquir, por la simple presentación de los asesinatos de los emperadores Tiberio y Calígula y de Tiberio Gemelo, como soluciones políticas. Ya que, para que se tipifique la instigación a delinquir, se requiere que la incitación al delito sea directa y hecha de propósito. Y debemos suponer que ésta no es la intención del productor, ni tampoco la del distribuidor". (subrayo).

De lo anterior se desprende que en concepto de los peritos la cinta en referencia no instiga al delito y que de manera hipotética aluden a que podría tipificarse la apología del delito de incesto. Pero sucede que la apología del delito, que definía y sancionaba el artículo 210 del Código Penal anterior, desapareció en el catálogo punible del Código Penal vigente. Por manera que no está en lo cierto la sentencia a que se contrae este salvamento cuando acepta que la película "Puede tipificar la apología del delito de incesto".

Como la prohibición para exhibir la cinta "Calígula" radica principalmente en que el Comité de Clasificación de Películas la considera abiertamente obscena, es pertinente estudiar si la obscenidad es actualmente delito o una entidad contravencional y si su instrumento represivo es la Convención Internacional firmada en Ginebra en 1923 y aprobada por la Ley 47 de 1933.

Se parte aquí del punto de vista de que cuando se celebró dicha Convención la obscenidad no estaba erigida en delito ni en contravención, aunque los hechos que la constituyen eran repudiados por la comunidad por ofender la moral pública.

Vino entonces la Convención y por medio de su artículo I se estipuló que "Las Altas Partes contratantes se comprometen a adoptar todas las medidas conducentes a descubrir, perseguir y castigar" a quienes cometan los actos que configuran la obscenidad, dándoles a los últimos la calificación de contravenciones. De la manera como está concebido el artículo se *desprende que los estados signatarios no adoptaron las medidas sino que se obligaron a adoptarlas.* No hubo adopción concreta de medidas sino promesa de adoptarlas. De ahí que en la parte final del mismo artículo se diga que "en consecuencia convienen en que se considerarán actos punibles los siguientes:...". Siguiendo la misma línea de compromiso hacia el futuro, el artículo IV expresa: "Aquellas de las altas Partes contratantes cuya legislación no se preste en la actualidad para dar efecto a la presente convención, se comprometen a adoptar, o a proponer a sus respectivas legislaturas, las medidas necesarias al efecto". Y el artículo V dispuso: "Las Altas

Partes contratantes cuya legislación no sea actualmente suficiente al efecto, se comprometen a tomar medidas para poder efectuar búsquedas o rondas...".

No se puede aceptar que en cumplimiento de la anotada Convención el Estado Colombiano incorporara en el anterior Código Penal (Ley 95 de 1936) el artículo 248, que sancionaba con arresto de dos meses a un año y con multa de cincuenta a mil pesos a "El que elabore o fabrique, importe para su venta o reproduzca escritos, dibujos, imágenes u objetos obscenos, haciéndolos circular o distribuir, o presentándolos en exposiciones o espectáculos". Y no se puede admitir lo anterior porque tal Código fue expedido por el Congreso y adoptado por el Gobierno Nacional en uso de sus funciones y por iniciativa propia y no para cumplir, en cuanto al artículo 248 se refiere, con el ameritado compromiso.

De otro lado, el artículo 156 del Código Nacional de Policía (Decreto 1355 de 1970) disponía que "Sólo podrán ser prohibidas las películas que entrañen infracción penal, induzcan a ella o hagan la apología del delito. Como puede apreciarse, esta norma permitía la prohibición por los dos delitos que específicamente citaba y por un motivo general, cual era el de que las películas por sí mismas entrañaran infracción penal.

Con aplicación de los artículos 248 del Código Penal anterior y 156 del Código Nacional de Policía, el Comité de Clasificación de Películas venía prohibiendo la proyección de las cintas que, en su criterio, estuviesen afectadas de obscenidad. Y si los actos que hacían la prohibición eran demandados ante el Consejo de Estado, éste accedía a la declaración de nulidad de los mismos cuando el proceso arrojaba la conclusión de que la Administración estaba en lo cierto.

Mas, como es suficientemente sabido, la anterior legislación sobre la materia varió. Evidentemente, primero el artículo 6º del Decreto Ley 2055 de 1970 modificó el artículo 156 del Código Nacional de Policía, en el sentido de establecer que "Sólo podrán ser prohibidas las películas que inciten al delito o hagan su apología", descartando por completo la prohibición de las que por sí mismas constituian infracción penal, quedando comprendidas en éstas las películas obscenas. Por consiguiente, siendo el Decreto 2055 un estatuto especial que adicionó y modificó el Código Nacional de Policía, en acatamiento a él esta Corporación en varios pronunciamientos enfocó los actos de prohibición de películas únicamente por los actos de incitación al delito o apología del mismo y al respecto sostuvo que la competencia del Comité de Clasificación de Películas es reglada y no discrecional y que "todo depende de si los hechos constituyen o no motivo de prohibición". Desde luego hoy hay que excluir también la apología del delito por haber desaparecido como tal.

Con posterioridad a la modificación del artículo 156 del Código Nacional de Policía vino la abolición en Colombia del delito de obscenidad, porque el actual Código Penal (Decreto 100 de 1980) dejó de prever como punibles los hechos que constituyen la obscenidad, por lo cual en la actualidad no se puede someter a nadie a pena o medida por el anterior hecho. Lo contrario equivaldría a infringir los artícu-

los 1º, 2º y 3º del Código Penal vigente, en otros términos, a ir contra este principio fundamental y universal: *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*. Este principio se extiende a toda el área penal: delitos, contravenciones, faltas disciplinarias, medidas de policía, etc.

En consonancia con lo que antecede, esta Sala dijo en la sentencia de 28 de octubre de 1981, que es la más reciente sobre el tema que aquí se estudia, lo siguiente:

"Esta misma Sala, con fundamento en el artículo 6º del Decreto 2955 de 1970, ha sostenido que sólo aquellas películas que incitan al delito, son las que pueden ser prohibidas por el Comité de Clasificación de Películas. Y si se tiene en cuenta que el artículo 248 del C. P., en el cual se fundamentan los actos acusados ha quedado por fuera de la legislación penal, esta tipificación delictuosa, también quedó excluida debe concluirse que de acuerdo con el dictamen acorde, bien fundamentado y no objetado de los peritos que actuaron dentro de este juicio, no puede sostenerse que la película puesta en tela de juicio encaja dentro de las antiguas prescripciones necesarias para estructurar la modalidad jurídica penal que podrán impedir una proyección en público de la película discutida (Expediente 3297, Actora, "Películas Real Limitada". Ponente, doctor Alfonso Arango Henao).

En el caso de autos no se puede aplicar la tesis de que una vez aprobados y ratificados los tratados éstos modifican la legislación preexistentes y que condicionan la que se expida durante su vigencia, porque el Tratado de Ginebra no adoptó normas concretas para reprimir la obscenidad, sino que las partes signatarias apenas se comprometieron a adoptarlas. Y este convenio no ha tenido desarrollo normativo. Por tanto, se quedó en el ámbito de las recomendaciones genéricas y no ha tenido manifestaciones específicas.

Distinto hubiera sido si dicha Convención hubiera acogido o adoptado una normatividad concreta, porque en este supuesto la Convención misma constituiría la regulación, toda vez que ella fue aprobada mediante ley.

Por la anterior razón, en el caso que se analiza no se presenta el frecuente conflicto de si prevalece la legislación interna o la internacional. Por la falta de legislación interna sobre la obscenidad, hay sustracción de materia para hacer confrontaciones.

A propósito del Comité de Clasificación de Películas se explica que él se halla adscrito al Ministerio de Comunicaciones y que es el órgano administrativo encargado de autorizar la exhibición pública de los filmes y de hacer su clasificación, exclusivamente en los siguientes grupos: para niños, las permitidas para mayores de doce años, las permitidas para mayores de dieciocho años y las prohibidas. Esto por mandato del Art. 5º del Decreto 2055 de 1970. Obviamente, el artículo anterior, en cuanto a la prohibición, debe compaginarse con el artículo 6º del mismo Decreto, que prescribe que sólo podrán prohibirse las que inciten al delito o hagan su apología. Por este aspecto los dos artículos se integran recíprocamente, con la salvedad hecha en cuanto a la apología.

De otra parte, por el Decreto 055 de 1974 fue reglamentado el funcionamiento de este Comité. El capítulo I regula su composición; el II las calidades, inhabilidades e incompatibilidades de sus miembros, el III el quórum, las sesiones y atribuciones del Secretario; el IV el procedimiento que se debe seguir para las clasificaciones; el V los recursos legales contra sus decisiones; el VI la presentación de películas en festivales y cine clubes y el VII se refiere a los delegados e inspectores *ad honorem*.

Mas es importante advertir que el Decreto 056 de 1974 no se ocupa del radio de acción o de las funciones del Comité y, en particular, de lo concerniente a la prohibición de la exhibición de películas.

Sobre el particular se concluye que el Comité aplicó, sin poder legal para ello, una sanción a un hecho no previsto como delito ni como contravención, haciendo un inusitado desconocimiento del principio jurídico de *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*. En este sentido, al desbordar el radio de acción de su competencia, incurrió en extralimitación de sus funciones.

El análisis legal y jurídico que antecede permite concluír que existe un vacío normativo para la represión de la obscenidad y de la pornografía, que tanto impera contemporáneamente, especialmente en el cine, y que han llegado a extremos inverosímiles, por lo cual, en defensa de la moral pública, reclaman urgentemente medidas que las impidan. Se trata de un vacío legislativo que debe llenarse con una normatividad adecuada, siendo inaplicable para esta materia en particular el artículo 16 de la Carta Política. Evidentemente, este canon fundamental, de tanta importancia. en el ordenamiento jurídico colombiano, no se puede convertir en una especie de panacea jurídica para corregir o enmendar todos los defectos institucionales.

Termino manifestando que lo procedente en el caso *sub judice* era acceder a las pretensiones de la demanda, toda vez que los actos administrativos acusados violan, de manera especial, el artículo 6º del Decreto Ley 2055 de 1970.

Atentamente,

Mario Enrique Pérez.

Bogotá, D. E., julio trece de mil novecientos ochenta y tres.

PELICULAS CINEMATOGRAFICAS DE CARACTER OBSCENO. PORNOGRAFIA. — Aclaración de voto del doctor Jacobo Pérez Escobar. Si bien esta conducta no es punible en la actualidad a la luz de las disposiciones legales vigentes, en la actualidad a la luz de las disposiciones legales vigentes, puede evitarse dicha exhibición pública por parte del Estado Colombiano empleando los medios conducentes, y el Comité de Clasificación de Películas es uno de ellos, puesto que se le ha dado la atribución de prohibir las películas cuando existan causas legales para ello (artículos 4º y 5º Decreto Ley 2055 de 1970). CONVENCION DE GINEBRA. Aplicación.

Expediente número 3754

Actor: PELICULAS REAL LIMITADA

Ponente: Doctor Roberto Suárez F.

Aunque comparto la decisión contenida en la sentencia de 14 de junio del presente año proferida por la Sección Primera, he creído conveniente precisar mi opinión acerca de algunos aspectos del fallo.

1. La sociedad "Películas Real Limitada", en ejercicio de la acción de plena jurisdicción consagrada en el artículo 67 del C. C. A., y por conducto de apoderado, demandó de esta Corporación que declarara la nulidad de las Resoluciones números 078 de 26 de febrero de 1981, por medio de la cual el Comité de Clasificación de Películas prohibió la exhibición de la película "Calígula", y 1531 de 2 de mayo del mismo año expedida por el Ministro de Comunicaciones, mediante la cual confirmó la prohibición establecida en la resolución anteriormente mencionada. Así mismo se pidió que, como consecuencia de la declaración impetrada, se autorizara la exhibición en Colombia de la película "Calígula" de conformidad con la clasificación que de la misma hiciera el Comité de Clasificación de Películas dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que profiriera el Consejo de Estado.

Consideró la sociedad demandante que los actos administrativos acusados eran violatorios de los artículos 6º del Decreto 2055 de 1970, 188 del Nuevo Código Penal (Decreto Ley 100 de 1980), Ley 47 de 1933 y artículo 55 de la Constitución Nacional.

Según la sociedad accionante las resoluciones acusadas violan directamente el artículo 6º del Decreto 2055 de 1970 por cuanto prohíbe la exhibición de la película "Calígula" por razones morales, eminentemente subjetivas, y no por la incitación o apología de ningún delito determinado, que serían las únicas causales en que jurídicamente podía formularse la prohibición.

2. Examinados los actos acusados se encontró que dos fueron los motivos que llevaron al Comité de Clasificación de Películas a prohibir la exhibición pública de la película "Calígula", a saber: que con el propósito de mostrar una etapa histórica del Imperio Romano se aprovecha para presentar las más crudas escenas de pornografía y que además "no cumplen los postulados de incitación al delito contemplados en el Nuevo Código Penal en su artículo 108" (sic 188). Consideró el Comité que era de su obligación darle cumplimiento a la Convención Internacional de Ginebra aprobada por la Ley 47 de 1933, el cual se encuentra vigente para Colombia por haberse cumplido los requisitos necesarios para ello.

3. La Sala encontró ajustadas a derecho las resoluciones impugnadas, por cuanto, por una parte, según las pruebas allegadas al proceso, se da la figura delictiva de incitación al delito de incesto. Por ello expresa la sentencia que "en el caso de autos se observa en la película, por cierto en escenas bastante frecuentes y prolongadas, el desarrollo de las relaciones sexuales entre Calígula y su hermana Drusila, la que tipifica, sin lugar a discusión, el delito de incesto.

En relación con el aspecto pornográfico de la película la Sala acepta el concepto pericial, y luego de establecer que en la actualidad la pornografía no es un delito entre nosotros, ha estimado que el Comité de Clasificación de Películas tiene entre sus atribuciones prohibirlas no sólo en los casos contemplados en el artículo 6º del Decreto 2055 de 1970, que subrogó el artículo 156 del Decreto Ley 1355 de 1970, sino también en el caso contemplado en la Convención de Ginebra aprobada por la Ley 47 de 1933, y que según certificación del Ministerio de Relaciones Exteriores se encuentra vigente para nuestro país (folio 69). Sobre este particular expresa el fallo que "sin embargo, la supresión en mala hora, de la pornografía como delito, en nada modificó el articulado de la Convención de Ginebra, aprobada por la Ley 47 de 1933, y sancionada por el Presidente de la República, mediante la cual el Estado Colombiano se comprometió a evitar 'poner en circulación o en cualquier otra forma que fuere películas cinematográficas de carácter obsceno'.

"Y esto no quiere decir, que se esté pasando por encima del actual Código Penal. Simplemente, para la Sala es incuestionable que al existir legalmente la Junta de Clasificación de Películas, según el texto del artículo 4º del Decreto 2055 de 1970, y estando facultada de acuerdo al artículo 5º del mismo Estatuto para prohibir la exhibición, dicho organismo puede recurrir a cualquier disposición de tipo legal que justifique tal prohibición".

Realmente el punto relativo a la aplicación de la Convención de Ginebra de 12 de septiembre de 1923 y aprobada por la Ley 47 de 1933 es bastante discutible, pero se ha inclinado por la tesis sostenida en el fallo porque, según el texto de dicha Convención, "las Altas Partes Contratantes se comprometen a adoptar todas las medidas conducentes a descubrir, perseguir y castigar a toda persona que se haga culpable de cualquiera de las siguientes contravenciones", entre las cuales está exhibir públicamente películas cinematográficas de carácter obsceno. Si bien esta conducta no es punible en la actualidad a la

luz de las disposiciones legales vigentes, puede evitarse dicha exhibición pública por parte del Estado Colombiano empleando los medios conducentes, y el Comité de Clasificación de Películas es uno de ellos, puesto que se le ha dado la atribución de prohibir las películas cuando existan causales legales para ello (artículo 4º y 5º Decreto Ley 2055 de 1970).

Sin embargo, me inquieta mucho el que no existiendo una definición legal de lo que debe entenderse por "película cinematográfica de carácter obsceno", pueda el Comité de Clasificación de Películas o el Ministerio de Comunicaciones desvirtuar la finalidad de las normas convencionales y prohibir la exhibición de todas las películas que en su criterio sean obscenas aunque consideradas desde el punto de vista estético o de su finalidad educativa puedan ser aceptables para nuestro medio cultural. Ciertamente, como lo observa el doctor Lisandro Martínez en un estudio sobre la materia, el concepto de obsceno está influido por variables criterios subjetivos y culturales. De aquí que D.H. Lawrence expresara según cita del mencionado abogado que "lo que para unos es Pornografía, para otros es la carcajada del genio". "La tesis extrema, dice Martínez, de que pueda considerarse como pornografía lo que ofenda el pudor, no es aceptable entre nosotros donde se delimitaban tales conceptos. La opinión prevalente ha entendido por obsceno 'lo vulgar', inelegante y torpe en lo referente a la reserva que debe rodear lo sexual' (Barbur), el 'sentido de repugnancia y de disgusto que es el producto de la fea representación de la sexualidad y no de toda la representación erótica' (Battaglini).

Significa esto, que no pueden exagerarse las cosas hasta el extremo de estimar pornográfico todo desnudo del cuerpo humano que es 'ideal, estético, que no contrasta con ninguna prohibición de las costumbres, ni de por sí tiende a excitar bajos apetitos' " (del expediente folios 52 y 53).

Las anteriores precisiones las he hecho en el presente caso, porque estimo que no debe exagerarse en la aplicación en nuestro país de la Convención de Ginebra de 12 de septiembre de 1923 "sobre represión de la circulación y comercio de publicaciones obscenas", aunque en el presente caso he considerado, valorando las pruebas allegadas al expediente, que se ha hecho una buena aplicación de la misma.

Jacobo Pérez Escobar.

Bogotá, D. E., primero de julio de mil novecientos ochenta y tres.

TARIFAS PORTUARIAS. TARIFA UNICA CONSOLIDADA PARA CARBON DE EXPORTACION.— Está referida a tonelada peso en jornada ordinaria o extraordinaria, diurna o nocturna, (Acuerdo número 788 de 1979 de Colpuertos).

TARIFAS PORTUARIAS. RECARGO POR TIEMPO CORRIDO.— Esta tarifa se refiere a las operaciones y servicios adicionales prestados a las naves, los cuales estarían exceptuados de la tarifa única consolidada para carbón de exportación por el parágrafo 2º del mismo artículo 49 del Acuerdo número 788 de 1979 de Colpuertos.

TARIFAS PORTUARIAS. SEGURIDAD PORTUARIA.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., quince de julio de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctor Jacobo Pérez Escobar*)

Expediente número 3669

Actor: Prodeco - Productos de Colombia S. A.

La sociedad Prodeco-Productos de Colombia S. A., por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción consagrada en el artículo 67 del C. C. A., ha demandado de esta Corporación la declaratoria de nulidad de las Resoluciones 0026 de 9 de febrero de 1981 expedida por la Empresa Puertos de Colombia 011, 031 y 074 del Terminal Marítimo de Santa Marta de la misma empresa. Además ha solicitado que, como consecuencia de tal declaración, se ordene devolverle las sumas de dinero que le han sido cobradas y por ella pagadas. Por último no ha demandado también la operación administrativa de liquidación contenida en las facturas números 047699, 154873, 047347, 154857, 502854 y 502855 de la misma empresa, en cuanto por ellas se le cobró el servicio de seguridad portuaria y los denominados "corridos".

I. Fundamentos de la demanda

A. Los hechos

Sirven de fundamento a la acción los siguientes hechos, que se sintetizan:

1) Mediante las facturas números 047699, 154873, 047347, 154857, 502854 y 502855 la empresa Puertos de Colombia liquidó a cargo de

la demandante y le cobró por razón de servicios de seguridad portuaria y corridos las siguientes sumas de dinero $ 55.437. $ 292.911, $ 566.100, $ 556.606, $ 364.800 y $ 73.575.

2) La sociedad actora canceló las mencionadas facturas entre el 17 de junio de 1980 y el 27 de diciembre del mismo año.

3) Contra la liquidación contenida en las mencionadas facturas la sociedad demandante interpuso los recursos correspondientes, los cuales fueron resueltos desfavorablemente mediante las resoluciones acusadas. La última resolución dictada en la vía gubernativa fue la número 26 de 9 de febrero de 1981, que confirmó las resoluciones del Terminal Marítimo de Santa Marta, la cual fue notificada el 4 de marzo de 1981.

B. Normas violadas y concepto de la violación

Expresa la sociedad actora que los actos acusados son violatorios de las Resoluciones 98 de 1977 expedida por el Gerente General de la empresa Puertos de Colombia, 528 de 1978 expedida por el mismo funcionario y de los artículos 49 del Decreto 853 de 1979 y 70 del Decreto 550 de 1981, en cuanto se liquidaron y cobraron a exportaciones de carbón a granel servicios de seguridad y los denominados "corridos".

En cuanto al concepto de violación expresa la actora que el Decreto 853 de 18 de abril de 1979 constituía al tiempo de ocurrir los hechos de que da cuenta la demanda el Estatuto Tarifario de Puertos de Colombia, cuyo artículo 49 establecía una tarifa única y consolidada para el cargue directo a granel de exportaciones de carbón. Dice que "única significa que no hay más y consolidada indica que subsume todos los servicios relativos a la operación, sin perjuicio que se facturen y cobren operaciones y servicios adicionales que el usuario solicite y obtenga, extraños a la modalidad de cargue directo que rige la tarifa especial consolidada y única, como los de tractoristas, elevadoristas o de almacenamiento que por sí mismos son extraños a la modalidad del cargue directo a granel".

Expresa la actora que el antecedente del citado artículo 49 del Estatuto Tarifario es la Resolución 98 de 1977, la cual estableció "una tarifa única consolidada para la exportación de carbón por toneladas que comprende los servicios portuarios a la nave y servicios a la carga. El artículo 2º de esta resolución fijó en US$ 6 por tonelada esa tarifa y la propia resolución estableció taxativamente qué valores adicionales podía cobrar la empresa Puertos de Colombia.

Según la demandante, la Resolución 258 de 22 de agosto de 1978 expedida por el Gerente General de Puertos de Colombia derogó el artículo 4º de la Resolución 98 de 1977, esto es, eliminó la excepción a la tarifa consolidada que nacía cuando el servicio se prestaba en horas diferentes a las del trabajo portuario o "recargo por corridos". En el lenguaje portuario se denomina trabajo de corrido el que se efectúa en horas diferentes a las jornadas ordinarias diurnas o nocturnas,

es decir, el que se lleva a cabo entre 12 m. y 2 p. m., o entre 6 p. m. y las 8 p. m. o entre las 5 a. m. y las 8 a. m.

Sostiene la actora que el Decreto 853 de 1979 mantuvo la tarifa consolidada y única para las exportaciones de carbón y no revivió la excepción que consagraba la Resolución 98 y que se refería al cargue ejecutado por fuera del horario portuario ordinario y estableció como excepción adicional el cobro de servicio de vigilancia. "Pero además el artículo 49 del Decreto 853 de 1979 señala expresa y literalmente que la tarifa de US$ 6 se refiere a la tonelada peso, en jornada ordinaria o extraordinaria 'diurna o nocturna' con lo cual el tonelaje movilizado durante los denominados 'corridos' está expresamente incluido dentro de esta tarifa única y consolidada, puesto que el recargo de corridos (artículo 36 del Decreto 550 de 1981) se causa cuando se movilizan cargamentos fuera de las jornadas ordinarias, es decir, en jornadas extraordinarias.

El artículo 49 del Decreto 853 de 1979 fue mantenido vigente por el Decreto 550 de 1981, artículo 70, de modo que la empresa Puertos de Colombia al liquidar y cobrar recargos por corrido a las exportaciones de carbón a granel violó dichas normas.

En su alegato de conclusión la sociedad demandante reitera las razones expuestas en el libelo demandatorio y expresa además que testimonios recibidos de los señores José Limberth Riveros y Alfonso Tomás Linero Derby carecen de fuerza probatoria por ser ellos funcionarios de Puertos de Colombia, lo que los hace sospechosos a la luz del artículo 217 del C. de P. C. Por otra parte dice que la formación intelectual de los deponentes no relieva el valor científico ni técnico de lo aseverado en los testimonios referidos.

II. Alegato de la parte impugnada

Durante el proceso se hizo presente y fue admitida como impugnadora la Empresa Puertos de Colombia, la que se opuso a las pretensiones de la demanda con las siguientes razones, que se resumen:

1) Hecha una comparación entre la tarifa ordinaria y la tarifa especial para los embarcadores del carbón, se nota que esta última es abismalmente diferente a la ordinaria y extremadamente beneficiosa para ellos en cuanto que agrupa los servicios portuarios a la nave, los servicios a la carga y recargos, cobrándolos mediante una tarifa de la misma especie y clase, exclusivamente para las operaciones de cargue directo a granel a través de recipientes utilizados de propiedad del usuario y sin almacenamiento en el puerto, a cargo del propietario de la carga o de su representante con responsabilidad solidaria.

2) Cosa distinta es el cobro de los llamados corridos y el servicio de seguridad portuaria, los cuales no se encuentran incluidos ni en las tarifas ordinarias ni en las especiales.

El artículo 27 del Estatuto Tarifario, que establece el recargo por corridos, expresa lo siguiente:

"Cuando se presten servicios portuarios a las naves, de los comprendidos en la Sección V del presente Estatuto, en horas diferentes

a la jornada ordinaria de que trata el artículo 2º del presente Estatuto, el propietario de la embarcación, el naviero o armador o su representante con responsabilidad solidaria deberá cancelar, además de las tarifas ordinarias, un recargo por nave y por escotilla trabajando así:

"1) Por la primera escotilla por hora con un servicio PS $ 6.210.00.

"2) Por escotilla adicional por hora con un servicio PS $ 5.520.00.

"3) Por servicio hora adicional en cualquiera de las escotillas, PS $ 4.830.00.

El artículo 2º expresa a su turno:

"Las tarifas comprendidas en el presente Estatuto Tarifario, rigen para las jornadas ordinarias de trabajo establecidas en las Convenciones Colectivas de Trabajo suscritas entre la Empresa Puertos de Colombia y sus trabajadores".

Dice Colpuertos que de las normas transcritas se desprende que la tarifa del artículo 27 no está incluida dentro de las tarifas ordinarias y mucho menos dentro de las tarifas especiales por cuanto no se aplica a la carga en sí misma, ya que no se cobra por tonelaje sino por tres conceptos diametralmente diferentes, que son: la escotilla de la embarcación, el servicio y la hora, exigiéndose además la solicitud expresa del usuario. Explican dichos conceptos así:

"a) Escotilla: abertura que se hace en las cubiertas para el servicio del buque, en el lenguaje portuario se asimila a bodega.

"b) Servicio: Se entiende por servicio, la grúa, gancho, pluma o cualquier otro elemento utilizado para el cargue o descargue de la embarcación.

"c) Hora: La expresión 'por hora' significa que la labor por escotilla y por servicio, se efectúa en horarios diferentes a los establecidos en el artículo 2º ya citado".

En cuanto al servicio de seguridad portuaria, dice Colpuertos que él es independiente y, por lo mismo, tiene el carácter de adicional no contemplado en la tarifa única consolidada para carbón de exportación, subsumiéndose en el parágrafo 2º del artículo 49 del Estatuto Tarifario.

Finalmente expresa que es principio de hermenéutica jurídica que las disposiciones de carácter excepcional, en materia no penal, deben interpretarse restrictivamente por causas de su previsión y exactitud. Las excepciones no pueden extenderse más allá de los límites indicados en ellas, porque de lo contrario dejaría de serlo para convertirse en regla.

En el alegato de conclusión expresa Puertos de Colombia que dentro de la tarifa especial para los exportadores de carbón no se incluyó el servicio de vigilancia portuaria porque éste es un servicio que presta la Policía Nacional y que la empresa tiene que pagárselo. Por esta razón Colpuertos debe cobrar a sus usuarios dicho servicio que, entre

otras cosas, sirve para evitar que la mercancía sufra daño o se extravíe.

III. Concepto del Fiscal

El señor Fiscal Primero de la Corporación en su concepto de fondo pide a esta Sala que despache desfavorablemente las pretensiones de la demanda. Expresa, después de transcribir el artículo 49 del Acuerdo número 788 de 1979, aprobado mediante el Decreto 853 del mismo año, que de estas normas se infiere que los "corridos" como se les llama en el argot portuario y que están contemplados en el artículo 27 del Reglamento 788 de 1979, están incluidos dentro del valor tarifario establecido en el artículo 49, pero como es lógico, supeditado a que el "cargue directo a granel" se haga "a través de recipientes de propiedad del usuario", caso que según la parte impugnadora y las declaraciones recepcionadas y que reposan en el plenario, no sucedió.

En cuanto a la tarifa de "seguridad portuaria", dice el señor Agente del Ministerio Público que en este punto tampoco le asiste la razón a Prodeco, "habida consideración que el artículo 54 del Acuerdo 788 de 1979 establece que 'toda carga que se movilice por las instalaciones de la empresa, o que haga uso de éstas, bien sea que se trate de importación o exportación, cabotaje, fluvial, transitoria, *In Bond,* tránsito internacional, local, etc., pagará por concepto de seguridad portuaria', y establece unas tarifas, entre las cuales está incluida la de 'cobro mínimo por tonelada o fracción', y es la misma cobrada por Colpuertos y que el actor impugna".

IV. Consideraciones de la Sala

Habiéndose ejecutoriado el auto de citación para sentencia y no hallándose causal que invalide lo actuado en el presente juicio, se procede a decidirlo previas las siguientes consideraciones:

1. Mediante los actos acusados la empresa Puertos de Colombia cobró a la sociedad demandante la suma de $ 1.909.429.00 por concepto de "tiempo corrido" y "seguridad portuaria", así:

a) Factura número 047699 por concepto de seguridad portuaria. Junio 10 de 1980, un día, 3.261.000 kilos, tarifa $ 17.00, valor $ 55.437.00.

b) Factura número 154873. En esta factura se incluyen valores por varios conceptos, pero ahí aparecen también los valores correspondientes a tiempo corrido primera escotilla, tarifa $ 6.210.00, valor $ 99.360.00; tiempo corrido en escotilla adicional, tarifa $ 5.520.00, valor $ 60.720.00, y tiempo corrido servicio adicional, tarifa $ 4.330.00, valor $ 14.490.00.

c) Factura número 047347 por concepto de seguridad portuaria, un día, 33.300.000 kilos, tarifa $ 17.00, valor $ 566.100.00.

d) Factura número 154857. En ella aparecen valores por varios conceptos, pero entre ellos están tiempo corrido primera escotilla, tarifa $ 6.210.00, valor $ 242.190.00; tiempo corrido por escotilla adicio-

nal, tarifa $ 5.520.00, valor $ 187.680.00, y tiempo corrido de servicio adicional, tarifa $ 4.830.00, valor $ 14.490.00.

e) Factura número 502854, la cual contiene valores por varios conceptos y sólo por tiempo corrido, tarifa $ 9.600.00, valor $ 364.800.00.

f) Factura número 502.855. Por concepto de vigilancia portuaria, tarifa $ 1.60, valor $ 73.575.00.

El cobro de los valores anteriores por los conceptos expresados han sido impugnados en el presente proceso por la sociedad actora alegando que ellos le fueron cobrados indebidamente, porque conforme al artículo 49 del Estatuto Tarifario contenido en el Decreto 853 de 1979 no había lugar a ello debido a que ya están incluidos en la tarifa única consolidada que él establece para el carbón de exportación.

Por consiguiente, el problema jurídico planteado en el caso *sub judice* es el de saber si realmente están incluidos o no en la tarifa única consolidada para la exportación del carbón de exportación los conceptos de "tiempo corrido" y "de seguridad portuaria", porque si lo están, Colpuertos habría cobrado indebidamente los valores reclamados, pero de no ser así habría cobrado esta empresa lo correcto.

2. El artículo 49 del Acuerdo número 788 de 1979 de la Junta Directiva de Colpuertos, que contiene el Estatuto Tarifario vigente en el momento de la prestación de los servicios a Prodeco por parte de Colpuertos, expresa lo siguiente:

"Tarifa única consolidada para carbón de exportación.

"Las operaciones de cargue directo al granel a través de recipientes de propiedad del usuario y sin almacenamiento en el puerto y a cargo del propietario de la carga o de su representante con responsabilidad solidaria:

"Tonelada peso jornada ordinaria o extraordinaria, diurna o nocturna, US$ 6.00.

"Tonelada peso en días feriados dentro de las jornadas ordinarias o extraordinarias diurnas o nocturnas, US$ 7.20.

"Las tarifas anteriores incluyen los recargos de los artículos 17 y 18 del presente Estatuto.

"Parágrafo 1º Puertos de Colombia facilitará, por concepto de estas tarifas, nincheros y estibadores en el aproveche y a cargo del usuario estarán las operaciones de acomodo y estiba en las bodegas del buque con su personal.

"Parágrafo 2º Las operaciones y servicios adicionales no contemplados en este artículo y que se ciñan al reglamento de operaciones se cobrarán conforme al Estatuto Tarifario.

"Parágrafo 3º Como la operación de cargue es directa, no habrá almacenaje, no descargue de vehículos. En el supuesto de que la carga permanezca dentro de los vehículos más de dos días en las instalaciones del puerto, la carga pagará alquiler de espacios para carga de exportación espacio descubierto, del artículo 38, literal b)".

De la simple lectura de la norma transcrita se desprende que allí no existe el concepto de "tiempo corrido", razón por la cual le es muy difícil a esta Sala saber si realmente están o no incluidos en la tarifa única consolidada para carbón de exportación. Tampoco se define en las Resoluciones 98 de 1977 y 258 de 1978 expedidas por el Gerente General de la empresa Puertos de Colombia, que la sociedad actora estima violadas por los actos administrativos impugnados. Ha debido traerse al proceso la definición dada por Colpuertos a la expresión "tiempo corrido" a fin de que esta Corporación sin la menor duda pudiese desentrañar cuál es su verdadero sentido.

Sin embargo, ateniéndose la Sala a las explicaciones que en sus escritos de impugnación da Colpuertos, el artículo 27 del Acuerdo número 788 de 1979, que contiene el Estatuto Tarifario de la empresa, establece el recargo por tiempo corrido, que vendría a ser el de las operaciones para la prestación de servicios en jornadas extraordinarias. Dice así este artículo:

"Cuando se prestan servicios portuarios a las naves, de los comprendidos en la Sección V del presente Estatuto, en horas diferentes a la jornada ordinaria de que trata el artículo 2º de este Estatuto, el propietario de la embarcación, el naviero o armador o su representante con responsabilidad solidaria deberán cancelar, además de las tarifas ordinarias, un recargo por nave y por escotilla trabajando así:

"1. Por la primera escotilla por hora por un (1) servicio PS $ 6.210.00.

"2. Por escotilla adicional, por hora con un (1) servicio, $ 5.520.00.

"3. Por servicio-hora adicional, en cualquiera de las escotillas, $ 4.830.00".

Pero además existe el artículo 2º que expresa que "las tarifas comprendidas en el presente Estatuto Tarifario, rigen para las jornadas ordinarias de trabajo establecidas en las convenciones colectivas de trabajo suscritas entre la empresa Puertos de Colombia y sus trabajadores".

Si se comparan las normas anteriores con lo dispuesto en el artículo 49 del Estatuto Tarifario, se encuentra que mientras la tarifa única consolidada para carbón de exportación está referida a tonelada peso en jornada ordinaria o extraordinaria diurna o nocturna, el recargo establecido en el artículo 27 conjuga los conceptos de escotilla, de servicio y de hora, que, por lo mismo, no se encuentran incluidos en el artículo 49 tantas veces citado. Por esta razón encuentra la Sala aceptable la explicación que da Colpuertos como fundamento de las decisiones impugnadas en el presente proceso. Al respecto dice lo siguiente: La tarifa del artículo 27 cubre un servicio esencialmente diferente a los comprendidos en la tarifa única consolidada del artículo 49, pues ésta se refiere a las operaciones de cargue directo al granel por tonelada peso y aquélla se refiere no ya, al cargue directo —servicio a la carga— ni a la estiba de carga a exportación-servicios portuarios a la nave, sino al servicio que se presta a la embarcación como tal por concepto de servicio extraordinario por escotilla trabajada, a solicitud del usuario". Resulta de lo que antecede que el recargo esta-

blecido por el artículo 27 del Estatuto Tarifario es para operaciones y servicios adicionales prestados a las naves, los cuales estarían exceptuados de la tarifa única consolidada para carbón de exportación por el parágrafo 2º del mismo artículo 49 del Estatuto Tarifario, que expresa lo siguiente:

"Las operaciones y servicios adicionales no contemplados en este artículo y que se ciñan al reglamento de operaciones se cobrarán conforme al Estatuto Tarifario".

De lo expuesto se concluye que Colpuertos cobró ceñido al Estatuto Tarifario los servicios portuarios de "tiempo corrido" porque en el presente proceso no se allegaron pruebas que desvirtuaran la presunción de legalidad que ampara los actos acusados. Por el contrario, Colpuertos reafirmó esa presunción.

En relación a la tarifa de "seguridad portuaria", cobrada a la actora, como bien lo dice el señor Fiscal, tampoco le asiste razón por cuanto el artículo 54 del Acuerdo 788 de 1979 establece lo siguiente:

"Seguridad portuaria.

"Toda carga que se movilice por las instalaciones de la empresa, o que haga uso de éstas, bien sea que se trate de importación, exportación cabotaje, fluvial, transitoria, *In Bond,* tránsito internacional, local, etc., pagará por concepto de seguridad portuaria, la siguiente tarifa:

"Tonelada peso o fracción por día o fracción de día PS $ 1.10.

"Cobro mínimo por tonelada o fracción $ 17.00.

"Para la liquidación y cobro de este servicio, la empresa reglamentará lo pertinente".

El servicio de seguridad portuaria, que debe pagarse por "toda carga que se movilice en las instalaciones de la empresa o que haga uso de éstas", es un servicio adicional exceptuado de la tarifa única consolidada para carbón de exportación establecida en el artículo 49 del Estatuto Tarifario. En opinión de esta Sala es uno de los servicios a que se refiere el parágrafo 2º del citado artículo 49, por lo que debe cobrarse "conforme al Estatuto Tarifario".

De lo expuesto se concluye también que la empresa Puertos de Colombia cobró a la actora el servicio de seguridad portuaria ajustándose a las normas vigentes en el momento de la prestación del servicio, por lo que los actos acusados se ajustan a derecho.

En mérito de las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con su colaborador Fiscal,

Falla:

Deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha primero de julio de mil novecientos ochenta y tres.

Mario Enrique Pérez V. Jacobo Pérez Escobar, Samuel Buitrago Hurtado (No asistió), *Roberto Suárez Franco.*

Lorenzo Rojas Surmay., Secretario.

PERSONAL DOCENTE. MAESTROS DE PRIMARIA. PENSION DE JUBILACION. (*Ley* 114 *de* 1913).— *Los maestros de escuela primaria oficial que hayan servido al magisterio por un término no menor a* 20 *años tienen derecho a pensión de jubilación vitalicia de conformidad a la Ley* 114 *de* 1913 (*artículo* 1º).

PENSION DE JUBILACION EN CASO DE MUERTE DE UN DOCENTE. (*Decreto* 224 *de* 1972, *artículo* 7º).— *Los propios preámbulos del Decreto Extraordinario* 224 *de* 1972 *y de la ley de facultades* (*Ley* 14 *de* 1971), *imponen el criterio de que la regulación del uno y de la otra se destinan exclusivamente para los DOCENTES DEL MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL, y no a los otros sectores de la Administración, como son los Departamentos.*

PENSION GRACIA.— Cierto es que la Ley 114 *de* 1913 *instituyó la pensión gracia a cargo de la nación y en favor de los docentes departamentales, pero dicha ley ni otra posterior han establecido que cuando alguno de ellos fallezca con menos de* 20 *años de servicios que en aquélla se establece, el cónyuge supérstite y los hijos menores tengan derecho a percibirla por razón de lo dispuesto en el artículo* 7º *del Decreto* 224 *de* 1972.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., julio cinco (5) de mil novecientos ochenta y tres (1983)

(Consejera ponente: *Doctora Aydée Anzola Linares*)

Referencia: Expediente número 6347. Autoridades Nacionales

Actor: Juan de Dios Ramírez

Ante el Consejo de Estado, el señor Juan de Dios Ramírez en su propio nombre y en el de sus menores hijos Juan de Dios, Ower Augusto, Luz Astrid y Yuri Yazmid Ramírez Pinilla, por conducto de apoderado, solicita que previos los trámites señalados para el proceso de plena jurisdicción, se hagan las siguientes declaraciones:

"*Primera.* Declarar que es nula la Resolución número 3440 del 22 de agosto de 1979, originaria de la Subdirección de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión mediante la cual se negó el reconocimiento y pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación a favor de María Graciela Pinilla de Ramírez y por consiguiente también se negó el reconocimiento y pago de la sustitución pensional a su cónyuge supérstite Juan de Dios Ramírez".

"*Segunda.* Declarar que es nula la Resolución número 735 del 6 de febrero de 1980, originaria de la Subdirección de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión, mediante la cual se resolvió un recurso de reposición en el sentido de confirmar la Resolución número 3440 del 22 de agosto de 1979".

"*Tercera.* Declarar que es igualmente nula la Resolución número 00597 del 25 de febrero de 1981, originaria de la Dirección General de la Caja Nacional de Previsión, mediante la cual se resolvió un recurso de apelación confirmando la Resolución número 3440 del 22 de agosto de 1979".

"Con fundamento en las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento, solicitamos de esa Honorable Corporación se pronuncie en forma igual o similar a las siguientes,

Condenas

"*Primera.* Condenar a la Caja Nacional de Previsión a que se reconozca y pague a nuestro representado y a sus hijos menores Juan de Dios, Ower Augusto, Luz Astrid y Jurid Yasmid, el derecho a la sustitución pensional en forma vitalicia en su condición de cónyuge supérstite de la señora María Graciela Pinilla de Ramírez".

"*Segunda.* Ordenar a la Caja Nacional de Previsión que la sustitución pensional sea reconocida en suma equivalente al 75% del promedio de sueldos, primas, bonificaciones y demás complementos salariales devengados por la causante en el último año de servicios, sustitución de pensión que deberá ser efectiva a partir del día siguiente al del fallecimiento de la señora María Graciela Pinilla de Ramírez (q. e. p. d.).

"*Tercera.* Con la sustitución pensional reconocida, tal como se solicita en la condena anterior, la Caja Nacional de Previsión deberá reconocer todos los reajustes pensionales a que se refiere la Ley 4ª de 1976".

"*Cuarta.* La Caja Nacional de Previsión deberá dar cumplimiento al fallo dentro del término indicado en el artículo 121 del C. C. A.".

Los hechos en los cuales se basan las condiciones anteriores son los siguientes:

"*Primero.* La señora María Graciela Pinilla de Ramírez (q. e. p. d.), trabajó al servicio del Departamento del Tolima, en el ramo de la Enseñanza Primaria Oficial durante dieciocho (18) años y veintitrés (23) días".

"*Segundo.* La señora María Graciela Pinilla de Ramírez al momento de su fallecimiento no había cumplido cincuenta (50) años de edad".

"*Tercero.* La señora María Graciela Pinilla de Ramírez fue casada por los ritos católicos con el señor Juan de Dios Ramírez".

"*Cuarto.* Durante el matrimonio de los esposos Ramírez Pinilla se procrearon los siguientes hijos: Juan de Dios, Ower Augusto, Luz Astrid y Yurid Yasmid".

"*Quinto.* La señora María Graciela Pinilla de Ramírez falleció el día 16 de octubre de 1975, sin que a tal fecha hubiera cumplido los veinte (20) años de servicio, pero habiendo trabajado más de dieciocho (18) años".

"*Sexto.* A la muerte de la señora María Graciela Pinilla de Ramírez, nuestro patrocinado Juan de Dios Ramírez hacía vida marital con ella".

"*Séptimo.* Juan de Dios Ramírez no ha contraído nuevas nupcias ni hace vida marital con persona alguna".

"*Octavo.* El Decreto número 224 de 1972, artículo 7º, consagra el derecho de Sustitución Pensional a favor del cónyuge e hijos menores en caso de muerte de un docente que no haya cumplido el requisito de edad pero que hubiere trabajado como profesor en planteles oficiales por lo menos 18 años continuos o discontinuos. Este derecho se estableció por un tiempo máximo de cinco (5) años pero la Ley 33 de 1973 prorrogó dicho derecho en forma vitalicia para el cónyuge y para los herederos hasta que cumplan la mayoría de edad".

"*Noveno.* Juan de Dios Ramírez por conducto de apoderado mediante memorial radicado con fecha marzo 20 de 1979 bajo el número 01091, solicitó a la Caja Nacional de Previsión el reconocimiento y pago de la suspensión pensional".

"*Décimo.* La Caja Nacional de Previsión mediante Resolución número 3440 del 22 de agosto de 1979 emanada de la Subdirección de Prestaciones Económicas negó el derecho a la sustitución pensional solicitada por nuestro representado".

"*Décimoprimero.* Con fecha octubre 11 de 1979, estando dentro del término legal se interpuso recurso de reposición y subsidiariamente de apelación contra la Resolución número 3440 del 22 de agosto de 1979".

"*Décimosegundo.* La Caja Nacional de Previsión, mediante la Resolución número 736 del 6 de febrero de 1980 originaria de la Subdirección de Prestaciones Económicas resolvió negativamente el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución número 3440 del 22 de agosto de 1979".

"*Décimotercero.* Mediante Resolución número 00597 del 25 de febrero de 1981 originaria de la Dirección General de la Caja Nacional de Previsión resolvió negativamente el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución número 03440 del 22 de agosto de 1979 quedando así agotada la vía gubernativa del reclamo".

"*Décimocuarto.* Pese a que la petición de nuestro patrocinado se fundó en la Ley 114 de 1913 y especialmente en el artículo 7º del Decreto 224 de 1972, la Caja Nacional de Previsión negó a nuestro mandante el derecho por no haber cumplido los requisitos de la Ley 114 de 1913 ni la Ley 12 de 1975 vale decir, veinte (20) años de servicio".

"*Décimoquinto.* La entidad demandada tanto en la Resolución número 735 como en la 00597 motivó su decisión en el hecho de que

el Decreto 224 de 1972 artículo 7º no es aplicable por dicha entidad para los maestros departamentales, ya que según la Caja:

" 'El reconocimiento y pago debe hacerse por la respectiva entidad de previsión o sea la Caja de Previsión Departamental a la cual estaba afiliada la causante' ".

El concepto de la violación aparece relacionado así:

Desde la expedición de la Ley 114 de 1913, que instituyó la otrora llamada "Pensión de Gracia" para los maestros, éstos quedaron cobijados con la prerrogativa de devengar dos (2) pensiones de jubilación a saber: Una departamental o distrital por sus servicios prestados a la entidad territorial y otra Nacional siempre que demostrara haber cumplido cincuenta (50) años de edad, veinte (20) años de servicio y demostrara fehacientemente su pobreza, lo mismo que la honradez y consagración en el ejercicio de sus funciones docentes. Paralelamente el derecho de devengar las dos (2) pensiones, el legislador se ha referido en varias oportunidades a estos derechos, bien para hablar de reajustes o bien para referirse a la sustitución pensional".

"En la mayoría de estas ocasiones, el legislador no ha querido referirse exclusivamente a uno de tales beneficios sino a los dos de manera indiscriminada. Mas, cuando lo ha querido hacer el legislador, lo ha advertido perentoriamente, indicando que tal o cual beneficio es exclusivo para una y otra pensión".

"El Decreto 224 de 1972 en su artículo 7º, estableció un derecho especial de sustitución pensional en favor del cónyuge e hijos menores de un docente que muera sin cumplir el requisito de edad, pero que haya trabajado durante más de 18 años continuos o discontinuos al servicio de la docencia".

Este derecho a la sustitución, se estableció por un tiempo máximo de 5 años, siempre que el cónyuge supérstite no contraiga nuevas nupcias o los hijos no hayan llegado a la mayoría de edad".

"Dice en forma textual el artículo 7º del decreto en mención:

" 'En caso de muerte de un docente que aún no haya cumplido el requisito de edad exigido para la obtención de la pensión, pero que hubiere trabajado como profesor en planteles oficiales por lo menos dieciocho (18) años continuos y discontinuos, el cónyuge y los hijos menores tendrán derecho a que por la respectiva entidad de previsión se pague una pensión equivalente al 75% de la asignación mensual fijada para el cargo que desempeñaba el docente al tiempo de la muerte mientras aquél no contraiga nuevas nupcias o el hijo menor cumpla la mayoría de edad y por un tiempo máximo de cinco (5) años' ".

"Este derecho a la sustitución pensional, fue prorrogado en forma vitalicia según el mandato de la Ley 33 de 1973, parágrafo 2º del artículo 1º cuyo texto literal es el siguiente:

" 'A las viudas que se encuentren en la actualidad disfrutando o tengan derecho causado a disfrutar de los cinco (5) años de sustitución de la pensión, les queda prorrogado su derecho dentro de los términos de esta ley' ".

"Nuestro prohijado judicial fue casado por los ritos católicos con la señora María Graciela Pinilla de Ramírez. Esta murió sin haber cumplido la edad cronológica de cincuenta (50) años, pero había trabajado durante 18 años 23 días al servicio del Departamento del Tolima, es decir que había trabajado más de 18 años en planteles oficiales. En consonancia de estos hechos, los que se probarán oportunamente, nuestro prohijado judicial adquirió el derecho a una Sustitución pensional en cuantía equivalente al 75% del promedio de los sueldos y demás adehalas devengadas por la causante durante el último año de servicios".

"La Caja Nacional de Previsión, negó el derecho a la sustitución pensional argumentando que, el Decreto 224 de 1972 no es aplicable para esa entidad para los maestros departamentales, pues la norma:

> " 'Es clara al especificar que la pensión de jubilación será reconocida por la respectiva entidad de previsión o sea por la entidad a la cual estaba afiliada la causante' " (Tomado de la hoja número 1 de la Resolución número 735 del 6 de febrero de 1980).

"Si se compara la parte transcrita de la Resolución número 735 del 6 de febrero de 1980 y el texto del artículo 7º del Decreto 224 de 1972, se llega a la conclusión que la Caja Nacional de Previsión ha malinterpretado la norma, dándole un sentido restrictivo como no lo quiso el legislador y contrario al texto y espíritu de la norma ya citada".

"Un análisis correcto del Decreto 224 de 1972 nos lleva a la conclusión de que en caso de muerte de un docente que aún no haya cumplido la edad de cincuenta (50) años para obtener la pensión de jubilación, pero que hubiere laborado 18 años o más, continuos o discontinuos, el cónyuge supérstite tiene derecho a la sustitución de las dos (2) pensiones: Nacional o de Gracia y Departamental. En efecto los docentes de primaria tienen derecho a doble pensión de jubilación: Nacional y Departamental (numeral 3º del artículo 4º de la Ley 114 de 1913). Cuando el legislador se ha referido al régimen prestacional de los docentes, se ha referido indiscriminadamente para las dos pensiones, y sólo cuando el legislador ha querido excluir de determinado beneficio a una de las pensiones así lo ha indicado en forma expresa. Siendo ello así el Decreto 224 de 1972 no indica campo de aplicación restringido para la pensión departamental, como lo pretende la entidad demandada".

"Por el contrario cuando el Decreto 224 de 1972 indica: 'a que por la respectiva entidad de Previsión', está señalando que la sustitución de la pensión departamental y nacional, serán pagadas respectivamente por las entidades de orden departamental y nacional en su caso. No a otra conclusión se puede llegar después de analizar el significado de las palabras respecto y respectivamente, pues la palabra respecto siempre dice 'hacer relación de una cosa a otra', que para nuestro caso la relación existe entre la pensión nacional y departamental, tal como se debe entender la palabra respectiva de una u otra entidad de previsión sea del orden departamental o nacional".

"En el Diccionario de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, tomo 3, Octava edición leemos de la palabra respectivamente: 'uno y

otro, cada cual en su caso o separadamente', en el caso sometido a estudio nosotros diríamos una y otra pensión, cada cual pagada por la respectiva entidad de Previsión, vale decir, la sustitución de la pensión departamental por la entidad de orden departamental y la sustitución de la pensión nacional pagada por la Caja Nacional de Previsión".

"En consecuencia es falsa la afirmación de la entidad demandada cuando indica que el Decreto 224 de 1972 ordena que el reconocimiento y pago debe hacerse por '...o sea la unidad a la cual estaba afiliada la causante', pues la frase colocada entre comillas no es del texto de la norma ni es su espíritu".

"El Honorable Consejo de Estado ha indicado que la pensión especial de la Ley 114 de 1913 debe recibir el mismo tratamiento de las pensiones comunes y corrientes, máxime cuando una norma no excluye en forma expresa a una determinada pensión".

"Dijo esa Corporación en sentencia de 12 de septiembre de 1975 con ponencia del doctor Eduardo Aguilar Valer, sección II:

> " 'Consulta el Tribunal Administrativo de Antioquia su sentencia de fecha 5 de junio del presente año, proferida dentro de la acción instaurada por la señora Rosa Emilia Orrego viuda de Monsalve, quien en ejercicio de la acción de plena jurisdicción y por medio de apoderado solicitó la nulidad de unas resoluciones emanadas del Ministerio de Educación en cuanto por ella se limitó a dos años el derecho a sustituir a su esposo en el disfrute de la pensión jubilatoria. Como consecuencia pidió que se le concediera la sustitución por cinco años".

"El fallo consultado en su parte resolutiva dispone:

" '1º Decrétase la nulidad de las Resoluciones números 2876 de noviembre 10 de 1972 y 015 del 30 de enero de 1974, originarias ambas del Ministerio de Educación Nacional' ".

"2º Como consecuencia de la nulidad reconócese en favor de la señora Rosa Emilia Orrego viuda de Monsalve la prórroga del traspaso de la pensión de jubilación de que disfrutaba el señor Julio César Monsalve Marín, hasta completar los cinco años contados a partir del 17 de septiembre de 1971 y por la cuantía de la Resolución número 2876 de 10 de noviembre de 1972' ".

" 'Como la consulta se resuelve de plano, la Sala para tal efecto hace las siguientes

Consideraciones

Por medio de la Resolución número 2876 del 10 de noviembre de 1972 el Ministerio de Educación Nacional dispuso reconocer a la demandante, señora Rosa Emilia Orrego viuda de Monsalve, el derecho a sustituirse en la pensión que devengaba su esposo Julio César Monsalve Marín, por el término de dos años. Esa pensión

sería pagadera a partir del 1º de abril de 1971. La beneficiaria solicitó la prórroga por cinco años, de conformidad con el Decreto 434 de 1971. El Ministerio no accedió a ello, por considerar que dicho estatuto no le era aplicable, porque su esposo gozaba de la pensión nacional reconocida a los maestros en virtud de la Ley 114 de 1913 y la norma aplicable era la de la Ley 64 de 1947. Se fundamentó para ello en una consulta absuelta por el Consejo de Estado, en la cual se estimó que los Decretos 3135 de 1968 y 434 de 1971, no cobijan a aquellas pensiones, pues ellos sólo se aplican a 'los empleados públicos nacionales de la rama administrativa del poder público' por ello los maestros que han prestado servicios a los departamentos y obtienen la pensión jubilatoria nacional a que se refiere la Ley 114 de 1913 están sometidos a un régimen distinto.

" 'Sin embargo, piensa la Sala, ese beneficio especial que consagró la Ley 114 de 1913, para los maestros de primaria y que consiste en *una pensión de jubilación de carácter nacional, debe sufrir un tratamiento similar al que últimamente ha sometido al legislador las pensiones de jubilación comunes y corrientes*' ".

" 'Ello resulta lógico y equitativo, por cuanto esa prestación así se le considerara especial, ha sido otorgada en virtud de una relación laboral que el legislador ha querido estimular, como es la del maestro de primaria. En otras palabras, la educación ha sido considerada como un servicio a cargo de la Nación, y si hoy los maestros de primaria son pagados por los departamentos, ello se debe, posiblemente a que el Estado se ha visto imposibilitado para cubrirles los emolumentos. Pero la pensión que les ha venido concediendo es de carácter nacional y se ocasiona por una prestación de servicios y no en forma graciosa o gratuita. Tanto es ello así que dichas pensiones han sido favorecidas por los aumentos que periódicamente ha venido decretando el Estado, por ejemplo el de la Ley 4ª de 1966. Cuando no se les ha querido beneficiar expresamente se les ha excluido. *Ahora bien, el Decreto* 434 *de* 1971 *dispuso prorrogar la sustitución pensional, en favor de los beneficiarios en el mismo dichos, por el término de cinco* (5) *años*' ".

" '*En el caso a estudio el cónyuge de la demandante era un empleado público pensionado y cuando entró en vigencia el estatuto que se acaba de mencionar la señora Orrego viuda de Monsalve disfrutaba de la pensión por dos años, luego que le es aplicable el artículo* 21 *del mismo*' ".

" 'No ve razón la Sala para que así no lo sea. *Las normas laborales hay que interpretarlas en tal forma que produzcan el efecto deseado por el legislador, es decir, favorecer al trabajador o a sus familiares.* No se entiende como, si aún antes de hacerse extensiva la situación pensional a todo el sector público, ya existía para los maestros pensionados con apoyo en la Ley 114 de 1913, se pretenda ahora restringirla, no aplicándoseles normas que se refieran a 'todo empleado público' ".

" 'Es de observar que el artículo 4º del Decreto 435, inspirado en los mismos principios del 434 excluyó a los maestros del reajuste en él ordenado, en cuanto a la pensión nacional. *Pero en cambio, no se dijo nada de la sustitución pensional. Hay que entender entonces, que no se les quiso excluir*' ".

" 'El Tribunal abunda en consideraciones del mismo orden y cita inclusive, conceptos de la Sala de consulta, distintos desde luego al que sirve de apoyo al Ministerio, para confirmar sus tesis' ".

Para resolver se tiene en cuenta

Conforme lo indican las resoluciones demandadas, proferidas por la Caja Nacional de Previsión, a los demandantes no se les puede aplicar lo previsto en la Ley 114 de 1913 habida consideración de que según el contenido del artículo 1º del mismo estatuto, "los maestros de escuela primaria oficial que hayan servido al magisterio por un término no menor a 20 años tienen derecho a pensión de jubilación vitalicia de conformidad a las prescripciones de la presente ley". Como la señora María Graciela Pinilla de Ramírez, ya fallecida acredita al Servicio del Departamento del Tolima, 18 años, 23 días, se concluye que le falta el requisito principal cual es el de los 20 años de servicios cumplidos, criterio éste que comparten tanto la Fiscalía de la Corporación, como esta Sala. Luego, por este aspecto el acto acusado se ajusta a derecho.

En cuanto respecta al Decreto 224 de 1972, en su artículo 7º se dispuso: "En caso de muerte de un docente que aún no haya cumplido el requisito de la edad exigida para la obtención de la pensión, pero que hubiere trabajado como profesor en planteles oficiales por lo menos dieciocho años (18) continuos o discontinuos el cónyuge y los hijos menores tendrán derecho a que por la respectiva entidad de previsión se pague una pensión equivalente al 75% de la asignación mensual fijada para el cargo que desempeñaba el docente al tiempo de la muerte mientras aquél no contraiga nuevas nupcias o el hijo menor cumpla la mayoría de edad y por un tiempo máximo de cinco (5) años". Esta norma, tampoco puede aplicarse al caso de estudio, y al respecto la Sala acoge lo expresado por la Fiscalía 4ª en el concepto de folios 45 y 46 del expediente cuando dice:

"El Decreto Ley 224 de 1972 (Por el cual se señalan las asignaciones de los Rectores o Directores, Prefectos y Profesores de enseñanza primaria, secundaria y profesional normalista, *al servicio del Ministerio de Educación Nacional y se establecen estímulos de diversa índole para los mismos funcionarios*), fue expedido en virtud de las facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso en la Ley 14 de 23 de octubre de 1971 (Por la cual se determinan las condiciones de ingreso y ascenso en el Escalafón Nacional de Enseñanza Primaria y Secundaria, *y se reviste de facultades extraordinarias al Presidente de la República para reajustar asignaciones y fijar estímulos al profesorado dependiente del Ministerio de Educación Nacional*). En virtud de ésta quedó facultado el Jefe del Estado, por el término de un año, para:

"Artículo 29 ... b) Establecer estímulos de diversa índole para los profesores de enseñanza primaria, secundaria y profesional normalistas, *dependientes del mismo Ministerio*". (Subrayas de la Fiscalía).

"Los propios preámbulos del decreto extraordinario citado y de la ley de facultades imponen el criterio de que la regulación del uno y de la otra se destinan exclusivamente para los docentes del Ministerio de Educación Nacional; y el literal b), artículo 2º transcrito no ofrece dudas respecto a que las normas que en desarrollo del mismo se expidan sólo pueden cobijar a los docentes del mencionado organismo y no a los de otros sectores de la Administración, como son los departamentos".

"Resulta incontrovertible, entonces, que el artículo 79 del Decreto 224 de 1972, fundamento del derecho impetrado y citado como quebrantado por las resoluciones enjuiciadas, no puede ser fuente de la pensión que se reclama, toda vez que sus supuestos hacen relación a los casos del fallecimiento de los docentes al servicio del Ministerio de Educación Nacional y no a los que estuvieron vinculados a la docencia a cargo de un departamento".

"Cierto es que la Ley 114 de 1913 instituyó la pensión gracia a cargo de la Nación y en favor de los docentes departamentales, pero dicha ley ni otra posterior han establecido que cuando alguno de éstos fallezca con menos de los 20 años de servicios que en aquélla se establece, el cónyuge supérstite y los hijos menores tengan derecho a percibirla, por razón de lo dispuesto en el artículo 7º del Decreto 224 de 1972".

"Tampoco podría nacer el derecho impetrado de la preceptiva de la Ley 33 de 1973, pues su artículo 1º, citado como infringido, mira a otros aspectos dentro de los cuales no cabe el negocio *sub lite*".

"Por lo demás, no sobra advertir que la doctrina citada en la demanda se relaciona con un caso diferente del debatido, razón por la cual no puede servir como punto de referencia para el despacho favorable de las peticiones de la demanda".

Como lo anteriormente transcrito es lo suficientemente claro, piensa la Sala que sería redundante exponer más consideraciones y además se correría el riesgo de incurrir en repeticiones innecesarias con menoscabo de la celeridad procesal.

En mérito de las consideraciones anteriores, 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, de acuerdo con su colaborador fiscal,

Falla:

Niéganse las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

El anterior proyecto fue considerado y aprobado por la Sala en sesión celebrada el día 9 de junio de 1983.

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Víctor M. Villaquirán., Secretario.

ACCIONES DE CARACTER LABORAL QUE PROVENGAN, DIRECTA O INDIRECTAMENTE DE UN CONTRATO DE TRABAJO. — Conoce la justicia del trabajo. La relación contractual preexistente al acto administrativo proferido por la Caja Nacional de Previsión, es la condición para que surja a favor de un trabajador oficial el derecho a prestaciones sociales. Lo que determina la jurisdicción a la cual corresponde un asunto laboral no es la naturaleza del acto en que se consagra el derecho reclamado si no la de la relación de trabajo dependiente.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., julio dieciseis de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctor Joaquín Vanín Tello*).

Referencia: Expediente Nº 7123. Autoridades Nacionales. Actor: Luis Alfonso Tinjacá Cubillos.

Se decide el recurso de apelación por el apoderado del actor señor Luis Alfonso Tinjacá Cubillos interpuso contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 27 de noviembre de 1981, mediante la cual dicha Corporación declaró la nulidad de lo actuado en el proceso que se adelantó con base en la demanda presentada por el recurrente y en la cual se solicitó que se hicieran "en sentencia definitiva las siguientes o similares declaraciones:

"*Primera.* Es nula la negativa derivada del silencio administrativo en que incurrió la Caja Nacional de Previsión Social al demorar por más de un mes la decisión resolutoria sobre la demanda de reconocimiento y pago de pensión de jubilación presentada por el señor Luis Alfonso Tinjacá Cubillos el 14 de octubre de 1976.

"*Segunda.* Como consecuencia de la nulidad decretada y para restablecer al demandante en sus derechos, se dispone que la Caja Nacional de Previsión Social, dentro del término del artículo 121 del C.C. A., debe dictar resolución sobre reconocimiento y pago de pensión de jubilación a favor del señor Luis Alfonso Tinjacá Cubillos, en las cuantías y lapsos que se indican a continuación".

Los hechos en que fundamenta la demanda, las disposiciones que se consideran infringidas y el concepto de la violación aparecen consignados en los folios 12 y 13 del expediente.

El fundamento que tuvo el Tribunal Administrativo de Cundinamarca para declarar la nulidad de la actuación consiste en que el de-

mandante tenía el carácter de trabajador oficial, es decir, estuvo vinculado al Ministerio de Obras Públicas y a los Ferrocarriles Nacionales de Colombia mediante un contrato de trabajo; por lo tanto, de conformidad con las disposiciones legales pertinentes, el asunto *sub judice* no es de competencia de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo sino de la justicia laboral.

En la segunda instancia, a que dio lugar el recurso de apelación interpuesto por el actor, el apoderado de éste reitera la tesis sostenida ante el *a quo* en el sentido de que el asunto corresponde a esta jurisdicción. Sobre el particular dice el apoderado del demandante "Sostiene la Sección Segunda que los derechos sociales de los obreros en Colombia se 'originan' del contrato de trabajo y de su vinculación a la administración pública. Es decir, de la vinculación contractual laboral a la administración pública se origina o nacen todos los derechos sociales de los obreros: pensión de jubilación, auxilio de cesantía, pensión de invalidez, subsidio familiar, seguro por muerte, auxilio por enfermedad no profesional, indemnización por accidente de trabajo, etc., etc.

"Reafirma esta extraña tesis la Sección Segunda al decir que *"No importa que el contrato se haya resuelto porque el derecho reclamado nace precisa y necesariamente de vinculación preexistente".*

"Dicho en otras palabras: Como los obreros al servicio de la administración pública están vinculados a ésta por contrato de trabajo, de estos dos elementos —vinculación y contrato— nacen o se originan en Colombia todos los derechos sociales, entre ellos la pensión de jubilación.

"El error de esta insostenible tesis salta a la vista con el sólo considerar que *la administración pública no puede crear prestaciones sociales por medio del contrato administrativo de trabajo.* Esta facultad ni siquiera le ha sido conferida al señor Presidente de la República como suprema autoridad administrativa (Constitución Nacional, artículo 120).

"Tan evidente y cierto es que la administración pública no puede crear prestaciones sociales por contrato de trabajo, que con anterioridad a la Ley 6ª de 1945 un obrero prestaba servicios a la administración pública durante veinte o más años y al retirarse no tenía derecho a pensión de jubilación ni a ninguna otra prestación social porque no existía norma legal consagratoria de tales derechos.

"Los derechos sociales son, pues, de demanda legal. Es asunto que compete al legislador.

"Si la administración pública no puede crear prestaciones sociales por contrato de trabajo, es de meridiana claridad que la pensión de jubilación de los obreros nacionales no proviene de tal contrato.

"Si fuera cierto que 'el derecho reclamado nace precisa y necesariamente de la vinculación preexistente', es decir, que la vinculación contractual laboral con la administración pública, ¿por qué los obreros nacionales antes de la expedición de la Ley 6ª de 1945 no tenían derecho a ninguna de las prestaciones sociales consagradas en su favor en este estatuto legal?

"Carece, pues, de sentido y de fundamento decir que los derechos sociales nacen y se originan de la vinculación contractual laboral de los obreros con la administración pública.

"Para que la tesis de que los derechos sociales se originan en la vinculación contractual laboral" con la administración pública o que "nacen precisa y necesariamente de la vinculación preexistente" tuviera validez, sería indispensable que tales derechos, desde el origen mismo del Estado colombiano, hubieran sido consagrados específicamente en la Constitución Nacional, lo que hasta ahora no ha ocurrido.

"Ninguna mención tendrían los obreros vinculados a la administración pública por contrato de trabajo para reclamar al Estado pensión de jubilación si esta prestación social no hubiera sido creada por la Ley 6ª de 1945.

"Luego la acción de plena jurisdicción de carácter laboral que tienen los obreros para reclamar al Estado su pensión de jubilación proviene de la ley y no del contrato de trabajo, que es precisamente lo que exige el Decreto 528 de 1964.

"Finalmente, es conveniente anotar que la acción de plena jurisdicción de carácter laboral es exclusiva del derecho procesal administrativo y que ella no existe en el derecho procesal laboral".

La apoderada de la Caja Nacional de Previsión Social, además de solicitar que se denieguen las súplicas de la demanda, propuso "la excepción de falta de jurisdicción en razón de la naturaleza del proceso que se debate y a la calidad de las partes, teniendo en cuenta que el actor fue un empleado oficial vinculado por una relación contractual de trabajo, por tanto el competente para conocer de este asunto es la jurisdicción laboral ordinaria".

Por su parte, el señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado al solicitar, en su concepto de fondo, que se confirme la sentencia apelada, rebate el alegato del apoderado del actor con los siguientes argumentos:

"Alega el demandante que como el derecho pretendido sólo puede estar consagrado en la ley y no en contrato alguno, mal puede sostenerse que el conflicto planteado sea de tipo contractual y en consecuencia no es la justicia ordinaria laboral la competente para conocer de este asunto.

"Al respecto cabe observar que es cierto que la pensión de jubición a cargo del tesoro público por claros mandatos constitucionales, está gobernada por la ley, por ello no implica que esta jurisdicción sea la competente tratándose de un trabajador vinculado por contrato de trabajo. El demandante expone la tesis que durante algún tiempo sostuvo la Sección Segunda del Consejo de Estado, contraria a la antigua de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo (Anales tomo 60 Nºs 377-381 página 159) y a la actual de la Sección Segunda expuesta desde el fallo copiado en el tomo 70 páginas 557 y siguientes, que no establecen la competencia por el origen del derecho sino por el conflicto, para respetar las reglas de competencia tanto del canon 2º del Código Procesal del Trabajo como del Decreto 528 de 1964.

"Tampoco abona la tesis del actor, la circunstancia de que en el caso que aparece copiado en el Tomo 112 páginas 337 y siguientes, la Sección Segunda se haya apartado de la jurisprudencia reiterada —antes del caso aludido y con posterioridad al mismo— por ella y por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo".

Procede la Sala a decidir, previas las siguientes

Consideraciones

En varios fallos ha sostenido esta Sala, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 2º del Código Procesal del Trabajo, 30 y 32 del Decreto Extraordinario 528 de 1964, que no está atribuido a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo el conocimiento de las acciones de carácter laboral que provengan, directa o indirectamente, de un contrato de trabajo.

De tales acciones conoce la justicia del trabajo, así como las autoridades de lo Contencioso Administrativo conocen de las acciones de plena jurisdicción que no provengan de un contrato de trabajo.

Interpreta mal el apoderado del actor la jurisprudencia que objeta, pues lo que ella dice es que la relación contractual preexistente al acto administrativo proferido por la Caja Nacional de Previsión, es la condición para que surja a favor de un trabajador oficial el derecho a prestaciones sociales. Precisa anotar que lo que determina la jurisdicción a la cual corresponde un asunto laboral no es la naturaleza del acto en que se consagra el derecho reclamado sino de la relación de trabajo dependiente. La justicia del trabajo conoce de las acciones laborales derivadas de relaciones en que son parte un patrono particular y un trabajador obviamente del mismo carácter, o una entidad estatal y un empleado oficial vinculado a ella mediante contrato de trabajo, o la cual reclame un derecho, con fundamento en su situación de naturaleza contractual, como es el caso de los organismos de la previsión social. Esta jurisdicción conoce de las acciones emanadas de relaciones en que son parte un empleado público y una entidad pública, que puede ser aquella a la que se prestan o prestaron los servicios, o la correspondiente institución de previsión social. En el primer caso las acciones son simplemente laborales; en el segundo son contencioso administrativas de carácter laboral.

Cuando se habla de acciones emanadas (directa o indirectamente) de un contrato de trabajo o proveniente de una relación de empleo público se alude a tres tipos de situaciones, la contractual de carácter particular, la contractual de índole oficial, que es la del trabajador oficial, y la de naturaleza legal y reglamentaria, que es la del empleado público. En los dos primeros casos actúa por vía de conocimiento y de ejecución la justicia del trabajo; en el tercero, el conocimiento de la controversia corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo y la ejecución de las obligaciones a la justicia del trabajo (artículos 2º y 100 del Código Procesal del Trabajo, 30 y 32 del Decreto 528 de 1964). El criterio del apoderado del actor podría llegar a la errada conclusión de que cuando un trabajador particular reclama una prestación establecida contractual o convencionalmente, debe co-

nocer la justicia del trabajo, si la que reclama es alguna de las establecidas en el Código Sustantivo del Trabajo o en las disposiciones sobre seguros sociales, corresponde el conocimiento a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.

De suerte que para efectos de determinar la jurisdicción, lo que se debe tener en cuenta, tratándose de empleados oficiales, no es si la prestación social fue establecida en una ley, una convención colectiva o un contrato de trabajo (posibilidades que existen únicamente para los trabajadores oficiales, ya que para los empleados públicos sólo es posible el origen legal de sus derechos laborales); sino la naturaleza del vínculo en virtud del cual se prestan o se prestaron los servicios: si es o fue contractual o atañe al ejercicio de un empleo público.

Anota, por último el apoderado del actor que "la acción de plena jurisdicción de carácter laboral es exclusiva del derecho procesal administrativo y que ella no existe en el derecho procesal laboral". Se debe observar al respecto que para la efectividad de los derechos de un trabajador oficial ante la justicia del trabajo basta con las acciones que otorga el Código Procesal del Trabajo, sin que sea obstáculo para ello el hecho de que exista de por medio una providencia denegatoria dictada por una entidad administrativa. Precisamente, un acto que niegue o desconozca el derecho reclamado tiene que existir, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6º del mencionado Código, en coordinación con el artículo 7º de la Ley 24 de 1947, según el cual para que el trabajador oficial pueda demandar ante los jueces del trabajo debe agotar previamente el procedimiento gubernativo o reglamentario correspondiente.

A propósito, el artículo 7º de la Ley 24 de 1947, vigente en lo que concierne a los trabajadores oficiales, refuerza la tesis primeramente planteada, pues dicha disposición atribuye a la justicia del trabajo el conocimiento de contratantes que se susciten por razón de derechos laborales "que tengan su origen en leyes, decretos y resoluciones de carácter nacional; ordenanzas, decretos y resoluciones de carácter departamental; acuerdos municipales o reglamentos particulares de entidades o institutos oficiales o municipales". Confirma, pues, el criterio de que el origen de una prestación social o de otro derecho laboral no es factor determinante de la jurisdicción.

Por lo expuesto, el fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca está ajustado a la ley y, en consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, de acuerdo con su Fiscal colaborador, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

Falla:

Confírmase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 27 de noviembre de 1981.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 20 de mayo de 1983.

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

REVOCACION EN ACTOS DE NOMBRAMIENTO. — (Artículo 45 del Decreto 1950 de 1973). Hipótesis, para que la administración pueda adoptar medidas de esa naturaleza.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., julio ocho de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctor Alvaro Orejuela Gómez*).

Referencia: Juicio Nº 8395. Demandante: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Autoridades Nacionales.

Consulta el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca la sentencia proferida en el proceso que en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 67 de la Ley 167 de 1941 y por conducto de apoderado promovió el señor Víctor Hernando Alvarado Ardila, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"*Primera.* Que es nula la Resolución número 1004 de mayo 30 de 1980, proferida por el Sr. Gerente General del Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente —Inderena—, en cuanto por ella se resuelve revocar el nombramiento hecho en la persona del doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila, para desempeñar el cargo de Jefe de División en el Programa Control y Protección. Proyecto Educación e Información Ambiental, por medio de la Resolución número 0854 del 9 de mayo del mismo año, expedida por el mismo funcionario y la cual se revoca.

"*Segunda.* Que como consecuencia de la nulidad y a título de Restablecimiento del derecho quebrantado, se ordene al señor Gerente General del Instituto Nacional de Recursos Naturales Renovables y del Ambiente —Inderena— reintegrar al doctor Víctor Hernando Alvarado Ardilla, al cargo para el cual fue designado o a otro de igual o superior categoría y remuneración.

"*Tercera.* Que, igualmente, como consecuencia de la nulidad y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la Nación Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente, —Inderena— a reconocer y pagar al doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila, los sueldos, primas, bonificaciones, vacaciones y demás emolumentos dejados de percibir en el cargo de Jefe de División del citado Instituto, desde el 22 de mayo de 1980, hasta el día en que efectivamente sea reintegrado al servicio oficial.

"*Cuarta.* Que no ha existido solución de continuidad en los servicios prestados a la Nación por el actor, para todos los efectos legales y en especial para lo relacionado con prestaciones sociales".

El demandante fundamenta su pretensión anulatoria, en estos H E C H O S:

"El actor es un profesional Universitario pues posee el título de doctor en Derecho y Ciencias Sociales, conferido por la Universidad Libre.

"Mediante resolución número 0064 del 9 de mayo de 1980, proferida por el Gerente General del Instituto Nacional de Recursos Naturales —Inderena—, comunicada al actor el día 13 del mismo mes y año, se le designó para desempeñar el cargo de Jefe de División en el Programa Control y Protección, Proyecto Educación e Información Ambiental, con sede en las Oficinas principales de Bogotá.

"Entre el 14 y el 22 de mayo de 1980, el actor reunió los requisitos exigidos por las disposiciones generales y especiales para ocupar el cargo para el cual fue nombrado.

"El 22 de mayo de 1980, una vez reunidos los requisitos pertinentes, el actor se presentó en las oficinas del señor Jefe de la División de Personal y tomó posesión del cargo para el cual había sido nombrado.

"Una vez posesionado, el actor se presentó a la doctora Carmiña Amaría, funcionaria del Instituto con quien venía coordinando su vinculación, quien le manifestó que hablaría en las horas de la tarde del mismo día 22 de mayo de 1980.

"Siendo, aproximadamente, las 3 p.m. del día 22 de mayo de 1980, el actor se comunicó con la citada doctora Amaría, quien le manifestó que no era necesario que se presentara a laborar el día siguiente (23 de mayo de 1980), que era mejor que lo hiciera el lunes (26 de mayo de 1980).

"Pensando que algo irregular estaba acontenciendo, el actor se presentó en la Oficina de la doctora Carmiña Amaría, el día 29 de mayo de 1980, quien le manifestó que el señor Gerente no había firmado el acta de posesión.

"El día 30 de mayo de 1980, el actor tuvo conocimiento de que mediante Resolución número 1084 de esa fecha, proferida por la Gerencia General del Inderena, se había procedido a revocar su nombramiento en el cargo de Jefe de División del Instituto, verificado mediante Resolución número 0854 del 9 de mayo del mismo año, sin que se expresara la razón o causa de esa determinación".

Se indican en el libelo como disposiciones infringidas por la vigencia de la resolución impugnada, los artículos 2, 16, 17, 20, 26 y 30 de la Constitución Nacional 66 del Código Contencioso Administrativo y 45 del Decreto 1950 de 1973. Sobre las normas precedentes el apoderado del actor realiza un detenido análisis jurídico a efecto de demostrar la violación de que fueron objeto y el derecho que alega asistirle en la reclamación impetrada.

Después de que se practicaron las pruebas solicitadas y una vez se produjo el concepto Fiscal, el Tribunal del conocimiento pronunció la sentencia que se examina y en ella accedió a las súplicas del libelo,

por considerar, en síntesis, que la revocatoria del nombramiento del demandante entraña una clara violación del artículo 15 del Decreto 1950 de 1973.

Como la consulta se resuelve de plano, a ello procede la Sala, previas las siguientes

Consideraciones

Se impetra en el asunto *sub judice* la ilegalidad de la Resolución número 1004 del 30 de mayo de 1980, originario de la Gerencia General del Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables "Inderena", en virtud de la cual se revocó el nombramiento del señor Víctor Hernando Alvarado Ardila, del cargo de Jefe de División en el Programa de Control y Protección, Proyecto Educación e Información Ambiental, de la citada Entidad y, consecuencialmente, el reintegro del actor a dicho cargo o a uno de igual o superior categoría, con el pago de todos los sueldos, primas y demás prestaciones sociales que haya dejado de recibir desde el retiro del servicio hasta que sea efectivamente reincorporado al mismo.

En la sentencia consultada, el Tribunal del conocimiento encontró bien probado que en la expedición de la resolución impugnada se infringieron las disposiciones que al efecto se señalaron como violadas, toda vez que en la revocación del nombramiento no se configuraron las hipótesis que consagra el artículo 45 del Decreto 1959 de 1973, para que la Administración pueda adoptar medidas de esta naturaleza.

Hecha la revisión del expediente aparece acreditada la existencia de tales presupuestos y sus consecuencias amparadas por las normas legales vigentes. En efecto, de conformidad con las pretensiones contenidas en el artículo 46 del estatuto aludido, la Administración podrá revocar su nombramiento en cualquiera de las siguientes circunstancias:

"a). Cuando se ha cometido error en la persona;

b). Cuando la designación se ha hecho por acto administrativo inadecuado.

c). Cuando aún no se ha comunicado;

d). Cuando el nombrado no ha manifestado su aceptación o no se ha posesionado dentro de los plazos legales;

e). Cuando la persona designada ha manifestado que no acepta;

f). Cuando recaiga en una persona que no reuna los requisitos señalados en el artículo 25 del presente decreto.

g). En los casos a que se refieren los artículos 53 y 67 del presente decreto, y

h). Cuando haya error en la denominación, clasificación o ubicación del cargo o en empleos inexistentes".

En el asunto *sub judice,* como es fácil establecerlo, no se configuran los eventos de que trata la norma en comento, ya que no se evidencia que se haya cometido error en la persona ni el nombramiento se hizo por acto administrativo inadecuado; la designación fue comu-

nicada por Oficio del 13 de mayo de 1980; el actor manifestó su intención de aceptarla al reunir los documentos necesarios para la posesión, la cual tuvo lugar el 22 de mayo de 1980, es decir, dentro del término legal. Además, no se demostró que el accionante no llenara los requisitos de que trata el artículo 25 del Decreto 1950 de 1973 y finalmente, no se está en presencia de los casos contemplados en los artículos 53 y 57 *ibídem*. De igual modo, no se evidencia error en la denominación, clasificación o ubicación del cargo o en empleo inexistente.

Y como quiera que el demandante fundamenta su pretensión anulatoria en el artículo 45 antes transcrito, la Sala encuentra que de acuerdo con las pruebas pedidas, allegadas al proceso, se violó el mencionado precepto, toda vez que no se configuran las circunstancias que facultan a la Administración para revocar los nombramientos realizados, lo cual determina la prosperidad de las súplicas de la demanda.

Por consiguiente, ante la ilegalidad de la Resolución cuestionada, no hacen falta mayores argumentos para concluir de la misma manera como lo hizo el *a quo* en la sentencia que se revisa, al acceder a las pretensiones del libelo.

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

Falla:

Confírmase la sentencia consultada, proferida por el Tribunal Contecioso Administrativo de Cundinamarca, con fecha veintidos (22) de octubre de mil novecientos ochenta y dos.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el primero (1º) de julio de mil novecientos ochenta y tres.

Los Consejeros

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

CARRERA ADMINISTRATIVA. — Nombramiento en cargo de Libre Remoción. El nombramiento recaído en un funcionario que se encuentre debidamente inscrito en la Carrera Administrativa no hace perder por ese hecho el carácter de funcionario de carrera.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., agosto cuatro de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctor Ignacio Reyes Posada*)

Referencia: Expediente Nº 6001. Resoluciones Ministeriales. Actor: Cecilio Cortina Jiménez.

El señor Cecilio Cortina Jiménez, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción demandó ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, para que iniciara las siguientes declaraciones:

"*Primera.* Que son nulos

a) La Resolución número 02642 de fecha 8 de noviembre de 1978 dictada por el señor Gerente del Instituto Colombiano de Construcciones Escolares (ICCE) por la cual se declaró insubsistente el nombramiento de mi acudido del cargo "Profesional Universitario" 3020-04 de la Oficina de Grupos Móviles, Dirección General del "ICCE".

b) La nota, por la cual se hubiese comunicado a mi mandante que su nombramiento había sido declarado insubsistente.

c) El decreto, resolución o acto administrativo similar por el cual se hubiese nombrado sucesor o reemplazo a mi acudido en la planta o nómina de personal del "ICCE".

"*Segunda.* Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y para restablecer el derecho quebrantado, el Instituto Colombiano de Construcciones Escolares ICCE procederá a reintegrar o restituir al doctor Cecilio Cortina Jiménez al mismo cargo del que ha sido ilegalmente deparado o destituido, o a otro de igual o superior categoría en materia salarial, prestacional y funcional y a reconocerle y pagarle los sueldos, primas, bonificaciones y prestaciones sociales (tanto legales como extralegales o convencionales) desde el día de su ilegal separación del servicio público hasta cuando sea real y efectivamente reintegrado o restituido al cargo".

"*Tercera.* Presumir, para todos los efectos legales, que no ha habido solución de continuidad en los servicios laborales del actor al ICCE durante el ínterin, vale decir durante el lapso en que aquél per-

manezca cesante por causa de los actos administrativos, que en la presente demanda se acusan".

"*Cuarta.* Que la sentencia por la cual se desate la presente *litis* se le dé cumplimiento dentro de los términos prescritos en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941)".

"*Quinta.* Las costas y costos del proceso".

Los hechos, las normas legales violadas y el concepto de su transgresión, aparecen relacionados a folios 15 a 18 del informativo, sin que la Sala considere necesario reproducirlos, por cuanto ellos se tendrán en cuenta al adoptar la decisión que habrá de tomarse.

El Tribunal del conocimiento en la parte resolutiva de la sentencia, decreta:

"1º Declárase inhibido el Tribunal para pronunciarse respecto de la nota por medio de la cual se le comunicó al actor la insubsistencia de su nombramiento por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia".

"2º. Declárase inhibido el Tribunal para pronunciarse respecto del nombramiento o reemplazo que se le hubiera hecho al actor por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia".

"3º Declárase la nulidad de la Resolución Nº 00648 de 8 de noviembre de 1978, proferida por el señor Gerente del Instituto Colombiano de Construcciones Escolares ICCE, por la cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Cecilio Cortina Jiménez, del cargo de Profesional Universitario, 3020.4 de la Oficina de Grupos Móviles, Dirección General del ICCE".

"4º Como restablecimiento del derecho el Instituto Colombiano de Construcciones Escolares ICCE, en el término del artículo 121 del Código Contencioso Administrativo deberá reintegrar al señor Cecilio Cortina Jiménez, al cargo de Analista de Administración de Personal VI-22 del mencionado Instituto, o a uno de igual o superior jerarquía e igualmente le reconocerá y pagará la totalidad de sueldos, primas, bonificaciones, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha en que fue separado del servicio hasta aquélla en que sea efectivamente reintegrado al mismo".

"5º Para todos los efectos prestacionales se declara que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios por el período a que se contrae el numeral anterior".

Agotado el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad, oído el concepto de la Fiscalía Quinta y ejecutoriado el auto de citación para sentencia, se procede a ello previas las siguientes

Consideraciones

En el presente proceso se pretende la nulidad de la Resolución Nº 02642 de fecha 8 de noviembre de 1978 dictada por el señor Gerente del Instituto Colombiano de Construcciones Escolares ICCE, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento hecho al señor Cecilio

Cortina Jiménez en el cargo de Profesional Universitario 3020-4 de la Oficina de Grupos Móviles de la Dirección General. Se pide igualmente el consiguiente restablecimiento de derechos consistentes en el reintegro al cargo que venía desempeñando y al pago de los sueldos, primas y prestaciones sociales correspondientes al tiempo en que el actor permanezca separado del servicio".

El Tribunal del conocimiento, en sentencia que la Sala encuentra ajustada a derecho, resolvió favorablemente las peticiones de la demanda en atención a que el *actor* se encontraba inscrito en el Escalafón de la Carrera Administrativa como Analista de Administración de Personal VI-22. El Instituto demandado sostiene que por haber sido promovido a cargos distintos de aquél en que aparece escalafonado el actor perdió los derechos correspondientes a la Carrera Administrativa, convirtiéndose en un empleado de libre nombramiento y remoción. A este respecto razona así el Tribunal:

"Faltaría por aclarar un aspecto y es el de si el nuevo nombramiento recaído en un funcionario que no se encuentra debidamente inscrito en la Carrera Administrativa y su aceptación, implica la pérdida de dicha inscripción y lo convierte automáticamente en un funcionario de libre nombramiento y remoción".

"Ante las normas transcritas, es claro para la Sección que, quien siendo funcionario inscrito en el escalafón de la Carrera Administrativa, sea objeto de un nombramiento ordinario, no pierde por ese solo hecho ese carácter, toda vez que no se presenta el fenómeno de la cesación en sus funciones y desde el punto de vista jurídico, ese nombramiento es un ascenso, que hecho para un cargo de libre nombramiento y remoción no requiere la realización de concurso en los términos previstos para la provisión de cargos de Carrera Administrativa, toda vez que tampoco implica un ascenso en el escalafón de la misma, ya que en este evento se presentará solamente un ascenso dentro de los niveles de la organización administrativa aunque el funcionario para efectos del escalafón mantenga la ubicación que traía".

"El hecho de ejercer un cargo de libre nombramiento y remoción, no implica, a juicio del Tribunal que quien estando debidamente inscrito en la Carrera Administrativa, aunque en otro cargo, pierda todas las garantías que su status de escalafonado representa y entre ellas la de su estabilidad".

"Por el contrario, mientras no haya la cesación de funciones a que hace referencia la ley, el funcionario seguirá estando inscrito en el escalafón de la carrera administrativa y protegido por su fuero de estabilidad, obviamente, respecto del cargo en el cual se está escalafonando, y no respecto del que tiene el carácter de libre nombramiento y remoción".

Restaría tan solo observar que si lo sostenido por el ICCE tuviera fundamento no desquiciaría por completo todo el sistema de la carrera administrativa por cuanto bastaría que la Administración promoviera a un funcionario inscrito en carrera a un cargo de mejor categoría para destruir los efectos de ésta, quedando los funcionarios al antojo de los nominadores, lo que contraría el espíritu y finalidades de la Institución.

No prospera en consecuencia la apelación interpuesta por el Instituto demandado.

Tampoco está llamada a prosperar la apelación interpuesta por el actor en lo que hace al reintegro ordenado al cargo en que se encontraba inscrito, por cuanto corresponde esta solución a la reiterada doctrina de esta Corporación.

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 apelada proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca el día 15 de mayo de 1981.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en la sesión celebrada el día 8 de julio de 1983.

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Víctor M. Villaquirán., Secretario.

PENSION DE JUBILACION ESPECIAL PARA MAESTROS DE ESCUELA PRIMARIA OFICIAL.— Después de 20 años de servicio y cincuenta de edad. Requisitos. Artículo 4º de la Ley 114 de 1913. Lo dispuesto en el inciso tercero ibídem *no obsta para que un maestro pueda recibir a un mismo tiempo sendas pensiones como tal, concedidas por la nación y un departamento.*

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., treinta y uno (31) de agosto de mil novecientos ochenta y tres (1983)

(Consejero ponente: *Doctor Joaquín Vanín Tello*)

Proyecto: Doctor José Gabriel Salom

Referencia: Expediente número 8878. Autoridades Nacionales

Actor: Bernardo Arango Zapata

En demanda presentada ante esta Corporación y posteriormente, después de que se emitió concepto fiscal, remitida al Tribunal Administrativo de Cundinamarca por competencia, el señor Bernardo Arango Zapata, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 67 del Código Contencioso Administrativo, solicitó el reconocimiento con cargo a la Caja Nacional de Previsión y a la Nación, en forma solidaria, una pensión mensual vitalicia de jubilación, pagadera a partir del 26 de julio de 1973 y en su defecto con cargo a la segunda entidad y subsidiariamente con cargo a la Caja Nacional de Previsión.

Como hechos constitutivos en la acción ejercitada, se aducen en la demanda los siguientes:

"*Primero.* Bernardo Arango Zapata, mediante memorial presentado al Ministerio de Educación, solicitó de esa entidad, el 28 de agosto de 1975, le fuera reconocida, por sus servicios al magisterio oficial primario, una pensión mensual de jubilación, en cuantía de $ 2.928.58, calculada sobre los sueldos que devengó desde mayo 6 de 1974 a mayo 5 de 1975.

"*Segundo.* El peticionario siguió en ejercicio de la docencia y en su último año trabajado, que corrió entre el 1º de febrero de 1975 y el 30 de enero de 1970, recibió un sueldo uniforme de $ 4.270.00, más prima de cesantía de $ 1.601.25, prima da Navidad de $ 4.270.00, subsidio de transporte así: $ 45.00 en mayo, junio y julio, $ 90.00 de agos-

to a noviembre y $ 33.00 en enero de 1976, lo que arroja un promedio de $ 4.803.27, cuyo 75% alcanza a la cifra de $ 3.602.45 que se ha señalado como montante de la pensión.

"*Tercero.* El 28 de julio de 1973 mi poderdante causó el derecho a la pensión, porque entonces cumplió 50 años de edad, después de haber servido al magisterio por más de 20.

"*Cuarto.* Desde el 28 de agosto de 1975 al presente ha transcurrido más de un mes, sin que la entidad requerida para hacer el reconocimiento, ni tampoco la Caja Nacional de Previsión que la sucedió en esta función a partir del 20 de enero del año en curso, se hayan pronunciado sobre el derecho invocado".

Cita el libetista como fundamento de derecho la Ley 114 de 1913 y el artículo 8º de la Ley 45 de 1981, lo mismo que el parágrafo 2º (sic) de la Ley 24 de 1947, la Ley 4ª de 1966 y el Decreto Ley 2285 de 1955.

La Caja Nacional de Previsión Social designó apoderado para que representara a la Institución dentro del juicio, lo que hizo en efecto al oponerse a las súplicas de la demanda.

El Tribunal del conocimiento mediante el fallo consultado, accedió a las súplicas de la demanda, fundamentándose para ello en el concepto emitido por la distinguida Fiscal Quinta de esta Corporación, y como en ella se ordena su consulta a esta entidad, a ello se procede previas las siguientes

Consideraciones

Pretende la demandante que se le otorgue la pensión de jubilación especial consagrada en la Ley 114 de 1913, con cargo del Tesoro Nacional, y en atención a los servicios prestados en el ramo docente al Departamento de Antioquia, por un lapso superior a los 20 años, contados desde el 28 de enero de 1975 hacia atrás, habiendo llegado a la edad de 50 años el 4 de marzo de 1961 (folio 50).

El artículo 4º de la Ley 114 de 1913, señala los requisitos para que un maestro de escuela primaria oficial sea merecedor a la pensión especial, después de 20 años de servicio y cincuenta de edad:

"1º Que en los empleos que haya desempeñado se ha conducido con honradez y consagración.

"2º Que carece de medios de subsistencia en armonía con su posición social y costumbres.

"3º Que no ha recibido ni reciba actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional. Por consiguiente, lo dispuesto en este inciso no obsta para que un maestro pueda recibir a un mismo tiempo sendas pensiones como tal, concedidas por la Nación y por un Departamento.

"4º Que observe buena conducta.

"5º Que si es mujer, esté soltera o viuda.

"6º Que ha cumplido 50 años, o que se halle en incapacidad por enfermedad u otra causa de ganar lo necesario para su sostenimiento".

Con las declaraciones visibles a folios 54 y 55 se acredita que el demandante prestó sus servicios en escuelas primarias oficiales del Departamento de Antioquia durante más de 20 años y que el 4 de marzo de 1961 cumplió 50 años de edad (folio 50).

Mediante las declaraciones juradas de Manuel Giraldo Jaramillo y Salvador Ceballos Arroyave (folios 51 a 58) rendidas ante el Juzgado Municipal de Envigado, con la intervención del Personero Municipal, se acreditó que el actor en el ejercicio del cargo actuó con honradez y consagración y que no poseía bienes de fortuna en armonía con su posición social y costumbres. Glosa el señor apoderado de la Caja Nacional de Previsión estos testimonios por no haberse recepcionado ante el Juez del Circuito, como lo señala el artículo 5º de la Ley 114 de 1913. No obstante, considera la Sala que dicha circunstancia no le resta credibilidad a los citados testimonios, ni esa formalidad constituye un requisito *ad sustantiam actus* para que sea desechada siendo así que se recibió con la intervención del Ministerio Público.

Se han cumplido pues, las exigencias del artículo 4º de la Ley 114 citada para que proceda el reconocimiento jubilatorio. Esta pensión debe ser reconocida por la Caja Nacional de Previsión, que asumió el pago de las pensiones correspondientes al Ministerio de Educación Nacional en favor del Magisterio, conforme al Decreto 081 de 20 de enero de 1976, que antes eran reconocidas por la Sección de Pensiones de la Dirección General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Como similares argumentos se consigna en la sentencia consultada, deviene en consecuencia su confirmación.

En tal virtud, 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 consultada, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, con fecha 11 de febrero de 1983.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 12 de agosto de 1983.

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

RESPONSABILIDAD FISCAL. — La administración carece de competencia para determinar la responsabilidad por la pérdida o daño de sus bienes, pues es atribución privativa de la Contraloría General de la República. DESCUENTOS A LOS RESPONSABLES. — Por proceso de jurisdicción coactiva. INVESTIGACIONES POR DAÑOS O PERDIDAS DE LOS BIENES DEL ESTADO. — Clases de investigaciones: 1) *Penal.* 2) *Disciplinaria.* 3). *Fiscal. CONTROL FISCAL POR LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. Artículo* 59, *inciso* 1º *Controles*: *previo, perceptivo y posterior.*

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., agosto treinta y uno de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejera ponente: *Doctora Aydée Anzola Linares*)

Referencia: Expediente Nº 6733. Resoluciones Ministeriales. Actor: Aristides Cubillos Hernández y Otros.

En demanda presentada ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca los señores Aristides Cubillos Hernández, Ramón A. Gallego Sabogal, Leonardo Antonio Grajales. A., Enrique Infante, José Everardo Martínez G., Evelio Rodríguez Galeano, Gabriel Angel Tavares, Libardo Antonio Torres, José E. Sierra, Miguel Calleton, José Fernando Santa Ospina, José Otoniel Suárez Henao, Nelson Agudelo Aguirre y José Ladino Ladino, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 67 del Código Contencioso Administrativo, solicitaron de esa Corporación, que en sentencia se hicieran las siguientes declaraciones:

"*Primera.* Se ha operado el fenómeno del silencio administrativo al no resolver la Dirección General de la Policía Nacional dentro del término señalado por la ley, la interposición de los recursos de reposición y apelación contra el acto administrativo demandado".

"*Segunda.* Es nulo el acto administrativo complejo integrado por los actos administrativos unitarios que se relacionan a continuación: a) providencia administrativa dictada por la Dirección General de la Policía Nacional dentro del informativo levantado contra los señores Capitán José Ladino Ladino Sargento Mayor Aristides Cubillos Hernández y demás demandantes, relacionados con un supuesto faltante en el Comisariato del Departamento de Policía Quindío; b) artículo 3223 de la Orden Administrativa de los servicios número 4026 del día 10 de noviembre de 1976 emanada de la Dirección General de la Policía Nacional; c) artículo 0250 de la Orden interna número 0067 del

Comando del Departamento de Policía Quindío, para el día jueves 24 de marzo de 1976".

"*Tercera.* Como consecuencia de lo anterior, la Nación Colombiana se condena a restablecer en sus derechos violados, a los señores Aristides Cubillos Hernández, Ramón A. Gallego Sabogal. Leonardo Antonio Grajales R., Enrique Infante, José Everardo Martínez G., Evelio Rodríguez Galeano, Gabriel Angel Tavares, Libardo Antonio Torres, José R. Sierra Sierra, Miguel Calderón, José Fernando Santa Ospina, José Otoniel Suárez Henao, Nelson Agudelo Aguirre y José Ladino Ladino, y a título de restablecimiento del derecho, se abstendrá de seguir descontando las sumas ordenadas en las disposiciones acusadas, y reintegrará en su totalidad los valores hasta el momento descontados a los mismos demandantes".

"*Cuarta.* El Estado Colombiano indemnizará los perjuicios causados con el acto anulado en la cuantía demostrada a través de la acción, o que se demuestre en incidente de regulación de perjuicios a que se refiere el artículo 308 del C.P.C.".

"*Quinta.* La Nación Colombiana a través de la Dirección General de la Policía Nacional dará cumplimiento al presente fallo dentro del término señalado por el artículo 121 del C.C.A.".

Como hechos constitutivos de la acción ejercitada, se indican en el libelo los que aparecen relacionados a folios 10 a 14 vto. del expediente donde también se señalan las normas violadas y se emite el correspondiente concepto de violación.

Después de que se practicaron las pruebas solicitadas y una vez se produjo concepto fiscal, el Tribunal del conocimiento accedió a la totalidad de las súplicas de la demanda por considerar, en síntesis, que la División General de la Policía Nacional, carece de competencia para adoptar las medidas que se consignan en la parte resolutiva del acto impugnado.

Consideraciones

En el asunto *sub judice* se impetra la declaratoria de nulidad de la providencia administrativa dictada por la Dirección General de la Policía Nacional, en virtud de la cual se dispuso el descuento de $ 20. 595.06 de los haberes correspondientes a cada uno de los demandantes, como presuntos responsables del faltante de mercancías del comisariato del Departamento de Policía del Quindío.

En la sentencia consultada, el Tribunal del conocimiento encontró bien probado que la Administración carece de competencia para determinar la responsabilidad fiscal por la pérdida o daño de sus bienes pues es atribución privativa de la Contraloría General de la República, como tampoco puede ordenarse el descuento de los mismos, de los haberes que posean los responsables, pues ello sólo es posible previo el adelantamiento de un proceso de jurisdicción coactiva, y de ahí, la prosperidad de las súplicas del libelo.

Verificada la revisión del expediente se desprende que el Tribunal tuvo razón al decidir las peticiones en forma favorable y por ello es

imperativo la confirmación de la sentencia consultada, pues es fiel reflejo de la realidad procesal y está ajustada a derecho. Por lo tanto la Sala se permite destacar los siguientes apartes:

Dice el *a quo*:

"El fundamento principal de la acusación consiste en señalar el abuso de poder de la entidad demandada al ordenar los descuentos sin tener facultades legales debido a que previamente se ha debido establecer la responsabilidad de los demandantes por medio de procesos declarativos de conocimiento de la rama jurisdiccional y adelantar luego procesos de ejecución".

"Se encuentra demostrado que el Comando del Departamento de Policía Quindío adelantó la investigación administrativa contenida en el informativo número 203 de 1976 y estableció un faltante en mercancías del Comisariato del mismo Departamento por valor de trescientos veintinueve mil quinientos veinte pesos con noventa y nueve centavos ($ 329.520.99). Como responsables de la pérdida de las mercancías fueron señalados los demandantes y otras personas que tenían que ver con la administración del Comisariato, procediendo, entonces, el mencionado Comando a solicitar a la Dirección General de la Policía la imposición de sanciones disciplinarias y los descuentos de los haberes de cada una de esas personas por la suma de veinte mil quinientos noventa y cinco pesos con seis centavos ($ 20.595.06) para reunir el total del faltante. Enviado el expediente a la Dirección General de la Policía se produjo la Orden Administrativa de los Servicios número A-026 de noviembre 10 de 1976, artículo 3223, por medio de la cual se aprobaron los descuentos solicitados por el Departamento de Policía Quindío y, por consiguiente, esa dependencia ordenó los descuentos en la Orden Interna número 0067 de marzo 24 de 1977, artículo 0260".

"Así mismo se encuentra establecido que en relación con los mismos hechos se adelantaron investigaciones penales, pues en el expediente obra un Certificado del Juez Cuarto Superior de Armenia indicando que a ese despacho llegaron copias del proceso por falsedad y estafa contra los Agentes de la Policía Nacional Luis Eduardo Vélez y Augusto González Alvarez adelantado por el Inspector General de esa entidad con el fin de que se pronunciare sobre la situación de Luis Fernando Santa y otros, es decir abriendo investigación o dictando auto inhibitorio, y señalando, además, la existencia de otras investigaciones por pequeños hurtos en el Comisariato. (folio 44)".

"Puede ocurrir que en relación con la pérdida o daño de los bienes del Estado se originen tres clases de investigaciones. Una de naturaleza penal para determinar si las personas responsables de la pérdida o daño incurrieron en conductas delictuosas que den lugar a la imposición de una pena. Otra de carácter disciplinario para establecer si el empleado oficial cometió alguna falta disciplinaria que conlleve una sanción de la misma naturaleza. Y una tercera de carácter fiscal para determinar la responsabilidad fiscal de las personas encargadas de la administración, cuidado o manejo de los bienes del Estado".

"La investigación penal la debe adelantar el Juez correspondiente según la clase de delito y la calidad de las personas sindicadas. La investigación disciplinaria corre a cargo de la entidad donde laboran los empleados involucrados en los hechos irregulares o del Ministerio Público. Ahora, la investigación fiscal tendiente a establecer si alguna persona debe responder económicamente por el valor de los bienes de la Nación que se hayan perdido o dañado corresponde a la Contraloría General de la República".

"Las funciones de vigilancia y control fiscal asignada a la Contraloría emanan de la propia Constitución. Así el artículo 59, inciso 1º dispone:"

" 'La vigilancia de la gestión fiscal de la Administración corresponde a la Contraloría General de la República y se ejercerá conforme a la ley' ".

"La Ley 20 de 1975, por medio de la cual se modificaron las normas orgánicas de la Contraloría General de la República, desarrolla el mandato constitucional y prescribe en su artículo 2º lo siguiente:

" 'El Contralor General de la República, ejercerá sobre las entidades o personas que a cualquier título reciban, manejen o dispongan de bienes o ingresos de la nación, la vigilancia y el control fiscal que le garantice al estado su conservación y adecuado rendimiento' ".

"De otro lado, se han dictado normas tendientes a regular el ejercicio de la función asignada a la Contraloría General de la República. Es así como se han señalado los procedimientos para los controles previo, perceptivo y posterior, para la rendición y examen de cuentas, los juicios, fiscal, administrativo y de exoneración de responsabilidad y para las visitas e investigaciones fiscales, etc. Por medio de esas disposiciones contenidas entre otras en la citada ley 20 de 1975, los Decretos 924 y 925 de 1976 y la Resolución Orgánica número 07008 de 1978, que sustituyó a la Resolución Reglamentaria número 1700 de 1957 se busca un efectivo control de los bienes y servicios de la Nación y establecer en un momento determinado la responsabilidad fiscal de las personas o entidades que a cualquier título reciban, manejen o dispongan de los mismos".

"De igual manera la Contraloría General de la República puede dictar normas especiales de control fiscal para determinadas entidades atendiendo la naturaleza, funciones y características de las mismas. Sin embargo, en ningún momento puede delegar sus funciones de vigilancia y control fiscal en otra entidad y mucho menos en la que se pretende vigilar, por cuanto es una función que la Constitución Nacional le asignó exclusivamente".

"En el presente caso la Policía Nacional invoca lo establecido en el Estatuto de Control Fiscal para el Ministerio de Defensa Nacional y para esa entidad, aprobada por medio de la Resolución número 02437 de julio 18 de 1972, para ordenar los descuentos de los demandantes. Ciertamente se encuentra en vigencia el citado Estatuto, en cuyo numeral 9 del Capítulo VII, de la Responsabilidad de los bienes, se preceptúa:

" 'El valor de los daños o pérdidas que administrativa o fiscalmente se declaren a cargo de un empleado miembros del Ministerio de Defensa Nacional o de la Policía Nacional será descontando de su sueldo o prestaciones, conforme al fallo administrativo o fiscal que corresponde impartir al superior jerárquico o a la Contraloría General, sin perjuicio de las acciones civil o penal a que haya lugar' ".

"Así mismo el numeral 8 *ibídem* prescribe:".

" 'Para establecer la responsabilidad que corresponde a los usuarios y depositarios de bienes del Ministerio de Defensa, por la Pérdida o daño que sufran en su poder, cuando no provengan del deterioro natural o por razón de su uso legítimo o de otra causa justificada, se adelantará por la parte administrativa una investigación tendiente a determinarla, sin perjuicio de la que adelante la Contraloría General' ".

"Del contenido de las normas transcritas se advierte claramente que la Contraloría General, de una parte, delegó en el Ministerio de Defensa Nacional y en la Policía Nacional la función de control fiscal al permitirles adelantar la investigación por la pérdida o daño de bienes y, de otra, autorizó los descuentos a los empleados responsables pretermitiendo el procedimiento del juicio de jurisdicción coactiva que es el único mecanismo jurídico que posee el Estado para la recuperación del valor de los bienes perdidos o dañados".

"La Contraloría tiene la competencia total y exclusiva sobre la función de vigilancia y control fiscal. Así se ha expresado el H. Consejo de Estado en numerosas oportunidades, como lo hizo la Sala de Consulta y Servicio Civil al absolver una consulta del Ministerio de Desarrollo Económico en febrero 11 de 1971, con ponencia del H. Magistrado doctor Luis Carlos Sáchica; cuando señaló:

" 'Las disposiciones constitucionales citadas atribuyen a la Contraloría General de la República la competencia total y exclusiva para ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la administración nacional, tanto respecto de sus organismos principales como de las entidades descentralizadas, pues no excluyen de tal control ninguno de sus organismos ni de los funcionarios que manejen fondos o bienes de la Nación, ni sustrae de dicho control ninguno de los bienes y recursos ni de los aspectos de su manejo. De modo que, en el orden nacional no puede existir sino un organismo de vigilancia fiscal, que es la Contraloría mencionada, y la ley no puede restringir ni dividir su competencia, no estando limitada ni condicionada en la Constitución, ya que ella sólo otorga al legislador facultad para determinar el modo de su ejercicio, mas no los sujetos ni la materia sobre que recae ese control' ".

" 'Por lo anterior las investigaciones tendientes a establecer la responsabilidad fiscal de las personas que a cualquier título, reciban, manejen o dispongan de bienes de la Nación corresponde a la Contraloría General. Las entidades oficiales sí pueden adelantar investigaciones administrativas en relación con la pérdida o daño de los bienes de la Nación pero únicamente en cuanto a la responsabilidad disciplinaria de sus empleados. En consecuencia, como es una atribución constitucional, ni siquiera por medio de la ley se puede asignar a la adminis-

tración la investigación fiscal de sus empleados y mucho menos, como ocurre en el presente caso, por medio de la resolución, así sea de la propia Contraloría' ".

"Para que el Estado pueda recuperar el valor de los bienes perdidos o dañados se requiere que previamente se haya señalado la responsabilidad fiscal en una persona determinada y que luego esa persona lo pague voluntariamente o, de lo contrario, con base en la decisión adoptada en el respectivo juicio se promueva proceso de ejecución por jurisdicción coactiva tendiente a lograr el pago con los bienes del responsable. También es posible la recuperación de los bienes cuando se adelanta proceso penal y se dicta sentencia condenatoria, pues en ese caso el responsable debe indemnizar los daños y perjuicios causados con el delito. Pero lo que sí no está permitido es que sin previo proceso de ejecución se proceda por la entidad a descontar el valor de los bienes de los haberes del empleado responsable fiscalmente, por cuanto se contrarían mandatos legales que exigen el adelantamiento de la ejecución, tales como el artículo 3º de la Ley 58 de 1945 y los artículos 561 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. Así, la primera disposición citada dispone:"

" 'Los fenecimientos definitivos con alcance, una vez declarada su ejecutoria constituyen el documento ejecutivo sobre el cual ha de proceder el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales a hacer el cobro mediante los trámites del juicio por jurisdicción coactiva' ".

Y en tal virtud, 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 consultada, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, con fecha 11 de diciembre de 1981.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunall de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en la sesión verificada el día 5 de agosto de 1983.

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

EXPORTACION DE BIENES NACIONALES. — La exportación de bienes nacionales es libre de acuerdo con el artículo 46 del Decreto 444 de 1967. REGULACION DE LAS EXPORTACIONES. — Es algo que está dentro del ámbito de las funciones del Consejo Directivo de Comercio Exterior en estrecha vinculación con el Instituto Colombiano de Comercio Exterior, a quien compete la ejecución de la política del Gobierno en materia de comercio exterior. (Artículo 2º del Decreto 151 de 1976). REGLAMENTOS. — (Reiteración Jurisprudencial). Los reglamentos que pueden dictar organismos y funcionarios administrativos del orden nacional en virtud de atribuciones especiales de la ley, sólo deben contener preceptos o reglas sobre aspectos técnicos y los administrativos relacionados con el funcionamiento interno de las dependencias administrativas tendientes a lograr la coordinación necesaria de las acciones de los distintos funcionarios y la regularidad continuidad y eficacia en la prestación de los servicios que se le haya encomendado. REGLAMENTOS INTERNOS Y REGLAMENTACION TECNICA. — Competencia para dictarlos.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., septiembre quince de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctor: Samuel Buitrago Hurtado*)

Referencia: Expediente Nº 4152. Autoridades Nacionales. Actor: Guillermo Chahin Lizcano.

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 66 del C. C. A. el doctor Guillermo Chain Lizcano solicitó que previos los trámites del proceso ordinario, se declare mediante sentencia definitiva lo siguiente:

"Primera. Que es nula la Resolución número 11 de 1981 emanada del Consejo Directivo de Comercio Exterior 'por la cual se adoptan unas medidas sobre la exportación de bienes' ".

"Segunda. Que son nulas igualmente, las resoluciones números 049 de 1981 y 094 de 1982, del Consejo Directivo de Comercio Exterior, las cuales modifican o adicionan la Resolución 11 de 1981 mencionada.

"Petición Subsidiaria. Que son nulas las siguientes disposiciones de la Resolución 11 de 1982 del Consejo Directivo de Comercio Exterior.

"A. El artículo 1º en el aparte que reza: 'y las consignadas en esta resolución' ".

"B. El artículo 3º en su totalidad.

"C. El parágrafo del artículo 3º.

"D. El artículo 4º en su totalidad.

"E. El artículo 5º en cuanto dispone que 'el Incomex estudiará en cada caso la inconveniencia de aprobar las solicitudes y determinará la documentación que debe presentarse con las mismas' ".

"F. El artículo 6º en cuanto contiene una autorización al Incomex 'para aprobar la exportación de artículos incluidos en la lista de suspendida exportación' ".

Los hechos de la demanda pueden resumirse así:

Que el Consejo Directivo de Comercio Exterior con fundamento en el artículo 46 del Decreto Ley 444 de 1967 y el literal h) del artículo 6º del Decreto Ley 151 de 1976, expidió la Resolución Nº 011 de 1981 "Por la cual se dictan unas medidas sobre la exportación de bienes".

Que por medio de la resolución en cita se contempló la creación de tres regímenes de exportación, similares a los existentes en materia de importaciones, que pudieran denominarse de libre exportación, de licencia previa y de prohibida exportación.

Que las resoluciones expedidas posteriormente, adicionaron o complementaron las listas de productos cuya exportación se prohibía o se restringía mediante la exigencia de requisitos no previstos por el legislador y en algunos casos, requisitos indeterminados, cuya determinación se dejaba a voluntad discrecional de funcionarios o de organismos señalados en las resoluciones acusadas.

Que como consecuencia de la aplicación del Régimen de Exportaciones contenido en la Resolución 011 de 1981, el proceso de exportación ha pasado a ser por vía administrativa un sistema engorroso ilegalmente controlado y restringido, violatorio de los derechos de libertad de exportación y causante en buena parte de la baja que muestran los rubros correspondientes a los ingresos de divisas por concepto de exportaciones diferentes al café.

Que para divulgar la Resolución 011 de 1981 se publicó el folleto titulado "REGIMEN DE EXPORTACION DE BIENES", publicación en la cual el Director del Instituto Colombiano de Comercio Exterior, al hacer su presentación, dice lo siguiente: "El régimen agrupa los productos de exportación en las siguientes listas: a). *Libre Exportación, sin requisitos especiales.* Corresponde a aquellas posiciones arancelarias no contempladas en la resolución. En consecuencia pueden ser aprobadas directamente en las Oficinas regionales, siempre y cuando cumplan con todos los requisitos y disposiciones legales vigentes en materia de exportación, en especial de la Circular Postal S.E. 023 de 1979. b). *Productos sujetos a condiciones especiales para ser registrados por el Incomex.* Corresponde a la lista de productos contemplados en el artículo 3º de la resolución, los cuales deben ser estudiados previamente por algunas entidades del Gobierno ... En los demás casos que se re-

quiera concepto previo del Subdirector de Exportaciones del Incomex, se seguirán las políticas que para cada producto sean fijados por dicha subdirección ... c). *Productos de suspendida exportación.* Corresponde esta categoría a aquellos productos incluidos en el artículo 4º los cuales el Gobierno (sic) ha considerado que su exportación no es conveniente para el país y en consecuencia las Oficinas Regionales no deben aprobar ningún formulario único que ampare estos productos".

Como normas violadas se indicaron en la demanda las siguientes:

a) Constitución Nacional, artículos 16, 20, 30, 31, 32, 55, 63 y 67, inciso primero y ordinal 22 del 120. b) Decreto Ley 444 de 1967, artículos 1º, 51 y 208. c) Decreto Ley 151 de 1976, artículos 3º y 6º. El concepto de la violación de tales disposiciones se expresa con alguna amplitud.

Por medio de auto del 4 de noviembre de 1982 se admitió la demanda y se ordenó el trámite que en ley le correspondía. En el mismo proveído se negó la suspensión provisional que de modo expreso se había solicitado de los actos acusados. En el término de fijación en lista no se solicitó la práctica de pruebas. Tampoco se formularon alegatos en el correspondiente término procesal. El señor Fiscal Primero del Consejo al descorrer el traslado que se le hizo para conceptuar, consideró que conforme a la jurisprudencia y las atribuciones dadas por la ley, no le asiste razón al actor y por ello, han de despacharse desfavorablemente sus pretensiones.

Por providencia del 12 de julio último se citó para sentencia y como tal proveído se encuentra ejecutoriado, se procede a decidir, para lo cual se hacen las siguientes

Consideraciones

Por medio de la Resolución acusada, Nº 011 de marzo 11 de 1981, el Consejo Directivo de Comercio Exterior adoptó unas medidas sobre exportación de bienes. Al efecto dispuso en el artículo 1º de ella, que la exportación de productos nacionales es libre, salvo las limitaciones o prohibiciones establecidas por las leyes y las consignadas en la misma resolución. En el 2º, que son de prohibida exportación los bienes que forman el patrimonio artístico, histórico y arqueológico de la Nación. En el 3º, que el Incomex registra la exportación de los bienes que allí se detallan, siempre y cuando se cumplan las condiciones respectivas estipuladas en el mismo artículo, verbigracia el visto bueno previo de las entidades que allí se indican. En el 4º, que son de suspendida exportación los productos que allí se relacionan. En el 5º, se autoriza al Incomex para aprobar la exportación de artículos que estando incluidos en la lista de suspendida exportación, hayan sido importados al País cumpliendo los requisitos legales establecidos para tal fin, y que el Incomex estudiará en cada caso la conveniencia de aprobar las solicitudes y determinará la documentación que debe presentarse con las mismas. En el 6º, se autoriza al mismo Instituto para aprobar la exportación de artículos incluidos en la lista de suspendida exportación, cuando se trate de muestra de bienes que deben ser revisados en el exterior con el fin de ajustarse a normas internacionales de calidad. Y en el 7º, se fija la fecha de su vigencia.

La Resolución Nº 0049 del 27 de julio de 1981 modifica la Nº 011 del mismo año en su artículo 3º, en el sentido de que los productos que allí se indentifican también pueden ser exportados por las Sociedades de Comercialización Internacional siempre y cuando: a). Sean reconocidos como tal ante la Junta de Comercializadoras ; y b). que adjunten al formulario único de Exportación una constancia de la empresa productora donde certifique que la venta del producto es con destino a la exportación.

Y la Resolución Nº 004 del 11 de febrero de 1982, también del Consejo Directivo de Comercio Exterior, en su artículo 1º, adiciona el artículo 3º de la Resolución 011 de 1981 en el sentido de que las exportaciones de desperdicios de pescado de la posición 06.05, requiere del visto bueno previo impuesto por el Inderena. En el artículo 2º sustituye en el mismo artículo 3º de la Resolución 011 el visto bueno previo del Subdirector de Exportaciones para la exportación de huevos y lechas de pescado de la posición 05.15.00.02 por el visto bueno del Inderena. En el artículo 3º modifica igualmente el artículo 3º de la Resolución citada en cuanto a que los productos que allí se detallan sólo requieren el visto bueno del Subdirector de Exportaciones para su exportación. En el artículo 4º adiciona el 4º de la Resolución 011. productos de suspendida exportación, con la compra de la posición 12.89.08. Y en el artículo 5º traslada los desperdicios de lana y de pieles finas, de la posición 53.03.00.00 de los productos de suspendida exportación del artículo 4º de la Resolución, al artículo 3º de la misma, y dispone que dichos productos requieren tan sólo del visto bueno del Subdirector de Exportaciones.

Las resoluciones cuya síntesis se ha hecho, las consideraciones el actor violatorias de normas constitucionales, con relación a las cuales no es lo suficientemente explícito y concreto al dar el concepto de la violación de ellas, hasta el punto de que pueda afirmarse que la censura que las formula la circunscribe más al quebrantamiento de normas del estatuto cambiario (Decreto Ley 444 de 1967) y del Decreto Ley 151 de 1976, previo el siguiente enunciado que hace a sus razonamientos: "En Colombia, con apoyo de la Constitución y la ley, la actividad del comercio exterior denominada exportación de bienes es libre, o sea que se inscribe dentro de los derechos y garantías sociales con contenido económico que se establecen, tutelan y regulan por el Título III de nuestra Constitución Nacional. La ley, para el caso el Decreto Ley 444 de 1967, ha dispuesto en su artículo 46 que " 'la exportación de productos nacionales es libre, salvo las limitaciones o prohibiciones establecidas por leyes o convenios internacionales vigentes' " con lo cual ha consagrado de manera categórica y clara que la actividad de exportación es un derecho que puede ejercerse libremente por los particulares en tanto que la ley o los convenios internacionales vigentes no lo hayan prohibido o limitado".

Afirma el demandante, que no obstante el principio legal de la libertad de exportación, la misma norma que lo establece y reconoce, consagra un procedimiento y una facultad para que el Consejo Directivo de Comercio Exterior, pueda adoptar en casos especiales, por circunstancias específicamente determinadas y con carácter eminentemente transitorio, algunas restricciones a la libertad de exportación. Al efecto cita el artículo 46 del Decreto 444 de 1967 y comenta que la

facultad de establecer limitaciones o restricciones o prohibiciones a la exportación de bienes es amplia para el legislador, quien no está obligado a ceñirse a criterios o limitantes de su facultad legislativa, pero que es eminentemente una facultad reglada cuando se atribuye al Consejo Directivo de Comercio Exterior, el cual sólo puede limitar, restringir o prohibir la exportación de bienes temporalmente, por las razones y para los fines previstos en cada uno de los literales del artículo 46 del Decreto 444 de 1967.

Dice así mismo el demandante, que en el caso objeto de la demanda, el orden jurídico ha sido quebrantado de diversas formas con la expedición de la Resolución 011 de 1981 y con las que la adicionan o complementan, por cuanto contiene disposiciones que restringen, limitan o prohiben el ejercicio de derechos constitucionalmente reconocidos. sin que las autoridades que las emiten tengan competencia para ello, resoluciones que, además, representan la creación por parte del Consejo Directivo de Comercio Exterior, de unas listas de exportación que compartan el establecimiento de tres regímenes de exportación no previstos por la ley, que sólo contempla un régimen único: el de libre exportación. Tales regímenes agrupan los bienes exportables en tres categorías con violación del artículo 46 del Decreto 444 de 1967, pues se invadió una órbita que es de exclusiva competencia del Legisaldor y del Gobierno en virtud de las competencias asignadas por los ordinales 22 de los artículos 76 y 120 de la Carta.

Con fundamento en los criterios anteriormente resumidos, el actor entra en su libelo a hacer en forma pormenorizada las glosas a cada uno de los artículos de la Resolución Nº 011 de 1981, que coteja con el artículo 46 del Decreto 444 tantas veces citado, en cuanto a los regímenes de licencia previa, restricción a las exportaciones, requisitos adicionales a las mismas para que puedan ser registradas, etc, . Analiza el parágrafo del artículo 3º de la Resolución 011 que habla del concepto previo en los casos de solicitud de exportación de productos agropecuarios del Subdirector de Exportaciones del Incomex, quien consultará con el Ministerio de Agricultura con el fin de evaluar la conveniencia de tales solicitudes a la luz de los criterios establecidos en el tan mentado artículo 46, así como en el caso de productos diferentes de los agropecuarios que según el artículo lo requieran. Y concluye afirmando, que la ilegalidad es evidente por varias razones: a). Por atribuir a un funcionario administrativo la facultad de determinar si una exportación es conveniente o no, cuando tal función es potestativa del Congreso, y b). Porque la aplicación de los criterios del artículo 46 para restringir excepcionalmente la libertad de exportación, debe hacerse directamente por el Consejo Directivo de Comercio Exterior y de manera general, y no por el Subdirector de Exportaciones en consulta con el Ministerio de Agricultura.

En relación con el artículo 5º de la Resolución 011 de 1981 que señala los artículos de suspendida exportación, en sentir del actor, está en contraposición con el artículo 46 del Decreto 444 que consagra la libertad de exportación y determina la forma exclusiva como esa libertad puede ser limitada o restringida. La norma acusada dice: Crea por este medio singular un régimen de bienes que no pueden exportarse pese a que ni la ley ni los tratados Públicos vigentes, han prohibido su exportación.

Por último consulta el demandante, que el Director del Incomex al hacer la presentación de la resolución impugnada e impartir las instrucciones para su aplicación dijo: a). Productos de suspendida exportación: corresponde esta categoría a aquellos productos indicados en el artículo 4º, los cuales el gobierno ha considerado que su exportación no es conveniente para el País y en consecuencia las oficinas regionales no deberán aprobar ningún formulario único que ampare estos productos. "Esto, agrega, confirma el aserto de que el Consejo Directivo de Comercio Exterior ha creado, desplazando al Congreso y arrogándose una competencia legislativa, una nueva categoría de bienes de exportación que corresponde a los bienes que por ser de suspendida exportación y estar incluidos en la lista del artículo 4º de la Resolución Nº 0011 de 1981, no pueden ser objeto de exportación.

La Sala ha estudiado con la atención que suele hacerlo las razones expuestas por el demandante como fundamento de su petición de nulidad de los actos cuestionados, llegando a la conclusión de que ellas carecen de respaldo jurídico como pasa a explicarse:

Conforme el artículo 46 del Decreto Ley 444 de 1967, "La exportación de productos nacionales es libre, salvo las limitaciones o prohibiciones establecidas por leyes o convenios internacionales vigentes.

"La Junta de Comercio Exterior podrá sin embargo:

"a). Dictar reglamentaciones para encuadrar la exportación de ciertos productos a través de organismos especializados, con el objeto de defender los mercados externos mediante la garantía de calidades y oportuna entrega y de armonizar el volumen de la exportación con la capacidad de la producción nacional y la posibilidad de su ensanche en tiempo razonable;

"b). Señalar el grado de elaboración o transformación que deben tener ciertos productos para que puedan ser exportados. En ejercicio de esta facultad la junta tomará en cuenta las condiciones propias de las distintas regiones productoras;

"c). Establecer limitaciones temporales para la exportación de artículos de primera necesidad, cuya producción haya sido afectada por malas cosechas o causas de índole semejante y que no pueden ser sustituidos, en condiciones económicas, por otros de producción nacional o extranjera;

"d). Fijar normas sobre calidades, empaques, marcas y demás requisitos que aseguren las mejores condiciones para la comercialización de los productos nacionales en los mercados externos;

"e). Limitar o prohibir la exportación de artículos necesarios para el abastecimiento nacional, cuando exista una escasez de ellos en el mercado mundial y mientras subsistan las circunstancias que la hayan determinado, y

"f). Establecer restricciones para proteger la flora, la fauna y los recursos naturales no renovables.

"Parágrafo. Queda prohibida la exportación de bienes que formen parte del patrimonio artístico, histórico y arqueológico de la Nación.

"La Junta de Comercio Exterior reglamentará la salida temporal de estos objetos con fines de exhibición de acuerdo con las normas legales vigentes".

Por manera que la norma transcrita consagra el principio de libertad de exportaciones, pero al mismo tiempo faculta a la Junta de Comercio Exterior para fijar las pautas, condiciones, limitaciones y restricciones a que está sujeta la exportación de ciertos y determinados productos, así como las prohibiciones de exportación de artículos necesarios para el abastecimiento nacional, todo ello con miras a la defensa de los mercados externos, mediante la garantía de calidades y oportuna entrega, como también con las finalidades de armonizar el volumen de la exportación con la capacidad de producción nacional y posibilidades de su ensanche en un tiempo razonable.

Y dentro de ese marco jurídico-económico el Decreto Ley 151 de 1976 en su artículo 6º puntualizó las funciones del Consejo Directivo de Comercio Exterior, asignándole en su literal b) la de "Determinar los requisitos que deben cumplirse para el trámite de las exportaciones e importaciones, especialmente en lo relacionado con el señalamiento de vistos buenos previos que para efectos de dichos trámites sea conveniente exigir". Además, debe tenerse de presente que el artículo 2º del Decreto en mención preceptúa que el Instituto Colombiano de Comercio Exterior tiene a su cargo la ejecución de la política del Gobierno en materia de comercio exterior, correspondiéndole en tal virtud y a términos del artículo 3º, entre otras funciones, la de fijar las metas y programas de exportación del país, con base en los planes sectoriales de desarrollo y adelantar estudios a fin de promover su aumento y diversificación y prestar asistencia a los exportadores en estrecha coordinación con el Fondo de Promoción de Exportaciones (literal b).

Por manera que la regulación de las exportaciones es algo que está dentro del ámbito de las funciones del Consejo Directivo de Comercio Exterior en estrecha vinculación con el Instituto Colombiano de Comercio Exterior, a quien compete la ejecución de la política del Gobierno en materia de comercio exterior, actuando en coordinación con las demás entidades gubernamentales que desarrollen labores complementarias o similares, según el artículo 2º del Decreto 151 de 1976. Y así, entiende la Sala, que las regulaciones que en materia de exportación, contienen las resoluciones acusadas, que tuvieron origen en el Consejo Directivo de Comercio Exterior, no hacen más que desarrollar en la práctica esa serie de previsiones legales con miras a la agilización y simplificación de todos los engorrosos trámites que existían para las exportaciones, teniendo en cuenta las modificaciones de tipo arancelario que se habían operado. Y todo ello indica, igualmente, que el Consejo Directivo de Comercio Exterior obró dentro de los lineamientos legales al expedir esos actos, que ciertamente son concertivos de toda una reglamentación de carácter técnico que la ley expresamente le facultaba para dictar, tal como se ha explicado en los párrafos anteriores.

Y sobre este tema de los reglamentos, es bueno recordar que esta Sala ya se ha pronunciado en diversas oportunidades, haciendo preci-

siones de sumo interés que no sobra repetir aquí transcribiendo al efecto apartes de lo que en la sentencia del 8 de febrero de 1981 se dijo, en asunto del que fue ponente el doctor Jacobo Pérez Escobar (Expediente 3175. Actor: Jorge Vélez García).

"...es frecuente que la ley otorgue facultades a organismos, dependencias o funcionarios administrativos para reglamentar determinadas materias o dictar reglamentos, como por ejemplo, a la Junta Monetaria, a las Superintendencias, a los Jefes de Departamentos Administrativos, al Director General de Aduana. También cabe preguntar, cuál es la materia reservada a la reglamentación del gobierno y cuál la materia de que pueden ocuparse los reglamentos de los organismos o funcionarios administrativos cuya competencia para dictarlos no derive de la propia constitución como sucede con las Asambleas Departamentales y los Concejos municipales. En que uno de los más aplicados problemas jurídicos, cuya solución no ha sido uniforme por los doctrinantes y la propia jurisprudencia.

"En términos generales, a juicio de la Sala, la facultad reglamentaria, si bien es inherente a la función administrativa, no puede predicarse sin limitación alguna en cuanto a la materia que puede abarcar y al alcance que debe dársele a las disposiciones que en su ejercicio se dicten. Los reglamentos que pueden dictar organismos y funcionarios administrativos del orden nacional en virtud de atribuciones especiales de la ley, sólo deben contener preceptos o reglas sobre aspectos técnicos y los administrativos relacionados con el funcionamiento interno de las dependencias administrativas tendientes a lograr la coordinación necesaria de las acciones de los distintos funcionarios y la regularidad, continuidad y eficacia en la prestación de los servicios que se les haya encomendado. Debe aclararse que tratándose de los reglamentos internos, su competencia para dictarlos deriva de la autoridad que le atribuye la ley a los Jefes de los servicios en relación con los funcionarios que le están subordinados.

"En cuanto a la reglamentación técnica, para dictarla se le da competencia a los funcionarios administrativos de nivel medio, debido a las exigencias complejas de la administración en aspectos tan diversos, algunos de los cuales requieren decisiones que se escapan a los conocimientos del Gobierno. Toda otra clase de regulación se saldría del ámbito de su competencia, como serían, por ejemplo, normas reglamentarias directas de las leyes, las que afectasen la condición jurídica de las personas, sus derechos y obligaciones frente a la administración, o las que versen sobre la estructura interna de las dependencias".

De acuerdo con las ideas expuestas, no existe la menor duda de que las resoluciones enjuiciadas contemplan una materia eminentemente técnica relacionada con el mecanismo de las exportaciones, sus requisitos, sus limitaciones, restricciones, prohibiciones, etc., todo dentro de los desarrollos prácticos de los Decretos Leyes 444 de 1967 y 151 de 1976.

Y en las condiciones anotadas, obviamente que las súplicas de la demanda no pueden prosperar, puesto que la presunción de legalidad

de los actos acusados sigue vigente. De igual parecer es el señor Agente del Ministerio Público.

Y en tal virtud, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto Fiscal y de acuerdo con él y administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

NIEGANSE las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese.

La sentencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada en día 8 de septiembre de 1983.

Mario Enrique Pérez Velasco, Samuel Buitrago Hurtado, Jacobo Pérez Escobar, Roberto Suárez Franco.

Lorenzo Rojas Surmay., Secretario.

TRANSPORTE TERRESTRE. ABANDONO DE RUTAS.— Hay abandono de ruta cuando se disminuye injustificadamente el servicio o no se entra a prestarlo una vez autorizado dentro de los dos meses siguientes, o dentro del plazo señalado en el correspondiente acto administrativo (artículo 72 del Decreto 1393 de 1970). La administración, puede señalar libremente el plazo dentro del cual el beneficiario o concesionario de una ruta deba iniciar la prestación del servicio. INTRA. Le corresponde la clasificación y determinación de las áreas de operación de las rutas. (Decreto 1393 de 1970. Art. 3º).

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., septiembre veintitres de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado*)

Referencia: Expediente Nº 3973. Autoridades Nacionales. Actor: Cooperativa de Transportadores del Litoral Atlántico Ltda.

La Cooperativa de Transportadores del Litoral Atlántico Ltda., con domicilio en Barranquilla, mediante apoderado judicial y en ejercicio de la *acción de nulidad* consagrada por el artículo 66 del C.C.A., pidió que previos los trámites de rigor y las correspondientes notificaciones, se *declare la nulidad de la Resolución Nº* 190 *de marzo* 9 *de* 1982, *expedida por el Director General del Instituto Nacional* del Transporte INTRA, "por la cual se amplia un plazo a una empresa de transporte".

Estos son, sintetizados, los hechos de la demanda:

a). Mediante Resolución Nº 2036 del 23 de diciembre de 1981 la Dirección General del Instituto Nacional del Transporte otorgó conjuntamente a las empresas "Trasalfa Restrepo Hermanos y Cía S.C.A." y "Cooperativa de Transportadores del Litoral Atlántico Ltda"., autorización para prestar el servicio de transporte urbano en la ciudad de Barranquilla, en la ruta y horarios a que se refiere la Resolución Nº 426 de 1981.

b). Como el acto citado no señaló término para que las empresas procedieran a prestar el servicio indicado, por mandato del artículo 72 del Decreto 1393 de 1970, se entendió que para ello disponían del plazo de dos meses, contados a partir de la notificación de aquella resolución.

c). No obstante mediar un plazo legal, que no podía modificarse extendiéndose o reduciéndose, el Director General del Instituto Nacional del Transporte expidió la resolución acusada ampliandole el plazo a la Empresa trasalfa Restrepo Hermanos y Cía S.C.A. por el término

de sesenta (60) días calendario a partir del 20 de marzo de 1982 para iniciar la prestación del servicio en la ruta que se le había asignado.

Considera la demanda que el acto impugnado quebranta el artículo 72 del Decreto 1393 de 1970, así como los artículos 113 del C. de Procedimiento Civil, 282 del C.C.A. y 20 y 76 de la Constitución Nacional.

Al explicarse el concepto de la violación se dice, que el artículo 118 del Código de Procedimiento Civil es aplicable tanto a los procesos contencioso-administrativos como a las actuaciones que se surtan ante la Administración Pública cuando en unas u otras se presenten vacíos que deban ser llenados por otras leyes. Al efecto se cita el artículo 282 de la Ley 167 de 1941 para afirmarse que como la resolución cuestionada no señaló plazo para que las empresas concecionarias entraran a prestar el servicio público de transporte para el que se les había autorizado, entró a regir el plazo legal señalado por el artículo 72 del Decreto 1393 de 1970, que no podía ser reducido ni ampliado por ninguna autoridad administrativa; y como el Director del INTRA, se agrega, mediante la resolución en comento resolvió ampliar ese término en 60 días calendario a la Empresa "Trasalfa Restrepo Hermanos S.C.A." resulta evidente la violación de la disposición citada, incluyendo la del artículo 20 de la Carta por extralimitación en su competencia, y la del 76 de la misma por asumir funciones de legislador.

En auto del 16 de junio de 1982 no admitió la demanda de la referencia y se dispuso su tramitación legal. En el mismo proveido se negó la suspensión provisional del acto acusado que de modo expreso se había solicitado en el libelo de demanda, por no existir mérito suficiente para ello.

Luego de surtirse las modificaciones del auto admisorio de la demanda y dentro del término de fijación en lista, la sociedad "Transportes Trasalfa Restrepo Hermanos S.C.A." se constituyó como parte impugnadora por intermedio de apoderado judicial. No hubo petición de pruebas y al surtirse los traslados para alegar solamente la impugnadora hizo uso de tal derecho oponiéndose a las pretensiones de la demanda, pues, en su opinión, las disposiciones citadas en ella y el concepto de la violación no permiten concluir la ilegalidad y anulabilidad de la resolución acusada. Dice que la ley autoriza a la Administración para que señale libremente el plazo dentro del cual el beneficiario de la concesión debe iniciar la prestación del servicio, facultad que no está restringida por la ley ni en cuanto a la extensión del mismo, ni en cuanto a que debe hacerlo simultáneamente con el otorgamiento de la concesión o permiso; y si la Administración tiene libertad para fijar el plazo, la tiene también para prorrogarlo una vez lo haya fijado, concluye.

El señor Fiscal Primero del Consejo de Estado emitió igualmente su concepto de fondo expresado que no pueden prosperar las pretensiones de la actora, por no haber desvirtuado la presunción de legalidad de que está investido el acto acusado. Para llegar a tal conclusión en su vista hace el análisis del artículo 72 del Decreto 1393 de 1970, el cual relaciona con los literales c) y d) del artículo 3º del mismo Decreto, afirmando que si el INTRA puede fijar sus condiciones, el plazo para entrar a prestar el servicio a que se refiere el artículo citado es

una de esas condiciones que la norma le permite fijar, lo que hizo mediante el acto impugnado previa solicitud de ampliación del mismo y habida consideración a que no habían transcurrido los dos meses. Fuera de ello, comenta el señor Fiscal, "el que puede lo más puede lo menos", ya que si puede establecer un plazo no determinado específicamente o cuantificado, puede ampliarlo, como en efecto lo hizo.

Por auto del 10 de agosto último se citó a las partes para sentencia, y como dicha providencia se encuentra ejecutoriada, se procede a resolver lo que fuere pertinente, para lo cual se hacen las siguientes

Consideraciones

Mediante Resolución Nº 2036 del 23 de diciembre de 1981, el Director General del Instituto Nacional del Transporte, al decidir recurso de apelación interpuesto contra la Resolución Nº 491 de 1981 de la Seccional del INTRA en el Departamento del Atlántico, otorgó conjuntamente a las Empresas "Trasalfa Restrepo Hermanos y Cía S.C. A." y Cooperativa de Transportadores del Litoral del Atlántico Ltda. "COOLITORAL" autorización para prestar el servicio en la ruta y con los horarios publicados por Resolución Nº 426 de 1981. De dicha resolución se notificó personalmente el señor representante legal de la Empresa Trasalfa Restrepo Hermanos y Cía S.C.A. el 20 de enero de 1982 (folio 9 vto).

Posteriormente el mismo representante legal de la Empresa Trasalfa Restrepo Hermanos y Cía S.C.A., como se dice en la Resolución Nº 190 de marzo 9 de 1982 acusada, solicitó ampliación del plazo para iniciar la prestación del servicio en la ruta y con los horarios señalados en la Resolución 426 de la Dirección Regional del Atlántico, basando su petición en la dificultad para adquirir chasises para busetas, vehículo con el cual debería servir esta ruta. Y el Director General del Instituto Nacional del Transporte accedió a la petición y amplió el plazo por el término de sesenta (60) días.

Vistas las posiciones de las partes y el contenido mismo del acto acusado, se trata entonces de establecer en el caso presente, si el Director General del Instituto Nacional del Transporte INTRA podía o nó prorrogar el plazo a la Empresa "Trasalfa Restrepo Hermanos y Cía. S.C.A." para entrar a prestar el servicio en la ruta y horarios que se le había otorgado en la ciudad de Barranquilla, por resolución Nº 426 de 1981, de la Seccional del INTRA en el Departamento del Atlántico.

El Decreto Ley Nº 1393 de 1970 contiene el estatuto del Transporte terrestre. Dicho estatuto señala como ejecutor de la política del Estado en materia de transporte terrestre automotor, al Instituto Nacional de Transporte que ejerce sus funciones de organización, control y vigilancia de la actividad transportadora, asignando, modificando, suspendiendo y cancelando áreas de operación, rutas y horarios, mediante concesión o permisos, según el literal d) de su artículo 3º.

En ejercicio de esas claras facultades, el Instituto Nacional del Transporte en la Resolución Nº 2036 del 23 de diciembre de 1981 otorgó conjuntamente a las empresas Trasalfa Restrepo Hermanos y Cía.

S.C.A. y a la actora, Cooperativa de Transportadores del Litoral Atlántico Ltda. "COOLITORAL", autorización para prestar el servicio de transporte urbano en la ciudad de Barranquilla en la ruta especificada en la misma resolución y con los horarios señalados en la Resolución Nº 426 de 1981.

Como la Empresa Trasalfa Restrepo Hermanos y Cía S.C.A. tropezara con dificultades para la adquisición de chasises para buseta, vehículo con el cual debería servir la ruta, lo que retardaría obviamente la prestación del servicio, a través de su representante legal solicitó ampliación del plazo para iniciar la prestación del mismo. El Instituto consideró justificada y viable la petición y en tal virtud en la resolución acusada Nº 190 de marzo 9 de 1982, resolvió ampliarle el plazo por el término de sesenta (60) días. Esa determinación la estima ilegal e inconstitucional la empresa actora, ya que como la Resolución 2036 no señaló plazo para que las empresas concesionarias entrara a prestar el servicio público de transporte para el que se les había autorizado, en su opinión "entró a regir el plazo legal señalado para ese evento por el artículo 72 del Decreto 1393 de 1970, que no podría ser reducido ni ampliado por ninguna autoridad administrativa".

La Sala juzga equivocada en apreciación de la entidad demandante porque el artículo 78 del Decreto 1393 de 1970 citado no tiene en el tiempo un alcance esencialmente limitado a dos meses según la fórmula literal de su primera parte, sino que en ese plazo puede estar también supeditado al que se señale en el correspondiente acto administrativo, conforme el segundo miembro de la misma disposición. En efecto, dice así la norma en comento:

"Hay abandono de ruta cuando se disminuye injustificadamente el servicio o no se entra a prestarlo una vez autorizado dentro de los dos meses siguientes, *o dentro del plazo señalado en el correspondiente acto administrativo*". (se subraya).

Por manera que coforme esa preceptiva legal, la Administración, en este caso el Instituto Nacional del Transporte, bien puede señalar libremente el plazo dentro del cual el beneficiario o concesionario de una ruta deba iniciar la prestación del servicio, no siendo jurídico en verdad tratar de establecer una limitación a un principio que el artículo 72 del Decreto 1393 de 1970 formula de un modo general, comprensivo de una regulación en materia de transporte urbano. Lógicamente que si la Administración disfruta de libertad para la fijación del plazo, también la tiene para prorrogarle una vez lo haya fijado cuando se den razones valederas para ello como cree la Sala ocurrió en el caso *sub lite*. Los dos meses de que habla la norma no son limitativos para la ocurrencia del abandano de una ruta, son una alternativa que puede darse para ello, como lo es el plazo que puede darse en el acto que otorgue la ruta y los honorarios. Fuera de ello, la solicitud de prórroga y el otorgamiento de la misma se hizo dentro del plazo de los dos meses, si se tiene en cuenta que la resolución que autorizó la ruta (2036 de diciembre 23 de 1931), fue notificada al representante legal de Trasalfa Restrepo Hermanos S.C.A., de modo personal, el 20 de enero de 1982 (folio 9 vto.).

Ahora bien, conforme el literal c) del artículo 3º del Decreto 1393 de 1970, es función del Instituto Nacional del Transporte, "Clasificar

y determinar las áreas de operación, las rutas y los niveles de servicio y fijar sus condiciones". Por consiguiente, si el INTRA puede fijar sus condiciones, como lo dice el señor Agente del Ministerio Público, el plazo para entrar a prestar el servicio a que se refiere el artículo 72, es una de esas condiciones que la norma le permite fijar, y si puede establecer un plazo no determinado específicamente o cuantificado, puede ampliarlo, como en efecto lo hizo.

De otra parte, en lo que hace a la presunta violación del artículo 118 del Código de Procedimiento Civil, ciertamente que dicha norma no viene al caso controvertido, puesto que ella se refiere concretamente a la perentoriedad de los términos y oportunidades procesales para la realización de los actos procesales de las partes en un juicio y los auxiliares de la justicia, mas no a actuaciones de tipo administrativo o a actos administrativos como el impugnado en el presente juicio, sin que tampoco por el principio del reenvío que consagra el artículo 282 del C. C. A. en ausencia de normas específicas sobre la materia, en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, deba aplicarse por el Instituto Nacional del Transporte en sus actuaciones, tendientes al otorgamiento de rutas y horarios a las Empresas de Transporte. La prorrogabilidad o improrrogabilidad de un plazo para entrar a servir una ruta surge de las normas que sobre la materia son aplicables, de modo legal, preciso y claro, como son las contenidas en el Decreto 1393 de 1970, mas nunca del artículo 118 del Código de Procedimiento Civil, con el cual no deben buscarse analogías o razones para hacerlo extensivo a casos como en que dio origen al presente juicio.

Por último, en relación con la presente violación de los artículos 20 y 76 de la Constitución Nacional, como la demanda la estima indirecta y consecuencial de la violación de los artículos 72 del Decreto 1393 de 1970 y 118 del Código de Procedimiento Civil, conforme al análisis que antes se hizo en torno a éstas dos últimas disposiciones no es menester emprender análisis alguno sobre ellos.

Las razones que se han expuesto son suficientes para que las súplicas de la demanda sean despachadas desfavorablemente.

Y en tal virtud, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto del señor Fiscal Primero de la Corporación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

DENIEGANSE las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese.

El fallo anterior lo discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 16 de septiembre de 1983.

Mario Enrique Pérez Velasco, Samuel Buitrago Hurtado, Jacobo Pérez Escobar, Roberto Suárez Franco (Ausente con excusa).

Lorenzo Rojas Surmay., Secretario.

CARBON. TARIFA UNICA CONSOLIDADA. — El artículo 49 del Decreto 853 de 1979, no incluye dentro de la tarifa única consolidada lo relativo a la seguridad portuaria contemplada directamente en el artículo 54 del mismo estatuto. SEGURIDAD PORTUARIA.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., septiembre veinte de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctor Roberto Suárez Franco*)

(Proyectó el doctor Carlos Urán).

Referencia: 3667. *Demandante*: Productos de Colombia S. A.

La Empresa Productos de Colombia S. A. PRODECO, por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 67 del Código Contencioso Administrativo, solicita la declaratoria de nulidad de la Resolución 00024 de 9 de febrero de 1981, confirmatorio, a su vez, de las números 00010, 00015 de enero del mismo año, dictadas por la Empresa Puertos de Colombia por medio de las cuales se procedió a la liquidación de unas facturas a cargo de la entidad demandante. Como consecuencia solicita que se ordene la devolución de los dineros pagados en exceso.

I. La demanda

Como hechos se narra en el libelo que por medio de las facturas números 41688, 043952 y 049140 se liquida a cargo de la entidad demandante las sumas de $ 449.021, $ 55.454 y 70.620 por servicio de seguridad portuaria. Las facturas fueron debidamente canceladas. Interpuesto el recurso correspondiente la entidad portuaria negó la solicitud por medio de las Resoluciones 10, 15 y 51 de 1981, confirmadas posteriormente y de manera primordial por medio de la resolución demandada, con la cual quedó agotada la vía gubernativa.

Como normas violadas la demanda cita: el artículo 1 de la Resolución 92 de 1977 de la Gerencia General de Puertos de Colombia y el artículo 49 del Decreto 853 de 1979.

Según la demanda, se configura la violación por cuanto la Resolución 98 citada establece una tarifa única y consolidada para la exportación de carbón equivalente a US$6 tonelada por ninguna parte establecieron cobros adicionales por fuera de la tarifa única y consolidada de servicios de vigilancia. Esta resolución, dice la demanda, junto con la número 258 de 1977, dictada por la Gerencia de Colpuertos, regulan íntegramente la tarifa aplicable a la exportación de carbón

y por tanto al cobrar servicios de seguridad portuaria que ya están incluidos dentro de la tarifa única y consolidada, resultaron violadas sus disposiciones. Este argumento es el mismo por considerar violado el artículo 49 del Decreto 583 de 1970 que también estableció una tarifa única y consolidada para exportación de carbón en jornada ordinaria o extraordinaria. El contenido de dicha norma se repitió en el Decreto posterior número 580 de 1981, artículo 70, sin embargo la norma aplicable para el caso es el decreto primeramente citado.

II. La impugnación

Por medio de apoderado la Empresa Colpuertos impugnó la demanda. En su escrito hace un recuento de las disposiciones pertinentes para concluir diciendo que el servicio de seguridad portuaria no se encuentra incluido en la tarifa única y consolidada para carbón de exportación. Señala que el servicio de vigilancia y seguridad portuaria se presta por parte de la Policía Nacional en cumplimiento del contrato celebrado entre ambas entidades, identificado con el Nº 75/45 de 23 de junio de 1975 por lo cual el servicio se cobra independiente a los usuarios ya que él se sale de la naturaleza propia del servicio que presta Colpuertos.

III. Alegatos de las partes

Presentados oportunamente, en ellos se insiste en los artículos ya esbozados en la demanda y en la impugnación.

IV. El concepto fiscal

El Señor Fiscal Primero del Consejo de Estado sostiene que la petición primordial de la entidad demandante carece de razón por cuanto la exención de cobros por servicios anexos está contemplada a condición de que el "cargue directo a granel se haga a través de recipientes de propiedad del usuario, cosa.....que no sucedió".

V. Consideraciones de la Sala

Es cierto lo expresado en la demanda y en el sentido de sostener que el artículo 49 del Decreto 853 de 1979, contentivo del Estatuto Tarifario vigente, establece una tarifa consolidada para carbón de exportación, tratándose de cargue directo al granel a través de recipientes de propiedad del usuario, sin almacenamiento en el puesto y a cargo del propietario de la carga o de su representante, con responsabilidad solidaria, y cuyo monto asciende a US $ 6 en días corrientes y de US $ 7.20 en días feriados.

No se controvierte en el caso de autos si en las operaciones se utilizaron o no recipientes de propiedad del usuario, sino si en la tarifa única consolidada, que acaba de mencionarse, están incluidos los servicios de seguridad portuaria.

El mismo Art. 49 del Dto. 833/79 antes transcrito establece lo siguiente: "Las tarifas anteriores incluyen los recargos de los Arts. 17 y 18 del presente Estatuto". Es decir que el Art. 49 que es una disposición especial del Estatuto, determina expresamente lo que se entiende por tarifa

única consolidada al fijar el valor antes mencionado y al incluír en él los recargos cuando se trate de materias inflamables, corrosivas o peligrosas a que aluden los artículos 17 y 18 del mismo decreto.

El artículo 49, como se aprecia, no incluye dentro de la tarifa única consolidada lo relativo a la seguridad portuaria contemplada directamente en el artículo 54 del Estatuto, que dice: "toda carga que se movilice por las instalaciones de la Empresa o que se haga uso de éstas... pagará por concepto de seguridad portuaria" la tarifa siguiente tonelada peso o fracción por día o fracción de día $ 1.10 "cobro mínimo por tonelada o fracción..... $ 17.00.

Agrega el artículo que para la liquidación o cobro este servicio, la Empresa reglamentará lo pertinente.

Como se desprende fácilmente de lo anterior, el Estatuto Tarifario vigente no incluía dentro de la tarifa única consolidada el servicio de seguridad cobrado por la Empresa Colpuertos a la demandante por medio de las facturas y resoluciones aludidas en el proceso; por otra parte no aparece reglamentación expresa que incluya en dicha tarifa única, los servicios de seguridad, con fundamento en la misma norma. La demandante debió haber demostrado que existía una reglamentación al respecto con la que justifique su pretensión, ya que la resolución 98 de agosto de 1977 y 255 de 1978, que son anteriores al Estatuto Tarifario (Decreto 955 de 1979) y que además no fueron aportadas al proceso, no pueden ser tenidas en cuenta para los efectos propuestos.

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

Falla:

NO SE ACCEDE A LAS SUPLICAS DE LA DEMANDA.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Sesión del día 8 de septiembre de 1983.

Mario Enrique Pérez Velasco, Samuel Buitrago Hurtado (Ausente). *Jacobo Pérez Escobar, Roberto Suárez Franco.*

Lorenzo Rojas Surmay., Secretario.

INVESTIGACION POR LA ADMINISTRACION POR COMISION DE DELITOS. — La Administración no puede adelantar investigación alguna tendiente a comprobar la comisión de un delito y la correspondiente responsabilidad penal, pues para ello carece de jurisdicción. FALTAS DISCIPLINARIAS RESPONSABILIDAD PENAL Y RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA. (Art. 11 del Decreto Extraordinario 2400 de 1968). Imposición a los empleados de sanciones disciplinarias sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal. SANCIONES DISCIPLINARIAS. — Para que la administración pueda investigar un hecho ejecutado por un empleado público, declarar la responsabilidad de éste y sancionarlo disciplinariamente, aquél tiene que implicar una falta administrativa. DESTITUCION COMO PENA ACCESORIA. — La destitución del empleado público puede ser una pena accesoria como consecuencia de una INVESTIGACION PENAL. (Art. 42 C. P.).

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., septiembre veintiuno de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctor Joaquín Vanín Tello*)

Referencia: Expediente Nº 7119. Autoridades Nacionales. Actor: Rafael Hernán Suárez Flórez.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el señor Fiscal 1º del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca contra la sentencia dictada por dicha Corporación, el 5 de marzo de 1982, en la cual se accedió a las súplicas de la demanda que por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, había presentado el señor Rafael Hernán Suárez Flórez, con el fin de obtener las siguientes declaraciones:

"a) Que es *nulo* el acto administrativo contenido en la Resolución Nº 2747 del 30 de octubre de 1980 expedido por el Director General de la Administración Postal Nacional, y en el cual se declara insubsistente el nombramiento del señor Rafael Hernán Suárez Flórez del cargo de Jefe de Sección de Personal Asistencial Clase III, Grado 5 en la Sección de Operaciones de la Dirección Regional de Cali".

b) Que como consecuencia de la anterior declaración, la Dirección General de la Administración Postal Nacional debe reintegrar al señor Rafael Hernán Suárez Flórez, al cargo del cual fue removido ilegalmente, o a su equivalente si éste hubiere sido cambiado o removido, o a otro cargo de igual o superior categoría".

"c) Que, igualmente, como consecuencia de la anterior declaración, la Administración Postal Nacional está en la obligación de pagar al señor Rafael Hernán Suárez Flórez los sueldos que haya dejado de devengar por razón del acto acusado, o sea la cantidad de $ 20.430.00 mensuales, más los aumentos que se decreten hasta el día que sea reintegrado a su cargo".

"Así mismo, que se le pague como si no hubiera sido retirado de su cargo y hasta el día en que sea reintegrado a él, el valor de las prestaciones sociales a que tenga derecho, tales como primas, vacaciones, cesantías, servicios médicos, odontológicos, quirúrgicos, hospitalarios, subsidios y toda otra prestación que reconozca la Administración Postal Nacional".

"d) Que de la misma manera se declare que para todos los efectos legales de liquidación de auxilio de cesantía y pensión de jubilación, cuando a ésta hubiere lugar, se tenga en cuenta el tiempo durante el cual el señor Rafael Hernán Suárez Flórez permanezca fuera del servicio separado del cargo de Jefe de Sección de Personal Asistencial Clase III, Grado 5 en la Sección de Operaciones de la Dirección Regional de Cali, vale decir, que no existe solución de continuidad".

"e) Que a las anteriores declaraciones se les deberá dar cumplimiento en los términos establecidos en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo".

De la siguiente manera relata el actor los hechos en que se fundamenta la demanda:

"Primero. Mi mandante Rafael Hernán Suárez Flórez fue ascendido y designado en el cargo de Jefe de Sección de Personal Asistencial III, 5 en la Jefatura de Operaciones de la Regional de Cali de la Administración Postal Nacional mediante la Resolución Nº 01745 del 21 de octubre de 1977, cargo del cual tomó posesión el 8 de noviembre de 1977 según consta en el acta de posesión Nº 00035 que se presenta como prueba (Documento Nº 1 y 2)".

"Segundo. Desde el momento que tomó posesión del cargo para el cual fue nombrado, mi mandante empezó a ejercerlo desempeñando bien y fielmente los deberes que le imponían sus funciones pues durante el tiempo que trabajó en Adpostal no tuvo llamadas de atención ni sanciones disciplinarias".

"Tercero. El 25 de septiembre de 1980, el diario *"El Caleño"* publicó en la página 7 de su edición de esa fecha Nº 1341 una información bajo los siguientes encabezados. "Escándalo en la Administración Postal abrían cartas 3 altos funcionarios comprometidos". En la citada información se afirmaba que tres altos funcionarios de Adpostal, los señores Rafael Suárez Flórez, Julio Edmundo Charria y Julio César Vera habían sido acusados por el Sindicato de la Empresa de violar correspondencia y por ello se había presentado denuncia penal. La edición del periódico se incluye como documento Nº 3".

"Cuarto. Ante la información, publicada en el conocido estilo sensacionalista e irresponsable del diario mencionado, mi mandante, entendiendo que ese era su deber, dirigió el mismo día una comunicación

al Director General, de Adpostal numerándolo de la publicación y solicitándole de manera respetuosa ordenar una investigación Administrativa con el fin de aclarar las informaciones y aplicar drásticas medidas a quien apareciera como responsable de suministrar al periódico las calumniosas especies. Copia de esa carta se presenta como prueba (Documento Nº 4)".

"*Quinto.* Como resultado de la expresa solicitud de mi mandante, la Subdirección Administrativa de la Administración Postal Nacional expidió la Resolución Nº 2533 del 9 de octubre de 1980 por la cual se prorrogaba la Comisión previamente conferida al señor Alvaro Rodríguez González Auditor Grado 6 de Control y Auditoría Servicio Postal y luego la Resolución Nº 2627 del 17 de octubre del mismo año para adelantar diligencias administrativas en Cali las cuales se relacionaban con la publicación del diario 'El Calleño'. (Documento Nº 5 y Nº 6)".

"*Sexto.* El señor Alvaro Rodríguez inició la investigación de los hechos y en el curso de ella la Procuraduría General de la Nación, Regional de Cali solicitó el envío de la documentación correspondiente, la cual fue remitida para que dicha entidad continuara la averiguación de los hechos".

"*Séptimo.* Adelantando todavía su investigación la Procuraduría General de la Nación, la Dirección General de la Administración Postal Nacional expidió la Resolución Nº 2747 de fecha 30 de octubre de 1980 por la cual se declaró insubsistente de mi mandante. Al día siguiente 31 de octubre se expidió a su vez la Resolución Nº 2805 declarando la insubsistencia del señor Tulio Edmundo Charria, funcionario con 22 años al servicio de la empresa. Por otra parte el señor Tulio César Vera, la tercera persona involucrada en la información del periódico "El Caleño" fue trasladado a la ciudad de Leticia (Amazonas) por Resolución 3223 del 23 de diciembre de 1980, en traslado inequivocadamente concebido con el propósito de forzar al señor Vera a presentar renuncia".

"La razón por la cual en su caso no se apeló a la destitución directa fue la de que el señor Vera presentó quejas a la Procuraduría General de la Nación como resultado de la publicación varias veces mencionada. Como prueba se presentan ilegalmente las tres Resoluciones que vienen de nombrarse (Documentos Nºs 7, 8, 9)".

"*Octavo.* La investigación adelantada por la Procuraduría General de la Nación a través del Abogado Visitador Antonio J. Fontalvo Ferreyra concluyó el 15 de enero de 1981 con el concepto que dicho funcionario rindió al doctor Ernesto Herrera Giraldo, Procurador Regional de Cali y en el cual se establece que fueron los miembros de la Junta Directiva del Sindicato de Adpostal quienes, fundándose en afirmaciones del señor Oscar Hincapié López y su mujer Floralba Grajales, acusaron temeraria e irresponsablemente a los señores Rafael Suárez Flórez, Tulio Edmundo Charria y Julio César Vera, los dos funcionarios declarados insubsistentes y el otro traslado en condiciones de desmejora".

"El concepto del Abogado Visitador doctor Antonio J. Fontalvo Ferreyra hace estado de lo infundado de los cargos contra los mencio-

nados funcionarios y solicita en cambio formulación de cargos contra el señor Oscar Hincapié López 'por haber calumniado o injuriado a superiores o compañeros de trabajo' y que se investigue por el Juez competente el presunto delito contra la Administración de Justicia en que hayan podido incurrir Oscar Hincapié López y Floralba Grajales. (Se presenta como prueba copia del concepto. Documento Nº 10)".

"*Noveno.* Ante el Juzgado Primero Penal del Circuito se tramitó denuncia penal presentada por el señor Guillermo Erazo Samboni Presidente del Sindicato de Adpostal contra los funcionarios Rafael Suárez Flórez, Julio César Vera y Tulio Edmundo Charria por el presunto delito de 'violación de correspondencia'. Resulta interesante leer el auto interlocutorio Nº 003 por el cual se dio aplicación al artículo 163 del Código Penal entonces vigente, sobre cesación de procedimiento por inexistencia del delito. En dicha pieza se aclara cómo las insólitas denuncias contra tres funcionarios superiores de intachable conducta se originaron en el hecho de que éstos no vacilaban en aplicarle sanciones a funcionarios tales como el citado Erazo Samboni, Presidente del Sindicato de Adpostal. También como prueba se acompaña copia autenticada del interlocutorio Nº 003 del Juzgado primero Penal del Circuito, con fecha 13 de enero de 1980. (Documento Nº 11)".

"*Décimo.* Todos los hechos que vienen de precisarse permiten inferir de manera inequívoca la situación presentada: mi mandante, junto con otros funcionarios de la Administración Postal Nacional fue víctima de una oscura maquinación tendida por funcionarios resentidos e interesados en perjudicar a superiores que sabían intransigentes en el cumplimiento del deber. La Dirección General de la Administración Postal Nacional lejos de apoyar a los funcionarios calumniados y procediendo de manera apresurada e incluso contraria a las evidentes necesidades del servicio declaró insubsistente a mi mandante en un típico acto de Desviación de poder, toda vez que hizo uso de su libre facultad de nombramiento y remoción no fundándose en razones de buen servicio público sino en las aventuradas sindicaciones de que era objeto el señor Rafael Hernán Suárez Flórez".

"*Undécimo.* Ninguna duda puede quedar de la realidad que se ha afirmado: a la resolución que destituía en realidad a mi mandante, siguió la del señor Pedro Antonio Charria un intachable funcionario de 22 años al servicio de la Empresa motivada sin duda en las mismas razones que la anteriormente citada. Y como si faltara algún elemento para llevar a la convicción de la unidad de lo afirmado, el tercero de los funcionarios atrevida y lesivamente sindicados, el señor Julio César Vera es objeto de un abusivo traslado a los confines de la nación con la deliberada intención de hacerlo renunciar a su cargo. La jurisprudencia ya ha interpretado actos como este en el sentido de que constituyen inequívoca presión sobre el funcionario afectado".

"*Décimosegundo.* Al obrar contrariando los fines que deben acompañar el ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción, la Dirección General de la Administración Postal Nacional expidió un Acto Administrativo *nulo* en la Resolución Nº 2747 del 30 de octubre de 1980".

Las normas que el actor considera infringidas y el concepto de la violación aparecen consignados del folio 20 al 32 del expediente.

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, para dictar su fallo favorable a las pretensiones de la demanda hizo las siguientes consideraciones:

"El señor Rafael Suárez Flórez se encontraba en el ejercicio del cargo de Jefe de Personal Asistencial Clase III, Grado 5, en la Sección de Operaciones de la Dirección Regional de Cali —Administración Postal Nacional—, cuando se produjo, *el* 25 *de septiembre de* 1980, una publicación en un diario de la ciudad de Cali, lesivo de su dignidad como persona y como funcionario, publicación que también involucró a otros empleados de las mismas dependencias, y que bajo el título 'Escándalo en la Administración Postal: Abrían cartas, 3 funcionarios comprometidos', informaba que los señores Rafael Suárez Flórez, Tulio Edmundo Charria y Julio César Vera habían sido acusados por el Sindicato de la Empresa de violar correspondencia y por ello se había presentado denuncia penal".

"Conocida por Rafael Suárez Flórez esa publicación de prensa, se dirigió en esa misma fecha, 25 *de septiembre de* 1980, al Director General de la Administración Postal Nacional, Bogotá, D. E. informándole el sentido de la publicación de prensa y solicitándole 'que de acuerdo al resultado de la investigación, se apliquen drásticas medidas a quien resultare responsable, aplicándose el Decreto 2492 de 1975 que establece como sanción la destitución por la falta: Injuriar o calumniar a superiores o compañeros de trabajo'. La Subdirección Administrativa de la Administración Postal Nacional dispuso (Resoluciones Nºs 2533 de fecha 9, y 2627 de fecha 27 de octubre de 1980) que un funcionario de esa entidad (Auditor Grado 6 de Control y Auditoría Servicio Postal) conociera de la investigación".

"De otra parte, *con fecha septiembre* 10 *de* 1980 (Como consta en la sentencia de enero 13 de 1981 proferida por el Juzgado 1º Penal del Circuito) el Juzgado 15 de Instrucción Criminal inició la investigación penal por denuncia que contra Rafael Suárez Flórez, Julio Cesar Vera y Tulio Edmundo Charria formulara el señor Guillermo Erazo Samboní por los presuntos delitos 'De la violación de Secretos y de Correspondencia', proceso éste que fue fallado en enero 13 de 1981 por el Juzgado 1º Penal del Circuito al declarar 'que los hechos denunciados por el señor Guillermo Erazo Samboni, en contra de Rafael Hernán Suárez Flórez, Julio César Vera Martínez y Tulio Edmundo Charria...., por un presunto delito 'de la violación de Secretos y de Correspondencia, *'NO HAYA EXISTIDO'* y en consecuencia 'SE CONDENA CESAR TODO PROCEDIMIENTO A SEGUIR contra los mismos demandados' ".

"Además, la Procuraduría Regional de Cali, 'teniendo como base la documentación a la queja suscrita por los miembros de la Junta Directiva del Sindicato de la Administración Postal, en donde se puso en conocimiento de esta Procuraduría, hechos que comprometen la responsabilidad de los señores Rafael Suárez Flórez, Julio César Vera y Tulio Edmundo Charria, Jefe Regional de operaciones, Jefe de Cambio Postal Internacional e Inspector del Aeropuerto Internacional de Palmaseca, respectivamente', rindió concepto, por intermedio de un Abogado Visitador, el 15 de enero de 1981, en el sentido de que 'el suscrito estima que los cargos formulados contra los señores Rafael

Suárez Flórez, Julio César Vera Martínez y Tulio Edmundo Charria, son infundados, siendo lo procedente y jurídico solicitar formulación de cargos contra el señor Oscar Hincapié López por haber calumniado e injuriado a superiores o compañeros de trabajo, de conformidad con lo preceptuado en el numeral 12 del Decreto 2492 de 1975, insertado en el manual de Investigaciones Administrativas Disciplinarias de la Administración Postal Nacional' ".

"El señor Tulio Edmundo Charria, Inspector Auxiliar Clase II, Grado 13 de la Sección de Operaciones en la Seccional de Cali, y quien fue declarado insubsistente, por los mismos motivos, mediante la Resolución 2805 de 31 de octubre de 1980, fue reintegrado a su cargo, previa revocatoria de la Resolución que declaró la insubsistencia, decisión ésta adoptada en Resolución Nº 0901 de 3 de abril de 1981, mediante las siguientes consideraciones:

"....

" 'Que en el memorial presentado para sustentar el recurso el recurrente manifiesta que por divergencias personales y gremiales de la Junta Directiva de la Organización sindical elevó queja a la Procuraduría General de la Nación, Regional de Cali, e igualmente formuló la correspondiente denuncia por un presunto delito de 'VIOLACION DE SECRETOS Y CORRESPONDENCIA' ante el Juzgado competente' ".

" 'Que la investigación Administrativa adelantada por funcionarios adscritos a la Oficina de Control y Auditoría de la Administración Postal Nacional en contra del inculpado Tulio Edmundo Charria fue entregada al funcionario investigador de la Procuraduría de acuerdo con las disposiciones legales que sobre esta materia regula la ley, en la misma forma se procedió a efectuar el traslado de las diligencias al Juzgado Primero Penal en comento. Por todo lo anterior el Juzgado consideró que los hechos denunciados no se han cometido, y en consecuencia ordenó cesar todo procedimiento por inexistencia del delito' ".

" 'Si bien es cierto que el recurso de reposición no es procedente en situaciones administrativas originadas en la aplicación del principio denominado Poder Discrecional, no es menos evidente que existe el recurso extraordinario de revocatoria directa el cual inclusive de oficio puede desatarlo la Administración precisamente cuando se causa agravio injustificado a una persona según el literal c) del artículo 21 del Decreto número 2733 de 1959' ".

" 'Ahora bien, analizadas minuciosamente las circunstancias que influyeron en la determinación contenida en la Resolución número 2805 de fecha 31 de octubre de 1980, y examinados los resultados de la Investigación Penal en referencia, forzosamente ha de concluírse en que el señor Tulio Edmundo Charria sufrió un agravio injustificado el cual lo coloca en condiciones de acogerse a la Revocatoria Directa, legalmente consagrada para estos casos' ".

.....

"La fundamentación de esta providencia, que busca hacer justicia al señor Tulio Edmundo Charria, es válida en sus planteamientos y en sus conclusiones, para quien como el señor Rafael Hernán Suárez Flórez era también funcionario de la misma entidad, fue objeto de las

mismas afirmaciones, estuvo bajo igual proceso en la vía jurisdiccional y en la administrativa, con resultados favorables semejantes, en la calificación de su conducta, vale decir, relevados de cualquier cargo".

" 'Con base en lo expuesto, se concluye que el Acto Administrativo acusado, que lo es la Resolución Nº 2747 de octubre de 1980, fue proferido por la Dirección Nacional de la Administración Postal Nacional cuando estaba en curso una investigación de carácter disciplinario y otra de carácter penal' ".

" 'Esta única circunstancia, conforme a la jurisprudencia sostenida por el Consejo de Estado, sería suficiente para declarar la nulidad del acto administrativo acusado. En el caso en estudio, el derecho que asiste al actor, se hace más evidente cuando ya se conocen los resultados favorables a él, de una y otra investigación' ".

Con base en las anteriores consideraciones, el *a quo* decidió lo que se lee a continuación:

"1º DECRETASE LA NULIDAD de la Resolución Nº 2747 de 30 de octubre de 1980 expedida por el Director General de la Administración Postal Nacional, por medio de la cual se declaró insubsistente, el nombramiento del señor Rafael Hernán Suárez Flórez en el cargo de Jefe de Sección de Personal Asistencial Clase III, Grado 5 en la Sección de Operaciones, de la Dirección Regional de Cali".

"2º Para el restablecimiento de los derechos del actor, la Administración Postal Nacional procederá a reintegrar al señor Rafael Hernán Suárez Flórez en el cargo de Jefe de la Sección de Personal Asistencial Clase III, Grado 5, en la Sección de Operaciones, de la Dirección Regional de Cali, o a su equivalente si éste hubiere sido cambiado o removido, o a otro cargo de igual o superior categoría".

"3º La Administración Postal Nacional pagará al señor Rafael Hernán Suárez Flórez el valor de los sueldos que haya dejado de devengar desde su retiro del servicio y hasta que sea reintegrado al mismo, con los aumentos que se hubieren hecho efectivos, así como las prestaciones sociales a que tenga derecho durante ese lapso, tales como primas, vacaciones, cesantías, servicios médicos, odontológicos, quirúrgicos, hospitalarios, subsidios y toda otra prestación que reconozca la Administración Postal Nacional".

"4º Se declara que para todos los efectos de la liquidación de auxilio de cesantía y pensión de jubilación, cuando a ésta hubiera lugar, se tenga en cuenta el tiempo durante el cual el señor Rafael Hernán Suárez Flórez permanezca fuera del servicio separado del cargo de Jefe de Sección de Personal Asistencial Clase III, Grado 5, en la Sección de Operaciones de la Dirección Regional de Cali, vale decir, que no ha existido solución de continuidad en la prestación de sus servicios durante el lapso en que estuvo retirado del mismo".

"5º A la presente sentencia se le dará cumplimiento dentro del término señalado en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo".

En virtud del recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía Primera del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, conoce el Consejo de Estado del negocio en segunda instancia, dentro de la cual se ha producido el concepto del señor Fiscal Cuarto de esta Corporación quien solicita que se confirme la sentencia apelada, a la que hace observaciones en cuanto a algunos de sus planteamientos.

Habiendo culminado la actuación, sin que se observen vicios que la invaliden, procede la Sala a decidir, previas las siguientes

Consideraciones

No habrá la Sala de examinar las tesis divergentes del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y del señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado en torno a la existencia de una investigación disciplinaria y otra de carácter penal en contra del actor, cuando fue declarado insusbsistente su nombramiento, y a su incidencia en la validez del acto acsuado, por las siguientes razones:

1ª No hay prueba en el expediente de que contra el actor se hubiera adelantado procedimiento disciplinario alguno, como lo anota el señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado. Existe un documento, que, como bien lo dice el mismo Fiscal, no presta mérito probatorio por cuanto no está autenticado, y en el cual se da, dentro de una supuesta investigación adelantada por la Procuraduría General de la Nación —Regional de Cali— concepto de que son infundados los cargos contra los señores Rafael Suárez Flórez, Julio César Vera Martínez y Tulio Edmundo Charria.

2ª La acusación de ilegalidad hecha al acto *sub judice* se debe examinar no sólo a la luz de las normas invocadas por el actor sino con referencia exclusiva al concepto de la violación indicado por él, quien al respecto alega que la declaración de insubsistencia de su nombramiento encubrió una verdadera destitución, que exigía que se adelantara el correspondiente procedimiento disciplinario, lo cual, según afirma, no ocurrió.

3ª Para que quede en evidencia la ilegalidad del acto acusado son suficientes los razonamientos del Tribunal y de la Fiscalía del Consejo de Estado en el sentido de que en el proceso quedó demostrado que hubo una oculta motivación del acto, que implicaba la imputación al actor de una conducta que justificaba la realización de un procedimiento disciplinario, en el cual, principalmente, se le debió dar oportunidad de defenderse , de demostrar su inocencia, la que quedó en claro dentro de la investigación penal que se adelantó al actor y a las otras dos personas antes mencionadas y que terminó con providencia en que se ordenó cesar todo procedimiento en contra de los acusados por cuanto no existieron los hechos que se les imputaron (folio 4 a 7 del Cuaderno Nº 1).

Efectivamente, las pruebas que obran en el expediente demuestran de manera fehaciente que se imputó al actor la comisión de un delito y que existe nexo o causal evidente entre esa imputación y la declaración de insubsistencia de su nombramiento. Para comprobarlo basta la lectura de la Resolución Nº SJ-0901, de fecha 3 de abril de 1981.

expedida por la Administración Postal Nacional, en la que se revocó la resolución por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Tulio Eduardo Charria, uno de los inculpados, junto con el demandante, del supuesto delito de "violación de secretos y de correspondencia". Los considerandos de esa resolución, en la cual hacen hincapié el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y el señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado, demuestran palmariamente que el nombramiento del señor Charria y, obviamente, el del actor fueron declarados insubsistentes porque se les inculpó de unos hechos delictuosos, los cuales, como se admite en la providencia, no existieron y por eso se reconoció en ella que "el señor Tulio Edmundo Charria sufrió un agravio injustificado" (folio 16 y 38 del Cuaderno Nº 1 y 76 y 77 del Nº 2).

Enfocada la cuestión desde el punto de vista exclusivo del concepto de la violación expuesto en la demanda, la Sala anota que la inculpación que se le hizo al actor justificaba su destitución, si era verdadera, esto es, si se llegaba a comprobar los cargos que no menciona la resolución de insubsistencia, pero que afloraron en el proceso contencioso administrativo. Esa comprobación no se podía hacer sino mediante un adecuado procedimiento disciplinario, que garantizara ante todo el derecho de defensa, conforme lo prescriben las correspondientes disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias.

Desde luego, la Administración no puede adelantar investigación alguna tendiente a comprobar la comisión de un delito y la correspondiente responsabilidad penal, pues para ello carece de jurisdicción. Pero el hecho constitutivo de delito y, por lo tanto, penalmente imputable, puede ser, en el ámbito de la competencia de la Administración, estimado como falta disciplinaria y como tal investigado e imputado. O sea que ese hecho se puede investigar disciplinariamente, es decir, no como delito sino como falta administrativa, para determinar la existencia del mismo y la responsabilidad desde el punto de vista, no penal, sino administrativo.

La ley deslinda claramente el ámbito de la responsabilidad administrativa de la de carácter penal, al decir, el artículo 11 del Decreto Extraordinario 2400 de 1968:

"Los empleados que incumplan los deberes o que incurran en las prohibiciones establecidos en el capítulo anterior de este decreto, serán objeto de las *sanciones disciplinarias* que se señalan por el siguiente artículo, *sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal* que su acción pueda originar" (Subraya la Sala).

Naturalmente, para que la Administración pueda investigar un hecho ejecutado por un empleado público, declarar la responsabilidad de éste y sancionarlo disciplinariamente, aquél tiene que implicar una falta administrativa, es decir, violatoria del régimen de deberes y prohibiciones a que están sometidos quienes desempeñan un empleo público o, en general, consistir en una conducta incompatible con el correcto funcionamiento de los servicios administrativos o con la dignidad inherente al ejercicio de una función pública, de conformidad con los artículos 11 del Decreto Extraordinario 2400 de 1968 y 130 del Reglamentario 1950 de 1973. No puede la Administración Pública in-

vestigar y sancionar un hecho cometido por un empleado público que no pueda ser reputado como falta disciplinaria o administrativa.

Claro está que la destitución del empleado público puede ser una pena accesoria, como consecuencia de una investigación penal (artículo 42 del C. P.). En este caso se decretó como sanción disciplinaria, so capa de una declaración de insubsistencia del nombramiento del actor, sin que hubiera adelantado el correspondiente procedimiento administrativo, enderezado a investigar los cargos que se le hicieron y a darle, principalmente, oportunidad de defenderse, por lo cual se violó, entre otras normas, el artículo 26 de la Constitución Nacional, razón suficiente para que el Tribunal declarara la nulidad del acto acusado y para que el Consejo de Estado confirme la sentencia apelada.

No comparte la Sala el criterio del señor Fiscal cuarto del Consejo de Estado, quien considera que los verdaderos motivos que determinaron el acto desvinculante del actor "no fueron, precisamente, el logro del buen servicio público", afirmación que es contradicha por los mismos elementos probatorios en que cree encontrar respaldo. Nada puede estar mejor justificado desde el punto de vista del "buen servicio público", ni ser más coincidente con los fines que se propuso el legislador al autorizar la remoción de los empleados públicos, que la desvinculación de un servidor de la Administración Postal Nacional porque se tiene el convencimiento, con base en acusaciones públicamente hechas, de que violó correspondencia confiada a dicha entidad. Desde luego que no se juzga la intención de quienes hicieron la falsa acusación sino la del funcionario que dictó la providencia mediante la cual se separó del servicio al demandante.

La irregularidad del acto acusado se ubica en la categoría de los medios y no de los fines. Orientándose la autoridad nominadora por una finalidad de buen servicio, que por lo menos no está probado lo contrario, incurrió en una irregularidad desde el punto de vista de los medios, pues debiendo adelantar el respectivo procedimiento para comprobar la realidad de los hechos y la responsabilidad del acusado, declaró insubsistente el nombramiento de aquél, sin que se hubieran probado los cargos que se le hicieran, que de haber sido ciertos lo que procedía era la destitución y no dicha declaración. Aún más, la posterior comprobación de que los cargos eran infundados no demuestra que la autoridad nominadora fue guiada por un propósito o un interés distintos de los del buen servicio, por haberse equivocado en el procedimiento, sólo porque desvinculó al empleado creyendo erróneamente que había obrado con violación de los deberes que en tal calidad le correspondían.

En fallo del 31 de mayo de 1983 dijo la Sala sobre el particular:

"Afirma la Fiscalía que la resolución acusada no se expidió 'en procura del buen servicio público'. Precisa anotar al respecto que con la destitución de un empleado (que constituye una sanción) y con la declaración de insubsistencia de un nombramiento (que no lo es) se puede buscar la misma finalidad de defensa de la Administración frente a aquellos servidores del Estado cuyas actuaciones son incompatibles con el concepto del buen servicio público. Es decir, con la separación del servicio del empleado que no ajusta su conducta a las

exigencias del mismo, que impide o entraba el normal funcionamiento de la Administración, empaña su imagen, rebaja la dignidad del empleo público, lesiona intereses de la comunidad, o en general, viola la ley, especialmente en cuanto al régimen de deberes, prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades a que está sujeto, se atienden razones de buen servicio, se buscan finalidades que no son extrañas u opuestas a él, sea que se utilice el medio de la declaración de insubsistencia del nombramiento, o el de la destitución. Pero si dados los supuestos fácticos de la ley, lo que legalmente procede es la destitución y se declara la insubsistencia, se incurre en uso ilegítimo o desviado de un medio legal. Por ese aspecto habría una desviación de medio y no de fin. O sea que con la utilización de un medio previsto por la ley se elude la aplicación de otro que es el legalmente indicado para el caso". (Expediente Nº 6854. Resoluciones Ministeriales. Actora: Lina Ruth Pertuz Montero. Ponente: Consejero Joaquín Vanín Tello).

De acuerdo con las anteriores consideraciones, 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, parcialmente de acuerdo con su Fiscal colaborador,

Falla:

Confírmase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el 5 de marzo de 1982.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 2 de septiembre de 1983.

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Reynaldo Arciniegas Baedecker.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

PODERES. PRESENTACION. — La presentación de un poder en un municipio determinado no prueba en forma alguna la vecindad del poderdante. Excepciones DEMANDAS POR LA NACION Y CONTRA LA NACION. — Sólo respecto a la nación está consagrado tanto por el artículo 8º del Decreto 1819 de 1964 como por el artículo 23 numeral 17 del C.P.C., que si es ella la que demanda lo hará en el domicilio del demandado y si es la demandada, deberá serlo en el domicilio del demandante. DEMANDA CONTRA ENTIDADES DESCENTRALIZADAS DEL ORDEN NACIONAL. En cuanto a éstas el artículo 23 numeral 18 del C.P.C. establece que en los procesos contencioso en que sea parte un Departamento, una Intendencia, una Comisaría, un Municipio, un establecimiento público, una empresa industrial o comercial del estado o de alguna de las entidades anteriores o una sociedad de economía mixta, conocerá el juez del domicilio o de la cabecera de la parte demandada.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., septiembre veintitrés de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker*)

Referencia: Expediente Nº 9819. Autoridades Nacionales. Actor: Alfonso Crespo Narváez.

En ejercicio de la acción de plena jurisdicción y por conducto de apoderado, el señor Alfonso Crespo Narváez instauró demanda ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca para que se declare el silencio administrativo de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones, CAPRECOM, y se ordene a ésta reliquidar la pensión de jubilación incluyendo, como factor de salario, lo recibido por concepto de prima de retiro. El proceso se tramitó normalmente pero, al momento de proceder a dictar sentencia, consideró el Tribunal que carecía de competencia por el factor territorial y con fundamento en razones del tenor de las siguientes:

"Se halla en efecto, que el actor no hizo la presentación del poder conferido a su apoderado en la ciudad de Bogotá, sino en la ciudad de Neiva ante el Tribunal Administrativo del Departamento del Huila y omitió, en los textos del poder mismo y del libelo de demanda, la designación del lugar de su domicilio, lo que lleva a deducir que su domicilio no es Bogotá, sino la ciudad de Neiva y, por ende, la competencia para decidir este proceso no corresponde a este Tribunal sino al H. Tribunal Administrativo del Departamento del Huila". (folio 36).

Y agrega, después de citar algunas normas:

"De otro lado, si bien no hay una estricta incompetencia de jurisdicción, al tenor de lo normado en los artículos 113 y 114 del C.C.A., pues opera la misma jurisdicción tanto en el Tribunal Administrativo del Departamento del Huila como en esta Corporación, sí se presenta —como ya se dijo— una incompetencia territorial por el domicilio del actor y, es lógico que se debe atender, a lo que, al respecto, dispone la ley". (folio 36).

Sobre este punto y en un caso de idénticas características, la Sala se pronunció en la siguiente forma:

"Ante todo es de advertir que el hecho de la presentación de un poder en un municipio determinado no prueba en forma alguna la vecindad del poderdante, pero, por otra parte, aún establecida dicha vecindad, no obró acertadamente el Tribunal de Cundinamarca al dar aplicación al numeral 17 del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto como lo ha establecido esta Corporación en reiteradas providencias:

"Sólo respecto a la Nación está consagrado tanto por el artículo 8º del Decreto 1819 de 1964 como por el artículo 23, numeral 17 del actual Código de Procedimiento Civil, que si es ella la que demanda lo hará en el domicilio del demandado y si es la demandada, deberá serlo en el domicilio del demandante. Disposiciones como esta última y otras del mismo Código de Procedimiento están indicando que es una situación especial desde el punto de vista del proceso que no lo conserva sino la propia NACION. Ni siquiera las entidades descentralizadas del orden nacional. En cuanto a éstas, el mismo artículo 23 de dicha obra en su numeral 18 establece que 'de los procesos contenciosos en que sea parte un departamento, una intendencia, una comisaría, un municipio, un establecimiento público, una empresa industrial y comercial del Estado o de alguna de las entidades anteriores, o una sociedad de economía mixta, conocerá el Juez del domicilio o de la cabecera de la parte demandada. Cuando ésta se halla formada por una de tales entidades y un particular, prevalecerá el fuero de aquélla' ".

"Por las razones anteriores concluye la Sala que el Tribunal de Cundinamarca no estuvo acertado al dictar su providencia, mediante la cual remitió el proceso al Tribunal del Cauca renunciando a la competencia que le correspondía, providencia que debe ser anulada, lo que se hará de plano por ser inallanable y que comprenderá todo lo actuado a partir de esa fecha, 8 de octubre de 1982, incluyendo por tanto la sentencia que ha venido en consulta. Así mismo se ordenará devolver el expediente al Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca para que proceda a dictar la sentencia correspondiente". (Expediente Nº 9557, Actor: Saúl Enrique Silva Córdoba).

Igual disposición debe adoptarse en el caso de autos por cuanto es idéntica la razón e idénticas son las circunstancias.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda,

Resuelve:

1º DECLARASE NULO todo lo actuado en este proceso a partir del auto de 3 de diciembre de 1982, expedido por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, inclusive.

2º REMITASE el expediente al Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca para que dicte la sentencia correspondiente.

3º COMUNIQUESE al Tribunal Contencioso Administrativo del Huila el contenido de la presente providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 16 de septiembre de 1983.

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Reynaldo Arciniegas Baedecker.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

ESTATUTO CAMBIARIO. CONTROL DE ORO Y DE CAMBIOS.— Artículo 221. *Decreto Ley* 444 *de* 1967. *La cuantía de la multa puede ser hasta del* 200% *del monto de la operación comprobada, y se graduará de acuerdo con las circunstancias dentro de las cuales fue cometida la infracción.*

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., octubre once de mil novecientos ochenta y tres

(Consejero ponente: *Doctor Jacobo Pérez Escobar*)

Expediente número 4097

Actor: Sociedad Tierra, Mar, Aire, Limitada

La sociedad "Tierra, Mar, Aire, Limitada", en ejercicio de la acción de plena jurisdicción consagrada en el artículo 67 de la Ley 167 de 1941 y por conducto de apoderado, ha demandado de esta Corporación que haga las siguientes declaraciones:

"*Primera.* Que es nula la Resolución número 0334 A del 15 de abril de 1982, proferida por el señor Superintendente de Control de Cambios, notificada personalmente el 22 de abril del mismo año, en cuanto en ella se resuelve 'Imponer a la Agencia de Viajes Tierra, Mar Aire, domiciliada en esta ciudad, una multa a favor del Tesoro Nacional por valor de $ 525.272.76 correspondiente al 40% de $ 1.313.181.91, monto de la infracción cambiaria comprobada por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia' ".

"*Segunda.* Que es nula también la Resolución número 0423 del 6 de mayo de 1982, proferida por el señor Superintendente de Control de Cambios, notificada personalmente el día 7 de mayo de 1982, en cuanto en ella se revuelve: 'Confirmar en todas y cada una de sus partes la Resolución número 0334 A de abril 15 de 1982, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia' ".

"*Tercera.* Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se ordene restablecer a Tierra, Mar, Aire Limitada en su derecho esto es, que no estaba obligada a pagar la multa a que se refieren las resoluciones impugnadas".

"*Cuarta.* Que como consecuencia así mismo de las declaraciones anteriores, se ordene reintegrar a Tierra, Mar, Aire Limitada la suma de quinientos veinticinco mil doscientos setenta y dos pesos con setenta y seis centavos ($ 525.272.76) moneda corriente, según consta en el Recibo Oficial de Caja de la Tesorería General de la República, número 93804, que se adjunta en fotocopia debidamente autenticada.

"*Quinta.* Que a más de la obligación contenida en el ordinal anterior, se obligue a pagar a Tierra, Mar, Aire Limitada los intereses legales comerciales señalados en el artículo 884 del Código de Comercio, desde el momento en que dicha sociedad efectuó el pago de la multa y hasta el momento en que se efectúe el reintegro correspondiente.

"*Sexta.* Que se ordene cumplir lo dispuesto en la sentencia, dentro del término señalado en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo".

I. Fundamentos de la demanda

A. Los hechos

Como hechos de la demanda expone la sociedad demandante, en síntesis, los siguientes:

1) Por auto de 11 de mayo de 1978 la Superintendencia de Control de Cambios, Seccional de Cartagena, ordenó una visita de carácter administrativo a las instalaciones de la Agencia de Viajes Tierra, Mar, Aire Limitada.

2) En la expresada visita se encontraron algunos documentos de interés para la citada Superintendencia y entre ellos, como consta en el auto de 23 de febrero de 1982, los siguientes:

"1) Talonario de Executive Credit to American Express Company pagaderos a través de The Arizona Bank, talonario que fue anexado y cuyos números de serie son del 008091 al 00950.

"2) En la caja fuerte se halló la cantidad de US$ 1.920 discriminados de la siguiente manera: Ocho (8) travelers, cheques de la American Express Company, cada uno de cincuenta (50) dólares en efectivo, un billete de US$ 10, tres (3) de US$ 20 uno de US$ 50 y catorce (14) de US$ 100, además de otros documentos de interés y que se encuentran anunciados en dicha acta".

3) La sociedad Tierra, Mar, Aire presentó oportunamente los descargos solicitados y concretamente sobre los documentos especificados en el punto anterior.

4) La Superintendencia de Control de Cambios, transcurridos casi 4 años desde la iniciación de la investigación administrativa, produjo la Resolución número 0334 A de 15 de abril de 1982, en la cual se aceptaron los argumentos de defensa de la sociedad investigada.

5) Inexplicablemente, después de haber afirmado la Superintendencia que la Sociedad demandante estaba inscrita y tenía facultad dencia que la Sociedad demandante estaba inscrita y tenía facultad mo que el Executive Credit de American Express, únicas imputaciones precisas, concretas, claras, del auto de cierre de investigación, afirmó en la parte motiva que "en lo concerniente al numeral 4º del memorial presentado por el representante legal de la Agencia investigada, no es cierto que se hayan observado las disposiciones legales establecidas, toda vez que para el ingreso y egreso de divisas al país existen normas especiales que se omitieron por la investigada como son los artículos

4º, 10 y 246 del Decreto Ley 444 de 1967", pero no precisó, cómo cuándo y dónde.

6) La sociedad demandante interpuso oportunamente el recurso de reposición contra la Resolución 334 A, aduciendo que ella tenía autorización legal para estar en posesión de divisas, como en la misma resolución se reconoce; que la propia Superintendencia había exonerado a la sociedad por los US$ 1.920 encontrados en su poder y lo mismo por la tenencia de los Executive Credit to American Express, y, finalmente, que en ninguna otra parte se hacía imputación concreta sobre hechos violatorios del estatuto cambiario, con lo cual se violaba el principio de defensa.

7) La reposición fue resuelta el 6 de mayo de 1982 mediante la Resolución número 423, en virtud de la cual se desestimaron por completo los argumentos y las consideraciones expuestas por la sociedad recurrente y se mantuvo la multa originalmente impuesta. En esta resolución la Superintendencia de Control de Cambios incurrió en algunas contradicciones.

B. Disposiciones violadas y concepto de la violación

La sociedad actora señala como disposiciones violadas las contenidas en los artículos 20 y 26 de la Constitución Nacional; 217, 220, 221, 222 y 223 del Decreto Ley 444 de 1967.

En cuanto al concepto de violación de las normas anteriores expresa la demandante, en síntesis, lo siguiente:

1) *Violación del artículo* 20 *de la Constitución Nacional.* Sostiene la actora que este artículo se violó por cuanto la Resolución 334 A, que impuso la multa, en ninguna parte expresa la violación concreta en que ella incurrió. Pues el único párrafo donde se refiere a una posible violación es el siguiente:

"...en lo concerniente al numeral 4º del memorial representado por el representante legal de la Agencia investigada, no es cierto que se hayan observado las disposiciones legales establecidas, toda vez que para el ingreso y egreso de divisas al país, existen normas especiales que se omitieron por la investigada como son los artículos 4º, 10 y 246 del Decreto Ley 444 de 1967...".

Expresa luego que para que proceda una sanción punitiva debe haberse previamente comprobado el hecho y dado al infractor el derecho de defensa, y que en ninguna parte la Superintendencia mencionó hechos o documentos violatorios de la ley para que la sociedad sancionada hubiese podido ejercitar eficazmente su derecho de defensa. La sanción debe prodecer ante una conducta típica, antijurídica y culpable. Ello implica la determinación exacta de la conducta y su incongruencia con la norma prohibitiva.

2) *Violación del artículo* 26 *de la Constitución Nacional.* Expresa la sociedad demandante que este artículo fue violado porque él exige que a cada enjuiciamiento proceda un acto que se imputa y en el proceso administrativo seguido contra ella la imputación por la cual se adelantó se hizo en el auto de febrero 23 de 1982 sin que en él se

formulara imputación clara y expresa, como se desprende de su lectura. Se violó, por consiguiente, el derecho de defensa que le asistía.

3) *Violación del artículo* 217 *del Decreto Ley* 444 *de* 1967. Dispone esta norma que es función de la Prefectura (hoy Superintendencia) de Control de Cambios: "...d) Imponer multa a los infractores de las disposiciones cuya vigilancia le corresponde". Esta disposición fue violada por los actos acusados por haberse impuesto una sanción pecuniaria sin haberse demostrado o probado la infracción cambiaria. Explica la demandante que los documentos que se han dejado mencionados por sí mismos no constituyen prueba del envío de divisas al exterior. Se trata de notas que contienen el valor de las comisiones de la firma American Express, que se deducían del monto de las facturas que enviaba a los operadores turísticos al exterior la sociedad demandante, operadores conseguidos por American Express. En consecuencia, la operadora en el exterior simplemente giraba a Tierra, Mar, Aire Limitada, el valor neto de los servicios turísticos prestados en el país y a la firma American Express (intermediaria de servicios) el valor de sus comisiones. Como se aprecia, de esta operación no solamente no salían divisas del país, sino todo lo contrario, Tierra, Mar, Aire recibía divisas por la facturación de sus servicios y las vendía oficialmente en cumplimiento del Decreto Ley 444 de 1967. Pero afirma enseguida que esto no fue materia del pliego de cargos inicial.

4) *Violación del artículo* 220 *del Decreto* 444 *de* 1967. Dispone esta norma que "cualquier violación a las normas sobre control de oro y de cambios, será sancionada con multas impuestas por el Prefecto de Control de Cambios, a favor del Tesoro Nacional". Esta norma fue infringida porque siendo supuesto indispensable de la misma la violación de las disposiciones cambiarias, no hay violación sin pruebas y no hay pruebas en el caso de autos.

5) *Violación del artículo* 221 *del Decreto* 444 *de* 1967. Según esta norma "la cuantía de las multas a que se refiere el artículo anterior será hasta del 200 por ciento del monto de la operación comprobada, y se graduará de acuerdo con las circunstancias dentro de las cuales fue cometida la infracción".

Sostiene la sociedad demandante que esta norma ha sido infringida porque exigiendo que las operaciones sean comprobadas, en el proceso administrativo que condujo a la sanción, así como en las Resoluciones acusadas, no se ha demostrado jurídicamente la violación cambiaria. Además la Superintendencia ha incurrido en contradicciones inexplicables e insólitas, como sancionar cuando ha absuelto de las primeras imputaciones y afirmar en la resolución que confirmó la multa que los documentos que merecieron la sanción fueron los mismos precisamente por los que impartió absolución. Por otra parte, no se hizo la graduación de la sanción con base en las circunstancias en que se cometió la presunta infracción. La Superintendencia está obligada a motivar sus resoluciones y a definir el monto de la multa con base en circunstancias que han debido mencionarse y analizarse so pena de transgredir el artículo 221 del Decreto Ley 444 de 1967.

También expresa la sociedad demandante que no se sabe de dónde sale la suma de $ 1.313.181.91, porque en el auto de cierre de inves-

tigación no se hace imputación por esta suma ni ella tampoco se desprende de los documentos o las operaciones mencionados en los folios 107, 110, 112, 118, 123, 130, 135, 138, 142, 143, 152, 155 y 157. La suma de las operaciones a que hacen referencia los mencionados documentos apenas alcanza a US$ 1.899.93, que a la tasa de cambio de esa época (38.50) arroja en pesos un total de $ 73.147.30. Entonces el 40% de ésta suma será sólo de $ 29.258.92. Por consiguiente, la Superintendencia impuso una multa por una cifra inexistente y dejó de analizar las circunstancias en que se cometió la infracción.

6) *Violación del artículo* 222 *del Decreto Ley* 444 *de* 1967. Según esta norma "la apreciación de las pruebas se hará de acuerdo con el valor que les asigne el Código de Procedimiento Penal". Este precepto fue violado, según la sociedad demandante, porque la Superintendencia en las resoluciones acusadas no hizo absolutamente ningún análisis probatorio y mucho menos le dio su valor a las pruebas de acuerdo con el Código de Procedimiento Penal. El único párrafo de la resolución de multa que podría semejarse a una motivación es el que dice lo siguiente: 'no es cierto que se hayan observado las disposiciones legales establecidas toda vez que para el ingreso y egreso de divisas al país existen normas especiales que se omitieron por la investigada como son los artículos 4º, 10 y 246 del Decreto Ley 444 de 1967' ".

7) *Violación del artículo* 223 *del Decreto Ley* 444 *de* 1967. Dispone esta norma que "Vencido el término para practicar pruebas, el Prefecto decidirá, mediante resolución motivada". Dice la sociedad demandante que la Superintendencia violó esta norma porque no motivó legalmente la sanción, y se remite al respecto a lo expresado por ella en relación con las normas anteriores del Estatuto Cambiario señaladas como infringidas. Pues, la Superintendencia se limitó a endilgarle la omisión de algunas normas del Estatuto Cambiario sin expresar los motivos de tal omisión. "No basta, entonces, señalar que se ha violado una norma. Es absolutamente indispensable decir cómo, cuándo y dónde. Si se entiende por motivación la declaración en que se exponen los hechos y el derecho que justifican a la administración a adoptar una determinación, es evidente que ello implica un proceso intelectual fáctico y otro jurídico, en el que los resultados, o sea la parte resolutiva, hace la relación de los hechos que originan el acto y donde los considerandos, o sea la parte motiva, hace la relación del derecho aplicado a la circunstancia específica y determinada".

II. Concepto del señor Fiscal

El señor Fiscal Primero de la Corporación en su concepto de fondo solicita a esta Sala que acceda a las pretensiones de la demanda por las siguientes razones, que se sintetizan:

"Del estudio del expediente y análisis de las pruebas aportadas, este Despacho ha encontrado los siguientes puntos que destaca, para llegar a la conclusión de que las pretensiones de la actora deben prosperar. Así:

"1º En el auto de apertura de la investigación (folio 316) contra la actora, se lee: 'Que del estudio de los anteriores documentos se desprenden posibles violaciones al Régimen de Control de Cambios...'

"2º En el auto de 23 de febrero de 1982, por medio del cual se declaró cerrada la investigación, en la parte motiva de éste se dijo (folio 138):

"a) ...Entre los documentos retenidos se encuentra:

"1. Talonario del Executive Credit to American Express Company pagaderos a través de The Arizona Bank, talonario que fue anexado y cuyos números de serie son del 008901 al 00950.

2. En la caja fuerte se halló la cantidad de US$ 1.920 discriminados de la siguiente manera:

"Ocho (8) travelers, cheques de la American Express Company; cada uno de cincuenta dólares, en efectivo, un billete de US$ 10, tres (3) de US$ 20, uno (1) de US$ 50 y catorce (14) de US$ 100, además de otros documentos de interés y que se encuentran enunciados en dicha acta" (folios 3, 4 y 5).

Después de hacer otras transcripciones expresa el señor Agente del Ministerio Público que 'de todo lo anterior se deduce por este Despacho las siguientes deficiencias o incorrecciones', que hace que los actos demandados adolezcan de un trámite según los ordenamientos legales contenidos en las normas del Decreto Ley 444 de 1967, así:

"A. Al llegar al auto de apertura, se dice que existen posibles violaciones, sin determinar aún cuáles y qué normas se han violado.

"B. En el auto de cierre de la investigación, vuelve a reiterarse 'que en las diligencias anteriores y por los documentos obtenidos *se advierte una posible violación*', sin determinar concretamente cuál es, en qué consiste y qué norma o normas se han infringido.

"C. Aun con las deficiencias de 'instrucción' antes anotadas, quedaría en pie para que de oficio se hubiere decretado la nulidad a partir del auto de cierre, se siguen cometiendo impropiedades, como que, en la parte motiva de la resolución que impone la multa, se libera a la actora de imputarle cargos o mejor, se absuelve a la Agencia de cargos en cuanto a la Resolución 118 (considerando 5º); así también en lo atinente con los Executives Credit (considerando 6º); pero, vuelve a caer en deficiencias probatorias, al determinar una cuantía (US$ 36.516.54) sin discriminar de dónde proviene o cómo se forma dejando un vacío indefinido, pues el investigado no tiene cómo presentar descargos ni sabe a qué se refiere el informativo.

"D. Recaya o reitera la Superintendencia, sobre violaciones al Régimen Cambiario por 'posesión y negociación' de divisas, y no especíca en qué consiste la infracción, pues como está probado en el plenario por certificación de una dependencia de la Superintendencia, *la actora sí estaba inscrita* y autorizada para recibir divisas y así lo hace constar (folio 327 y 328), de modo que no se sabe a ciencia cierta, en qué consiste entonces la infracción que le imputa la Superintendencia a la investigada.

"E. Por todas las deficiencias anotadas, se considera por esta Fiscalía, que no hubo un debido proceso, ni se permitió durante la vía gubernativa, que la actora presentara descargos, pues si los hizo,

ellos estaban dirigidos a desvirtuar las apreciaciones que la misma Superintendencia absolvió descargos; pero no en cuanto a los otros (que no aparecen descritos o discriminados), puesto que nadie puede defenderse de lo que no se le imputa.

"En este orden de ideas, se ha violado por parte de la Superintendencia de Control de Cambios el artículo 26 de la Carta y, de contera, el 20 del mismo Estatuto, porque se extralimitó en sus funciones y omitió el ejercicio de otras, como al correr traslado de cargos que no se especifican claramente. Así mismo, se violaron los artículos mencionados e invocados por el demandante".

III. Consideraciones de la Sala

Habiéndose ejecutoriado el auto de citación para sentencia y no hallándose causal que invalide lo actuado en el presente juicio, se procede a decidirlo previas las siguientes consideraciones:

La sociedad demandante le hace a los actos administrativos impugnados los siguientes cargos, los cuales serán estudiados en el mismo orden en que han sido formulados. El señor Fiscal le ha dado una presentación especial al cargo que él analiza, o sea la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, para concluir con su prosperidad.

1. *Violación del artículo* 20 *de la Constitución Nacional.* Según la actora, este artículo ha sido violado por cuanto la Resolución 334 A, que le impuso una multa, en ninguna parte expresa la violación concreta en que ella incurrió y que para que proceda una sanción punitiva debe haberse previamente comprobado el hecho y dado al infractor el derecho de defensa; que en ninguna parte la Superintendencia mencionó hechos o documentos violatorios de la ley para que la sociedad sancionada hubiese podido ejercitar eficazmente su derecho de defensa.

Formulado el cargo en los términos anteriores, encuentra la Sala que no puede prosperar porque el artículo 20 de la Constitución Nacional no consagra el derecho de defensa sino que establece la responsabilidad en que incurren los particulares y los funcionarios públicos. La norma es del siguiente tenor: "Los particulares no son responsables ante las autoridades sino por la infracción de la Constitución y de las leyes. Los funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas".

2. *Violación del artículo* 26 *de la Constitución Nacional.* Expresa la sociedad actora que el artículo 26 de la Constitución Nacional fue violado por los actos acusados, porque según él se exige que a cada enjuiciamiento proceda un acto que se imputa y en el proceso administrativo seguido contra ella la imputación por la cual se adelantó se hizo en el auto de febrero 23 de 1982 sin que en él se hiciera en forma clara y expresa, como se desprende de su lectura.

En relación con el anterior cargo la Sala hace las siguientes consideraciones:

Dispone el artículo 26 de la Constitución Política que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio". Tres son las garantías contempladas por la norma transcrita a saber:

1) Juzgamiento conforme a leyes preexistentes al acto que se imputa;

2) Juzgamiento por tribunal o funcionario competente, y

3) Juzgamiento con observancia plena de las formas propias de cada juicio.

Dice la sociedad demandante que el artículo 26 se violó porque no se tipificó en el proceso administrativo el hecho concreto que se imputa como violatorio de la ley cambiaria.

Como quiera que las resoluciones acusadas están amparadas por la presunción de legalidad de los actos administrativos, correspondía a la sociedad demandante señalar las normas de la ley cambiaria consagradas como desarrollo del artículo 26 de la Constitución que no fueron cumplidas por la Superintendencia de Control de Cambios. Estas normas no son señaladas por la demandante, la que para afirmar este cargo se limita a transcribir apartes del auto de 23 de febrero de 1982, en el cual se expresa que se encontraron en poder de la sociedad Tierra, Mar y Aire talonarios del Executive Credit to American Express Company pagaderos a través de The Arizona Bank, US$ 1.920 en la caja fuerte, un oficio de la Oficina de Cambios del Banco de la República OCB-ST 9375 de agosto 23 de 1979, en la cual hace constar que la Agencia de Viajes Tierra, Mar, Aire Limitada, no estaba autorizada para mantener cuentas corrientes ni de ahorros en la ciudad de Cartagena (folio 183), y una constancia expedida por el Jefe de la Sección de Espectáculos Públicos y Turismo de esta Superintendencia, en la cual certifica que la Agencia de Viajes Tierra, Mar, Aire, de Cartagena, se encuentra inscrita bajo la credencial número 02-42 con fecha de expedición julio de 1977 y vencimiento julio de 1979 (folios 184 y 185).

De lo antes expresado se desprende que el artículo 26 de la Constitución Nacional no pudo en el presente caso violarse en forma directa por cuanto él no reglamenta las contravenciones de la ley cambiaria ni el procedimiento que debe seguirse, cuyas normas en este cargo ni siquiera citó la sociedad demandante. Por ser rogada y no oficiosa esta jurisdicción, la sociedad demandante debió precisar con claridad no sólo los hechos sino también las normas de carácter legal cuya violación llevaba a una violación del artículo 26 de la Constitución Nacional por estas razones el cargo no puede prosperar, a pesar de lo expresado por el señor Agente del Ministerio Público, quien tampoco en su análisis cita las normas de la ley cambiaria que tipifican las contravenciones por las cuales fue sancionada la sociedad actora ni las que establecen el procedimiento.

3. *Violación del artículo* 217 *del Decreto Ley* 444 *de* 1967. Expresa la sociedad demandante que este artículo fue violado por los actos

acusados por haberse impuesto una sanción pecuniaria sin haberse demostrado o probado la infracción cambiaria. La norma citada establece que corresponde a la Prefectura (hoy Superintendencia) de Control de Cambios: "d) Imponer multas a los infractores de las disposiciones cuya vigilancia le corresponde".

Como se desprende de la simple lectura de la norma transcrita, señalada por la sociedad demandante como infringida, ella se limita a dar una competencia, de la cual hizo uso precisamente la Superintendencia de Control de Cambios al imponer la sanción cuestionada. Por consiguiente, no se ve que se haya violado el literal D del artículo 217 del Decreto Ley 444 de 1967.

4. *Violación del artículo* 220 *del Decreto* 444 *de* 1967. Dice la sociedad actora que esta norma fue violada por los actos acusados porque siendo supuesto indispensable de la misma violación de las disposiciones cambiarias, no hay violación sin pruebas y no hay pruebas en el caso de autos. Dispone el artículo 220 del Decreto 444 de 1967 que "cualquier violación a las normas sobre control de oro y de cambios, será sancionada con multas impuestas por el Prefecto de Control de Cambios, a favor del Tesoro Nacional".

La norma transcrita se limita a establecer la clase de sanciones en que incurren las personas que violen las normas sobre control de oro y de cambios y a darle al Prefecto (hoy Superintendente) de Control de Cambios competencia para imponer dichas sanciones, que consisten en multas a favor del Tesoro Nacional. No expresa la norma nada referente a pruebas, las que seguramente se exigen en otras normas del mismo Estatuto cambiario, pero que no han sido señaladas aquí como infringidas.

Presentado el cargo en la forma que se ha descrito, aunque se haga abundante relación de hechos, no puede prosperar.

5. *Violación del artículo* 221 *del Decreto* 444 *de* 1967. Según la sociedad demandante, esta norma ha sido infringida porque exigiendo que las operaciones sean comprobadas, en el proceso administrativo que condujo a la sanción, así como en las resoluciones acusadas, no se ha demostrado jurídicamente el monto de la violación cambiaria.

El artículo 221 del Decreto Ley 444 de 1967, citado como infringido por la demandante, dispone que "la cuantía de las multas a que se refiere el artículo anterior será hasta del 200 por ciento del monto de la operación comprobada, y se graduará de acuerdo con las circunstancias dentro de las cuales fue cometida la infracción".

Como se desprende de la simple lectura de la norma transcrita, ella habla del *monto de la operación comprobada* y establece que la cuantía de las multas puede ser hasta del 200 por ciento de dicho monto y que deberá graduarse dentro de las circunstancias en las cuales fue cometida la infracción.

En el caso *sub judice* encuentra la Sala en relación con la aplicación del artículo 221 antes transcrito que el último considerando de la Resolución 334 A de 1982 impugnada expresa lo siguiente:

"De acuerdo con los artículos 220 y 221 del Decreto Ley 444 de 1967, los cuales estipulan que cualquier violación a las normas sobre control de cambios sancionadas con multas hasta del 200% y estando debidamente probada la falta, conviene precisar en esta providencia el monto de la infracción por violación a lo establecido en el Decreto 444 de 1967 en sus artículos 4º, 10 y 246 así: La Agencia de Viajes Tierra, Mar, Aire es responsable por la posesión y negociación de divisas, por la suma de US$ 36.516.54 que a las tasas de cambio vigentes de $ 38.50 arrojan un total de $ 1.313.181.91".

Considera la Sala que para darle cabal cumplimiento a la norma del artículo 221 del Estatuto Cambiario no basta afirmar, como lo hace la resolución acusada, que el monto de la infracción cambiaria es determinada suma de dinero, sino que se hace indispensable que se especifique cómo se obtuvo dicha suma, porque de no hacerse así no puede saberse con certeza cuáles son las infracciones a la ley cambiaria que se sancionan. De aquí que en el presente caso pueda cuestionar el señor Agente del Ministerio Público la mencionada suma diciendo, con razón a juicio de la Sala, que la providencia acusada "vuelve a caer en deficiencias probatorias, al determinar una cuantía (US$ 36.516.54, sin discriminar de dónde proviene o cómo se forma, dejando un vacío indefinido, pues el investigado no tiene cómo presentar descargos, ni sabe a qué se refiere el informativo". Por consiguiente, es evidente que la resolución acusada violó el artículo 221 del Decreto Ley 444 de 1967 por no aparecer demostrado el monto de la violación cambiaria, tal como lo exige la citada norma. Por lo tanto, este cargo prospera sin que sean necesarias más consideraciones.

6. *Los otros cargos.* Habiendo prosperado el anterior cargo, la Sala estima que es innecesario el análisis de los cargos referentes a la violación de los artículos 222 y 223 del Decreto Ley 444 de 1967.

En cuanto a la petición hecha por la sociedad demandante de que se condene a la Nación —Superintendencia de Control de Cambios— a pagarle los intereses legales comerciales, la Sala estima que debe accederse a ella por cuanto es evidente que el dinero representado por el valor de la multa impuesta y pagada, conforme aparece probado en autos, le ha ocasionado un real perjuicio que debe ser indemnizado, consistente en el lucro cesante de dicha suma desde la fecha en que se pagó en la Tesorería General de la Nación hasta cuando se haga la devolución de la misma. Por haber tenido origen la multa en las actividades comerciales de la sociedad demandante, es el caso de darle aplicación al artículo 884 del C. de Co., que dispone que "cuando en los negocios mercantiles hayan de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente", interés que debe probarse "con certificado expedido por la Superintendencia Bancaria".

Pero como se observa, por otra parte, que la sociedad demandada no aportó al expediente el certificado de la Superintendencia Bancaria sobre el interés bancario corriente, se deberá, de conformidad con el artículo 307 del C. de P. C., condenar al pago de intereses en forma genérica, para que luego se haga la liquidación siguiendo el trámite del artículo 308 *ibídem*.

En mérito de las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con su colaborador Fiscal,

Falla.

1º Decláranse nulas las Resoluciones números 0334 A de 15 de abril de 1982 y 0423 del 6 de mayo del mismo año proferidas por el Superintendente de Control de Cambios.

2º Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, ordénase a la Superintendencia de Control de Cambios reintegrar a Tierra, Mar, Aire Limitada, la suma de quinientos veinticinco mil doscientos setenta y dos pesos con 76 centavos moneda corriente ($ 525.272.76), pagados por ella por concepto de la multa impuesta mediante las resoluciones anuladas, según consta en el recibo oficial de caja de la Tesorería General de la Nación número 93804.

3º Condénase *in genere* a la Nación colombiana Superintendencia de Control de Cambios a pagarle a la sociedad Tierra, Mar, Aire Limitada, los intereses legales comerciales por la suma de que trata el punto anterior desde el momento en que dicha sociedad efectuó el pago de la multa hasta la fecha en que se reciba el reintegro correspondiente.

4º La presente sentencia deberá cumplirse dentro del término señalado en el artículo 121 del C. C. A.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha octubre veintinueve de mil novecientos ochenta y tres.

Mario Enrique Pérez V., Jacobo Pérez Escobar, Samuel Buitrago Hurtado, Roberto Suárez Franco.

Lorenzo Rojas Surmay., Secretario.

INSCRIPCION EN LA OFICINA DE REGISTRO DE INSTRUMENTOS PUBLICOS. — Corrección. Acción indemnizatoria directa contra los perjuicios sufridos por error en el registro.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., octubre catorce de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado*)

Proyectó: Doctor Carlos Horacio Urán. Abogado Asistente.

Referencia. Expediente Nº 4096. Autoridades Nacionales. Actor: Germán Velandia García.

El señor Germán Velandia García por medio de apoderado, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción solicita se hagan las siguientes declaraciones:

Que es nula la Resolución 1163 de 1 de octubre de 1981 dictada por el Registrador de Instrumentos Públicos del Círculo de Bogotá;

Que es nula la Resolución 00223 de la misma autoridad, dictada el 16 de febrero de 1982, confirmatoria de la primera;

Que son nulos los artículos 2 y 4 de la Resolución 1160 dictada por el Superintendente de Notariado y Registro el 21 de abril de 1982, que confirmó la Resolución 1163 de 1981.

Como consecuencia de tales declaraciones, el demandante solicita se declare la vigencia de la anotación 009 que había sido suprimida por la primera de las resoluciones acusadas y operantes en el archivo de la oficina de registro bajo el número de matrícula 050-0114606; que se expidan los certificados relativos a dicha matrícula inmobiliaria y que se condene a la Nación Colombiana a indemnizar al demandante por los perjuicios causados con las resoluciones controvertidas.

I

Los actos acusados

La Resolución 1163 de 1º de octubre de 1981 ordena corregir la matrícula inmobiliaria 050-0114606 suprimiendo la anotación 009 correspondiente a la inscripción de la Escritura 773 de la Notaría 18 de Bogotá, "por no haberse cumplido con los trámites del registro que ordena el capítulo 4º del Decreto Ley 1250 de 1970". Señala la forma de hacer la supresión y ordena además que para efectos del registro se tengan sin valor el sello de la primera copia de la escritura aludida,

lo mismo que cualquier otra constancia que sobre dicha inscripción se llegare a expedir. Asimismo se suspende la expedición de los certificados identificados con los números 80064 y 85449 en trámite en ese momento, relativos a la matrícula mencionada.

La Resolución 0223 confirma la anterior en todas sus partes, decidiendo así el recurso de reposición interpuesto.

Finalmente, la Resolución 1660 que resuelve el recurso de apelación, dictada por el Superintendente de Notariado y Registro, confirma la Resolución 1163 de 1981 excepto en su artículo 2º que es revocado en su totalidad, y declara agotada la vía gubernativa. En esta resolución se analizan cada uno de los argumentos presentados por el apelante y la motivación para llegar a la conclusión mencionada, tiene que ver fundamentalmente con la irregularidad cometida en el trámite de la inscripción de la Escritura 773, hasta el punto de que en uno de sus apartes la resolución se refiere a la posible comisión de un delito. Después de analizar cada uno de los pasos que deben seguir y que en este caso se omitieron para proceder al registro de la Escritura 773 de 8 de abril de 1981, la Resolución 1660, dice lo siguiente: "lo anterior indica que la anotación de la Escritura 773 de 1981 se efectuó contrariando manifestamente el Decreto Ley 1250 de 1970 y posiblemente se cometió un hecho delictivo, razón por la cual se formuló la correspondiente denuncia penal".

II

La demanda

Los hechos

Por Escritura 773 de 8 de abril de 1981 María Elena Betancur de López vendió al demandante el apartamento 2402 de la Torre B Residencias Torres de Fenicia, calle 21 Nº 1-88 de Bogotá. Este instrumento fue inscrito en la oficina de registro el 9 de abril bajo la anotación 009, matrícula inmobiliaria Nº 050-0114606. Como el Juez Trece Civil del Circuito de Medellín decretó un embargo sobre tal inmueble, para su inscripción envió al Registrador de Instrumentos Públicos de Bogotá el oficio Nº 328 del 8 de julio de 1981 que fue inscrito en la misma matrícula bajo el Nº 0010. En este momento el poseedor inscrito del inmueble ya era el demandante. El 17 de julio siguiente el Registrador expidió certificado de libertad y tradición, en el cual aparece la incripción de tal embargo figurando precisamente bajo la anotación 009 de la matrícula 050-0114606, anotación que como ya se dijo, correspondía a la Escritura Nº 773.

Dice el demandante que el 3 de agosto siguiente el registrador, para rectificar su error, expidió otro certificado de libertad y tradición en el cual la compra venta realizada figura con anotación 009 y la del embargo con anotación 010 que es lo que corresponde a la realidad. A pesar de eso el registrador expide posteriormente, el primero de octubre de 1981, la primera de las resoluciones acusadas por la cual suprime la anotación 009 correspondiente a la Escritura 773, y con ella suprime la posesión inscrita del demandante para poner en vigencia la de la

vendedora María Elena Betancur de López y realizar la anotación del embargo ordenado. Posteriormente fueron expedidas las otras dos resoluciones ya relacionadas.

Como *disposiciones violadas* la demanda cita los siguientes artículos: 24 del Decreto Ley 2738 de 1959; 35, 40, 41, 42 y 54 del Decreto Ley 1250 de 1970, 1º de la Ley 167 de 1941; 20 del Decreto 528 de 1964; 789 del Código Civil y 264 del Código de Procedimiento Civil.

El *concepto de violación* se fundamenta así: En cuanto al artículo 24 del Decreto 2733 de 1959, porque con el registro realizado se produjo a favor del demandante "el legítimo derecho civil garantizado constitucionalmente por el principio general de la irretroactividad de las leyes" y por tanto "el registrador no podía modificar tales actos propios suyos ... pues se lo prohibe expresamente el artículo 24 en referencia".

En cuanto a las referidas normas del Decreto Ley 1250 de 1970, la violación radica, según la demanda, en que la actuación del registrador de instrumentos públicos no significó una corrección por un presunto error cometido al realizar la inscripción para lo cual está autorizado por dicho decreto, sino que constituyó una cancelación del registro lo que sólo puede hacerse mediante otro trámite (señalado en el artículo 41 del mismo decreto) "con referencia al acto, contrato o providencia que la ordene o respalda".

En esta forma al actuar por fuera de sus facultades y atribuyéndose funciones judiciales se violaron también las normas del Decreto 528 de 1964 y del C.C.A. señaladas, por la misma razón se violó la norma del Código Civil ya referida puesto que la inscripción de la Escritura 773 no fue cancelada por acuerdo mutuo entre un comprador y un vendedor ni se produjo decreto judicial de cancelación. Finalmente, la violación del artículo 264 del Código de Procedimiento Civil se habría producido porque la anotación 009 correspondiente a la inscripción de la Escritura 773 "en documento proveniente de funcionario público en ejercicio de sus funciones cuyo valor probatorio es pleno" y no podía ser desconocido en su valor por la Resolución 1163.

III

Alegato de las partes

El señor apoderado de la Superintendencia de Notariado y Registro propone la excepción de falta de legitimidad en la causa "por parte pasiva o ilegitimidad de personería sustantiva pasiva", por cuanto el demandante señala como demandada a la nación y solicita su condena para cubrir la indemnización correspondiente a los perjuicios ocasionados, a pesar de que los actos acusados fueron dictados por el registrador de instrumentos públicos del círculo de Bogotá y la Superintendencia de Notariado y Registro que, según providencia de la Sección Primera del Consejo, es "un establecimiento público aunque así no lo denomine expresamente el Decreto Ley 1659 de 1978", por lo cual la solicitud de condena debió dirigirse necesariamente contra la Superintendencia ya que las demás dependencias están subordinadas al Jefe de ese Organismo. Al ser una entidad distinta a la Nación, ésta no

está legitimada en la causa para ser parte en el proceso de la referencia y entonces no existe presupuesto material o sustancial para dictar sentencia de fondo en el proceso.

IV

Concepto fiscal

El Fiscal Primero del Consejo de Estado conceptua que se está en frente de una ineptitud sustantiva de la demanda por acumulación indebida de pretensiones, al demandarse a una entidad y pedirse la condena de una diferente, por lo cual la sentencia debe ser inhibitoria. Si lo anterior no fuera aceptado, dice el señor Fiscal, solicita que no prosperen las súplicas de la demanda, para lo cual se basa en la sentencia de 27 de abril de 1983 en la que la Sala Plena del Consejo de Estado aceptó que la corrección de una inscripción ilegalmente hecha para mantener en orden la tradición de los inmuebles y la información del público sobre la misma, no puede violar la constitución política que garantiza la propiedad privada, ni los objetivos a que se deben subordinar en ejercicio de sus funciones las autoridades de la República. No aparece sin embargo en el concepto Fiscal un análisis de esta sentencia para relacionarla con el caso sometido a estudio y de la sola transcripción no se deduce automáticamente, lo concluido por el Señor Fiscal.

V

Consideraciones de la Sala

En primer lugar se debe abordar la excepción planteada por el apoderado de la Superintendencia de Notariado y Registro, acogida por el señor Fiscal Primero de la Corporación.

Partiendo de la base de la naturaleza jurídica de la Superintendencia de Notariado y Registro como un establecimiento público, tal como fue recordado en su oportunidad, es claro que la mención que se hace a la Nación colombiana, no es excluyente de la obligación que debe asumir la Superintendencia; por el contrario, estando ésta debidamente identificada en las peticiones de la demanda, es quien debe asumir las consecuencias de una eventual condena por los perjuicios causados.

Otra sería la situación si al hablar de la nación colombiana, no se hubiera en ningún momento individualizado la institución o instituciones que, haciendo parte de ella, fueren causantes de los perjuicios por medio de la expedición de unos actos que se demandan. No siendo ese el caso, debe entenderse aquí que la mención de la Nación colombiana no es excluyente de la Superintendencia sino que ampara como estructura más general a dicha institución. Por lo tanto una eventual condena deberá recaer en la Superintendencia de Notariado y Registro, como entidad descentralizada del orden Nacional y que aparece debidamente identificada en la demanda.

Aclarado el punto anterior se entra al fondo del asunto planteado.

Es necesario, en primer lugar, puntualizar de dónde provino, en caso de existir, el perjuicio causado.

De los hechos narrados en la demanda y contenidos también en la parte motiva de la Resolución 1660, se deduce sin lugar a dudas que hubo por parte de la Administración una actuación irregular en cuanto a la inscripción del registro de la Escritura 773 de 8 de abril de 1981. La propia administración admite esta irregularidad en la resolución antes citada, hasta el punto de mencionar en ella que "posiblemente se cometió un hecho delictivo" por parte de los funcionarios dependientes de la Superintendencia de Notariado y Registro. Es claro que esta actuación irregular bien puede llegar a causar un perjuicio a un administrado.

De lo anterior, sin embargo, no puede deducirse que la actuación pública sobreviniente y encaminada justamente a corregir tal error, sea una actuación también anómala, contraria a la ley y por lo mismo anulable. En tal sentido en la sentencia de fecha 26 de abril de 1983 de Sala Plena (Expediente 10948 Unificación matrícula inmobiliaria), se dijo que ningún perjuicio puede causar a un demandante un acto arreglado a la ley, como sucede aquí con las resoluciones demandadas, en donde, inequívocamente de lo que se trata es de corregir la irregularidad reconocida por la administración.

Desde la primera de las Resoluciones acusadas, la Nº 1163 de 1º de octubre de 1981, la administración dijo que la supresión de la anotación 009 correspondiente a la Escritura 773, se hace "por no haberse cumplido con los trámites del registro que ordena el capítulo IV del Decreto Ley 1250 de 1970". Con posterioridad, en la resolución 1660 de 21 de abril de 1982, se señalan en la misma línea los siguientes aspectos: 1) "Este despacho al examinar la fotocopia de la primera copia de la Escritura 773 de 1981 observa lo siguiente:

"a) La carátula no tiene el número de radicación que siempre se coloca en todas las escrituras de la oficina.

"b) Tampoco tiene el timbre del reloj que igualmente se coloca cuando ingresan las escrituras a la oficina en donde se especifica, fecha, hora, minutos y año del recibo.

"c) No presenta la firma o las iniciales del funcionario confrontador de documentos.

"d) Aparece la constancia de inscripción firmada por el Registrador Delegado II".

"2) Más adelante dice que 'la Escritura 773 de 1981 no pagó derechos de registro ni fue radicada ... no fue objeto de calificación y en consecuencia no se dio la orden de su inscripción, requisito esencial para pasar a la siguiente etapa' ".

"3) El asiento de la Escritura 773 de 1981 que aparece en el folio de matrícula Nº 050-0114606 no tiene Nº de radicación. 'Además presenta todas las señales de haber sido interlineado entre la anotación que aparece como 10 y la 08, con borrones sin la salvedad correspondiente suscrita por el Registrador, como se hubiese procedido si se

tratase, de la corrección de un error (artículo 35 Decreto Ley 1250 de 1970). Lo anterior indica que la anotación de la Escritura 773 de 1981 se efectuó contrariando manifiestamente el Decreto Ley 1250 de 1970, y posiblemente se cometió un hecho delictivo, razón por la cual se formuló la correspondiente denuncia penal".

"4) En la carpeta de antecedentes correspondiente al inmueble identificado con el número 050-0114606 no reposa la copia destinada a la oficina de registro, documento indispensable para hacer la inscripción. Tampoco la escritura mencionada siguió el trámite señalado en el artículo 29. La constancia de registro dada sobre la primera copia del documento es hoy objeto de investigación disciplinaria y penal".

"5) La Resolución 1660 aclara además, que la inscripción del embargo comunicado mediante oficio 328 del Juzgado 13 Civil del Circuito de Medellín 'cumplió todo el trámite de registro y su anotación en el folio de matrícula se hizo con anterioridad a la Escritura 773 que hoy aparece interlineada. Si no hubiera sido así el oficio del registrador comunicado al señor Juez la inscripción debería continuar la advertencia de que el inmueble pertenecía a persona distinta del demandado' ", (se entiende que es el demandado en el juicio ejecutivo que cursaba en ese Juzgado Civil del Circuito).

Todo lo anterior quiere significar que no habiéndose seguido el trámite regular para la inscripción de la Escritura 773 y sí el correspondiente al embargo, la inscripción correspondiente a éste tenía que primar y eso fue lo que se ordenó mediante la resolución acusada.

Siendo que el artículo 37 del Decreto 1250 de 1970 faculta al Registrador para corregir los errores en que se incurra en una inscripción, no pueden tacharse tales actos de corrección como contrarios a la ley o a la Constitución y por tanto no pueden ser ellos los que causen un posible perjuicio. A partir de lo expresado por la Resolución 1660 y no desmentido por el demandante, casi que se podría decir que la inscripción de la Escritura 773 no pudo existir y que sólo mediante un hecho delictivo apareció la anotación correspondiente a dicha escritura. Es obvio que un acto delictivo no puede dar lugar al nacimiento de un derecho. Por eso la propia Constitución recuerda que se respeta la propiedad privada y los demás derechos, pero adquiridos con justo título y con arreglo a las leyes civiles, no con arreglo a los actos delictuosos.

Se insiste en que no se descarta en esta providencia la eventualidad de un perjuicio causado con tal actuación irregular de la administración, pero es necesario aclarar que esa actuación, que debe ser considerada como un hecho u operación administrativa según los términos de la Ley 167 de 1941, es la que entonces debe ser tenida como base para la reclamación de unos perjuicios *mediante una acción indemnizatoria directa,* (artículo 68 del C.C.A.), y no los actos regulares que justamente son los que buscan hacer concordar la acción de la administración con la ley.

Por lo tanto no puede hablarse, en el caso presente de la violación del artículo 24 del Decreto 2733 de 1959, porque la posible actuación de los funcionarios que hoy son investigados según la propia expresión

de la Resolución 1660, no podía dar lugar al nacimiento de ningún derecho.

Tampoco se puede hablar de la violación de las normas del Decreto 1250 de 1970, porque como se dijo, la actuación de la administración por medio de las resoluciones acusadas está amparada por la autorización expresa del artículo 37 del Decreto 1250 de 1970. Por estas razones se descarta también la violación del artículo 789 del Código Civil y del artículo 264 del Código de Procedimiento Civil.

Con base en lo anterior no pueden prosperar las súplicas de la demanda y la sentencia será adversa a las pretensiones formuladas.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y de acuerdo en parte con el concepto del señor Fiscal Colaborador,

Falla:

No se accede a las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese.

Se deja constancia de que el anterior proyecto de fallo fue discutido y aprobado en reunión celebrada por la Sección primera el día 6 de octubre de 1983.

Mario Enrique Pérez Velasco, Samuel Buitrago Hurtado, Jacobo Pérez Escobar, Roberto Suárez Franco.

Lorenzo Rojas Surmay., Secretario.

CONTRATO ADMINISTRATIVO. DENUNCIA DE VOCACION HEREDITARIA. — Situaciones jurídicas nacidas y extinguidas bajo el imperio de una norma. LEY. — Aplicación. Ley 153 *de* 1887. *Artículo* 38. *En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.*

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., octubre diecinueve de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado*)

Referencia: Expediente Nº 4088. Autoridades Nacionales. Actor: Luis Martín Rodríguez Padilla.

Por conducto de apoderado judicial, el doctor Luis Martín Rodríguez Padilla en demanda presentada el 8 de julio de 1982, pidió que previos los trámites procesales propios de un litigio contencioso administrativo de mayor cuantía y con citación y audiencia del señor Agente del Ministerio Público, se hicieran las siguientes o similares declaraciones:

"*Primera*: Que es nula la Resolución Nº 000324 de marzo 2 de 1982 dictada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por cuanto dicha disposición se motivó y fundamentó en normas inexistentes por cuanto habían sido derogadas por normas posteriores y de superior jerarquía.

"*Segunda.* Que como consecuencia de lo anterior se procede a ordenar una nueva liquidación de la cuota de participación a que es acreedor mi mandante pero acompasada a lo dispuesto por el artículo 107 del Decreto Nº 2388 de 1979, que para el caso es la norma vigente.

"*Tercera*: Que para el momento en que se verifique la graduación del correspondiente crédito, éste sea incrementado con los correspondientes intereses moratorios, por cuanto la Entidad demandada (I.C. B.F.) no ha accedido a las justas y oportunos requerimientos de mi mandante. (sic).

Los hechos de la demanda los resume la Sala en la siguiente forma:

1. El actor ajustándose a los requisitos preestablecidos por la ley, denunció ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar la sucesión de la señorita Ascensión Rozo Morales, fallecida el 29 de noviembre de 1974, sin que dejara herederos.

2. Formulada la denuncia correspondiente el demandante en uso de poderes conferidos por el I.C.B.F. adelantó a su costa el proceso

de sucesión ante el Juzgado 17 Civil del Circuito de Bogotá, el cual al llegar a su terminación, los bienes relictos le fueron adjudicados al Instituto.

3. Para que los bienes adjudicados pudieran ingresar real y efectivamente a su destinatario (ICBF) el actor se vio precisado a iniciar y llevar hasta su terminación un proceso de tenencia contra María Inés Rozo de Arenas y además adelantar a su costa otro proceso de lanzamiento contra Manuel José Guzmán.

4. Entregados al ICBF el 14 de marzo de 1981 los bienes libres de todo gravamen o disminución, correspondía a dicha entidad pagar al demandante su correspondiente participación según lo establecido por el artículo 108 del Decreto 2388 de 1979, disponiendo por medio de Resolución que la participación a que tenía derecho el profesional debía graduarse entre el 30 por ciento mínimo y el 50 por ciento máximo.

5. El 2 de marzo de 1982 el Instituto Colombiano de bienestar Familiar dictó la Resolución Nº 000324 "Por la cual se reconoce una participación económica y se ordena su pago", la cual estima nula la demanda por: a). Jurídicamente se respaldó en un simple acuerdo del año de 1970 que era inexistente porque dos años antes había sido derogado por el Decreto 2388 de 1979; y b). No se le reconoció al actor una suma que oscilara entre los topes del 30 y el 50 por ciento como lo ordena la ley, sino que únicamente se le liquidó una suma equivalente al 11 por ciento del monto del valor de los bienes, suma ésta que no cubre ni siquiera la correspondiente a honorarios profesionales, máxime que las costas y costos de los tres procesos adelantados fueron de cargo del mismo.

6. Dice por último la demanda que el demandante hizo ante el I.C.B.F. las correspondientes reclamaciones sin obtener respuesta positiva.

La demanda se fundamenta en las siguientes normas legales: artículos 16 y 30 de la Constitución Nacional; Decreto 2388 de 1979; Ley 153 de 1887, artículo 2º.

Al expresar el concepto de la violación dice en relación con el artículo 16 de la Carta, que el actor hizo uso del derecho de petición sin que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar diera cumplimiento a las obligaciones que surgieron de la ejecución del contrato. Del artículo 30 de la misma se dice que al adelantarse todas las diligencias necesarias para obtener que se adjudicasen los bienes al Instituto, se es titular de un derecho adquirido que no se puede vulnerar por una falsa interpretación de la ley como lo ha hecho la entidad mencionada.

Y en cuanto a los artículos 107 y 108 del Decreto 2388 de 1979, expresa el demandante que éstos establecen que la participación económica del denunciante oscila entre el 30 y el 50 por ciento y no como lo pretende la resolución demandada al reconocerle solamente un once por ciento con base en una norma derogada como es el Acuerdo Nº 0005 de 1970, sin que pueda argüir que la ley que regía el contrato era este acuerdo, ya que si bien es cierto que aquél se celebró en 1976, solamente vino a perfeccionarse unilateralmente con la entrega de los

bienes al Instituto el 4 de marzo de 1961. Que el principio de que a los contratos debe aplicarse la ley vigente al momento de su celebración no es absoluto puesto que cuando se profirió el Decreto 2388 de 1979, los actos adquisitivos del derecho a la vocación hereditaria en favor del Instituto no habían sido realizados a cabalidad y solamente dos años después de que aquél entrara en vigencia el proceso llegó a su fin.

La demanda fue admitida por medio de providencia del 30 de septiembre de 1982. Dentro del término de fijación en lista el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar se constituyó como parte impugnadora por conducto de apoderado especial quien se opuso a las declaraciones impetradas en la demanda. Las partes no presentaron alegatos de conclusión y el señor Fiscal Primero de la Corporación emitió su concepto de fondo favorable a la prosperidad de las peticiones de la parte actora.

Y como el auto de citación para sentencia se encuentra ejecutoriado, se procede al pronunciamiento de la decisión correspondiente, para lo cual se hacen las siguientes

Consideraciones

Por medio del acto acusado que en la Resolución Nº 000324 proferida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar el 2 de marzo de 1982 se reconoce a favor del doctor Luis Martín Rodríguez Padilla la suma de $ 1.347.011.87 M.Cte. por concepto de participación económica a que tiene derecho, en razón de haber denunciado la vocación hereditaria del Instituto en la sucesión de Ascensión Rozo Morales y obtenido la adjudicación de los bienes al mismo Instituto.

Conforme se dice en la misma resolución, el actor denunció el 21 de abril de 1976, la vocación hereditaria del I.C.B.F. en la sucesión de la señorita Ascensión Rozo Morales fallecida en Bogotá sin dejar herederos *ab intestato* ni testamentarios conocidos, con derecho a recoger la herencia. Con base en dicha denuncia se suscribió con el denunciante el Contrato Nº 2088 el 17 de mayo de 1976.

En desarrollo del contrato, al denunciante otorgó poder el Instituto para que adelantara el proceso de sucesión el cual cursó en el Juzgado 17 Civil del Circuito de Bogotá, obteniendo sentencia de adjudicación el 21 de febrero de 1977.

Posteriormente, por Escritura Pública Nº 3461 de 5 de septiembre de 1978, de la Notaría Décima del Círculo de Bogotá, se protocolizó la sucesión de Ascensión Rozo Morales y se registró debidamente.

Los bienes adjudicados, que están detallados en la resolución acusada, "ingresaron al patrimonio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar según certificación expedida por el Almacenista de la Sede Nacional del Instituto", y éste se encuentra en posesión de los mismos.

Que de acuerdo con los avalúos practicados por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, según informes del 17 de junio de 1981 y 10 de julio del mismo año, los inmuebles arrojan un valor total de $ 11. 387.000.00 M/Cte.

Y que según el Acuerdo Nº 0005 de 1970 de la Junta Directiva del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, bajo el cual el Instituto se obligó a pagar al denunciante contratista la participación económica, cuando el valor fuere mayor de un millón de pesos (M/Cte.) se reconoce al denunciante el cincuenta por ciento (50%) sobre los primeros cincuenta mil pesos; cuarenta por ciento (40%) sobre los segundos Cincuenta Mil pesos, veinticinco por ciento (25%) sobre los siguientes Novecientos Mil pesos, y diez por ciento (10%) sobre el resto.

El demandante sostiene a todo lo largo de su libelo, que no es con base en el Acuerdo Nº 0005 de 1970 que se le debe hacer la liquidación de su participación, sino en los artículos 107 y 108 del Decreto 2388 de 1979, que establecen que la participación económica del denunciante oscila entre el 30 por ciento y el cincuenta por ciento, pues el Acuerdo citado es una norma derogada. Y agrega, que si bien es cierto que el contrato se celebró en 1976, solamente vino a perfeccionarse unilateralmente con la entrega de los bienes el Instituto, o sea, el 4 de marzo de 1981.

El contrato administrativo sobre denuncia de vocación hereditaria del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en la sucesión de la señorita Ascensión Rozo Morales se suscribió el 17 de mayo de 1976 entre el Director del Instituto, representante legal del mismo y Luis Martín Rodríguez Padilla, demandante en el presente juicio. Conforme la cláusula segunda del contrato, las obligaciones del comentarista eran las siguientes: "a) Iniciar, adelantar y llevar hasta su culminación todos los trámites judiciales y extrajudiciales que sean necesarios para obtener que al Instituto se le adjudiquen y entreguen dichos bienes y b) Presentar al Instituto Informes periódicos sobre el estado del proceso, en particular de los momentos procesales de aceptación de la demanda, emplazamientos, medidas cautelares, diligencias de inventarios, sentencias de adjudicación, protocolización y registro de la misma. En ningún caso entre uno y otro informe mediará término mayor de tres (3) meses".

Y las obligaciones del Registro están consignadas en la clásula cuarta del convenio así:

"El Instituto se obliga a pagar al CONTRATISTA la participación económica establecida en el Acuerdo Nº 005 de febrero 26 de 1970 emanado de la Junta Directiva del INSTITUTO, una vez ingresen a éste real y efectivamente todos los bienes adjudicados. El valor de la participación se fijará de acuerdo a la liquidación que del valor de los bienes se haga en el proceso".

Conforme el artículo 1608 del Código Civil, "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratistas, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".

Por manera que las estipulaciones regularmente acordadas en un contrato determinan el criterio para definir las obligaciones y los derechos establecidos en el convenido. Esas condiciones consignadas en las distintas cláusulas del mismo, son ley para las partes en cuanto no vayan contra expresas prohibiciones de la ley.

En el contrato que suscribieron el Director del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y el doctor Luis Martín Rodríguez Padilla el 7 de mayo de 1976 se consignaron con toda precisión las obligaciones de las partes, entre las cuales figuraba de parte del Instituto la de pagar al contratista la participación económica establecida en el Acuerdo Nº 005 de febrero 26 de 1970 emanado de la Junta Directiva del Instituto, una vez ingresaran a éste real y efectivamente todos los bienes adjudicados. Y acorde con tal estipulación, tan pronto se cumplieron las condiciones fijadas, el Instituto procedió por medio del acto acusado a hacer el pago de la participación al actor acorde con las normas que sobre el particular estaban vigentes en la época de celebración del contrato que, como se ha dicho, lo era el Acuerdo Nº 005 de 1970.

"Aceptada por el Estado una obligación contractual, su cumplimiento es ineludible, sin que puedan interpretarse las leyes nuevas expedidas posteriormente a la celebración del contrato en el sentido de hacer más gravosa las pretensiones a que está obligada la parte contratante. Eso equivaldría a modificar unilateralmente el contrato, lo cual se opondría a los principios de derecho, a la equidad y a la estabilidad de las instituciones jurídicas". Así se expresó la Corte Suprema de Justicia en sentencia de la Sala de Casación Civil de 16 de abril de 1940.

En relación con el Decreto Nº 2388 de septiembre 29 de 1979. "Por el cual se reglamentan las Leyes 75 de 1968, 27 de 1974 y 7º de 1979", es obvio que únicamente se aplica a aquellos contratos celebrados con posterioridad a su vigencia, que solamente comenzó como reza su artículo 136, a partir de la fecha de su expedición. (Septiembre 29 de 1979).

Es sabido que en cuanto a la aplicación en el tiempo como principio general, las leyes no tienen carácter retroactivo. Ellas rigen hacia el futuro. La aplicación de toda ley es inmediata; esto es, se aplica en el presente, pero no puede ser aplicada al pasado. Esta distinción fundamental se aprecia con claridad cuando se trata, como en el caso presente, de situaciones jurídicas nacidas y extinguidas bajo el imperio de una norma. Por consiguiente, no es valedero el argumento del actor en el sentido de que el Decreto 2388 de 1979 regula la situación que para él se derivaba del contrato que suscribió con el señor Director del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar el 17 de mayo de 1976 y que por lo mismo estaba gobernado por otras disposiciones legales. Ello está acorde con la preceptiva de la ley 153 de 1887 que en su artículo 38 dice que, "En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración".

De tal manera que en el caso de autos, como ya se expresó, lo que ocurrió lisa y llanamente fue que en desarrollo del contrato suscrito entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y el doctor Luis Martín Rodríguez Padilla, aquél, una vez ingresaron de modo real y efectivo los bienes adjudicados en la sucesión de la señorita Ascensión Rozo Morales a su patrimonio procedió a reconocerle el contratista la participación económica a que era acreedor, estipulada conforme al Acuerdo Nº 005 de febrero 26 de 1970, de la Junta Directiva del Instituto, para lo cual expidió la Resolución Nº 000324 del 2 de

marzo de 1982 acusada. Ella quiere significar sin duda alguna, que dicho acto se expidió con sujeción a la ley y con fundamento en las normas existentes cuando se suscribió y perfeccionó el convenio sobre denuncia de vocación hereditaria del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en la sucesión dicha. Consecuencialmente, mal puede pretenderse ahora solicitar la aplicación de una disposición legal que sólo entró a regir a los tres años, cuatro meses y diez días de perfeccionamiento del contrato, que generó para el actor una situación particular y concreta que se tornó inmodificable para él.

Y así las cosas, es forzoso para la Sala negar las peticiones de la demanda.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto del señor Fiscal Primero de la Corporación y en desacuerdo con él, y administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

DENIEGANSE las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese.

El fallo anterior lo discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el 14 de octubre de 1983.

Mario Enrique Pérez V., Jacobo Pérez Escobar, Samuel Buitrago Hurtado, Roberto Suárez Franco.

Lorenzo Rojas Surmay., Secretario.

VIA GUBERNATIVA. INTERPOSICION DE LOS RECURSOS. El término para interponer los recursos de reposición y apelación es común, dentro de los cinco días útiles a partir de la notificación (Art. 14 del Decreto 2733). RECURSO DE REPOSICION. No es obligatorio.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., octubre diecisiete de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker*)

Referencia: Expediente Nº 7355. Actor: Jairo Morales Pupo. Autoridades Nacionales.

El señor Jairo Morales Pupo, por intermedio de apoderado y en ejercicio de la *acción de plena jurisdicción,* demandó ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Córdoba la nulidad de las Resoluciones números 700 y 708 de 9 y 20 de mayo de 1979, proferidas por el Gerente Regional del *Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA* de Montería y en virtud de las cuales se le destituyó del cargo de Supervisor del Programa Móvil Urbano, para solicitar luego el restablecimiento del derecho vulnerado.

Para resolver se considera

El Tribunal profirió sentencia de primer grado con fecha 27 de mayo de 1982 y en ella se refirió concretamente a la falta de prueba del agotamiento de la vía gubernativa, en los siguientes términos:

"Estableciendo lo anterior, se observa que la Resolución acusada de nulidad Nº 700 de 9 de mayo de 1979, que destituye a Jairo Morales Pupo, se le notifica personalmente y en tiempo. A folios 17, 18 y 19 hace uso del recurso de reposición mas no del de apelación ante el inmediato superior, cuando la misma resolución le está indicando los recursos de que debe hacer uso por la vía gubernativa... De lo anterior se concluye que el señor Jairo Morales Pupo no agotó la vía gubernativa requerida por la ley en este caso..." (folio 140-141).

Evidentemente, a folios 17 a 19 aparece el memorial mediante el cual se interpuso el recurso de reposición contra la Resolución Nº 700 de mayo 9 de 1979. A folios 20 obra la Resolución Nº 0708 de mayo 29 del mismo año, que confirma en todas sus partes la anterior. No aparece constancia de que se hubiera interpuesto el recurso de apelación.

A este respecto, la Fiscalía Quinta de esta Corporación conceptuó lo siguiente:

"De conformidad con el artículo 14 del Decreto 2733 de 1959, el término para interponer los recursos de reposición y apelación es común, dentro de los 5 días útiles a partir de la notificación".

"De manera tal, que el particular no puede interponer sólo el de reposición, esperar que se resuelva y una vez que le notifiquen la respectiva providencia, intentar el de apelación si no ha prosperado.

"Ni siquiera es obligatorio para el agotamiento de la vía gubernativa el recurso de reposición y por tanto el artículo 16 del mismo decreto indica que el de apelación puede interponerse directamente, o como subsidiario del de reposición. Pero siempre dentro del término de los 5 días a partir de la notificación de la primera providencia".

"Si el actor en su memorial de 18 de mayo de 1979, no mencionó para nada el recurso de apelación perdió la oportunidad de interponerlo, puesto que dentro del término de 5 días hábiles contados a partir de la notificación personal —14 de mayo de 1979— no manifestó que apelaba".

"Por esa razón, el Gerente Regional al desatar la reposición le advirtió que contra ese acto no cabía recurso alguno, observación que estuvo ajustada a derecho, ante la ausencia de apelación".

"Queda claro entonces, que con el sólo recurso de reposición no agotó el actor la vía gubernativa, pues era indispensable interponer en tiempo el de apelación".

"De conformidad con el artículo 82 del C.C.A., para acudir en demanda ante lo contencioso administrativo, es necesario que se haya agotado la vía gubernativa".

La Sala comparte íntegramente los anteriores planteamientos y con fundamento en ellos dispondrá la confirmación de la sentencia apelada.

En mérito de las consideraciones anteriores, 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 apelada proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Córdoba de fecha 27 de mayo de 1982.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 7 de octubre de 1983.

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Reynaldo Arciniegas Baedecker.

Víctor M. Villaquirán., Secretario.

ABANDONO DEL CARGO. — ¿Cuándo se produce? (Artículo 126 del Decreto 1950 de 1973). LICENCIAS. PRORROGA. — La Administración no está obligada a concederla (Artículo 19 del Decreto Ley 2400 de 1968).

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., octubre veinticuatro de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejera ponente: *Doctora Aydée Anzola Linares*)

Referencia: Expediente Nº 6705. Autoridades Nacionales. Actor: Epifanio Alvarado Heredia.

Epifanio Alvarado Heredia, por conducto de apoderado, instauró demanda haciendo uso de la acción de plena jurisdicción, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca para que, previos los trámites legales del caso, se hicieran las siguientes declaraciones:

"*Primero.* Que es nula la Resolucióhn Nº 4580 del 14 de diciembre de 1978, originaria de la Gerencia General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria".

"*Segundo.* Que como consecuencia de la nulidad impetrada en el punto anterior. el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria debe reintegrar a mi procurado al cargo que desempeñaba hasta la fecha de su destitución, o a uno de igual o superior categoría".

"*Tercero.* Que el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria debe cancelar a mi procurado, desde la fecha de su destitución y hasta la fecha en que sea reintegrado, todos los salarios, primas y bonificaciones dejados de devengar, y a los cuales él hubiera tenido derecho en caso de haber prestado efectivamente sus servicios".

"*Cuarto.* Que para todos los efectos legales, se considera que no ha habido solución de continuidad en los servicios prestados por mi procurado, señor Epifanio Alvarado H., al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria".

"*Quinto.* Que lo decretado a favor de mi procurado debe ser cumplido por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria dentro del término establecido por el artículo 121 de la Ley 167 de 1941".

Los hechos que sirven de fundamento a las peticiones anteriores, son los siguientes:

"1. Mi procurado, señor Epifanio Alvarado Heredia, ingresó al servicio del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria con fecha 23 de mayo de 1966, habiendo trabajado en forma ininterrumpida hasta el día 17 de septiembre de 1978 inclusive".

"2. Durante todo el tiempo trabajado, mi procurado ejerció el cargo de Topógrafo en varios proyectos, el último de los cuales fue el proyecto Nº 1, con sede en Bogotá, en donde laboró por más de dos años hasta el día 1º de junio de 1978".

"3. Con fecha 1º de junio de 1978, mi procurado es trasladado del proyecto Nº 1, con sede en Bogotá, al Proyecto Arauca, con sede en Saravena, a donde efectivamente él se traslada a cumplir con sus funciones".

"4. Durante todo el tiempo de servicio, mi procurado nunca recibió llamadas de atención o sanciones de cualquier naturaleza, en tanto que sí recibió felicitaciones por su labor".

"5. Con fecha 30 de agosto de 1978, mi procurado solicita sesenta (60) días de licencia no remunerada, aduciendo como razones "calamidad doméstica", que consistía en grave enfermedad de la madre que requería hospitalización, y asuntos de índole personal que estaban pendientes desde su reciente traslado de Bogotá a Saravena".

"6. Según incograma fechado en Saravena el 10 de octubre de 1978, 'con Resolución 442 diregional concedióle licencia por períodos septiembre 18 de noviembre 16 de 1978 debe presentarse laborar noviembre 17 de 1978".

"Debe llamarse la atención en este hecho, el que la comunicación por medio de la cual se le informaba a mi procurado de que su licencia le había sido concedida, está fechado el 10 de octubre, esto es 22 días después de que mi poderdante hubiera iniciado el disfrute efectivo de la misma".

"7. Con fecha 3 de noviembre de 1978 mi procurado solicita una prórroga de su licencia por treinta días más, aduciendo como razones las mismas por las cuales había solicitado la licencia original.

"8. Con fecha 20 de noviembre de 1978, y en incograma fechado igualmente en Saravena, el Director Regional comunica a mi procurado que "Por motivos del servicio beome (sic) obligado negarle prórroga licencia *debe reintegrarse mayor brevedad* sus labores" (subrayado mio)".

"En este hecho caben destacar dos cosas, 1ª Que la negativa de la licencia se produce cuando ya estaba vencida la anterior, con tres días de retardo, y 2ª Que no se le establece término para el reintegro".

"9. Mi procurado no tuvo conocimiento de la negativa que había recibido su solicitud de prórroga, sino que de ella se enteró ya hacia el 14 de diciembre siguiente cuando, venciéndose la prórroga que él creía concedida, por tratarse de razones de fuerza mayor, por tratarse de un derecho y por no haberle sido negada oportunamente, se presentó para recibir instrucciones sobre su reintegro".

"10. Al enterarse mi procurado de la negativa a la prórroga que había solicitado de su licencia, se enteró igualmente de que ya no había nada que hacer, pues estaba para la firma la resolución de destitución, la cual efectivamente le fue comunicada por oficio 4.2 Nº 204-55 del 18 de diciembre de 1978, suscrito por el Jefe encargado de la

División de Administración de Personal del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria".

Las normas legales violadas y el concepto de la violación, aparecen relacionados a folios 8 a 11 del informativo.

Después de que se le dio al proceso el trámite que le corresponde y una vez que el señor Agente del Ministerio Público se pronunció en contra de las súplicas impetradas, el Tribunal del conocimiento dictó la sentencia que ha venido a virtud de apelación interpuesta por la parte demandante y en dicha providencia negó las súplicas de la demanda.

El señor Fiscal Cuarto de la Corporación, con los argumentos que se leen a folios 92 a 94 se pronunció en el sentido de solicitar que se decrete la caducidad de la acción, pues considera que en el caso de estudio el acto comenzó a tener vigencia en el momento mismo en que fue expedido, esto es, el 14 de diciembre de 1978. Sin embargo olvidó que al tenor de lo dispuesto en el artículo 83, inciso 2º, la acción encaminada a obtener una reparación por lesión de derechos particulares, prescribe, salvo disposición legal en contrario, al cabo de cuatro meses a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto, o de realizado el hecho u operación administrativa que cause la acción. Es así que en el caso de examen, el acto se comunicó al actor el 18 de diciembre de 1978, conforme lo indica la documental de folio 3, luego la presentación de la demandante hecha el 17 anterior, lo fue en tiempo y en consecuencia no puede decirse que la acción se halla caducada.

Esto sentado se pasa a examinar las probanzas aportadas en orden a saber si la administración obró conforme a derecho al declarar en el acto acusado la vacancia del cargo de Topógrafo que venía desempeñando el demandante, por abandono del mismo y con apoyo en lo siguiente:

"Que el señor Epifanio Alvarado Heredia, Topógrafo 06 en el Proyecto Arauca, según información suminstrada por la Dirección Regional del Proyecto citado, desde el 17 de noviembre del presente año no se presenta a trabajar, sin que se le haya concedido autorización para separarse del servicio;"

"Que al señor Alvarado Heredia se le concedió una licencia por sesenta (60) días, la cual venció el 16 de noviembre pasado.

"Que el citado funcionario solicitó prórroga de licencia por treinta (30) días más, la cual le fue negada por razones del servicio;

"Que de conformidad con el artículo 126 del Decreto 1950 de 1973, se produce abandono del cargo cuando el empleado, sin justa causa, no reasuma sus funciones al vencimiento de una licencia o no concurra al trabajo antes de serle concedida autorización para separarse del servicio;".

"Que la Comisión de Personal del Instituto, en su sesión del 5 de diciembre de 1978 conceptuó que en el caso del funcionario Alvarado Heredia se configuró abandono del cargo".

Los hechos anteriormente transcritos están debidamente demostrados, como se verá a continuación:

A folio 152 del cuaderno que contiene los antecedentes administrativos aparece una nota fechada el 30 de agosto de 1978, dirigida por el demandante al señor Gerente Regional de Incora en Saravena en la cual solicita se le conceda una licencia durante sesenta días debido a problemas causados por calamidad doméstica como fue la hospitalización de su señora madre y algunos asuntos de índole estrictamente personal. Dicha licencia la comenzó a disfrutar cuando aún no le había sido concedida como se lee en la demanda, pues la comunicación mediante la cual se le hizo saber que había comenzado el 16 de septiembre de 1979 y que terminaría el 16 de noviembre del mismo año, le fue enviada el 10 de octubre anterior. El mismo día de vencimiento, el actor nuevamente se dirige a Incora para solicitarle una nueva prórroga de la licencia, por un término de treinta días debido, en este caso, a la enfermedad de su señora madre. A los tres días siguientes de haber formulado la solicitud de que se da cuenta, se le hizo saber que por razones del servicio no podían concederle la prórroga y que, por lo tanto, debería presentarse a continuar en el desempeño de sus labores a la mayor brevedad posible. Con todo, el demandante confiesa que hizo uso de la prórroga que él creía ya concedida "por tratarse de fuerza mayor, ... de un derecho y por no haber sido negada oportunamente". Agrega que al enterarse de la negativa a la prórroga que había solicitado de su licencia, se enteró igualmente de que ya no había nada que hacer, pues estaba para la firma la resolución de destitución. Olvidó, empero que de conformidad con claras y expresas normas legales que regulan lo relativo a las licencias, la administración no estaba obligada a conceder la prórroga conforme al artículo 19 del Decreto Ley 2400 de 1968, cuyo tenor es: *"Artículo 19 si concurre justa causa, a juicio de la autoridad nominadora, puede prorrogarse hasta por treinta días más"* (se subraya).

Lo anterior indica, como bien lo dice la parte impugnadora, que el derecho a la prórroga de la licencia no se obtiene con la simple solicitud, como equivocadamente lo creyó el demandante, toda vez que si no hay respuesta sobre la prórroga el empleado está obligado a presentarse inmediatamente, según lo prescrito en el Art. 72 del Dto. 2350 de 1973 que dice "Al vencerse cualquiera de las licencias o sus prórrogas DEBE REINTEGRARSE AL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES. SI NO LAS REASUME INCURRIRA EN ABANDONO DEL CARGO CONFORME AL PRESENTE DECRETO (Mayúsculas de la Sala).

Y como está probado, además, que el demandante se presentó a asumir sus funciones cuando faltaban unos pocos días para vencerse la prórroga que no le había sido concedida y de la cual hizo uso en forma abusiva se llega a la obligada conclusión de que en el caso de estudio las súplicas de la demanda deben negarse como lo hizo el *a quo*, pues el acto acusado fue dictado conforme a derecho. Se confirmará, en consecuencia, la sentencia apelada.

En mérito de las consideraciones anteriores, 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, en desacuerdo con el concepto fiscal,

Falla:

1º Declárase no probada la caducidad de la acción propuesta por el señor Fiscal Cuarto de la Corporación.

2º Confírmase en todas sus partes la sentencia apelada de fecha 16 de octubre de 1981, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el día 16 de septiembre de 1983.

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker Alvaro Orejuela Gómez.

Víctor M. Villaquirán., Secretario.

BALDIOS. ADJUDICACION.— Requisitos. Explotación prolongada en el tiempo. OPOSICION. Suspensión del trámite administrativo y remisión de las diligencias a la justicia ordinaria. Hipótesis que se pueden presentar ante el juez ordinario.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., octubre 11 de 1983

(Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo*)

Referencia: Expediente número 3329. Ordinario Apelación

Actor: Esperanza Paredes Cháves

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto tanto por la parte demandante (Esperanza Paredes Cháves) como por la opositora (señora Elvia David de Paredes) contra la sentencia de 7 de mayo de 1981, dictada por el Tribunal Administrativo de Nariño, que declaró la nulidad de la Resolución 01054 de 29 de septiembre de 1978 en virtud de la cual el Incora (Director del proyecto Nariño-Putumayo) adjudicó definitivamente el baldío "El Laurel" a la señora mencionada en último término y denegó las demás súplicas.

Pretendió la señorita Esperanza Paredes Cháves la nulidad de las Resoluciones números 01042 y 01054 mediante las cuales se adjudicaron los predios Gardenia y El Laurel a la señora David v. de Paredes, situados en el paraje Santa Teresita, El Encano, municipio de Pasto.

Como hechos la demanda narró en síntesis:

a) Que la señora David en forma inusitada solicitó ante el Incora la adjudicación de los citados predios, aduciendo una explotación económica irreal de 25 años para el primero y de 20 para el segundo.

b) Que el Incora siguió el trámite con manifiesto quebrantamiento de la ley, atribuyéndole a la supuesta colona una explotación económica de 25 años para el predio "Gardenia" y de 20 para "El Laurel".

c) Que como culminación de tan artificioso procedimiento el Incora resolvió favorablemente la solicitud de la señora David y profirió las Resoluciones de adjudicación 01054 y 01042 de 29 de septiembre de 1978, las que fueron debidamente registradas en la Oficina de Registro correspondiente.

d) Que la adjudicación se hizo con manifiesta violación de la ley agraria, ya que la supuesta colona no ha explotado dichos predios y menos por el excesivo lapso alegado.

Como normas violadas cita el libelo los artículos 1º de la Ley 200 de 1936 y 29 de la Ley 135 de 1961. En torno a estas normas se analiza el concepto de la violación, con apoyo en jurisprudencia de la Corte Suprema.

Cumplido el trámite de rigor en esta instancia y como no se observa causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, se entra a decidir. Para ello se considera:

Para la señora fiscal, la sentencia apelada merece ser revocada para denegar las súplicas de la demanda. Así en su vista de julio 11 del presente año, que obra a folios 102 y siguientes del cuaderno principal, anota:

"Al expediente se anexaron las copias debidamente autenticadas del trámite administrativo de adjudicación. Se observa que durante el mismo se dio cumplimiento a las normas que rigen ese procedimiento. En la oportunidad legal, funcionarios del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria practicaron las diligencias de inspección ocular (ver folios 22, 37 y 38) y se dejó la observación sobre el tiempo de explotación de los lotes (20 y 25 años). Basándose en las pruebas recogidas en el trámite administrativo de adjudicación, el Instituto dictó las resoluciones de adjudicación de los dos lotes de terreno denominados El Laurel y Gardenia. Estos actos administrativos gozan de la presunción de legalidad.

"La demandante es indudablemente interesada directa en las resultas del presente juicio, pese a lo cual dice estar demandando en acción de nulidad, y sin interesarle la legalidad de las resoluciones, se afana en demostrar que la adjudicataria de los terrenos baldíos, no fue en ningún momento explotadora de los terrenos. Para ello, trae a declarar a unos señores, quienes afirman haber cultivado o explotado el predio llamado El Laurel (ver folios 126 y siguientes).

"Por una parte resulta un tanto extraño que en acción de nulidad como la que se ejerce, se puede discutir el hecho de la explotación por parte de unos terceros.

"Sería más lógico pensar que quien discuta la posesión o explotación económica, como en este caso, sea quien ejercite o realice esa explotación y obviamente para ello tendría que hacerlo en acción de plena jurisdicción.

"Por otra parte, también resulta extraño que mediante simples declaraciones de testigos, se trate de desvirtuar todo un proceso administrativo realizado como ya se observó con todas las exigencias legales y durante el cual se practicaron las diligencias pertinentes, se identificó plenamente el terreno, estableciéndose además la explotación que la adjudicataria señora Elvia David viuda de Paredes realizaba.

"Debe destacarse también, que los declarantes a folios 126 y siguientes, se limitan a afirmar que ellos cultivaban en el predio El Laurel, sin determinar en qué extensión. Tampoco quedó probado que existiera plena identidad entre los terrenos donde dicen los testigos que laboraban y los predios o lotes objeto de las adjudicaciones.

"Más aún, el hecho de que otras personas hayan cultivado parte del predio o de los predios denominados El Laurel y Gardenia, no excluye por sí solo el hecho de que la adjudicataria también haya cultivado parte de los mismos predios. Tan cierto es lo anterior, que alguno de los declarantes admite y da cuenta la clase de cultivos que hacía la señora Elvia David viuda de Paredes.

"Por otra parte, los testimonios recibidos durante el trámite de segunda instancia, visibles a folios 39 vuelto y siguientes cuaderno número 2, nos informan sobre la posesión y adjudicación de mejoras por parte del esposo de la adjudicataria en los mencionados predios.

"De lo anterior se deduce que no existe prueba en el expediente, que permita concluir, que los actos acusados puedan ser anulados".

Por su lado, el señor apoderado de la señora David viuda de Paredes insiste en la revocatoria de la decisión. Para ello afirma que su poderdante sacó avante la oposición formulada contra la solicitud de la señora Mercedes Cháves de P., y obtuvo sentencia favorable del señor Juez 2º Civil del Circuito de Pasto, en la cual este funcionario estimó que el mejor derecho lo tenía la sucesión del doctor Carlos Enrique Paredes Cháves y como continuadora de los derechos de éste, la señora David viuda de Paredes.

Estima el mismo apoderado que el Tribunal no podía desconocer la decisión de la justicia ordinaria por cuanto ésta, en materia de ocupación material, tenía el valor de cosa juzgada.

Inoportunamente, como él mismo lo reconoce, el señor apoderado sustituto de la actora hace algunas reflexiones.

Para resolver se considera

Como lo ha dicho ya esta Sala (proceso 3606 Domingo Antonio Bermúdez) en principio tiene derecho a la adjudicación de un baldío toda persona que lo haya explotado con cultivos o ganado en las condiciones y plazos de la Ley 200 de 1936 y las que lo adicionan o reforman. Por esa razón el solicitante debe acreditar ante el Instituto esa explotación prolongada en el tiempo. Hecha la solicitud, los terceros pueden oponerse a esa adjudicación, presentando pruebas que justifiquen su actitud. Como es lógico, esa oposición puede tener como respaldo un título anterior a una explotación material de ese predio, sin reconocer derecho alguno al solicitante inicial. Pero como el Incora no puede resolver o definir un conflicto de intereses sobre posesión material o sobre un mejor derecho a la explotación de ese predio, si encuentra fundada la oposición tendrá que suspender el trámite administrativo y remitir las diligencias a la justicia ordinaria para que ante ella se ventile el litigio posesorio. Ya ante el juez ordinario se pueden presentar estas hipótesis: a) El opositor del trámite administrativo no formula la demanda, o la formula extemporáneamente o sin el lleno de los requisitos; b) El juez ordinario resuelve el litigio en favor del solicitante de la adjudicación; y c) El juez falla a favor del opositor.

Frente a las situaciones a) y b), el Incora, recibido nuevamente el expediente, proferirá la resolución respectiva la que, en principio, será favorable para el que solicitó esa adjudicación.

En la hipótesis c) el opositor triunfante tendrá derecho a que se haga a su nombre esa adjudicación y durante el trámite correspondiente no podrá oponerse el primer solicitante vencido.

Las ideas precedentes tienen su vigencia en el caso *sub judice*. Muestran los antecedentes que la señora Mercedes Cháves de Paredes el 19 de septiembre de 1966 hizo la solicitud de adjudicación del predio "El Laurel"; que dentro del trámite correspondiente la señora Elvia David viuda de Paredes se opuso, en representación de su hija menor y como continuadora de los derechos de su cónyuge fallecido doctor Carlos E. Paredes Cháves; que el Incora, encontrando válida la oposición, remitió las diligencias a la justicia ordinaria, tocándole su conocimiento al señor Juez Segundo Civil del Circuito de Pasto; que la opositora, mediante apoderado idóneo, formuló su demanda alegando que su cónguye doctor Carlos Paredes Ch., adquirió parte del predio por compra al señor Modesto Vallejo, según Escritura Pública número 1874 de 21 de noviembre de 1958 de la Notaría Segunda de Pasto y que poseyó el resto por compra de las mejoras a los colonos que lo poseían sin título alguno. El despacho judicial aludido, luego del trámite concluyó que la opositora tenía la razón, ya que las pruebas establecieron plenamente los hechos de la demanda. Así concluyó:

> "a) Acoger las peticiones de la demanda y declarar que Carlos Enrique Paredes —sucesión— tiene mejor derecho para ser adjudicatario de la parte baldía del fundo "El Laurel"... b) Remítase el expediente al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, donde se originó la actuación de titulación, para decidir la petición en consecuencia...".

La decisión de la justicia ordinaria tiene el valor de cosa juzgada en lo que toca con la explotación del predio; esa declaración de mejor derecho no puede cuestionarse ante esta jurisdicción y no podía desconocerse por el Incora. De allí que la decisión de adjudicación estuvo bien hecha, máxime cuando se demostró, que la señora Elvia David fue la continuadora de los derechos del primitivo poseedor doctor Carlos Enrique Paredes Ch., los que le fueron adjudicados en el sucesorio del mismo. No repugna en este campo la suma de posesiones y las pruebas que la establecieron fueron ya evaluadas por la justicia ordinaria.

Muestra lo precedente que la sentencia en este punto tendrá que ser revocada porque la adjudicación hecha por el Incora del predio "El Laurel" estuvo ajustada a la ley.

En cuanto al predio "Gardenia" la decisión del *a quo* deberá mantenerse, ya que la parte actora no acreditó los extremos alegados para la anulación del acto de adjudicación, o sea la Resolución número 01042. Comparte la Sala lo dicho por el Tribunal *a quo* a este respecto, en el sentido de que la parte demandante no demostró los supuestos que le restarían validez al acto cuestionado. Dijo el Tribunal:

> "En lo que se refiere al baldío denominado "Gardenia", no existe una prueba de la misma naturaleza del fundo El Laurel. Era preciso demostrar la explotación económica por parte del causante doctor Juvenal Paredes, padre de la demandante y demás

herederos y la ausencia de explotación económica por parte de la impugnadora señora Elvia David viuda de Paredes, y sobre todo establecer la identidad de los fundos ocupados materia de la controversia mediante la inspección judicial solicitada por la demandante señorita Esperanza Paredes Cháves. Máxime si se tiene en cuenta, que de conformidad a las diligencias practicadas por el Incora (Proyecto Nariño-Putumayo), a la Sra. Elvia David Vda. de Paredes, parece que ha ocupado parte del terreno denominado Gardenia, cuestión esta que discute la demandante. Los testigos de la actora no comparecieron en su totalidad a rendir su testimonio en el día y hora señalados y en cuanto a la Inspección Judicial, no se practicó por la negligencia de los peritos como auxiliares y colaboradores de la justicia. Ante la norma del artículo 129 del C. C. A., no se podía practicar esta prueba, prorrogando el término máximo que se señaló para tal efecto; razones por las cuales, el Tribunal no habrá de declarar la nulidad de la Resolución número 01042 de 29 de septiembre de 1978".

Por lo demás, el acervo probatorio corrobora lo afirmado por la Fiscalía la que, como se expresó, solicitó que la decisión fuera revocada, ya que los supuestos de la anulación de los actos impugnados no se establecieron adecuadamente dentro del proceso. En otros términos, la vigencia de las dos resoluciones impugnadas (01042 y 01054) seguirá en pie.

Por lo expuesto y de acuerdo con la señora fiscal, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

Falla:

Revócase la sentencia de 27 de mayo de 1981 dictada por el Tribunal Administrativo de Nariño. En su lugar deniéganse todas las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 6 de octubre de 1983.

Jorge Valencia Arango (Presidente Sala), *Carlos Betancur Jaramillo, Jorge Dangond Flores, Eduardo Suescún Monroy.*

Félix Arturo Mora Villate., Secretario.

SUSPENSION PROVISIONAL, SOBRE NORMAS SIN VIGENCIA.— No debe suspenderse una norma que ha perdido vigencia pues al ocurrir la abrogación, subrogación o derogación de la norma, deja de producir efectos y no otra cosa busca la suspensión provisional de la norma que evitar que continúen los efectos nacidos de una disposición claramente ilegal hacia el futuro. FINALIDAD DE LA SUSPENSION PROVISIONAL. Con la suspensión se busca evitar que una norma ilegal continúe causando perjuicios a los particulares o aún al propio Estado pero estos perjuicios dejan de producirse cuando el mismo órgano que produjo la norma dicta otra que la modifica.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., octubre veintiuno de mil novecientos ochenta y tres

(Consejero ponente: *Doctor Enrique Low Murtra*)

Referencia: Radicación 10.557. Súplica Sección Cuarta. Nulidad con suspensión provisional del artículo 5º de la Resolución número 16 de febrero 24 de 1983 expedida por la Junta Monetaria. Demandante: Juan Clímaco Giraldo Gómez.

Actuando en nombre propio y también con poder especial otorgado por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, el ciudadano abogado doctor Roberto Salazar Manrique interpuso recurso de súplica contra el auto de Sala Unitaria del 10 de agosto de 1983 que ordenó la suspensión provisional del artículo 5º de la Resolución 16 de 1983 emanada de la Junta Monetaria. Como el recurso fue interpuesto oportunamente la Sala entra a decidir.

Antecedentes

El ciudadano Juan Clímaco Giraldo Gómez solicitó la nulidad y suspensión provisional del artículo 5º de la Resolución 16 de 1983. Este artículo señala los requisitos que deben reunir las Corporaciones financieras que acudan al Fondo de Capitalización Empresarial. Entre estos requisitos la resolución determina un capital mínimo de $ 400 millones, que las corporaciones destinen al menos el 40% de sus colocaciones y que cumplan rigurosamente con el requisito de "inversión de capital" establecido en el artículo 1º del Decreto 3277 de 1980. Según el demandante esta decisión de la Junta Monetaria viola varias disposiciones de mayor jerarquía normativa. El conductor del proceso encontró una violación que, en su sentir, representaba causal suficiente para suspender provisionalmente la norma acusada. Dice así el auto recurrido en lo pertinente:

"f) El artículo 3º y parágrafo del Decreto 2461 de 1980, que prescribe que el capital suscrito de las Corporaciones no debe ser inferior a mil millones de pesos, y que antes de iniciar operaciones las Corporaciones deben comprobar que ha sido pagado por lo menos el 50% de su capital, o sea $ 500 millones. De suerte, se alega, que al señalar como requisito la norma acusada, que el capital pagado no sea inferior a $ 400 millones, se está violando la norma superior.

"La Sala unitaria considera que la violación alegada es ostensible, *prima facie,* y sobre esta consideración se debe decretar la suspensión provisional del acto demandado".

El suplicante en su memorial de interposición del recurso observa:

"Señala el demandante que el artículo 3º y su parágrafo del Decreto 2461 de 1980, exige un capital pagado no inferior a $ 500 millones a las corporaciones financieras. Para llegar a esta conclusión el demandante desestimó las precisiones de la ley contenidas en el inciso 2º del artículo 3º del citado decreto y en su parágrafo, según las cuales el límite mínimo exigido para el capital suscrito de las corporaciones financieras, *es aplicable a las que se creen a partir de la fecha de expedición del Decreto* 2461 *de* 1980 y el límite del 50% del capital pagado de estas corporaciones es exigido para aquellas entidades calificadas como *nuevas corporaciones por el decreto.* En otras palabras, la limitación de la norma superior de derecho que se considera violada, está clara y expresamente manifestada en la ley como aplicable al establecimiento de las corporaciones financieras creadas con posterioridad al 16 de septiembre de 1980, fecha de expedición del decreto en comento. Dicho límite debe ser comprobado ante el Superintendente Bancario por las *nuevas corporaciones*, antes de iniciar el desarrollo de sus operaciones según el tenor literal del parágrafo del mencionado artículo 3º.

"Tal vez sería válida la afirmación de que existe contradicción *'prima facie'* entre el artículo citado del Decreto 2461 de 1980 y el literal a) del artículo 5º de la Resolución 16 de 1980 de la Junta Monetaria, si las corporaciones financieras hubieran sido creadas por el decreto tantas veces citado. Sin embargo es un hecho notorio que este tipo de entidades financieras existe desde mucho tiempo antes de expedirse el Decreto 2461 de 1980 y a nadie debe escapar el conocimiento de la norma anterior que las reguló, contenida en el Decreto 2369 de 1960, precisamente citado por el demandante a los folios 11 y 12 del expediente.

"Lo anterior nos lleva necesariamente a pensar, sin mayor esfuerzo mental, que cotejados los dos textos legales, no existe contradicción en la norma del artículo 5º literal a) de la Resolución 16 de 1983 de la Junta Monetaria con el artículo 3º y el parágrafo del Decreto 2461 de 1980. Del hecho de que la norma de la Junta Monetaria haga referencia a un todo, en tanto que la disposición superior haga relación a una parte, no puede desprenderse que la una rebasa las previsiones de la otra, deduciéndose una violación de la norma inferior sobre la superior. El problema se reduce, entonces, a términos tan simples que puede afirmarse, sin lugar a equivocación, que las normas en comento no pueden ser contradictorias porque están regulando si-

tuaciones jurídicas distintas: la una, la resolución, regula el conjunto total de las corporaciones financieras, tanto de las creadas antes de la vigencia del Decreto 2461 de 1980 como de las posteriormente organizadas y establece como requisito para tener acceso al Fondo de Capitalización Empresarial un capital mínimo, en tanto que el decreto apenas hace referencia al requisito para la constitución de nuevas corporaciones financieras. Los términos utilizados en las dos normas supuestamente opuestas no son comparables en su texto, ni en su contenido, ni en su alcance, de manera que de ellas no puede desprenderse contradicción alguna.

"En los apartes anteriores se ha demostrado cómo no existe oposición ni leve y mucho menos manifiesta entre el literal a) del artículo 5º de la Resolución 16 de 1983 de la Junta Monetaria, con la norma superior de derecho que se alega como violada. En cuanto a la pretendida violación flagrante que se intenta presentar por el demandante para solicitar suspensión provisional de todo el artículo 5º atrás citado, con el argumento de que él contradice normas legales de superior jerarquía como el artículo 3º del Decreto Ley 2206 de 1963, o los artículos 1º, 6º y 12 del Decreto 2461 de 1980, o el artículo 12 de la Constitución Nacional, o el artículo 76 numeral 1º de la misma Carta, o el artículo 2º de la Ley 7ª de 1973, o el Decreto 3277 de 1980, basta remitirnos a las acertadas consideraciones que hace el señor Consejero ponente en los literales a), b), c), d), e), g) y h) del auto admisorio de la demanda para rebatir con ellos la tacha de violación flagrante del artículo 5º de la Resolución 16 de 1983 de la Junta Monetaria. Precisamente tales consideraciones hechas por el Consejero ponente son motivaciones que no se compadecen de manera alguna con la decisión contenida en el punto 5º del auto interlocutorio a que me he referido, por el cual se suspende provisionalmente todo el artículo 5º de la Resolución 16 de 1983, cuando el único aparte que el Consejero estima ostensiblemente contradictorio de la norma superior de derecho está contenido solamente en el literal a) del artículo 5º de la resolución cuya legalidad se cuestiona.

"Con todo respeto debo advertir esta contradicción del auto ante la Sala de decisión, con la plena seguridad de que dicha corporación atenderá las apreciaciones formuladas en esta impugnación para que se revoque la suspensión provisional del artículo 5º de la Resolución 16 de 1983, emanada de la Junta Monetaria.

"Debo advertir, adicionalmente, a la Honorable Sala de decisión que el literal a) de la norma que se declara suspendida por el auto recurrido, fue subrogada por la Resolución 41 de 1983 (abril 18) de la Junta Monetaria, cuyo texto debidamente certificado por el secretario de la misma me permito acompañar. Sin embargo, no sobra hacer las consideraciones anteriores para solicitar que se levante la suspensión provisional decretada en el auto recurrido".

Se considera

1. No debe suspenderse una norma que ha perdido vigencia pues al ocurrir la abrogación, subrogación o derogación de la norma, deja de producir efectos y no otra cosa busca la suspensión provisional

de la norma que evitar que continúen los efectos nocivos de una disposición claramente ilegal hacia el futuro. Con la suspensión se busca evitar que una norma ilegal continúe causando perjuicios a los particulares o aún al propio Estado pero estos perjuicios dejan de producirse cuando el mismo órgano que produjo la norma dicta otra que la modifica. La Junta Monetaria dictó la Resolución 41 de 1983 que subrogó el literal a) del artículo 5º de la Resolución 16 de 1983. (Folios 35 y 36). Por tanto la suspensión provisional debe revocarse.

2. También cabe anotar que la Resolución 16 de 1983 está estableciendo requisitos mínimos para que las corporaciones financieras acudan al Fondo de Capitalización Empresarial y no con el propósito de crear, fundar o establecer una corporación. Los requisitos de que habla el Decreto 2461 de 1980 se refieren a requisitos para la constitución de nuevas corporaciones financieras. Es natural que las corporaciones financieras creadas con anterioridad a la vigencia del Decreto 2461 de 1980 pueden tener un capital menor al que establece esa norma pues ella sólo se aplica a partir de su vigencia. Lo que la resolución 16 de 1983 establece es que las corporaciones no pueden tener acceso al cupo especial de Capitalización Empresarial si no reúnen esos mínimos requisitos. No puede olvidarse tampoco que entre las facultades propias de la Junta Monetaria está la de regular las condiciones del redescuento (Decreto 2206 de 1963) y el llamado Fondo de Capitalización Empresarial es, obviamente, un Fondo de redescuento como se infiere de una breve lectura de la resolución que lo creó.

Por lo expuesto el Consejo de Estado por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo contencioso,

Resuelve:

1. Revócase el numeral quinto de la parte resolutiva del auto suplicado.

2. No se accede a decretar la suspensión provisional solicitada por el demandante.

3. Reconócese al doctor Roberto Salazar Manrique como parte impugnadora en este proceso.

4. Notifíquese al fiscal.

5. Comuníquese al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público.

6. En firme esta providencia devuélvase al despacho del conductor del proceso para que continúe el trámite del juicio.

Cópiese, publíquese, notifíquese y cúmplase.

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

Bernardo Ortiz Amaya, Carmelo Martínez Conn, Enrique Low Murtra.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

COMISION NACIONAL DE VALORES. — Naturaleza Jurídica. Origen de su nacimiento en el mundo capitalista. Creación en Colombia. (Ley 32 de 1979). Es una entidad de policía administrativa económica. OBJETIVOS FUNDAMENTALES. ATRIBUCIONES POLICIVAS. INTERVENCION DE LA COMISION NACIONAL DE VALORES. OPERACION FICTICIA. Prueba indiciaria. La legislación prohibe toda operación ficticia, falsa, nominal o no representativa del mercado, cualquiera sea la modalidad que se escoja para efectuarla. DEFINICION. — Es la que se realiza y liquida efectivamente pero de inmediato se reserva entre las mismas partes. SUSPENSION DE UN INTERMEDIARIO. — Es una medida de carácter preventivo. GARANTIAS CONSTITUCIONALES en materia sancionatoria.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta. — Bogotá, D. E., octubre siete de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctor Enrique Low Murtra*)

Referencia: Radicación Nº 8321. Nulidad de las Resoluciones 43 y 83 de 1961 expedidas por la Comisión Nacional de Valores. Demandantes: Acciones y Valores Alvaro Aparicio y Asociados y Martínez Noguera y Arrázola S. C.

Actuando por medio de apoderado la sociedad Acciones y Valores Alvaro Aparicio y Asociados y Martínez y Noguera y Arrázola S.C. instauró demanda de plena jurisdicción ante esta Corporación solicitando de una parte la nulidad de las Resoluciones 043 del 20 de febrero de 1981 y 083 del 27 de marzo de 1981, providencias emanadas ambas de la Comisión Nacional de Valores, y de otra, a título de restablecimiento del derecho solicita que se declare que la sociedad "Acciones y Valores Alvaro Aparicio y Asociados y Martínez Noguera y Arrázola S.C.' no ejecutó operaciones de bolsa que tuvieran el carácter de ficticias, ni mucho menos no representativas del mercado...", que se declare que esta firma "no incurrió en violaciones de la ley penal" y finalmente que se le indemnice por "lucro cesante y daño emergente" con ocasión de los perjuicios que esa firma sufrió con motivo de la suspensión de su inscripción en el registro nacional de valores, decretado primero por las Resoluciones 043 y 083 de 1981 de la Comisión Nacional de Valores.

Hechos

Como hechos materia de la demanda el actor refiere los siguientes:

"1. Como resultado de la investigación adelantada en contra de la sociedad 'ACCIONES Y VALORES ALVARO APARICIO Y ASOCIADOS Y MARTINEZ NOGUERA Y ARRAZOLA S. C.', la Comisión Nacional de Valores, mediante oficio P-0051 de febrero 19 de 1981, le formuló cargos de haber infringido las disposiciones referentes al mercado de valores, y por medio de dicho oficio le dio, igualmente, un plazo de 30 días para que presentara los correspondientes descargos. En dicho oficio se manifestó:

" 'En el día de hoy he recibido las conclusiones de la investigación que se adelanta en relación con algunas transacciones bursátiles efectuadas durante el primer semestre de 1980. De tales conclusiones se desprenden algunas imputaciones graves para la sociedad que usted representa.

"A fin de que usted rinda las explicaciones pertinentes, me permito presentar el siguiente pliego de cargos:

"1. Realización de operaciones ficticias y, por ende, no suficientemente representativas del mercado.

"2. En su actuación se han presentado irregularidades que comprometen la seguridad del mercado, conductas éstas contrarias a lo establecido en el artículo 12, numeral 3, literales b) y c) de la Ley 32 de 1979, respectivamente.

"Todo lo anterior, teniendo en cuenta los siguientes hechos:

"El día 7 de marzo de 1980 el precio de la acción de la Compañía Nacional de Chocolates desciende a $ 50.00 por acción, como resultado de la operación Nº 12830 efectuada entre los comisionistas de Bolsa miembros de la Bolsa de Bogotá "Acciones y Valores" (ejecutando una presunta orden de venta impartida por Juan Felipe de la Iglesia A.) y "Acobolsa Seade" (ejecutando una orden de compra impartida por Inés Elvira Carreño de Bellew), mediante la cual se negociaron 7.525 acciones de la Compañía Nacional de Chocolates a $50.00 M/C. por acción.

"En relación con la identidad del comitente vendedor que impartió la orden de venta de las 7.525 acciones de la Compañía Nacional de Chocolates, la Sociedad Comisionista "Acciones y Valores" manifestó, mediante carta de fecha 15 de abril de 1980 dirigida al Superintendente Bancario que la orden había sido impartida por la señora María Mayorga, tal como apareció en los comprobantes de liquidación de la Bolsa y en el libro de operaciones del Comisionista.

"No obstante la comunicación antes indicada, la sociedad comisionista 'Acciones y Valores', en carta dirigida el día 30 de diciembre de 1980 al Secretario General de la Comisión Nacional de Valores, manifestó que la persona que impartió la orden de vender las 7.525 acciones de la Compañía Nacional de Chocolates correspondientes a la operación 12830, fue el señor Juan Felipe de la Iglesia Abat, quien reside en la ciudad de Panamá. La orden, según la comunicación indicada, fue impartida telefónicamente.

"De otra parte, de conformidad con los registros de la Bolsa de Bogotá, las 7.525 acciones de la Compañía Nacional de Chocolates pertenecían a la sociedad CARBAR LTDA. y nó a Juan Felipe de la Iglesia A., ni a María Mayorga.

"Según comunicación IF-232 de fecha 13 de febrero de 1981 suscrita por el Superintendente Bancario, 'la Sociedad comisionista' 'Acciones y Valores' puso a su disposición (de la Bolsa de Bogotá) un título por la cantidad de 25.315 acciones (de la Compañía Nacional de Chocolates) a nombre de la firma 'CARBAR LTDA' con el propósito de dar cumplimiento a la operación 12830".

"Según manifestación verbal de la señorita Mónica Naranjo, empleada de la firma 'Carrizosa Barreto y Asociados' la Sociedad 'Carbar Ltda., entregó en préstamo a la Sociedad Comisionista 'Acciones y Valores', las 25.315 acciones de la Compañía Nacional de Chocolates para que las utilizara como a bien tuviera.

"Una semana después, el día catorce (14) de marzo de 1980, la sociedad 'Acciones y Valores' adquirió, mediante la operación bursátil Nº 14050, siete mil quinientas acciones (7.525) (sic) de la Compañía Nacional de Chocolates, a nombre de María Mayorga y nó de Juan Felipe de la Iglesia Abat, con el fin de dar cumplimiento a la operación 12830, según lo afirman los administradores de la Sociedad 'Acciones y Valores'.

"Las circunstancias antes descritas son indicadoras de la naturaleza puramente nominal de la operación 12830 ya estudiada, máxime cuando ésta, mediante la operación 14040 efectuada en 14 de marzo de 1980, fue reversada por los mismos comisionistas.

"Finalmente, ni la señora María Mayorga, ni el señor Juan Felipe de la Iglesia Abat, eran ni habían sido, ni son, accionistas de la Compañía Nacional de Chocolates.

"La cotización obtenida merced a la mencionada negociación, de otra parte puramente nominal, posibilitó la realización de diferentes operaciones según esa misma cotización, lo cual introdujo en el mercado serios trastornos entre los cuales cabe destacar las cuantiosas pérdidas que se irrogaron a los tenedores de Certificados de Inversión de los Fondos Bolivariano y Grancolombiano, en cuyas Carteras poseían acciones de la Compañía Nacional de Chocolates, S. A.

"En espera de sus explicaciones y descargos correspondientes, los cuales deben presentarse en un término de treinta (30) días contados a partir de la fecha, me suscribo".

"2. Al día siguiente, esto es, el 20 de febrero de 1981, el presidente de la Comisión Nacional de Valores dio a conocer a la opinión pública por diversos medios de comunicación, prensa hablada y escrita, el texto de la Resolución 043 de esa fecha, por medio de la cual sancionaba a la sociedad 'ACCIONES Y VALORES ALVARO APARICIO Y ASOCIADOS Y MARTINEZ NOGUERA Y ARRAZOLA S. C.' por efectuar operaciones que no eran suficientemente representativas del mercado, suspendiéndole provisionalmente, por un mínimo de 30 días, su inscripción en el Registro Nacional de Valores e intermediarios que lleva dicha Comisión.

"3. La Resolución 043, a que hace referencia el hecho anterior, fue notificada personalmente al doctor Rafael Aparicio Escallón, en su condición de representante legal de la sociedad 'ACCIONES Y VALORES ALVARO APARICIO Y ASOCIADOS Y MARTINEZ NOGUERA Y ARRAZOLA S. C.', el día 20 de febrero de 1981, como aparece de la diligencia de notificación personal impuesta al pie de la copia de dicha resolución que acompaño a esta demanda.

"4. El mismo 20 de febrero de 1981, el doctor Rafael Aparicio Escallón interpuso recurso de reposición en contra de dicha resolución en cuanto que en el punto tercero de su parte resolutiva se ordenaba ponerla en ejecución de inmediato, antes de su ejecutoria, disponiendo comunicar al presidente de la Bolsa de Bogotá la sanción impuesta a la sociedad 'ACCIONES Y VALORES ALVARO APARICIO Y ASOCIADOS Y MARTINEZ NOGUERA Y ARRAZOLA S. C.'.

"5. No obstante que la Resolución 043 se encontraba recurrida, según lo manifesté en el hecho anterior, el presidente de la Comisión Nacional de Valores se apresuró a comunicar al presidente de la Bolsa de Bogotá la sanción impuesta a la sociedad 'ACCIONES Y VALORES ALVARO APARICIO Y ASOCIADOS Y MARTINEZ NOGUERA Y ARRAZOLA S. C.', por medio de los oficios 0156/DJ y 0157/DJ de febrero 23 de 1981 y 0016/DJ de febrero 26 de 1981, cuyas copias auténticas acompaño igualmente a esta demanda.

"6. Además el doctor Rafael Aparicio Escallón interpuso recurso de reposición en contra de la Resolución 043 de 20 de febrero de 1981, por medio de escrito presentado personalmente ante el Secretario General de la Comisión Nacional de Valores el día 27 de febrero de 1981, con el fin de que dicha resolución fuera revocada en su integridad por considerar que ésta violaba la ley en varios aspectos.

"7. Posteriormente, el día 18 de marzo de 1981, el Dr. Rafael Aparicio Escallón en su condición antes mencionada, presentó ante la Comisión Nacional de Valores, en tiempo, los descargos que le fueron solicitados por medio del oficio P-0051 de febrero 19 de 1981, como aparece de la copia de los mismos que también acompaño a esta demanda.

"8. Por medio de la Resolución 083 de 27 de marzo de 1981, el presidente encargado de la Comisión Nacional de Valores resolvió el recurso de reposición confirmando íntegramente la Resolución 043 tantas veces mencionada. Esta resolución fue notificada personalmente al doctor Rafael Aparicio Escallón el día 1º de abril de 1981, como aparece de la diligencia de notificación personal impuesta al pie de la misma.

"9. La suspensión provisional en el Registro Nacional de Valores e intermediarios, impuesta a la firma 'ACCIONES Y VALORES ALVARO APARICIO Y ASOCIADOS Y MARTINEZ NOGUERA Y ARRAZOLA S. C.' por un término de 30 días fue puesta en ejecución por el presidente de la Bolsa de Bogotá el día 23 de febrero de 1981, como aparece del oficio distinguido con el número PS-179 que acompaño igualmente a esta demanda.

"10. Durante el término de suspensión en el Registro Nacional de Valores e intermediarios, la sociedad 'ACCIONES Y VALORES ALVARO APARICIO Y ASOCIADOS Y MARTINEZ NOGUERA Y ARRAZOLA

S.C.' sufrió cuantiosos e ingentes perjuicios de orden material y moral que deben ser resarcidos como restablecimiento del derecho, porque como lo demostraré enseguida, las resoluciones acusadas violaron flagrantemente principios constitucionales y legales".

Disposiciones violadas y concepto de la violación

El actor trae siete cargos:

Primer cargo

Violación del artículo primero del Decreto 100 *de* 1980

Lo hace consistir el actor en que según la norma citada (que pertenece al nuevo Código Penal) no es posible imponer una sanción si no existe una ley que en forma precisa tipifique el delito o la contravención y establezca la pena correspondiente. Vale decir la ley penal consagra como norma fundamental de nuestro derecho positivo el viejo principio del derecho romano *nullum paena sine lege*. En el caso de autos y a juicio del actor se impuso la pena (se sancionó a la firma actora con suspensión del registro) sin que exista una ley precisa que autorice esa sanción.

Segundo cargo

Violación del artículo 26 *de la Constitución Nacional*

Lo hace consistir el demandante en que "la Comisión Nacional de Valores al ordenar la imposición de una sanción —la suspensión provisional— a la firma" actora, "está aplicando retroactivamente una norma que no existía, ni tenía vigencia para la época en que supuestamente dicha sociedad realizó la conducta que se le imputa". En efecto, si el parágrafo 2º del artículo 7º del Decreto 1169 de 1980 en que se apoyan las resoluciones acusadas, entró a regir el día 14 de mayo de 1980, la sanción consagrada por él no podía aplicarse por conductas que supuestamente se realizaron el 17 de marzo anterior". También considera que las resoluciones impugnadas violan el artículo 26 de la Constitución Nacional porque la "Comisión Nacional de Valores" no cumplió todas las formalidades exigidas por la ley para imponer la sanción que se impuso. En particular, dicho procedimiento no se surtió porque los visitadores que envió la "Comisión Nacional de Valores" a la firma actora, "no elaboraron el acta a que se refiere la regla 5ª del artículo 6º del Decreto 1169 de 1980, ni comunicaron su existencia a mi poderdante como lo ordena dicha norma, ni le dieron el traslado en la forma que ordena la regla 6ª, ni por el tiempo que señala la regla 7ª, como tampoco dieron cumplimiento a la regla 8ª de dicho artículo para la expedición de la resolución correspondiente".

Tercer cargo

Violación del artículo 12 *de la Ley* 32 *de* 1979

Lo hace consistir el actor en que: a) dentro de las funciones que concedió el legislador a la Comisión Nacional de Valores no se encuen-

tra la de "suspensión provisional" a que se refiere el Art. 1º de la parte resolutiva de la Resolución 043 sino la simple suspensión de intermediarios en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios que lleva dicho organismo, puesto que al calificarse como provisional una sanción que no lo es, se está malinterpretando la norma....." b) Además, considera el actor que se viola la norma citada por cuanto la actora "jamás ejecutó operaciones que no fueran realmente representativas del mercado". Considera el memorialista que la Resolución 043 se sustenta en afirmaciones "falsas" que controvierte con varios argumentos de hecho sobre los cuales se fundó el debate probatorio en este proceso.

Cuarto cargo

Violación del artículo 8º numeral 14 del Decreto 831 de 1980. Considera el actor que "el presidente de la Comisión Nacional de Valores no tiene la función de 'Suspender provisionalmente' valores o intermediarios en el respectivo registro sino simplemente la de suspenderlos conforme a la ley o los reglamentos.

Quinto cargo

Violación de los artículos 6º *y* 7º *del Decreto* 1169 *de* 1980

Considera el actor que se omitieron los procedimientos establecidos por estas normas: La primera establece de una parte la obligación de elaborar un acta de visita de la que debe darse traslado al intermediario visitado por un término determinado, vencido el cual se adoptan las medidas pertinentes. Considera el memorialista que la Comisión Nacional de Valores pretermitió todas estas formalidades. La segunda norma establece procedimientos para imponer sanciones que no fueron observadas por la Comisión Nacional de Valores porque se formularon cargos no se esperó la respuesta a estos cargos, porque la resolución está basada en falsa motivación y porque se le aplicó retroactivamente una sanción.

Sexto cargo

Violación del artículo 334 *del Código de Procedimiento Civil*

Considera el demandante que a la sociedad intermediaria se le impuso una sanción antes de que la providencia estuviese ejecutoriada.

Séptimo cargo

Violación de los artículos 55 *y* 58 *de la Constitución Nacional*

Considera el actor que estas normas constitucionales establecen la separación de poderes y que en el caso de autos se desconoció esta separación porque "al calificar el Presidente de la Comisión Nacional de Valores de 'ficticia' una operación bursátil dicho funcionario está atribuyéndose funciones que en sentir del memorialista corresponden a los jueces de la República.

Debate probatorio

Amplio ha sido el debate probatorio en este proceso. Parte de las pruebas se decretaron a petición de parte, parte de ellas se acompañaron al libelo y parte se decretaron con base en la potestad oficiosa del juez que puede decretar autos para mejor proveer.

En resumen se han allegado al proceso los siguientes elementos probatorios:

a) *Prueba documental*: 1) A folios 3 y siguientes aparecen copias auténticas de los actos demandados (Resolución 043 y 083 de 1981 de la Comisión Nacional de Valores).

2) A folios 24 y siguientes aparece copia del oficio P-0051 del 19 de febrero de 1981 dirigido por el presidente de la Comisión Nacional de Valores al doctor Rafael Aparicio representante legal de la firma actora.

3) A folios 27 y siguientes aparece copia del memorando del Jefe de la División de Desarrollo al Presidente de la Comisión Nacional de Valores informando sobre las conclusiones relativas a la investigación realizada por los funcionarios de la Comisión.

4) A folios 36, 37 y 38 aparecen copias de oficios dirigidos por el Presidente de la Comisión Nacional de Valores a la Bolsa de Bogotá comunicando la suspensión de la sociedad comisionistas ordenada en los actos impugnados.

5) A folios 39 y siguientes aparece copia auténtica del memorando de descargos que suscribe el doctor Rafael Aparicio.

6) A folio 52 aparece fotocopia autenticada ante Notario de la carta dirigida por el ciudadano panameño Juan Felipe de la Iglesia Abat a la doctora Stella Villegas de Osorio en el cual informa haber ordenado al comisionista de bolsa "Acciones y Valores..." una gestión de venta de 7.525 acciones de la sociedad 'Compañía Nacional de Chocolates'.

7) A folio 53 aparece fotocopia autenticada ante notario de la carta suscrita por el ciudadano panameño Juan Felipe de la Iglesia Abat en que ordena vender a la mayor brevedad posible 7.525 acciones de la Compañía Nacional de Chocolates. Esta carta fechada el 3 de marzo de 1980 va dirigida a la sociedad Acciones y Valores.

8) A folio 54 aparece una carta de Acciones y Valores dirigida al señor Juan Felipe de la Iglesia Abat en la que informa haber seguido sus instrucciones de venta de 7.525 acciones de la Compañía Nacional de Chocolates a $ 50.00 cada una.

9) Fotocopia autenticada ante notario de la declaración suscrita por el señor Juan Felipe de la Iglesia Abat ante el Cónsul de Colombia en la ciudad de Panamá el día 26 de febrero de 1981.

10) Certificado de Constitución y Gerencia de la firma actora y de las sociedades Alvaro Aparicio y Asociados y Martínez Noguera y Arrázola S.C. expedidos por la Cámara de Comercio de Bogotá.

11) Al folio 62 aparece copia auténtica del oficio expedido por la Bolsa de Bogotá informando que a partir del 23 de febrero de 1981 y hasta el 20 de marzo del mismo año se abstendrían de liquidar operaciones de la firma "Acciones y Valores" en la Bolsa de Bogotá.

12) A folio 63 aparece copia auténtica del certificado expedido por la Bolsa de Bogotá en el que hace constar que el día 7 de marzo de 1980 se llevó a cabo en la Rueda de la Bolsa de Bogotá la operación 12830, operación autorizada por el Presidente de la Rueda doctor Jaime Ricaurte Junguito y su delegado Manuel Felipe Castrillón y añade: "Al presentarse dicha autorización, se presume que la operación se llevó a cabo dentro de los parámetros de Oferta y Demanda vigentes en los Reglamentos de la Bolsa y en las disposiciones complementarias, al momento de llevarse a cabo la operación".

13) A folio 64 y siguientes se acompaña copia de los Reglamentos de la Bolsa de Bogotá. También se acompañan numerosos boletines diarios de Bolsa. (folios 105 y siguientes).

14) Certificado de Constitución y representación de la Bolsa de Bogotá.

Estos fueron los documentos aportados en la demanda.

Durante el proceso se aportaron otros documentos solicitados por las partes, o por el conductor del proceso o como elementos complementarios de las otras pruebas practicadas. De éstos cabe destacar todos los documentos relacionados con los antecedentes administrativos y con las investigaciones y correspondencia de la Superintendencia Bancaria y de la Comisión Nacional de Valores.

b) *Prueba Testimonial*: 1) Se recibió el testimonio del doctor Eduardo Góez Gutiérrez Presidente de la Bolsa de Bogotá quien detalló minuciosamente la mecánica operativa de la Bolsa. Se recibió igualmente el testimonio del doctor Jaime Ricaurte Junguito quien también se explayó sobre los mecanismos de operación de la Bolsa de Bogotá.

2) Se recibió el testimonio del doctor Rodrigo Noguera Calderón quien dio algunos datos sobre la constitución de la Comisión Nacional de Valores y sobre los argumentos que esgrimió el doctor Hernán Echavarría Olózaga con ocasión de las Resoluciones 043 y 083 de 1981.

3) Se recibieron las declaraciones de los doctores Luis Carlos Rodríguez y Manuel Felipe Castrillón expertos en cuestiones de Bolsa y quienes presenciaron la Rueda de la Bolsa del 7 de Marzo de 1980. Destaca la Sala las siguientes frases de la declaración del doctor Luis Carlos Rodríguez:

".....PREGUNTADO El día 7 de marzo de 1980 el Corredor Acciones y Valores intervino en la celebración de la operación 12.830 por medio de la cual se vendieron a través de la Bolsa de Bogotá 7.525 acciones de la Compañía Nacional de Chocolates. Quiere manifestarnos doctor Rodríguez todo lo que sepa en torno a dicha operación bursátil? CONTESTO "Para ese entonces si la memoria no me falla existían dos normas importantes para autorizar operaciones entre otras mu-

chas, una que entre oferta y demanda no existiera una diferencia mayor al 2% en relación con el precio a que se pretendía efectuar la operación. Y la segunda que en caso de que no hubiera habido operaciones en rueda de ese papel que se pretendía transar con 3 meses de anticipación o menos pero a juicio de la Presidencia un período largo, el Presidente podía o debía exigirla a los corredores participantes en la operación que hicieran 3 ofertas y 3 demandas, con el fin de establecer si el precio obedecía al mercado, o como solía suceder muchas veces, si no había mercado en el momento; es decir, de esa manera se evitaba sorprender a los participantes del mercado con un precio arbitrario. Para el caso presente yo recuerdo que el doctor Manuel Felipe Castrillón se acercó y me observó que el precio contenido en esa papeleta era muy distante de operaciones anteriores, supuse en ese momento y lo supongo ahora que el doctor Castrillón averiguó los precios anteriores de Nacional de Chocolates en el Departamento de Estadística o pudo haberlo hecho contra el último precio en los tableos, en vista de eso le solicité a uno de los Aparicios, creo que a Alvaro José que procediera a hacer las 3 ofertas y las 3 demandas, él se molestó un poco con la observación y me manifestó que no era necesario porque no había ni comprador ni vendedor, yo le insistí y él hizo algo más que hacer las 3 ofertas y las 3 demandas: Tomó el último precio de ochenta y pico de pesos y comenzó a hacer ofertas y demandas partiendo del máximo precio que fue el último (de) es decir, el de la última transacción, peso por peso hasta llegar al precio de la operación de ese día o sea la que pretendía que se le autorizara; en estas ofertas y demandas ocupó al pregonero por largo espacio de tiempo y no hubo ninguna intersección de ningún corredor y finalmente se volvió a cantar como operación convenida esa misma operación sin que ni ese día ni el siguiente hubiera oposición ni hacia la operación ni hacia la publicación de la operación y durante el mes aproximado que estuve yo en la Bolsa a continuación de esa fecha no conocí oposición alguna hacia la operación; yo recuerdo esta operación porque no era usual una reacción tan marcada de parte del corredor. 'PREGUNTADO: La operación 12.830 a que nos hemos venido refiriendo fue autorizada por Ud. como Presidente que era de la rueda de la Bolsa de Bogotá? CONTESTO 'Sí y la papeleta fue firmada por el doctor Manuel Felipe Castrillón. 'PREGUNTADO' Puede considerarse que el precio de $ 50.00 que determinó la operación 12.830, correspondía el 7 de marzo de 1980 al de la acción de la Compañía Nacional de Chocolates en el mercado? CONTESTO 'Yo distingo... Hay dos mercados y los había en ese momento, uno el de Bolsa, y otro fuera de Bolsa; en el de Bolsa como quedó dicho pues no había mercado en el momento en que hizo la operación por cuanto no hubo ni comprador ni vendedor distintos a los comisionistas que participaron en la operación; si el precio era de $ 50.00 o no lo era constituía un factor que escapaba mis conocimientos por cuanto que como presidente de la rueda sólo podía atenerme a los elementos que me proporcionaban las normas contenidas en los reglamentos y que ya he explicado. 'PREGUNTADO: La Comisión Nacional de Valores en el considerando 5º de la Resolución 043 de 20 de febrero de 1981, por medio de la cual suspendió en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios a la firma Acciones y Valores por un término de 30 días, afirma que la operación 12.830 a que nos hemos venido refiriendo, tuvo el carácter

de ficticia. Quiere decirnos doctor Rodríguez si es usual que la Bolsa de Bogotá a través de sus funcionarios autorice o tolere operaciones ficticias? CONTESTO 'Distingo, si por operación ficticia se entiende una supuesta operación que no se plasma en los formularios o papeletas respectivas que no sufre el procedimiento de ofertas y demandas que no se realizan en la Rueda y en fin que les falta una o todas las características exigidas por los reglamentos, la respuesta a la pregunta es no por cuanto la labor de la Bolsa es precisamente verificar el aspecto formal de la operación desde su inicio hasta su culminación, es decir, hasta su cumplimiento se verifique conforme a dichas normas. Si por operación ficticia se entienden otros conceptos debo decir que para la Bolsa y sus funcionarios en la práctica es prácticamente imposible que puedan detectar circunstancias ajenas para lo cual se creó o se crearon otros organismos.....' ".

4) Se recibió el testimonio del ciudadano Juan Felipe de la Iglesia Abat ciudadano panameño quien declaró haber ordenado a los Comisionistas "Acciones y Valores" la venta de 7.525 acciones de la Compañía Nacional de Chocolates. Preguntado por el nombre del cliente que le ordenó la comisión de venta que motivó la orden entre el ciudadano panameño y la empresa comisionista de Bolsa dijo el doctor de la Iglesia:

".....lamento no poder responder la pregunta del Sr. Magistrado acogiéndome a las reservas profesionales y además porque de contestarla perdería toda la confiabilidad que en mí tienen depositada mis clientes le repito son todos de nacionalidad colombiana y por tanto se enterarían de esta infidencia.....".

5) Se recibieron dos testimonios que para la Sala tienen especial importancia en el debate probatorio? El testimonio de la señorita María Mayorga quien claramente comprobó ser una empleada del servicio doméstico ajena a todas las complejas operaciones del mercado bursátil. También la declaración del doctor Hernán Echavarría Olózaga de cuyo testimonio se extraen los siguientes párrafos:

" '...Desde abril de 1980 cuando aún la Comisión no estaba en funcionamiento principié a oir en el público historias relacionadas con unas operaciones de bolsa realizadas por los administradores de los Fondos Grancolombiano y Bolivariano que había perjudicado grandemente a los suscriptores de este fondo, recibí también muchas quejas de suscriptores de estos fondos relatando cómo habían perdido en el curso del mes de marzo de 1980 gran parte de sus ahorros. Cuando la Comisión entró en funcionamiento legal, es decir, cuando se nombró el Secretario general, me dirigí al doctor Francisco Morris Ordóñez Superintendente Bancario pidiéndole que de acuerdo con el artículo 13 y 14 del Decreto Ley 1169 de mayo de 1980 se sirviera facilitarme copia de los informes de las visitas efectuadas por los funcionarios de la Superintendencia Bancaria a la sociedad Administradora Graninversión Administradora de los fondos Bolivariano y Grancolombiano. Si mal no estoy esta comunicación tiene fecha de junio 16 ó 17 de 1980. Además dicha solicitud se la hice en la Sala General de la Comisión de Valores como consta en una de sus actas. El doctor Francisco Morris Ordóñez se negó a entregar esa información alegando que se lo impedía la re-

serva Bancaria. Aún cuando el Decreto 1169 ya mencionado, decreto ley muy posterior a cualquiera que pudiera anteponer el doctor Morris le ordenaba entregar estos documentos a la Comisión Nacional de Valores. Como yo le comunicara al Presidente de la República doctor Turbay Ayala que si no me entregaban los documentos solicitados me retiraría de la Comisión, este encargó al doctor Benjamín López, Jefe de la Oficina Jurídica de Palacio, para que éste determinara si los documentos, tenían que ser entregados. En una reunión que hubo en Palacio en la cual estuvieron presentes el Presidente Turbay, el doctor Benjamín López, los dos Superintendentes Bancario y sociedad y el doctor Federico Nieto Tafur, el doctor Benjamín López entregó un memorando en que le ordenaba al Superintendente Bancario que entregara toda la información respecto a las entidades que operan en el mercado de valores, a la Comisión Nacional de Valores. Pocos días después recibí copiosa información de la Superintendencia Bancaria y por ella me enteré del atropello descarado que habían realizado los administradores de los fondos Grancolombiano y Bolivariano contra los inversionistas indefensos. La Comisión apenas tenía tres meses de funcionamiento y escaso personal pero inmediatamente ordenó varias investigaciones para tratar de completar la información, muy incompleta por cierto, recibida de la Superintendencia. Una de las primeras investigaciones fue acciones y Valores con el fin de determinar los antecedentes y naturaleza de la operación 12.830 por 7.525 acciones de la Compañía Nacional de chocolates que se había efectuado el 7 de marzo de 1980. Esa operación llamó la atención de los visitadores de la Superintendencia Bancaria, pues habiéndose realizado la operación a $ 50.00 la acción ésta había estado 3 ó 4 días antes a 81.50 y no es usual que una acción pierda más del 30% de su valor en tan corto tiempo, sobre todo tratándose de un papel de tanto prestigio y que hasta hace poco había tenido tanto movimiento. El informe de los visitadores de la Comisión Nacional de Valores confirmó y complementó el de los visitadores de la Superintendencia Bancaria. De inmediato al leer yo ese informe me di cuenta de que esta operación había sido una operación irreal que no había tenido lugar sino que se había hecho para fijar un precio bajo de la acción, es decir, que no correspondía al curso normal del mercado. Pero además de esto en los papeles o comprobantes que sustentaban la operación había un nombre tachado que nos hizo pensar que algunos documentos de la Bolsa habían sido modificados. La Bolsa como es bien sabido es un sitio en que públicamente se ofrecen papeles los cuales después de oir las ofertas de distintos compradores se transan a determinado precio. Es una verdadera pública subasta de acciones y el informe que dá la Bolsa al público es un certificado casi se puede decir con carácter notarial de que las operaciones realizadas fueron operaciones ciertas. En la Bolsa de Bogotá quedan 3 documentos que atestiguan cada operación primera la papeleta que escribe el corredor en la rueda. Segundo la papeleta interna de la Bolsa, documentó que está hecho en máquina y no manuscrito como el primero. 3º el listado de la Bolsa que indica número de la operación, cantidad de acciones, precio valor fecha, miembro ejecutor, vendedor, miembro contraparte y comprador. Pues bien a los funcionarios de la Comisión Nacional de Valores también nos llamó mucho la atención que en la operación 12.830 el primer documento, la papeleta manuscrita hecha en la rueda hacía figurar el nombre de María Gloria Mayorga como

vendedora y que ese nombre estaba tachado y en su lugar se podía leer el de Juan Felipe de la Iglesia. Nos llamó la atención sin embargo que el comprobante interno de la Bolsa para la misma operación figuraba a nombre de María Gloria Mayorga. Más todavía nos llamó la atención que en el listado de la Bolsa no se mencionara por ninguna parte ni a la señora Mayorga ni al señor de la Iglesia sino que aparecía como vendedor CARBAR LIMITADA. Interpelados los directores de Acciones y Valores bajo juramento dijeron que esa era una equivocación que era que en el fragor de la rueda su empleado se había equivocado y había puesto el nombre de la vendedora como de María Mayorga que debía ser el Juan Felipe de la Iglesia. Abogado Panameño que había ordenado por teléfono esa transacción y no había cumplido, que por lo tanto ellos habían tachado el nombre de María Mayorga y habían puesto el nombre de el de Juan Felipe de la Iglesia. No dejó de llamarnos la atención el que en los otros dos comprobantes en el interno de la Bolsa y en el listado de ésta figuran nombres distintos lo que nos hizo pensar que Acciones y Valores habían modificado el comprobante que ellos tenían a la mano y no pudieron modificar los otros. Nuestras sospechas fueron mayores cuando analizamos la operación 14.380 corrijo cuando analizamos la operación 14.050. Esta operación, nos dijeron los administradores de Acciones y Valores había sido hecha por ellos 7 días después para adquirir las 7525 acciones que Juan Felipe de la Iglesia no había entregado. Pero analizando los tres documentos de la Bolsa nos dimos cuenta de que en la papeleta de la rueda también figuraba el nombre de María Gloria Mayorga Tachado por el de Juan Felipe de la Iglesia. Que en el papel interno de la Bolsa figuraba el de María Gloria Mayorga y que en el listado aparecía como vendedor CARBAR LTDA. Es decir, de nuevo había una diferencia total en los tres documentos. Ahora como los documentos que presentaron los representantes de Acciones y Valores nos indicaron que ellos supieron 3 días después efectuada la primera operación, es decir poco más o menos el 10 de marzo, que había habido un error en el nombre de María Gloria Mayorga, que ese error había sido un error casual del empleado en la rueda, no nos pudimos explicar como pudo haber sucedido exactamente el mismo error el 14 de marzo cuando ellos compraron las acciones para atender el compromiso adquirido el 7 de marzo. Hay que tener presente que el documento interno de la Bolsa también mencionaba a la señora María Mayorga y que el listado de la Bolsa daba como vendedor a CARBAR LTDA. Para nosotros en la Comisión Nacional de Valores estas dos operaciones eran una operación compensada efectuada en realidad con la señora Inés Elvira de Bellew, porque si nos vamos al listado de la Bolsa que es lo que verdaderamente cuenta nos damos cuenta que en la primera vendió CARBAR y compró Bellew y en la otra fue al contrario. Una operación compensada clásica por las mismas acciones que evidentemente había sido una operación simulada y como el resultado había sido tumbar el precio de la acción en una forma tan espectacular, necesariamente concluimos que era una especulación altamente perjudicial para el mercado, que le había causado grandes perjuicios a más de veinte mil pequeños accionistas Colombianos. Nuestra sospecha se acrecentó cuando analizamos a la señora Inés Elvira de Bellew. Esta es una respetable dama Colombiana casada con inglés residente desde hace mucho en Londres. La primera vez que nos encontramos a esta señora negociando con Acciones de

Nacional de Chocolates es el 5 de febrero de 1980. Ese día el grupo Grancolombiano adquirió más de cuatrocientos mil acciones de la Nacional de Chocolates y al hacerlo subió el precio de 70 pesos a 85 pesos, ese mismo día la señora de Bellew adquirió 30.000 acciones y fuera de ella solamente otras dos personas compraron este papel una señora que compró mil acciones y un señor diez mil, luego podemos decir que virtualmente todas las acciones que salieron al mercado ese día las compró el Grupo Grancolombiano elevando el precio de 70 pesos a 85 pesos. Pues bien ese mismo día 5 de febrero el Grupo Grancolombiano le traspasó a los dos fondos administrado por él mismo 6 millones de acciones de la Nacional de Chocolates a ese alto precio de 85 pesos fijado por el mismo en Bolsa ese mismo día. Llama la atención la compra de 30.000 acciones que hizo ese día la señora Bellew, porque si analizamos la tarjeta de accionista esta señora no vemos por ninguna parte esa compra. También nos llamó la atención al analizar esta tarjeta que aunque dicha señora había sido pequeña accionista en enero y mayo de 1979, ya en 1980 ya no lo era. Las entradas en su tarjeta de accionista, que desde luego no concuerdan en nada con las operaciones efectuadas por ella van de febrero a abril de 1980 y en abril 8 ella desaparece como accionista de la Nacional de Chocolates. Para los funcionarios de la Comisión Nacional de Valores esto demostraba que la señora de Bellew únicamente había funcionado en el período de la especulación de la baja de la acción de la Nacional de Chocolates. Para nosotros la señora Bellew no había sido sino una pantalla y todas las operaciones que se habían hecho a su nombre fueron hechas por otras personas y por otros motivos. No es razonable aceptar que las operaciones que se realizaron a su nombre fueran ordenadas por una señora residente en Londres que verdaderamente no tenía negocios de Bolsa. Más razonable era pensar que su hermano y representante Pedro Carreño Posada en alguna forma había utilizado su nombre para esas operaciones. Porque aquí quiero dictarle 6 operaciones hechas por esta señora entre el 7 de marzo y el 14 todas tendientes a tumbar el precio de la acción; operación Nº 12. 830 a $ 50.00 7525 acciones operación Nº 14.050 a $ 60.00 por 7.525 acciones en la primera compra y en la segunda vende. El 11 de marzo tenemos la operación 13.36 (sic) en la cual compra 1820 a $ 55.00 y el 13 de marzo mediante la operación 14.728 vende las mismas acciones al mismo precio. El 13 de marzo compra 21.000 mediante la operación 14.728 a $ 55.00 y el 14 de marzo las había vendido las mismas 21 mil mediante las operaciones 14.259 y 14.279 a $ 55.50. En cuanto a la contraparte en todas estas operaciones que fue CARBAR LTDA. hay que señalar que esta sociedad está constituida por CARRIZOSA Y BARRETO miembros de la Bolsa que como tal no tenían autorización para comprar y vender acciones en Bolsa y por lo tanto habían constituido esta sociedad para hacer las operaciones a nombre de ellos. Todos estos elementos de juicio unos comprobados con documentos y otras pruebas circunstanciales nos llevaron a nosotros en la Comisión Nacional de Valores al convencimiento de la operación 12.830 había sido parte de una monstruosa maniobra realizada por los administradores de los dos fondos Grancolombiano y Bolivariano para despojar a más de veinte mil indefensos inversionistas colombianos en Gran parte de sus ahorros. Visto en retrospecto la sanción impuesta a Acciones y Valores en la Resolución 043 fue demasiado leve y el resultado

de mi inexperiencia si la fuera a dictar hoy en día sería para suspenderlos definitivamente como comisionistas de Bolsa.....".

También con ocasión del testimonio rendido por la señorita María Mayorga, la señora Juez 18 Penal del Circuito remitió a este despacho copia del oficio 32 suscrito por el doctor Rafael Aparicio Escallón en el que certifica numerosas operaciones por cuantioso valor realizadas a nombre de María Mayorga quien al parecer no puede realizar tales operaciones dada su humilde condición económica. (folios 578-581).

6) Se recibió declaración al doctor Luis Fernando Román Fernández sobre los procedimientos seguidos por la Comisión Nacional de Valores al dictar las providencias objeto de impugnación en este proceso.

Se solicitaron y decretaron otros testimonios por certificación jurada la que no llegó a practicarse porque no se suministraron los cuestionarios por la parte actora.

c) *Inspecciones Judiciales*: Se decretaron y practicaron cuatro inspecciones judiciales, dos de ellas con el auxilio de peritos. Se visitaron las oficinas de la empresa actora, las de la Bolsa de Bogotá, las de la Compañía Nacional de Chocolates y las de la Empresa Carbar Ltda. Aparecen los dictámenes periciales del caso.

d) *Antecedentes Administrativos y Expediente del Senado*: También están incorporados al proceso los antecedentes administrativos en la Comisión Nacional de Valores y en algunos de la Superintendencia Bancaria así como el expediente que se cursó en el Senado de la República.

Estos elementos probatorios conducen a probar en forma conclusiva e incuestionable los siguientes hechos:

1) Que durante los meses de febrero y marzo de 1980 se produjo la venta por parte del Grupo Grancolombiano a los Fondos Grancolombiano y Bolivariano de numerosas acciones de la Compañía Nacional de Chocolates. Estas operaciones acaecieron fuera de Bolsa así:

Fecha	*Vendedor*	*Compradas por*	*Número*
Febr. 26/80	Grupo Grancolombiano	Fondo Grancolombiano	1.471.156
Febr. 26/80	Grupo Grancolombiano	Fondo Bolivariano	2.980.000
Febr. 26/80	Barcelona Inc.	Fondo Grancolombiano	240.000
Febr. 26/80	Compañía CINGRA	Fondo Grancolombiano	586.285
Febr. 25/80	Delfín Romero	Fondo Grancolombiano	75.000

2. Que en la tarjeta de acciones del Grupo Grancolombiano con la Compañía Nacional de Chocolates aparecen registros de ventas de acciones a los Fondos Bolivarianos y Grancolombiano perfeccionadas el 3 de marzo de 1980 por cuantía de $ 4.451.156, cifra que coincide en un todo con la señalada en la anterior operación en las primeras dos relaciones referidas. (Ver cuaderno Judicial Medellín).

3. De la documentación disponible aparece que las operaciones referidas se realizaron a un precio de $ 85.00 por acción. Como lo re-

conoce el propio demandante también está demostrado en los documentos del expediente que el día 3 de marzo de 1980 se realizaron ventas en bolsa de acciones de la Compañía Nacional de Chocolates a $ 81.50.

4. También está probado plenamente que en los meses de marzo, abril y mayo de 1980 el Grupo Grancolombiano recompró las acciones vendidas a los Fondos Grancolombiano y Bolivariano así:

a) Comprobante número 10.294, título 16670 operación de venta del Fondo Bolivariano de 1.344.561 acciones de la Compañía Nacional de Chocolates al comprador Grupo Grancolombiano. (Inspección Judicial de Medellín), (Abril 1º, 1980 según tarjeta de acciones).

b) Comprobante número 10292, título 16701 operación de venta del Fondo Bolivariano de 1.997.799 acciones al Grupo Grancolombiano. Fecha de la tarjeta marzo 26 de 1980.

c) Comprobante número 10.299, título 17794, operación de ventas del Fondo Bolivariano de 1.236.365 acciones al Grupo Grancolombiano. Fecha abril 8 de 1980.

d) Con el Fondo Grancolombiano existen registros análogos. El 7 de mayo vendió 1.509.091 acciones de la Compañía Nacional de Chocolates al Grupo Grancolombiano y al Fondo Bolivariano. El 1º de abril vendió 1.447.609 acciones al Grupo Grancolombiano.

5. Al parecer estas operaciones se hicieron a precios que oscilan entre $ 39. y $ 55 por acción. Las acciones estaban registradas en los libros del Fondo Grancolombiano y del Fondo Bolivariano a $ 70. La Comisión de Valores ha certificado este hecho lo que no ha sido desvirtuado por el apoderado de la actora.

6. También está probado que el día 7 de marzo de 1980 se realizó la operación 12830 de la cual sirvió como intermediario comisionista de bolsa la firma actora "Acciones y Valores", y que según esa operación se transaron 7.525 acciones de la Compañía Nacional de Chocolates a $ 50 cada acción. Y está probado igualmente que ésta fue la primera operación que se realizó a ese precio desde las operaciones a $ 81.50 acaecidas el día 3 de marzo de 1980.

7. Parece también que los comisionistas de bolsa actuaron en ese momento por encargo del ciudadano Juan Felipe de la Iglesia Abat, aún cuando en la papeleta aparece el nombre de la señorita María Mayorga. Está probado que la señorita Mayorga es una empleada del servicio doméstico que no puede comprar y vender acciones en el mercado bursátil.

8. Finalmente está probado que la operación de compraventa de acciones acaecida el 7 de marzo de 1980 se reversó por la operación 14050 en la que aparece la señora Inés Elvira Carreño de Bellew quien tiene la doble condición de compradora en la operación 12830 y vendedora en la operación 14050.

En estos ocho hechos resume la Sala el meollo de los elementos fácticos comprobados a plenitud. Muchos más aspectos de hecho juegan en todo el proceso pero de una u otra manera convergen en este marco analítico que se toma como una gran síntesis de los resultados

de un extenso y cuidadoso debate probatorio. En la parte considerativa de esta providencia se vuelve sobre muchos de estos puntos que se tornan en cierta forma indicios de los fenómenos acaecidos y que definen en últimas la actuación de la Comisión Nacional de Valores en este caso.

Alegatos de conclusión

A folios 623 y siguientes se encuentra el alegato de conclusión de apoderado de la actora. De su alegato de conclusión se destacan los siguientes argumentos:

1. Sostiene el memorialista que la operación 12830 no fue una operación ficticia porque fue el resultado de un real acuerdo de voluntades como se infiere del testimonio del señor Juan Felipe de la Iglesia Abat. La existencia de un contrato válido entre dos particulares no puede ser desconocida por las autoridades administrativas.

Considera el memorialista que la operación 12830 fue una operación real de Bolsa y no una operación ficticia o no representativa del mercado.

De esta parte de su alegato se destacan los siguientes apartes:

"2) *La operación* 12830 *fue una operación real de Bolsa.*

"Se discutió en la etapa de vía gubernativa y se ha discutido en el presente proceso, acerca de si el precio de $ 50.00 por acción de la 'Compañía Nacional de Chocolates' determinado por la operación 12830 era representativo del mercado o si por el contrario era un precio artificial que tenía como única finalidad determinar un desfase injustificado en los precios del mercado. Con el propósito de hacer claridad para que al fin se haga justicia en torno de dicha operación, a continuación me detendré en su análisis técnico-jurídico a la luz de los diferentes elementos probatorios que oportunamente se allegaron al expediente.

"La operación 12830 fue celebrada el día 7 de marzo de 1980, y en ella intervinieron como vendedor la sociedad comisionista 'Acciones y Valores', y como comprador la sociedad 'Acobolsa Seade'; conforme a esta operación 'Acciones y Valores' negoció las 7.525 acciones de la 'Compañía Nacional de Chocolates' que le había ordenado vender el señor Juan Felipe de la Iglesia Abat, el cual cuando fue informado de la celebración de la operación no puso a disposición del comisionista los títulos correspondientes para cumplirla. Siendo ello así, y de conformidad con las disposiciones legales (Decreto 2969 de 1969) y reglamentos de Bolsa vigentes en ese entonces, 'Acciones y Valores' procedió a aplazar el cumplimiento de la operación de común acuerdo con 'Acobolsa Seade', el día 11 de marzo de 1980, la cual por razones ajenas a la voluntad de 'Acciones y Valores' sólo fue liquidada el 14 de marzo siguiente.

"Debo hacer eso sí la aclaración de que 'Acciones y Valores' logró con dificultad que la sociedad 'Carbar Limitada' le entregara a título de mutuo acciones suficientes de la 'Compañía Nacional de Chocola-

tes' con el fin de dar cumplimiento a la operación aplazada. Es por ello entonces, señores Magistrados, que en los registros de la Bolsa, listados del computador, aparece como vendedora la sociedad 'Carbar Limitada', pues es ella y sólo ella la verdadera propietaria de esas acciones que entregó a título de mutuo a 'Acciones y Valores'. No se diga entonces, como se afirma ligeramente y sin fundamento alguno en las resoluciones acusadas, que no existía comitente vendedor, y que la entrega de las acciones para poder cumplir la operación obedecía a 'alteraciones deliberadas'.

"El hecho de que la operación 12830 se hubiera cumplido bajo la modalidad de compensada con la operación 14050 del 14 de marzo de 1980, en nada afecta su legalidad, limpieza y validez. Lo que ha ocurrido es que funcionarios enceguecidos por su afán de sancionar a mi poderdante, jamás pudieron ver la forma en que celebraron las dos operaciones. En efecto, no se necesitaba sino haber escuchado las explicaciones que dio 'Acciones y Valores' a la Superintendencia Bancaria, a la Bolsa de Bogotá y a la propia 'Comisión Nacional de Valores', para haber comprendido la operación 12830.

"Si la Comisión Nacional de Valores hubiera visto la realidad del contrato de mandato celebrado entre 'Acciones y Valores' y Juan Felipe de la Iglesia Abat; si la Comisión Nacional de Valores hubiera visto que aplazar operaciones es permitido a los corredores de Bolsa; si la Comisión Nacional de Valores hubiera visto el contrato de mutuo o préstamo de acciones celebrado entre 'Acciones y Valores' y 'Carbar Limitada', que le imponía a aquella compañía la obligación de restituir las 7.525 acciones de la 'Compañía Nacional de Chocolates' que entregó a 'Acobolsa Seade' para dar cumplimiento a la operación 12830, la propia Comisión Nacional de Valores se habría tenido que abstener de sancionar y mucho menos de investigar a mi poderdante.

"Por qué la Comisión Nacional de Valores no tuvo en cuenta que en el negocio de Bolsa es posible, factible y frecuente que el comitente vendedor incumpla con su encargo, si precisamente el propio Decreto 2969 de 1969, en su artículo 36, así lo preveía cuando expresaba:

" '...*Si el incumplido es el miembro vendedor*, la bolsa aplicará a la compra de los valores el precio convenido que el comprador debe entregar para tal fin, y si fuere insuficiente hará efectivas las sanciones hasta concurrencia del déficit más las respectivas comisiones...'. (El subrayado es del libelista).

"Por qué también la Comisión Nacional de Valores, ignoró el artículo 99 de los reglamentos de la Bolsa de Bogotá, que establecen aún hoy en día:

" '...Pero en todo caso el miembro *es personalmente responsable de toda operación que celebre* y deberá cumplirla sin que para ello sea excusa la renuencia o negativa de su cliente'. (Subraya el actor).

"Es que conforme a los preceptos antes transcritos el corredor de Bolsa tiene la obligación de cumplir toda operación que celebre y para cumplirla puede acudir a todos los medios que estén a su alcance tales como obtener de otros comisionistas prestadas las acciones. No hay

ninguna norma que impida obtener prestadas las acciones o que sancione a quien las preste.

"El hecho de que en los listados de la Bolsa figurare la sociedad 'Carbar Limitada' como vendedora es explicable, como ya lo dije, porque siendo ella la real propietaria de los títulos de las acciones, sólo ella los podía endosar y ordenar los traspasos correspondientes como lo ordena el artículo 406 del Código de Comercio.

"Ahora bien, consta en el expediente que habiéndose cumplido la operación 12830 fuera de los términos del aplazamiento convenido entre 'Acciones y Valores' y 'Acobolsa Seade', la Bolsa de Bogotá a solicitud de la Superintendencia Bancaria le impuso a mi poderdante una sanción pecuniaria por valor de $ 40.000.00, según consta en el Acta 284 de junio 17 de la Cámara de la Bolsa".

También alega el apoderado de la actora que el precio de $ 50.00 por acción de la Compañía Nacional de Chocolates sí era el representativo del mercado. Dice así:

"De las versiones de los testigos llamados a declarar dentro del proceso, entre quienes se pudieron destacar los más calificados expertos dentro del mercado bursátil, se puede sacar las siguientes conclusiones generales:

"(I) Todas las operaciones de acciones deben registrarse siempre en el curso de una 'rueda'.

"(II) Toda operación deberá celebrarse de viva voz en el recinto de la rueda.

"(III) Toda oferta o demanda de acciones en el curso de la rueda se lee de viva voz por el pregonero de la bolsa y se anota en los tableros visibles en el recinto de la rueda. Lo anterior con el propósito de darle publicidad a la operación.

"(IV) Cualquier oferta o demanda debidamente pregonada e inscrita en los tableros puede ser aceptada por cualquiera de los corredores o comisionistas asistentes a la rueda.

"(V) Toda operación realizada en el curso de una rueda es obligatoria para quienes la efectuaron.

"(VI) Toda operación efectuada en el curso de una rueda y registrada de acuerdo al reglamento de la bolsa señala la última cotización del valor transado por ser el reflejo del mercado entre oferta y demanda.

"(VII) Que cuando hay más oferta que demanda de un valor, la tendencia del mercado es hacia la baja y los precios descienden.

"(VIII) Que se pueden presentar oscilaciones en el precio de un valor que hagan variar súbitamente su precio por fenómenos tales como un importante dividendo extraordinario, una puja por adquirir el control de una compañía a la alza, un concordato a la baja, etc.

"(IX) Que por el hecho de que caiga el precio de un valor no significa que el menor precio no sea verdaderamente representativo del mercado.

"(X) Que para el día 7 de marzo de 1980 no existía ningún límite para las variaciones de los precios en la Bolsa de Bogotá, y que, por tanto, se podían registrar operaciones cuyos precios fluctuaron unos de otros independientemente.

"(XI) Que el precio verdaderamente representativo del mercado es el que resulta por la participación reglamentaria de oferente y demandante en la rueda.

"(XII) Que en la bolsa no se pueden celebrar operaciones ficticias o tendientes a 'marcar' o 'fijar' el precio de una acción.

"(XIII) Que la operación 12830 del 7 de marzo de 1980 fue pregonada varias veces en la rueda de la bolsa de ese día mediante ofertas sucesivas que partieron de $ 70.00 y llegaron hasta $ 50.00; fue inscrita en los tableros, autorizada por el presidente de la rueda y liquidada de acuerdo con los reglamentos oficiales de la Bolsa de Bogotá.

"(XIV) Que el precio de $ 50.00 por acción de la 'Compañía Nacional de Chocolates' determinado como consecuencia de la operación 12830 sí era verdaderamente el representativo del mercado el día 7 de marzo de 1980 por corresponder al de la última transacción celebrada.

"(XV) Que el presidente de la rueda pudiendo hacer uso de la facultad de veto consagrada en el artículo 22 de los reglamentos de la Bolsa, no objetó ni vetó la operación 12830 porque consideró que el precio de $ 50.00 no se apartaba visiblemente de las cotizaciones del mercado y porque en ella participaron claramente compradores y vendedores dentro de la tendencia del mercado y a precios significativos del mismo.

"(XVI) Que en la Bolsa de Bogotá no se aprueban ni autorizan operaciones ficticias, ni mucho menos operaciones que pongan en peligro la seguridad del mercado".

Arguye el memorialista que la presencia de María Mayorga en la papeleta es tan accidental como las que suelen ocurrir en operaciones de Bolsa. Cita al respecto los datos que se observaron en la inspección judicial que se practicó a la empresa Carbar Limitada donde también se observaron tachaduras en las papeletas.

Por lo demás el memorialista reitera los argumentos de la demanda: que las resoluciones acusadas desconocen el principio de la legalidad, que se omitieron procedimientos de rigor, que la decisión se basó en falsa motivación.

Puntos un poco nuevos de su alegato son el desvío de poder (Decreto 2969 de 1980) y el principio de *non bis in idem.*

Por su parte la Comisión Nacional de Valores en su alegato de conclusión sostiene que no es posible analizar la operación 12830 en forma aislada como lo hace el apoderado de la actora.

Entre los aspectos más destacados en el alegato de conclusión de la parte impugnadora se destacan los siguientes puntos:

"A. Ejecutoria:

"1. Alega el actor que el Presidente de la Comisión Nacional de Valores al ordenar la inmediata ejecución de la sanción establecida por la Resolución 043 y ratificada por la Resolución 083, no obstante la interposición contra la misma del recurso de reposición violó ostensiblemente la ley, teniendo en cuenta que 'las providencias no pueden producir efectos sino cuando se encuentren debidamente ejecutoriadas'.

"2. La anterior tesis no tiene base jurídica ninguna. Más aún, el artículo 12 del Decreto 2733 de 1959 solamente exige para que se surta la debida eficacia de los actos administrativos creadores de situaciones jurídicas individuales que sean notificados debidamente a los interesados, lo cual ni siquiera es materia de discusión.

"3. Todo acto administrativo, en razón de la naturaleza de su función, en esencia, debe ser de ejecución inmediata, máxime si como en el presente caso, se trata de una medida puramente preventiva. Al respecto dice Sayagüez Laso (Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, 4ª edición 1974, página 490): 'El acto administrativo constituye un instrumento público y como tal se presume válido y hace plena fe hasta tanto se demuestre lo contrario. Por consiguiente es lógico que pueda cumplirse a pesar de las impugnaciones que se le formulen, máxime que su ejecución tiende a satisfacer necesidades públicas'.

"4. En el mismo sentido la Sección Cuarta del Consejo de Estado, dentro del proceso imputado contra los Oficios 156 DJ y 157 DJ de la Comisión Nacional de Valores señaló: 'ahora bien, el hecho de que la Resolución 043 estuviera en ese momento sometida al trámite de un recurso de reposición... no impedía el hacerla efectiva ya que se trata de una medida preventiva de inmediato cumplimiento en la forma que lo prevé el parágrafo segundo del artículo 7º del Decreto Extraordinario 1169 de 1980 que como todos los actos que los tratadistas denominan de imperio, para diferenciarlos de los de gestión, son de obligatorio cumplimiento y no se pueden enervar sus efectos pues ellos tan sólo generan a la persona efectada el derecho a cobrar la indemnización correspondiente por los perjuicios ocasionados, en el caso de que la decisión tomada y cumplida no estuviere amparada o fundamentada debidamente en la ley". (Consejo de Estado, Sección Cuarta, auto de junio 5 de 1981 proceso número 7784).

"B. Principio de legalidad

"1. El apoderado de la firma Acciones y Valores sostiene que se violó el artículo 1º del Código Penal como resultado de la expedición de la Resolución número 043 del 81 particularmente porque 'la sanción de suspensión provisional consagrada por el Decreto 1169 de 14 de mayo de 1980 por una conducta ejecutada el 17 de marzo anterior se desconoce el principio de la legalidad conforme al cual 'nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como punible...'.

"2. Al respecto conviene anotar que la Resolución 043 de 1981, en su considerando número 14, invoca expresa e inequívocadamente el artículo 12 numeral 3º de la Ley 32 de mayo 17 de 1979 a efecto de

imponer la medida correspondiente por hechos sucedidos en los primeros meses de 1980. En efecto, dice: 'Constituyen causal para la suspensión del registro de un intermediario de valores: a) realizar operaciones que no sean suficientemente representativas del mercado y b) cuando en su actuación se presenten irregularidades que comprometan la seguridad del mercado'.

"3. De otra parte, el artículo 16 numeral 4 de la Ley 32 de 1979, determinó que el Presidente de la República gozaría de facultades extraordinarias 'para fijar el *procedimiento* administrativo que debe seguirse en la expedición de los actos de la Comisión Nacional de Valores' (subraya el impugnador).

"4. En ejercicio de tal facultad se le expidió el Decreto Ley 1169 de 1980 por medio del cual se reglamentó 'el procedimiento que debe observarse para la expedición de actos de la Comisión Nacional de Valores', particularmente los que imponen sanciones. Se observa, entonces, que el decreto en comento no creó o implementó nuevas sanciones, simplemente desarrolló las facultades extraordinarias presidenciales sobre procedimiento administrativo; si el Decreto 1169 de 1980 no se hubiere circunscrito a dicha 'materia' hubiere modificado el régimen punitivo de la Comisión Nacional de Valores y habría comportado un exceso en el ejercicio de las facultades reglamentarias.

"5. Lo anterior significa que la suspensión provisional consagrada en el parágrafo segundo del artículo 7º del Decreto 1169 de 1980, no precisa una sanción sino más bien una modalidad procesal para la aplicación de la suspensión prevista en el artículo 12 de la Ley 32 de 1979. Es más, toda sanción debe estar precedida de causales específicas pues de lo contrario sería nugatorio el derecho de defensa, sin embargo la medida establecida en el parágrafo 2º del Decreto 1169 de 1980, no señala ninguna causal particular para dar aplicación a la supuesta sanción, por el contrario se remite a las causales de ley que fueron precisamente las que se tuvieron en cuenta para la aplicación de la medida tantas veces anotada.

"6. En conclusión observamos que la conducta establecida en la Resolución 043 de 1981 fue ejecutada bajo el imperio del artículo 12 de la Ley 32 de 1979.

"C. Debido proceso

"I. Discute el apoderado de la actora la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional debido, en su parecer, a que las Resoluciones 043 y 083 'quebrantan doblemente este precepto constitucional que consagró la denominada garantía del debido proceso'. Al respecto se debe considerar:

"a) El procedimiento administrativo señalado en el Decreto 1169 de mayo 14 de 1980 es bien anterior a la fecha de imposición de la medida preventiva: Febrero 20 de 1981.

"b) El artículo 7º parágrafo 2º del Decreto 1169 de 1980 señala como único requisito para la aplicación de la medida preventiva: 'que se corra traslado de las imputaciones a la persona sumariada', lo cual se puede corroborar al folio 24 del cuaderno número 1.

"D. *Inexistencia Operaciones Manipulativas* (variación ostensible de las cotizaciones).

"1. Con el fin de desvirtuar el cargo que la comisión Nacional de Valores hiciera a la actora en el sentido de haber manipulado el precio de la acción de la Compañía Nacional de Chocolates, entre los días 3 y 7 de marzo de 1980, y de manera especial por la súbita y brusca variación de la cotización en 40.7%, en el breve lapso de 3 Ruedas Bursátiles de 60 minutos cada una, el apoderado de la sociedad comisionista recurre, utilizando la definición de 'precio oficial' de las acciones a adelantar un cómputo aproximado entre oferta y demanda de la acción, durante los 180 minutos en los que se dejó de transarse ésta, para concluir que el descenso de la cotización en dicho período fue apenas un 5%. No obstante, al hacer este análisis se olvida que el precio 'oficial' o cotización oficial de las acciones se utiliza primordialmente para efectos fiscales. En efecto, aquel sistema es muy similar al que implementa el Decreto 2247 de 1974, artículo 57 (recientemente derogado), cuando establece el valor fiscal de las acciones como: 'el promedio del precio en Bolsa en el último mes del respectivo año o período gravable'. Este criterio lo ratifica el doctor Luis Fernando Román que, en calidad de testigo técnico, señala en declaración de 28 de febrero de 1983 en este proceso: 'la cotización oficial sirve fundamentalmente para efectos financieros, fiscales y estadísticos' (folio 524 cuaderno número 1). Igualmente, el declarante con el fin de clarificar el concepto de precio oficial utilizado por Acciones y Valores para desvirtuar el cargo de manipulación, lo enfrenta con la naturaleza de la 'última cotización' (elemento detector de las desviaciones notorias en las cotizaciones, Acta 217 Cámara de la Bolsa de Bogotá 21 de julio de 1959), cuando dice: 'el último precio... es el parámetro del cual debe partir la Comisión Nacional de Valores en su función de controlador del mercado de Valores' (folio 574 cuaderno número 1).

"2. Basta agregar que las legislaciones bursátiles, tal como lo señala Antonio Arroyo (Antonio M. Arroyo, La Manipulación de la Cotización en Bolsa, I. C. A. I., Madrid, 1978, página 70) utilizan como método, para definir y calificar las manipulaciones, por visible distanciamiento entre las cotizaciones: el de comparar el último precio registrado en Bolsa con la nueva cotización propuesta. Acatando este principio procedió la Comisión Nacional de Valores y cotejó la cotización de la acción de la Compañía Nacional de Chocolates, entre los días 3 y 7 de marzo de 1980, encontrando una diferencia de 40.7% —de $ 81.50 a $ 50.00— entre una cotización y la siguiente (folio 445 cuaderno número 1), lo cual es motivo suficiente para calificar este hecho como una manipulación que, al decir de Arroyo (3 ob. cit. página 86): "consiste en la realización de maniobras para *forzar o deprimir visiblemente los cambios en los precios* de acuerdo con sus intereses particulares, distorsionando gravemente el mercado". (Subraya la parte impugnadora).

"3. Se colige entonces, que el parámetro para calificar la manipulación, por variaciones excesivas e injustificadas en las cotizaciones, es 'el último precio' y no 'la cotización oficial'. Baste suponer los traumatismos que reportaría, para un comisionista, el tener que adelantar cálculos sobre los promedios aproximados de la oferta y la de-

manda para tener certeza sobre si, cada una de las operaciones a realizar, se aparta o no, de la cotización anterior.

"4. Se concluye, por lo visto, que una operación que deprime el valor de un activo en casi la mitad, sin que existan razones de mercado (recuérdese que la Compañía Nacional de Chocolates fue ganadora del premio Nacional de Calidad en 1983 y postulada para el mismo en los dos años anteriores), definitivamente es un evento irregular y por lo mismo una situación no representativa del mercado, generadora de trastornos en el mismo y sancionable al tenor de los numerales 1º y 3º, literales b y c del artículo 12 de la Ley 32 de 1979.

"5. Otra característica bien especial de las operaciones estudiadas es: que quien obliga la baja de la acción es el comisionista *vendedor* que recibe unos valores a $ 81.50 para tres días después, envilecer su valor en casi la mitad. En contraste con esta actitud el Vicepresidente de la Bolsa de Bogotá doctor Jaime Ricaurte Junguito define la función del comisionista vendedor y señala los siguientes beneficios que deben procurar a su comitente: 'son muchas las ventajas que puede perseguir... entre otras mencionaría dar una liquidez en buenas condiciones a un activo que se pretende vender, realizar una nueva inversión en buenas condiciones de rentabilidad' (folio 456 cuaderno número 1). En el mismo sentido el Secretario General de la Bolsa de Bogotá doctor Luis Carlos Rodríguez Herrera, al contestar a la inquietud de si era corriente, o no, que un comisionista vendedor se esforzara 4). Luis Carlos Rodríguez nos informa que cuando hizo la observación a uno de los señores Aparicio sobre el distanciamiento visible entre las cotizaciones: 'él se molestó un poco' y agrega 'recuerdo esta operación porque no era usual una reacción tan marcada de parte del corredor' (vendedor) (folio 431 cuaderno número 1) en rebajar el precio del activo que se le ha encomendado vender, manifestó: '...la situación a manera de ejemplo propuesto no es definitivamente común'.

"6. Lo ya analizado nos lleva a pensar que si hubiere existido un comitente real, la sociedad comisionista habría actuado contra los intereses de éste, desconociendo el mandato implícito de obtener: lucro, liquidez y rentabilidad. Por lo mismo, muy seguramente la Comisión Nacional de Valores habría recogido y estudiado las justas protestas del damnificado que en casos como éste, y cuando existe, censura la conducta del intermediario.

"E. *Inexistencia Operaciones Manipulativas* (ficticias y puramente nominales).

"1. El apoderado de la firma Acciones y Valores al tratar de restarle base jurídica a la afirmación de la Comisión Nacional de Valores en el sentido de que las Operaciones 12830 y 14050 de marzo 7 y 14 de 1980, respectivamente, presentaban carácter puramente nominal y por lo mismo ficticio, contrargumenta manifestando que el cambio de nombre, entre los supuestos comitentes de estas operaciones, no fue deliberado y se debió a la ocurrencia de 'un error común'.

"2. Aparte de los argumentos ya enunciados, sobre el asunto de la referencia, en el Capítulo X de este escrito y en especial de los consignados en las páginas 1 a 4, podríamos agregar lo siguiente: los

errores en la identidad del comitente no son tan comunes y es obligación de mínima diligencia por parte del comisionista, adoptar las precauciones necesarias que le garanticen la seriedad de la solicitud de compra o venta hecha por el comitente, pues de acuerdo al artículo 40 numeral IV de los estatutos de la Bolsa de Bogotá, se le obliga a responsabilizarse de cualquier operación adelantada a instancia de un cliente, aunque éste no entregue el precio de compra o no suministre los títulos a vender. No obstante, la simple lectura de los hechos estudiados y de los argumentos presentados por la actora demuestran que 'supuestamente' se le recibió una orden a un desconocido (bien a una empleada del servicio doméstico, bien a un individuo radicado en Panamá).

"3. En cuanto a la identidad y eventual participación de los tres posibles comitentes de las operaciones en estudio, debemos hacer el siguiente análisis:

"a) *María Mayorga:* En su declaración rendida el día 11 de febrero de 1983, afirma: que no realizó las transacciones que se hicieron a su nombre, que no tenía la capacidad económica e intelectual para concurrir a negociar valores en una bolsa, que no conocía a los directivos, administradores, empleados o dependientes de la sociedad comisionista Acciones y Valores (por lo mismo, es sorprendente que se le hubiera identificado, en las papeletas bursátiles, con sus dos nombres, dos apellidos, cédula de ciudadanía y lugar de expedición). Al percatarse la Superintendencia Bancaria de la verdadera identidad y condiciones de la señora Mayorga, la sociedad comisionista señala como el 'verdadero comitente' a un individuo panameño y aduce que su identidad se había confundido por un 'error común'. Sin embargo, meses después, se descubre que la señorita María Mayorga se encontraba, también, registrada en los libros de órdenes de la firma Acciones y Valores negociando millones de pesos en diferentes títulos de los Bancos del Comercio, de Colombia, del Central Hipotecario, del Comercial Antioqueño, de Colseguros, etc., (folios 502 a 504 del cuaderno número 1).

"b) *Juan Felipe de la Iglesia:* Este abogado panameño fue el comitente sustituto de María Mayorga cuando se conoció su condición económica, social y cultural. Sin embargo, el señor de la Iglesia, tal como lo pudo constatar la Comisión de Valores, tampoco apareció como accionista de la Compañía Nacional de Chocolates. Pues bien, para tratar de obviar este imprevisto, en su declaración, crea una nueva pieza a la coartada y afirma que la operación no la ordenó él sino un cliente suyo; no obstante lo cual se niega a suministrar su nombre. Más adelante afirma: 'yo represento únicamente clientes de nacionalidad colombiana' y agrega: 'yo desconocía y reconozco que aún desconozco el aspecto operativo de las transacciones bursátiles'. Todo lo visto nos lleva a la siguiente conclusión bizarra: un inversionista colombiano con el fin de dar una simple 'orden abierta' para adelantar una negociación de menos de $ 50.000.00, en la Bolsa de Bogotá, acude ante un abogado panameño, radicado en ciudad de Panamá que 'desconoce el aspecto operativo de las transacciones bursátiles'.

"c) *Carbar Limitada:* Aunque en el listado oficial de la Bolsa de Bogotá aparece como cliente o comitente de la sociedad comisionista

Acciones y Valores (folio 455 cuaderno número 1), sus representantes legales desmintieron de manera categórica que hubieran dado un mandato para la venta o compra de acciones de la sociedad Nacional de Chocolates. Tal afirmación aparece tanto en diligencia de inspección judicial como en carta adjunta a la misma (folio 9).

"4. Para reforzar el argumento de la naturaleza puramente nominal o ficticia de las operaciones tantas veces enunciadas es conveniente aclarar que fueron 'compensadas' es decir, y tal como se puede apreciar al folio 445 del cuaderno número 1, que quien aparecía comprando en la operación 12830 se convertía en vendedor en la transacción número 14050 y viceversa.

"Este tipo de operaciones compensadas han sido calificadas como puramente nominales pues son operaciones que se reversan o destratan, entre sí, antes de que se liquiden. Es así como una misma persona compra y vende, en muy corto lapso, las mismas acciones al mismo precio, sin que se registre un traspaso efectivo de valores o dinero, dado que las transacciones en Bolsa se realizan sobre mercancías ausentes.

"5. Refiriéndose a este tipo de operación bursátil el doctor Luis Carlos Rodríguez H. entonces Secretario General de la Bolsa de Bogotá dice: 'entiendo por operación compensada... una operación reversada en la cual una misma persona vende y compra el mismo número de acciones'. (Folio 461 cuaderno número 1). Más adelante, agrega, refiriéndose al mecanismo operativo entre los comisionistas: 'en ocasiones solicitan al otro comisionista participante en la operación que se *destraten* a través de una operación similar, en la que el antiguo comprador figuraba como vendedor y viceversa, de manera tal que ante la Bolsa, en el cumplimiento de ambas transacciones se opera automáticamente una compensación'. Luego, reafirmando la naturaleza puramente nominal de estas operaciones se refiere a que, en estos casos: 'no se justifica un traspaso innecesario de acciones' (folio 462 cuaderno núm. 1).

"6. Arroyo (5 Ob. cit., página 110) se refiere a este tipo de operaciones de la siguiente manera: 'las ventas de 'lavadora' que son una variante menos refinada que la venta convenida: el mismo individuo da una orden de venta y compra. La cotización se produce sin que haya mediado operación real y el manipulador ve que los cambios toman el rumbo apetecido por él'.

"7. Las operaciones 'compensadas', en nuestro caso 12830 y 14050, son operaciones nominales, por lo mismo irreales, ficticias y no representativas del mercado, y sancionables al tenor del artículo 12 numeral 2º literal c) de la Ley 32 de 1979 y del artículo 45 numerales 2 y 11 de los reglamentos de la Bolsa de Bogotá".

Vista Fiscal

En una interesante vista de fondo la señora Fiscal Sexto ante esta Corporación solicita que se nieguen las súplicas de la demanda. Divide su alegato en dos partes: una relativa a los aspectos de procedimiento, la otra relacionada con los puntos de fondo. La Sala trans-

cribe algunos de los apartes de las apreciaciones del fiscal en la parte considerativa de esta providencia que acoge en un todo el punto de vista de la señora fiscal.

Consideraciones de la Sala

A. La Comisión Nacional de Valores

Para comprender la acción ejercida por la Comisión Nacional de Valores en el asunto de autos se hace imperioso precisar su naturaleza jurídica y su razón de ser Instituciones de esta naturaleza nacieron en los Estados Unidos como parte del intervencionismo del Estado en la economía. En 1933, como resultado de la gran crisis, se creó la Comisión de Valores *(Securities Exchange Commision)* buscando varios propósitos: su primera función fue la de asegurar la publicidad de una obligada información financiera sobre las diferentes empresas a fin de lograr que los inversionistas puedan hacer una adecuada evaluación sobre las perspectivas económicas de las diferentes empresas que emiten sus valores; más tarde en 1934 se adicionaron sus funciones y se le otorgaron mayores poderes mediante una célebre ley *(Securities Exchange ACT)* permitiendo que esta entidad pública ejerciese un verdadero control sobre los mercados y valores y sobre agentes y corredores. A partir de esta ley se exigió el registro de las transacciones de valores y de los títulos negociados en las bolsas y se restringieron los préstamos a agentes y corredores; se prohibieron manipulaciones artificiosas que afecten las cotizaciones de los valores; se exigió la publicación de informes periódicos sobre los valores admitidos a cotización y el suministro de determinada información. Las Bolsas establecen las reglas que rigen la conducta de sus miembros y la Comisión determina sobre la adecuación de esa regulación. También la ley reguló la tarea de los intermediarios imponiendo algunas reglas de conducta sobre ellos y sobre las asociaciones o colegios de corredores. Nuevas leyes dictadas en 1935 (Public Utility Holding Company ACT), 1940 (Investments Company ACT) y 1964 (Securities ACT) ampliaron aún más las funciones de la Comisión de Valores cubriendo igualmente importantes reglas para las operaciones de valores por fuera de bolsa, sobre el cuidadoso control de las empresas de servicios públicos, el registro y regulación de las sociedades de inversión y la extensión de las reglas de información y divulgación de todo lo que ocurre en el complejo campo de las operaciones de valores.

Como se observa, en un país que se precia por el respeto a las libertades ciudadanas y por el libre juego del mercado, se consideró imperativo el ejercicio de una significativa acción de policía administrativa económica. Ella tiene importantes funciones: ejerce una potestad tuitiva, de protección a los derechos de los terceros que a menudo pueden ser fácilmente vulnerados por grupos poderosos, por el deseo de control de las empresas que afanosamente tratan de hacerse al dominio o la gestión de las grandes compañías anónimas. Ella busca igualmente proteger el orden público económico, a menudo amenazado en su estabilidad por los conglomerados financieros, hábiles en adquirir poder pero incapaces luego de sortear las crisis, como gráficamente lo demuestra la historia de las economías en el siglo XX; como las cotizaciones de los valores se mueven en el mismo sentido

que la coyuntura económica, aumentan cuando hay expansión y caen con las recesiones, esa exhorbitante concentración del poder accionario se traduce siempre en una inmensa vulnerabilidad del sistema económico en los momentos de recesión. Finalmente, la intervención del Estado en ese proceso económico tiene también un sentido ético. Es altamente deseable en términos de equidad que la propiedad se distribuya entre muchos y no en pocas manos.

Así surgió la Comisión de Valores en el mundo capitalista: con tres sentidos teleológicos, uno de protección al individuo, otro de defensa del orden público económico, otro de defensa del orden social.

El sistema se generalizó y extendió en otras latitudes: en Venezuela, por ejemplo, se dictó entre otros el célebre Decreto 882 del 29 de abril de 1975, mediante el cual se expidió una ley del Mercado de Capitales. A la Comisión Nacional de Valores se le facultó por esa ley para autorizar la oferta pública de valores (acciones y otros títulos emitidos por organismos públicos y privados), y para autorizar la promoción de nuevas sociedades mediante la suscripción pública de papeles que se ciñan a las reglas dictadas por ella; para promulgar las normas para la emisión o negociación de los títulos o valores susceptibles de oferta pública; y para aprobar estatutos de las bolsas de valores y supervisar su funcionamiento; etc. En ese país, como en otros de América Latina, tales como México y Brasil la Comisión de Valores ejerce también una función de policía administrativa económica, así en algunos de ellos se haya puesto cierto acento en la función de estímulo y promoción al ahorro y al mercado de capitales.

Nosotros creamos la Comisión de Valores mediante la Ley 32 de 1979. No podía ser extraño al país lo acaecido en otros países pues ya detrás de Colombia existía la experiencia de más de cuarenta años; y en el espíritu del legislador jugaron, sin duda, las lecciones de esa vivienda obtenida en otras latitudes, como que aún el nombre de la institución creada por la Ley 32 de 1979 fue tomado de la que le precedía en los Estados Unidos, Venezuela, México y Brasil, entre otras.

A pesar de su corta historia, la Comisión de Valores ya tiene en Colombia alguna evolución importante: la razón es la existencia que se dio en forma simultánea de los controles sobre Bolsas e Intermediarios de Valores; la antigua vigilancia que ejercían sobre unos y otros los funcionarios de la Superintendencia Bancaria y la nueva forma de intervención basada en la acción de la novísima Comisión de Valores. Sólo hasta el Decreto Extraordinario 2920 de 1982 se unificaron las acciones de vigilancia y control en una única entidad: la Comisión Nacional de Valores.

Que es pues la Comisión Nacional de Valores en Colombia? Es por encima de todo una entidad de policía administrativa económica. Ello se infiere no sólo de los antecedentes que la precedieron. También surge del propio texto de la Ley 32 de 1979 y de los decretos extraordinarios que se dictaron por el Gobierno Nacional con base en las facultades que le otorgó la misma Ley 32.

1. La Comisión es una entidad de regulación y control; ello se deduce de las atribuciones establecidas en los numerales 2, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 11, 12, 14, 15, 16 y 18 del artículo 9º de la Ley 32 de 1979.

2. La Comisión es una entidad de promoción: ello se infiere del texto de las atribuciones que le otorga el numeral 3 del artículo 9º de la Ley 32 de 1979.

3. La Comisión es una entidad de registro e información. (Numerales 1, 8, 9, 13, 15 y 17 *ibídem).*

A la Comisión le corresponde reglar la oferta pública de valores, determinar reglas de conducta de los intermediarios, y sobre todo, evitar a toda costa manipulaciones en las cotizaciones de bolsa. Esta última atribución le es tan esencial que podía bien decirse que es su razón de ser. Precisamente por ello se le ha dotado de algunos poderes especiales: suspender papeles o intermediarios, cancelar el registro de un título o de una firma de corredores de bolsa, imponer multas, atribuciones todas propias de un poder de policía económica. Como todo poder de policía parte de esas atribuciones es un poder reglado, pero también existe algún grado de discresionalidad, enmarcado desde luego en el ámbito de una motivación por el bien común.

Precisamente en reciente informe presentado por la Comisión Nacional de Valores se destacan entre sus objetivos fundamentales los siguientes: la Comisión debe "estimular, organizar y regular el mercado público de Valores" tal como lo precisa el artículo 1º de la Ley 32 de 1979. Cabe anotar que existen en esta definición dos aspectos: el policivo y el de promoción y estímulo. Y añade el informe:

"El artículo 1º de la Ley 32 es suficientemente claro en el sentido de que ambas responsabilidades son propias de la Comisión. Las dos actividades resultan igualmente importantes: un mercado de valores en donde no se cuenta con el suficiente control, donde se pueden —sin sufrir sanciones severas —adelantar acciones lesivas para los intereses del ahorro nacional, termina por convertirse en un mercado en torno del cual cunde la desconfianza. Igualmente, un mercado de valores exageradamente controlado pero pequeño, mal informado, en donde las empresas no encuentran mecanismos adecuados para financiarse, termina por convertirse en un mercado reprimido, sin capacidad para asignar eficientemente el ahorro nacional".

Dentro de estas funciones destaca el informe la importancia que tiene no sólo el estímulo a la sociedad anónima abierta sino también la protección de las minorías.

Qué atribuciones policivas tiene la Comisión Nacional de Valores: Varias.

1. Según el artículo 12 de la Ley 32 de 1979 se tiene:

"Ley 32 de 1979.

"Artículo 12. En ejercicio de sus funciones la Comisión Nacional de Valores podrá:

"1. Suspender la inscripción de un documento en el Registro Nacional de Valores cuando hubiere temor fundado de que con él se pueda causar daño a sus tenedores o al mercado de valores, por el término necesario y hasta cuando se subsanen las irregularidades que hayan motivado la suspensión.

"2. Cancelar la inscripción de un documento en el Registro Nacional de Valores cuando:

"a) Sus emisores incumplan las obligaciones que les impone la presente ley o las decisiones de la Comisión, o aquellas asignadas para la inscripción de un documento.

"b) El documento deje de satisfacer los requisitos necesarios para su inscripción.

"3) Suspender la inscripción de un intermediario en el Registro Nacional de Intermediarios cuando:

"a) Incurra en violación de lo ordenado por esta ley, sus disposiciones reglamentarias o las decisiones de la Comisión.

"b) Realice operaciones que no sean suficientemente representativas de la situación del mercado.

"c) En su actuación se presenten irregularidades que puedan comprometer la seguridad del mercado.

"d) En tratándose de sociedades, incurra en una causal de disolución que según el Código de Comercio pueda enervarse.

"En estos mismos casos la Comisión Nacional de Valores podrá ordenar la intervención administrativa del intermediario hasta que desaparezcan las causas que motivaron dicha medida.

"Cancelar la inscripción de un intermediario en el Registro Nacional de Intermediarios cuando:

"a) Incurra en violaciones reiteradas a lo dispuesto en esta ley, en sus disposiciones reglamentarias, o a las decisiones de Comisión.

"b) Deje de satisfacer los requisitos exigidos para su inscripción.

"c) Injustificadamente incumpla las obligaciones que surjan de las operaciones contratadas.

"d) Entre en período de liquidación.

"e) Proporcione a la Comisión informaciones falsas o engañosas.

"5. Ordenar la suspensión de operaciones a quienes, sin autorización de la Comisión, realicen operaciones en el mercado de valores.

"6. Sancionar a los contadores públicos con multa hasta de cien mil pesos y ordenar la suspensión de su inscripción profesional por un término no mayor de un año, cuando con destino a la Comisión certifiquen informaciones que no se hayan tomado fielmente de los libros de contabilidad, que no reflejen en forma fidedigna la correspondiente situación financiera o que proceda sin sujeción a lo indicado en el inciso 2º del artículo 2º de esta ley. En caso de reincidencia la multa podrá ser hasta de doscientos mil pesos y la Comisión podrá ordenar que se cancele la inscripción del Contador Público.

"7. Imponer multas sucesivas hasta de cien mil pesos cada una, según la gravedad de la infracción, a quienes desobezcan sus decisiones o violen las normas legales que regulen la materia".

2. Del tenor de esta norma se infiere que la Comisión puede suspender el registro de un título o de un intermediario, cancelar la inscripción de un título o de un intermediario o imponer multas.

No siempre la función policiva que se ejerce con unas u otras medidas es de carácter punitivo o sancionatorio. Así por ejemplo la función de suspender un título puede nacer del simple "temor fundado de que con él se pueda causar daño a sus tenedores o al mercado de valores" y la suspensión de un intermediario puede obedecer a que "realice operaciones que no sean suficientemente representativas del mercado", así en uno y otro caso no se encuentren conductas que puedan calificarse de irregulares", "ilegales" o "irreglamentarias". También prevé la ley la acción de la Comisión de Valores frente a conductas "malas" y en tal caso cabe interpretar la acción de la Comisión con algún carácter sancionatorio.

La señora Fiscal Sexto ante esta Corporación destaca este aspecto:

"La Ley 32 de 1979 señaló como funciones de la Comisión Nacional de Valores entre otras, las de velar porque quienes participen en el mercado de valores ajusten sus operaciones a las normas que lo regulan y adoptar las medidas necesarias para proteger los intereses de quienes hayan efectuado inversiones representadas en los documentos de que trata la misma ley (artículo 9-16 y 18).

"El artículo 12 señaló que en ejercicio de sus funciones la Comisión Nacional de Valores podrá suspender o cancelar la inscripción de un intermediario en el registro nacional de intermediarios; ordenar la suspensión de operaciones; sancionar con multa a los contadores públicos e imponer multas sucesivas. El mismo artículo enumeró y tipificó taxativamente los hechos y omisiones que dan lugar a la suspensión o cancelación.

"Esta disposición es una norma de carácter sustantivo, pues define las contravenciones y señala las sanciones y por consiguiente, su aplicación está determinada por la garantía constitucional de la irretroactividad que implica que a nadie podrá imponerse las sanciones previstas sino por hecho u omisión que se adecúe a los descritos y siempre que haya sido cometido u ocurrido con posterioridad a la vigencia de la ley.

"Pero los Decretos 831 y 1169 de 1980 expedidos por el Gobierno Nacional en orden a señalar la competencia para la imposición de las sanciones previstas en la Ley 32 de 1979 y fijar el procedimiento administrativo correspondiente, son sin lugar a dudas normas adjetivas o de procedimiento cuya aplicación inmediata les da cabida aún en procesos tendientes a reprimir actuaciones u omisiones ocurridas antes de su vigencia.

Sostiene la señora fiscal que la medida de suspensión de un intermediario no es una medida punitiva sino preventiva. Dice "la medida preventiva de suspensión de un intermediario, es una medida de aplicación inmediata no una sanción como afirma el accionante".

Precisa la Sala

La acción que ejerce la Comisión Nacional de Valores es una acción de policía administrativa económica. La acción de policía económica se refleja por regla general en dos tipos de medidas: medidas de carácter preventivo y medidas de carácter represivo. Las primeras buscan evitar que se cause un daño o prevenir que un daño continúe causándose. Las segundas buscan sancionar una acción que ha causado daño. En el caso de autos, al parecer, las medidas adoptadas por la Comisión Nacional de Valores tienen el doble carácter de medidas preventivas y medidas represivas. Se quiso prevenir un daño: el que causaba a la economía y a terceros la acción de los intermediarios, actuando en operaciones artificiales de bolsa. Se quiso igualmente reprimir el daño ya causado por intermediarios. Debe anotarse igualmente que al adoptar medidas preventivas es necesario actuar en forma provisional, es decir sin perjuicio de la decisión defintiva que se tome al terminar el proceso, en forma limitada en el tiempo y en forma inmediata pues así lo exige la propia naturaleza de la función policiva que se ejerce.

El caso de autos

Para analizar el caso de autos la Sala considerará separadamente los cargos de fondo y los cargos de procedimiento.

a. *Cargos de fondo*

Alega el demandante que la Operación 12830 no fue ficticia y no puede decirse que no sea representativa del mercado. Las pruebas que aduce son varias: fundamentalmente la que se relaciona con la declaración del señor Juan Felipe de la Iglesia Abat y el certificado que expidió un funcionario de la Bolsa de Bogotá tal como se anotó atrás.

Para la Sala la Operación 12830 objeto del debate sí tiene características muy dudosas que demuestran la existencia de manipulaciones en los precios y que en forma conclusiva hacían necesaria la intervención de la Comisión Nacional de Valores.

1. Se negocia en febrero y marzo de 1980 una suma cuantiosa de acciones entre el Grupo Grancolombiano S. A., y los Fondos Bolivariano y Grancolombiano a $ 85.00 cada acción. La operación se revierte en abril y mayo del mismo año a precios mucho más bajos (entre $ 42.00 y $ 55.00 cada acción). Lo que ha ocurrido es que se produce con esas maniobras una clara transferencia de recursos del público inversionista de los Fondos Bolivariano y Grancolombiano y a favor del Grupo Grancolombiano. Para la Sala la intervención de la Comisión Nacional de Valores se justificaba plenamente pues estas operaciones lesionaban los intereses de terceros y perjudicaban mucho el orden económico. Además estas operaciones, que desde luego son distintas a la operación 12830, están estrechamente ligadas a ésta por dos razones: porque le anteceden en un corto tiempo las primeras (venta del Grupo a los Fondos) y le suceden en también un corto tiempo las segundas (recompra del Grupo a los Fondos), y porque la Operación 12830 fue la primera operación que tuvo lugar a un precio mucho más bajo. Se trata de una prueba indiciaria definitiva. Es indicio cualquier hecho conocido del cual se infiere, por sí o conjunta-

mente con otros, la existencia de otro hecho, mediante una operación lógica basada en normas generales de la experiencia...

Está descartada razonablemente la posibilidad de que la conexión entre el hecho indicador (las operaciones de compra y venta del Grupo Grancolombiano y los Fondos Bolivarianos y Grancolombiano) y el hecho investigado (la naturaleza de la Operación 12830) sea meramente casual. Es claro que el día 7 de marzo se operó en una forma inusual. Las declaraciones del doctor Luis Carlos Rodríguez así lo indican.

Con buen criterio dice la señora fiscal al respecto:

"Para un análisis de los motivos que dieron lugar a la expedición de la Resolución 043 de 1981 acusada, haremos un estudio de los elementos de juicio que la Comisión Nacional de Valores tuvo al momento de dictar la providencia, contenidos en las piezas que conforman la investigación adelantada por la Superintendencia Bancaria y la llevada a cabo por la propia Comisión.

"El panorama que dio lugar a que la Superintendencia y la Comisión iniciaran la investigación, del cual no puede aislarse la operación bursátil que motivó la sanción, pues su incidencia en el mercado sólo puede determinarse examinando en conjunto las operaciones que le antecedieron y le subsiguieron, puede describirse así:

"En el mes de enero de 1980 sociedades pertenecientes al Grupo Grancolombiano venden a los Fondos Bolivariano y Grancolombiano que pertenecen al mismo grupo, acciones de las sociedades Noel, Simesa, Cementos Argos y Compañía Nacional de Chocolates, por un valor aproximado de $ 2.637.253.759 (folios 379 y 385 cuaderno 6). Los precios unitarios por acción fueron los más altos del mercado.

"Pocos días más tarde, los precios de las acciones de las sociedades en mención se derrumban en una forma inusitada y los Fondos Bolivariano y Grancolombiano las venden a bajo precio al mismo Grupo Grancolombiano.

"Como consecuencia, los Fondos Bolivariano y Grancolombiano pierden conjuntamente una suma aproximada a los $ 752.239.944 y correlativamente el Grupo Grancolombiano obtiene una ganancia superior a los $ 274.000.000 (folio 379 *ibídem*).

"La pérdida de los Fondos deben asumirla sus inversionistas, quienes ven disminuido enormemente el valor de sus unidades de inversión.

"Esta situación de suma gravedad en el orden económico y social de la nación causó inquietud no solamente porque la operación se desarrolló en forma cerrada dentro de un mismo grupo económico y enriqueció a los protagonistas dejándoles grandes utilidades, sino porque quienes en definitiva sufrieron las pérdidas fueron numerosos pequeños y medianos ahorradores.

"Estudiada la operación en sus diversas etapas, se observa en lo que hace relación con las acciones de la Compañía Nacional de Cho-

colates que, no obstante que las transacciones más cuantiosas se efectuaron por fuera de bolsa. Tanto para la primera millonaria venta del Grupo a los Fondos como para la venta de los Fondos al Grupo se utilizaron precios registrados en Bolsa mediante transacciones de poca monta.

"En memorando dirigido a la Comisión de Valores por el Superintendente Bancario el 14 de abril de 1980 (folio 293 cuaderno 6) el Superintendente después de hacer un relato de los resultados de sus averiguaciones observa:

" 'De la anterior relación se puede evidenciar cómo a través de transacciones irrisorias en cuanto al número de acciones negociadas, se varían fundamentalmente los precios de las acciones antes enumeradas causando serios traumatismos al mercado bursátil y a quienes en él intervienen'.

"Se investigan entonces las operaciones negociadas en bolsa que marcaron el precio más alto por el cual los Fondos compraron las acciones de la Compañía Nacional de Chocolates y las que señalaron el precio más bajo utilizado por los Fondos para vender las mismas acciones.

"Se encuentra que la operación que marcó el precio más alto fue transada así:

"Fecha: 6 de febrero de 1980.

"Comprador: Grupo Grancolombiano S. A.

"Vendedor: Fondo Nacional de Cafeteros.

"Comisionista: Carrizosa Barreto y Asociados S. A., y Corredores Asociados S. A.

"Número de acciones: 20.000.

"Precio: $ 85.00.

"Precio día anterior: $ 79.00.

"Precio día posterior: $ 79.60.

"El mismo día los Fondos por fuera de bolsa compraron a las sociedades del grupo un número superior a 6.000.000 de acciones al precio registrado de $ 85.00.

"Igualmente se determinó que las operaciones que registraron el precio más bajo utilizado por los Fondos Bolivariano y Grancolombiano para restituir en venta al Grupo las acciones que le habían comprado fueron las números 12830 de 7 de marzo y 13361 de 11 de marzo. (folio 445).

"La primera se verificó así:

Fecha: 7 de marzo de 1980.

Comprador: Inés Elvira Carreño de Bellew.

Vendedor: Carbar Limitada.

Comisionistas: Acciones y Valores y Acobalsa S. A.

Número de acciones: 7.525.

Precio: $ 50.00.

Precio última transacción en bolsa: $ 81.50 (cuatro días antes).

Precio siguiente transacción en bolsa: $ 70.00 (4 días después).

"La segunda se resume así:

Fecha: 11 de marzo de 1980.

Comprador: Inés Alvira de Bellew.

Vendedor: Operación compensada.

Comisionistas: Acobolsa S. A., y Corredores Asociados S. A.

Número de acciones: 1.820.

Precio: $ 55.00.

Precio anterior el mismo día: $ 70.00.

"A este último precio vendieron al Grupo Grancolombiano los Fondos Bolivariano y Grancolombiano los 6.000.000 de acciones que días antes habían recibido de él, reportando una pérdida cuantiosa mientras el Grupo registraba una utilidad inusitada.

"Otros 7.000.000 de acciones de la Compañía Nacional de Chocolates que los Fondos tenían, fueron vendidas al mismo Grupo Grancolombiano entre los meses de marzo a junio a precios que fluctuaron entre $ 55.00 y $ 42.00 por acción.

"Frente a esta situación se analiza con detenimiento la operación 12830 y se encuentra que:

"1º La operación fue reversada mediante la número 14050 siete días después.

"2º El comisionista vendedor, Acciones y Valores, hizo figurar en primer término como comitente a la señora María Gloria L. Mayorga y luego al señor Juan Felipe de la Iglesia Abat.

"3º Ni la señora María Gloria Mayorga ni el señor Juan Felipe de la Iglesia Abat son ni han sido accionista de la Compañía Colombiana de Chocolates (sic).

"4º El verdadero accionista vendedor fue la sociedad Carbar Ltda.

"5º Carbar Ltda., está integrada por los socios Enrique Barreto Vargas y Camilo Carrizosa Pombo quienes a la vez son socios de la firma comisionista Carrizosa Barreto.

"6º Quien figura como comprador, Inés Elvira Carreño de Bellew es la misma persona que aparece cuatro días después marcando un precio inferior al registrado en la misma rueda en operación que reversa al día hábil de bolsa siguiente.

"7º La señora Inés Elvira Carreño de Bellew en el mes de marzo y según listado aparece interviniendo en operaciones bursátiles con acciones de la Compañía Nacional de Chocolates, así:

"Marzo	7	compra	7.525	acciones	a	$ 50.00
"Marzo	14	vende	7.525	acciones	a	$ 60.00
"Marzo	11	compra	1.820	acciones	a	$ 55.00
"Marzo	13	vende	1.820	acciones	a	$ 55.00
"Marzo	14	vende	21.000	acciones	a	$ 55.00
"Marzo	18	compra	21.000	acciones	a	$ 55.00

"Total acciones negociadas	30.345

"8º La compradora Inés Elvira Carreño de Bellew es una ciudadana colombiana residente en Londres, que actuó a través de su hermano, apoderado, el señor Pedro María Carreño Posada, quien a su vez es el representante legal de la firma comisionista miembro de la Bolsa, Luis Carreño Mallarino y Compañía que a la fecha de la transacción actuaba fusionada con el comisionista que intervino en la operación, Acobolsa Seade.

"9º La operación fue transada de contado o sea que debía liquidarse a más tardar al siguiente día hábil de despacho de la Bolsa (artículo 71 del Reglamento) pero sólo vino a liquidarse siete días después.

"10. Los comisionistas comprador y vendedor acordaron aplazar el cumplimiento de la operación por veinticuatro horas pero incumplieron el plazo acordado.

"Finalmente, la Comisión Nacional de Valores encuentra que la versión que el comisionista Acciones y Valores suministró a los funcionarios de la Superintendencia Bancaria respecto a la identidad del ordenador de la operación, no es satisfactoria, si se tiene en cuenta que si en verdad se cometió error en la papeleta de la transacción y se corrigió el mismo día cuando se envió comunicación al verdadero comitente anunciando la operación, no se habría escrito el mismo nombre equivocado de María Mayorga al reversar siete días después la transacción, ni se hubiera aceptado ante la Superintendencia Bancaria en carta calendada el 15 de abril (folio 265 cuaderno 6) que el ordenante era la señora Mayorga.

"Todas estas circunstancias, sumadas a que la operación examinada constituyó el enlace entre la compra por parte de los Fondos Bolivariano y Grancolombiano de los 6.000.000 de acciones y la venta de los mismos a los primitivos vendedores, Grupo Grancolombiano, llevaron a la Comisión Nacional de Valores según se consigna, en la Resolución 043 de 1981 a la convicción de que la sociedad comisionista de valores Acciones y Valores ejecutó operaciones ficticias y por ende no representativas del mercado, comprometiendo con tales irregularidades la seguridad del mismo".

Estas observaciones de la señora fiscal son muy atinadas. Los hechos indicadores de que las operaciones fueron ficticias están probados, no los ha desvirtuado el propio apoderado del actor. No cabe

duda de su realidad frente a la inspección que la Sala practicó a los libros de acciones de la Compañía Nacional de Chocolates: En 1980 se hicieron las operaciones de compra y venta de acciones de la Compañía Nacional de Chocolates entre el Grupo Grancolombiano y los Fondos Bolivariano y Grancolombiano que condujeron en forma definitiva a perjudicar a muchos inversionistas de estos fondos.

El actor ha sostenido que la Operación 12830 no tiene conexidad con estos hechos indicadores, pero como existen otros elementos indiciarios que en forma muy elaborada destaca la señora fiscal en su vista de fondo, esta Sala los acoge plenamente. Para ella dentro de un criterio de la sana apreciación probatoria una suma de indicios tan contundente no puede explicarse de otra manera que dándole la naturaleza de operación ficticia, vale decir, de una clara manipulación de los precios de la Bolsa. No puede ser simple coincidencia que la Operación 12830 haya acaecido en la mitad de un juego de operaciones bursátiles del Grupo Grancolombiano y los Fondos Bolivariano y Grancolombiano, que ese día 7 de marzo de 1980 se hayan "molestado un poco" los señores Aparicio como se infiere de la declaración del doctor Rodríguez, que además ese mismo día haya existido un gran número de ofertas y demandas sucesivas hasta eliminar el distanciamiento de los precios, que la operación se haya registrado con el nombre de una modesta empleada del servicio doméstico (así fuere un *lapsus*) quien nada puede ni tiene que ver con el complejo mundo de los negocios de bolsa, que la operación haya sido reversada con otra operación pocos días después, que no se conozca quién fue el mandante del señor de la Iglesia, y algunos otros detalles que aparecen claros en el debate probatorio. Quizá cada hecho aislado de por sí no sea concluyente, pero una suma de hechos como la que se ha presentado en este caso es tan concluyente que se pecaría contra la lógica pensar que en un juego de bolsa tan turbio hubo simple suma de casualidades y azares.

Sostiene el actor que la operación fue mal denominada. La señora fiscal observa:

"Las operaciones de las bolsas dan lugar sin embargo a toda una suerte de combinaciones ficticias llamadas comúnmente 'juegos de bolsa' que la legislación debe frenar a toda costa, toda vez que crean una situación falsa alrededor de los precios del mercado que a su vez incide en la economía nacional y da lugar a pérdidas injustas y a enriquecimientos fraudulentos.

"Entre estas combinaciones se encuentran las operaciones meramente nominales que no implican transferencia del dominio de los valores las cuales por no ser verdaderas transacciones, constituyen maquinaciones engañosas que desvirtúan las reales fuerzas del mercado e inducen a error al público que con base en precios así manipulados entra a jugar en el mercado.

"Este tipo de operaciones fue prohibido expresamente por el Decreto 2969 de 1960 en su artículo 18. "Todas las operaciones de valores que se concierten al contado o a plazo deberán liquidarse por conducto de la misma bolsa con la entrega de lo negociado y el pago del precio correspondiente. *En consecuencia quedan prohibidas las operaciones nominales o que no impliquen traspaso real del valor negociado*". (Subraya la Fiscalía).

"El reglamento de la Bolsa de Bogotá (folio 337) en su artículo 45 dispone: "Serán causales de suspensión de un miembro de la Bolsa: "...2º Registrar una operación ficticia, falsa o puramente nominal". El artículo 12 de la Ley 32 de 1979, numeral 3, prevé la suspensión de la inscripción de un intermediario en el registro nacional de intermediarios cuando "realice operaciones que no son suficientemente representativas del mercado". Por su parte el Decreto 1172 de 1980 en su artículo 8º prohíbe a las sociedades Comisionistas de Bolsa, a sus socios y a sus administradores "realizar operaciones que no sean representativas de las condiciones del mercado, a juicio de la Comisión Nacional de Valores".

"De manera que la legislación prohíbe toda operación ficticia, falsa, nominal o no representativa del mercado, cualquiera sea la modalidad que se escoja para efectuarla.

"Y es para la Fiscalía una operación ficticia, falsa o meramente nominal, la que se realiza y liquida efectivamente pero de inmediato se reversa entre las mismas partes. No transferirse el dominio es igual y sería menos engañoso, que transferirse momentáneamente como artificio para esconder la irrealidad de la transacción.

"La finalidad de este tipo de operaciones no puede ser otro que manipular el mercado para crear artificialmente un resultado que bien puede ser de alza o de baja de precios.

"Analizada la Operación 12830 del 7 de marzo de 1983 debemos concluir que se trata de una operación puramente nominal que no implicó transferencia de dominio, como quiera que sólo vino a cumplirse el mismo día en que mediante operación similar fue reversada (14 de marzo). Si vemos la tarjeta de acciones de la compradora (folio 72 inspección a Compañía Nacional de Chocolates) encontramos que ni siquiera aparece registrado el lote de 7.525 acciones adquiridas.

"Si a esta situación le agregamos que la operación así transada derrumbó el precio con relación a la última operación efectiva, y constituyó el eslabón que permitió que primero por fuera de la Bolsa y luego dentro de ella el Grupo Grancolombiano adquiriera a mucho menor precio las acciones que antes había vendido a los Fondos Grancolombiano y Bolivariano, debemos aceptar que la apreciación de la Comisión de Valores fue acertada y que la transacción constituyó una maniobra encaminada a crear artificialmente una baja del precio de las acciones de la Compañía Nacional de Chocolates, en el mercado nacional".

2. Además la prueba testimonial que aduce el apoderado de la actora en su alegato de conclusión debe apreciarse con el criterio de la "sana crítica". El señor Juan Felipe de la Iglesia Abat, ciudadano panameño declaró ante el suscrito conductor del proceso y bajo la gravedad del juramento haber llamado telefónicamente a los comisionistas de bolsa actores en este proceso y haberles ordenado la venta de 7.525 acciones de la Compañía Nacional de Chocolates. Esta orden la dio el señor de la Iglesia Abat con base en un mandato de un cliente suyo cuyo nombre nunca fue revelado a esta Sala. Como el mandante del señor de la Iglesia le retiró la orden, éste a su vez

llamó a los comisionistas de Colombia revocándole el mandato. Ellos por su parte ya comprometidos no podían reversar la operación pues esto no es permitido en los negocios de Bolsa.

Hay un punto débil en todo el argumento: el señor de la Iglesia nunca reveló el nombre de su mandante. Dijo que las reglas éticas de su país no le permitían revelar ese nombre. Queda pues una duda clara. Se pregunta quién puede haber movido una operación bursátil que prácticamente sirvió para "marcar precio"? Al parecer, atendiendo el testimonio del señor de la Iglesia, un "cliente desconocido", un "fantasma" cuyo nombre se ignora. Este hecho hace que el testimonio del señor de la Iglesia, una de las pruebas que favorece la tesis del actor, resulte dudosa y no convincente. Como lo observa la señora fiscal conforme al artículo 187 del Código de Procedimiento Civil deberá apreciarse de acuerdo con el principio de la "sana crítica" y en conjunto con las demás pruebas visibles en el expediente.

De la misma manera la Sala encuentra poco convincentes los documentos que aparecen en la correspondencia que sostuvieron los señores Juan Felipe de la Iglesia Abat y el representante de la firma Acciones y Valores, pues tales documentos, por lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil por contener una relación meramente declarativa deben apreciarse como un testimonio.

Cabe a esto añadir lo observado por la señora fiscal quien sostiene:

"Por otra parte la versión de la sociedad comisionista no merece credibilidad, si tenemos en cuenta que aparece formulada cuando era inminente la investigación de la identidad de la señora María Gloria Mayorga; que el nombre de Juan Felipe de la Iglesia aparece rodeado de declaraciones inconsistentes como que no se descubrió qué empleado recibió la orden telefónica y que tampoco se sabía su procedencia; que luego de recibir la orden escrita y a sabiendas de que se trataba de un ordenante residente en Panamá se hubiera concertado la operación al contado, o sea de cumplimiento al día hábil siguiente, sin tener en cuenta la distancia para comunicar la efectividad de la transacción y la remisión de los títulos; que no se hubiera rectificado en los documentos de la bolsa el error cometido; y que los comisionistas aceptaron en explicaciones rendidas el 15 de abril de 1980 ante la Superintendencia, que el ordenante había sido María Mayorga".

3. Para la Sala, por el contrario, existen otros dos aspectos que demuestran que la actuación de la Comisión Nacional de Valores estuvo sobrada de razones. a) María Mayorga, empleada del servicio doméstico, aparece, según documento suscrito por el representante legal de la empresa y dirigido a un juez penal de la República, realizando operaciones cuantiosas de bolsa. Al parecer es un documento posiblemente falso. Este es un elemento grave, que fue informado por el suscrito conductor del proceso a las autoridades de la jurisdicción penal, y genera en el fallador administrativo una honda preocupación pues la empresa comisionista actora no ha mostrado la cristalina conducta que es deseable en ese tipo de intermediarios. b) También juega para la Sala el siguiente aspecto que destaca la señora fiscal:

"Con relación a la operación 14050 la ausencia del comitente es aún más evidente. En la papeleta de la transacción nuevamente fue

colocado como comprador el nombre de la señora María Gloria Mayorga e igualmente se cambió por el de Juan Felipe de la Iglesia Abat, y como comprador real aparece en el listado (folio 445) la firma Carbar Limitada.

"Carbar afirma no haber dado orden alguna (folio 8 inspección judicial a Carbar) y según la misma versión del comisionista ni la señora Mayorga ni el señor de la Iglesia actuaron en esta operación como dadores de la orden, pues ella se llevó a cabo para reintegrar a Carbar Limitada, las acciones prestadas para cumplir la operación 12830, o sea que el comisionista en esta operación estaba actuando a nombre propio".

Una suma de indicios todos concordantes y confluyentes a la inequívoca convicción que tiene la Sala de que hubo una operación ficticia y no representativa del mercado es plena prueba como bien lo acepta la doctrina reconocida en el derecho probatorio.

Aspectos de procedimiento

La señora Fiscal Sexto ante esta Corporación trae los siguientes argumentos que la Sala acoge y destaca:

"I. Violaciones de orden procedimental

"Ante todo estima la Fiscalía, debe aclararse que en materia punitiva existen por una parte, las normas sustantivas que definen los delitos y las contravenciones y señalan las penas o sanciones, y las normas adjetivas que disponen la ritualidad y sustanciación de los procesos, las competencias y régimen de pruebas.

"Las primeras enumeran y tipifican taxativamente los hechos y omisiones que en un momento histórico la sociedad considera actos antijurídicos, prohíbe su ejecución y conmina a quien infrinja la norma con la respectiva sanción. Las segundas, regulan el ejercicio de la acción penal y permiten a la sociedad poner en movimiento su poder defensivo punitivo y represivo ante la infracción.

"Esta distinción es de suma importancia para la aplicación de la ley en el tiempo, pues muy diferente es el régimen de la norma sustancial de la de procedimiento. Respecto a la norma sustantiva la Constitución Nacional consagra en su artículo 20 que "Los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución y de las leyes..." principio reproducido en forma aún más perentoria en los artículos 26 y 28 *ibídem*. Este postulado encierra dos garantías: la "garantía criminal" según la cual nadie podrá ser condenado sino con arreglo a la ley, orden o decreto en que previamente se haya prohibido el hecho (*nullum crimen sine lege*) y la "garantía penal" que enseña que a nadie se le puede sancionar sino con arreglo a la ley en que previamente se haya determinado la sanción (*nulla pena sine lege*).

"En relación con la norma de procedimiento, la Constitución en cambio, no prohíbe su irretroactividad, pero consagra el derecho a que el juzgamiento se haga por Tribunal competente y con la obser-

vancia de las normas propias del juicio. Así lo estipula en los artículos 23 y 26. A esta garantía se le denomina 'garantía judicial' (*nulla pena sine juditio*).

"Los anteriores principios constitucionales fueron desarrollados por la Ley 153 de 1887, así:

" 'Artículo 43. La ley preexistente prefiere a la ley, *ex post facto* en materia penal. Nadie podrá ser juzgado o penado sino por la ley que haya sido promulgada antes del hecho que da lugar al juicio. *Esta regla sólo se refiere a las leyes que definen y castigan los delitos, pero no a aquellas que establecen los Tribunales y determinan el procedimiento, las cuales se aplicarán con arreglo al artículo* 40'. (Subraya la Fiscalía).

" 'Artículo 40. 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 o diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación' (subraya la Fiscalía).

"En resumen, mientras las leyes sustantivas siempre deberán ser preexistentes, no retroactivas, la regla general en materia de procedimiento es precisamente lo contrario, las normas procesales son de aplicación inmediata, prevalecen sobre las anteriores y se aplican al juzgamiento de hechos delictuosos cometidos con anterioridad a su vigencia, lo que, como dice Jaime Guasp siguiendo a Chiovenda, hasta cierto punto puede llamarse el principio de la retroactividad de la ley procesal, entendida como el fenómeno por el cual una ley afecta a las situaciones nacidas bajo el imperio de la ley anterior".

En el caso de autos, como se anotó anteriormente las medidas relativas a la suspensión de un intermediario son medidas de carácter preventivo y buscan proteger el orden económico y evitar que el infractor continúe realizando maniobras sospechosas. Ello es así porque la acción que realiza la Comisión de Valores fue esencialmente la de tutela del orden económico y de los intereses de terceros.

Violaciones impetradas

1) *Artículo* 1º *del Código Penal.* Esta disposición reitera dos garantías constitucionales: que no hay delito sin ley y que no hay pena sin ley.

Ya se ha transcrito en páginas precedentes la importante doctrina expuesta por la señora fiscal sobre las garantías constitucionales más importantes en materia sancionatoria.

En relación con el caso de autos cabe anotar siguiendo a la señora fiscal:

"La Comisión Nacional de Valores ordenó la suspensión provisional del registro de la Sociedad Acciones y Valores en el Registro de Intermediarios de Valores, mediante Resolución 043 de 20 de febrero de 1980, en vigencia del Decreto 1169 de 1980, dentro de un proceso

iniciado por motivo previsto por la Ley 32 de 1979, y por hechos ocurridos después de la vigencia de dicha ley.

"Los hechos investigados tuvieron ocurrencia el 7 de marzo de 1980, están contemplados como contravenciones en los literales b y c, numeral 3º del artículo 12 de la Ley 32 de 1979 sancionadas con suspensión de inscripción de intermediarios, el proceso se inició en febrero de 1981 y la medida se ordenó mediante resolución de 20 de febrero de 1981 cuando ya se había dado traslado de los cargos, según puede apreciarse en el Oficio número F0051 de fecha 19 de febrero de 1981 remitida al representante legal de la firma Acciones y Valores. 'Considera la Fiscalía por tanto, que los actos acusados no violaron el artículo 1º del Código Penal' ".

Considera la Sala que fue la Ley 32 de 1979 la que estableció como causa de suspensión de un intermediario la acción dirigida a manipular el precio. Dice así, recuérdese bien, "La Comisión Nacional de Valores podrá: ...3. suspender la inscripción de un intermediario en el Registro Nacional de Intermediarios cuando... b) realice operaciones que no sean suficientemente representativas del mercado...". De suerte la medida que en sentir de la Sala y de la señora agente del Ministerio Público, es preventiva, no puede decirse que fue aplicada sin ley que consagrara la infracción y que autorizara la aplicación de la medida preventiva. Sí había ley: la 32 de 1979. Sí había autorización para aplicar la medida preventiva (la suspensión provisional). La Ley 32 de 1979 ya estaba vigente cuando acaecieron los hechos. El Decreto 1169 de 1980 lo que establece es un procedimiento y tiene aplicación inmediata. No prospera el cargo.

2) *Violación de los artículos* 26 *de la Constitución Nacional y* 6º *del Decreto* 1169 *de* 1980. Alega el actor que se dio aplicación al artículo 6º del Decreto 1169 de 1980, con lo cual, en su sentir, se aplicó en forma retroactiva una disposición que tiene carácter sancionatorio pues los hechos acaecieron el 7 de marzo de 1980 y a ellos se aplicó un decreto que entró a regir en mayo de 1980.

La señora Fiscal Sexto ante esta Corporación considera que este cargo debe desestimarse porque el mentado artículo 6º del Decreto 1169 de 1980 estableció un procedimiento especial para las investigaciones y visitas y el artículo 7º *ibídem* el que debe seguirse para aplicar medidas correctivas. Dice así la señora fiscal:

"El artículo 6º invocado por el libelista señala las reglas a que deben sujetarse las investigaciones y visitas y el artículo 7º prescribe el *procedimiento especial* que con el fin de garantizar el derecho de defensa debe seguir la Comisión para imponer las medidas propias de su competencia. Podríamos afirmar que el primero es un procedimiento general y el segundo especial para el caso específico allí señalado. El segundo, no el primero es el que debió seguirse en el caso que nos ocupa, como en efecto se hizo".

La Sala considera que el cargo no está llamado a prosperar por las siguientes razones:

Una cosa son las leyes que definen los delitos y contravenciones y las penas y otra cosa son las leyes de procedimiento. No podría

decirse que se dio un alcance retroactivo a una sanción y a una infracción, pues tanto la sanción (suspensión provisional) como la infracción (operaciones no representativas del mercado) se habían previsto desde la Ley 32 de 1979, norma incuestionablemente aplicable al caso. Nota la Sala además que esta ley fue demandada ante la Corte Suprema de Justicia que la declaró exequible en sentencia de mayo de 1981 con ponencia del ilustre magistrado Mario Latorre Rueda. El artículo 6º del Decreto 1169 de 1980 es un artículo de procedimiento y tiene por ello aplicación inmediata. Debe anotarse que el Decreto 1169 de 1980 lo dictó el Gobierno en uso de las facultades extraordinarias que le otorgó el numeral 4º del artículo 16 de la Ley 32 de 1979 que autorizó al ejecutivo para "Fijar el *procedimiento administrativo* que deba seguirse en la expedición de los actos de la Comisión Nacional de Valores..." y el artículo 6º de ese decreto fija las reglas a que debe ceñirse la visita o investigación que adelante la Comisión Nacional de Valores y el artículo 7º *ibídem* los procedimientos que deba seguir la Comisión en relación con la imposición de sanciones. No prospera el cargo.

3) *Violación del artículo* 12 *de la Ley* 32 *de* 1979 *y del artículo* 8º *del Decreto* 831 *de* 1979: Le molesta al señor actor que en vez de decir "suspender al intermediario", la Comisión haya dicho "suspender provisionalmente al intermediario". Para la Sala el cargo no puede prosperar porque ya se ha repetido hasta el cansancio que la propia ley (artículo 7º Decreto 1169 de 1980) ha calificado de "preventiva", "precautelativa", vale decir, "provisional" la suspensión del intermediario. Además las palabras no pueden tener en el derecho moderno esa fuerza ritual, sacramental, que tenían en el Código de Hamurabi o en el Derecho Romano más primitivo. El hecho de que se trate de una suspensión y no una cancelación está indicando que se trata de una medida provisional y transitoria.

Por esta razón no puede prosperar el cargo argüido por la apoderada de la parte actora. Una medida que tiene el carácter de inmediata, transitoria en el tiempo, eficaz por su prontitud y que el artículo 7º del Decreto 1169 de 1980 califica de preventiva (así tenga también un elevado grado de carácter represivo) debe tener también el carácter de "provisional" que tanto incomoda al demandante. No prospera el cargo.

4) *Violación del artículo* 7º *del Decreto* 1169 *de* 1980. La Sala también acoge en relación con este punto lo sostenido por la señora fiscal:

"Arguye la parte actora que se vulneró este ordenamiento porque la resolución se produjo antes de que se hubieran presentado los descargos por parte de la sociedad suspendida, y nuevamente se refiere a la aplicación retroactiva de una ley sancionatoria.

"Sobre este punto volvemos a insistir que en nuestra opinión la disposición fue correctamente aplicada pues se ajustó a los lineamientos del artículo 40 de la Ley 153 de 1887. En segundo término, basta leer detenidamente el texto del parágrafo 2º del artículo que se dice violado, para deducir que la medida preventiva de la suspensión puede ordenarse antes de que el imputado rinda sus descargos, toda vez que textualmente la norma dispone: "podrá suspenderse la inscripción de

un valor o de un intermediario en el registro correspondiente, de acuerdo con las causales de la ley y a *partir de la fecha en que se corra traslado de las imputaciones a la persona sumariada*". (Subraya la Fiscalía).

"De manera que la actuación acusada se ajustó a la disposición que se dice violada".

5) *Violación del artículo* 334 *del Código de Procedimiento Civil.*

Nuevamente cabe invocar lo dicho por la señora fiscal cuyo criterio la Sala también acoge:

"Sostiene el accionante que la norma fue violada porque la Resolución 043 fue ejecutada antes de que la providencia estuviere ejecutoriada.

"El carácter precautelativo de la suspensión a que se refiere el parágrafo 2º del artículo 7º del Decreto 1169 de 1980, presupone en sentir de la Fiscalía, su ejecución inmediata pues la transitoriedad e inmediación son los principios generales de las medidas preventivas. Si el mismo Código de Procedimiento Civil dispone la ejecución de las medidas preventivas, incluso antes de la notificación del demandado, conforme a las reglas del artículo 690 con mayor razón su aplicación debe ser inmediata cuando se trata de garantizar el orden público, en cuyo caso es necesaria y forzosa la prevalencia del interés general sobre el interés privado.

"Sobre este tema ya la H. Sala se pronunció con motivo de la demanda de nulidad de los Oficios números 156 y 157 de 23 de febrero de 1981, mediante los cuales la Comisión Nacional de Valores ordenó la ejecución de la suspensión que en este proceso se controvierte, en los siguientes términos: "...el hecho de que la Resolución 043 estuviera en ese momento sometida al trámite de un recurso de reposición... no impedía el hacerla efectiva ya que se trata de una medida preventiva de inmediato cumplimiento en la forma que lo prevé el parágrafo segundo del artículo 7º del Decreto Extraordinario 1169 de 1980 que como todos los actos que los tratadistas denominan de imperio, para diferenciarlos de los de gestión, son de obligatorio cumplimiento y no se pueden enervar sus efectos pues ellos tan sólo generan a la persona afectada el derecho a cobrar la indemnización correspondiente por los perjuicios ocasionados, en el caso de que la decisión tomada y cumplida no estuviere amparada o fundamentada debidamente en la ley". (Auto junio 5 de 1981).

6) *Violación de los artículos* 55 *y* 58 *de la Constitución Nacional*:

El actor considera que el Presidente de la Comisión Nacional de Valores al calificar de ficticia la operación bursátil 12830 se abrogó facultades propias a los funcionarios que conforme al artículo 58 administran justicia.

Con mucho respeto la Sala discrepa de esta apreciación. Lo que ha ejercido la Comisión Nacional de Valores no es una función jurisdiccional. Es la función vital de la policía administrativa económica: a ella corresponde la protección de un interés público económico muy superior a los intereses particulares de unos pocos. No puede sacrifi-

carse ese poder policivo a formalismos que no están realmente ni en la Constitución ni en la ley, pues este poder es esencial al Estado moderno, caracterizado cada vez más por la presencia de las autoridades gubernamentales en la actividad económica de todos los sectores, respaldados por los artículos 16 y 32 de la misma Carta.

Bien anota la señora fiscal:

"El hecho de que la calificación producida por funcionario diferente al judicial no tenga efectos sino dentro del respectivo negocio y no incida dentro de procesos civiles, administrativos o penales, porque como es sabido sólo las sentencias judiciales tienen efecto de verdad legal, no implica en manera alguna incompetencia para calificar los hechos cuya sanción le está atribuida".

7) *Violación de los artículos* 12 *numeral* 3 *b) y c) de la Ley* 32 *de* 1979 *y* 7º *del Decreto* 1169 *de* 1980.

Los argumentos relativos a la falsa motivación han sido analizados a espacio en esta providencia. Para la Sala, vista la prueba aportada por las partes y la decretada por auto para mejor proveer, vista igualmente la realidad de los poderes de que está investida la Comisión Nacional de Valores y sus importantes fines de orden económico y social, cabe destacar una conclusión central: las peticiones de la demanda no están llamadas a prosperar. Todo conduce a la definitiva apreciación de que la Comisión Nacional de Valores se ajustó a derecho. No hay en las Resoluciones 043 y 083 de 1981 falsa motivación: si la hubiere no se ha demostrado en este proceso. No hay en la actuación del Presidente de la Comisión el más leve asomo de exceso de poder, tan solo el celo encomiable de prevenir operaciones abusivas en el mercado bursátil. No hay en las decisiones del Presidente de la Comisión Nacional de Valores falta de competencia, ni fallas en los procedimientos. Su actuación se ciñó en un todo al riguroso procedimiento vigente y a las competencias vigentes. La prueba que se analizó atrás es concluyente.

Otras violaciones

Anota la Sala cómo en el alegato de conclusión el apoderado de la actora invoca nuevas violaciones legales: por ejemplo el principio *non bis in ídem*. No entra la Sala a estudiar este cargo pues como es bien sabido el marco de la sentencia lo impone la demanda. De lo contrario se violarían principios esenciales del derecho procesal.

Por lo expuesto, acogiendo parcialmente el excelente trabajo de la señora fiscal, el Consejo de Estado por medio de la sección cuarta de su Sala de lo contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, publíquese, notifíquese, archívese el expediente. Cúmplase.

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

Bernardo Ortiz Amaya, Carmelo Martínez Conn, Gustavo Humberto Rodríguez, Enrique Low Murtra.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

DECLARACION DE INCOMPETENCIA.— No afecta la validez de la actuación cumplida. Artículo 140 *Código de Procedimiento Civil. DEMANDA. AGUAS DE USO PUBLICO. RECURSOS NATURALES RENOVABLES.— Modos de adquirir derecho de uso de aguas. Concesiones de aguas. Normación pertinente. Canalización. Reglamentación de uso de aguas. Revisión o variación. Protección al medio ambiente.*

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., noviembre veintidós (22) de mil novetos ochenta y tres (1983).

(Consejero ponente: *Doctor Roberto Suárez Franco*)

(Con la colaboración del *Doctor Carlos Urán*)

Referencia: 3990

Demandante: Lucinda Lizarazo de Carreño

La señora Lucinda Lizarazo de Carreño, por medio de apoderado, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, demandó la nulidad de las Resoluciones números 026 de 26 de mayo de 1976 y 034 de 7 de septiembre de 1976 emanadas del Instituto Nacional de Recursos Naturales Renovables y del Ambiente (INDERENA) Regional Oriental.

I. *Los actos demandados*

Las dos resoluciones demandadas tuvieron como causa el hecho de que el demandante no estuvo conforme con lo dispuesto en la Resolución 009 de mayo 6 de 1975 que le adjudicó a su predio la cantidad de 2.32 litros|segundo, como cuota de agua derivada de la quebrada Montañitas; tampoco el señor Benjamín Godoy Patiño, por lo cual la Resolución 026 de 1976 vino a fijarle a cada uno el equivalente al 50% del caudal total aforado de la quebrada Montañitas. Como la demandante no estuvo de acuerdo con dicho porcentaje, interpuso recurso de reposición contra la Resolución 026, dando lugar a la Resolución 034 de 1976 único recurso que procedía contra la anterior resolución.

II. *Antecedentes del proceso*

El conocimiento de la demanda fue avocada por el Tribunal Administrativo de Santander, habiéndose diligenciado todo el proceso hasta la etapa final que concluyó con la sentencia de 13 de junio de 1978, por medio de la cual se declaró la nulidad de las resoluciones antes mencionadas.

Interpuesto el recurso de apelación por parte del apoderado del Inderena contra la citada providencia, vino el proceso a esta Corporación, en donde, llegado a la etapa del concepto fiscal, se propuso la nulidad de todo lo actuado a partir de la presentación de la demanda, porque se consideró que el Tribunal Administrativo de Santander no era competente para conocer en primera instancia de la acción propuesta por tratarse de una controversia cuyo conocimiento competía en única instancia al Consejo de Estado, según lo dispuesto por el ordinal 10 del artículo 34 del Código Contencioso Administrativo.

De acuerdo con la norma que acaba de mencionarse y con el numeral primero del artículo 113 del Código Contencioso Administrativo y 1º y 2º del 152 del Código de Procedimiento Civil, la nulidad propuesta fue decretada por la Sala Unitaria mediante providencia de 30 de marzo de 1982 (folio 139).

Asumido en debida forma el conocimiento del presente proceso por el Consejo de Estado, se halla para dictar la sentencia de fondo.

III. *Alegatos de las partes*

El apoderado del Inderena, en su alegato de conclusión, propone la caducidad de la acción porque según él, ésta se operó, en el momento en que el Consejo de Estado decidió aceptar la demanda, 56 meses después de que las providencias impugnadas habían sido debidamente notificadas al actor del proceso.

IV. *Concepto fiscal*

El señor Fiscal Primero del Consejo de Estado conceptúa que, las normas invocadas por la parte actora como violadas por las resoluciones acusadas "fueron virtualmente derogadas por el Decreto 2811 de diciembre 18 de 1974 (Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección del Medio Ambiente) el que por la fecha de expedición de las resoluciones impugnadas ya estaba en vigencia". Por lo tanto, el señor Fiscal sostiene que el Consejo de Estado "deberá declararse inhibido para conocer de fondo".

V. *Consideraciones de la Sala*

En el presente caso no se operó la caducidad de la acción porque de acuerdo con lo establecido en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo la presentación de la demanda contencioso administrativa que reúna todas las exigencias de la ley procesal, interrumpe los términos señalados para la caducidad de la acción. Aunque, como ya se expresó, el Tribunal Administrativo de Santander no era competente para conocer de la controversia que se le proponía ya que se trataba de un acto de carácter nacional y no se fijó ninguna cuantía especial, sin embargo éste consideró que la demanda debía aceptarse y tramitarse por reunir todos los requisitos legales para ello.

Por lo demás, y conforme al inciso quinto del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil la declaración de incompetencia no afecta la validez de la actuación cumplida.

En cuanto a lo propuesto por el señor Fiscal Primero se observa lo siguiente: La demandante señala como violadas, las siguientes normas: el artículo 1º del Decreto 1381 de 1940; los artículos 15, 42 y 47 del Decreto 1382 de 1940 y el Acuerdo número 14 de 1969 del Inderena.

Con relación al artículo 1º del Decreto 1381 de 1940 sobre el uso y goce de los ríos y depósitos de agua de uso público por parte de los particulares para menesteres domésticos los cuales estarán sujetos al control o superintendencia del Gobierno Nacional, la demandante observa que, según doctrina de la Corte, las convenciones celebradas por particulares respecto del uso de aguas que atraviesan sus heredades son válidas aunque el dominio de estas áreas sea de la Nación. Afirma que el dueño de un predio bien puede renunciar al uso de las aguas sin que ello sea contrario al derecho público de la Nación, por tanto, como ella adquirió el predio con la condición de que le corresponderían, según escritura, las dos terceras partes de las aguas, tal acuerdo debió ser respetado por las autoridades administrativas.

En cuanto a las normas citadas del Decreto 1382 de 1940, la demanda señala que según ellas, el gobierno por conducto del Ministerio de Economía Nacional, reglamentará el aprovechamiento, distribución y conservación de aguas contemplando lo relativo a las derivaciones para los predios y empresas industriales, lo que se debe hacer según las necesidades de los mismos, con ayuda de los datos y documentos que las comprueban. Según lo anterior, se dice en la demanda, la administración debe obrar con fundamento en la justicia y la equidad, la que, en este caso, señala que el predio de su propiedad requiere una mayor cantidad de agua por causa de su mayor extensión, mayor densidad humana y la existencia de abrevadero y regadío. Agrega igualmente que, de acuerdo con el artículo 47 del decreto citado, las reglamentaciones "no embarazan en modo alguno el ejercicio de las acciones para hacer valer los derechos cuando han sido violados con derivaciones de aguas de uso público", pero "reglamentado el uso y goce de estas aguas en manera definitiva, se entiende que sus usufructuarios tienen permiso del Gobierno Nacional para realizar los respectivos aprovechamientos", todo según el artículo 47 del decreto aludido.

En cuanto al Acuerdo número 14 de 1969 del Inderena, la demandante dice simplemente que por medio de él se encarga al Inderena de tramitar y decidir sobre los expedientes relacionados con las corrientes de uso público y las peticiones de concesión y legalización de aguas en corrientes no reglamentadas, pero no da propiamente un concepto de violación.

En frente a las anteriores disposiciones señaladas como violadas por las resoluciones del Inderena, y a su correspondiente concepto de violación se hacen las siguientes observaciones:

Existe legislación posterior a 1940, que ha regulado íntegramente la materia particularmente el Decreto 2811 de 1974 contentivo del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección del Medio Ambiente, que consta de 340 artículos; igualmente el De-

creto 1541 de 1978 por el cual se reglamenta la parte tercera del libro segundo del código citado (con relación a las aguas no marítimas) y que constituye también un verdadero estatuto, de consiguiente las normas legales vigentes en 1940 e invocadas en la demanda han sido derogadas, modificadas o subrogadas. Deben mencionarse igualmente como parte importante de la nueva legislación ecológica, el Decreto 1608 de 1978, reglamentario del Decreto 2811 de 1974 y de la Ley 23 de 1973 (que concedió facultades extraordinarias al Presidente para expedir el Código de Recursos Naturales), en materia de fauna silvestre. Así mismo el Decreto 1681 de 1978 por medio del cual se reglamenta el Decreto 2811 de 1974 en lo relacionado con los recursos hidrobiológicos. Lo anterior para no citar sino algunos de los múltiples decretos y leyes dictados con posterioridad a 1940 sobre esta materia, sin contar con las resoluciones propias del Inderena referidas también a la conservación de recursos naturales.

La tendencia de la legislación expedida con posterioridad a 1940 permite afirmar que ha ido imponiendo una reglamentación limitadora de la propiedad privada en defensa del ambiente tal como lo señala expresamente el artículo 1º del Decreto 2811 de 1974 contentivo del Código de Recursos Naturales Renovables y de Protección del Medio Ambiente, que vino a reglamentar íntegramente la materia con la finalidad primordial de que tales recursos se destinen en pro de utilidad pública y de interés social. Ello explica el por qué del título séptimo del libro segundo del Código de Recursos Naturales Renovables sobre propiedad, uso e influencia ambiental de los recursos naturales renovables, que se titula expresamente "Restricciones y limitaciones al dominio privado y al uso de los recursos naturales renovables de interés social o utilidad pública", en el artículo 1º (67 del Código) señala que "de oficio o a petición de cualquier particular interesado, se impondrá limitación de dominio o servidumbre sobre el inmueble de propiedad privada cuando lo imponga la utilidad pública o el interés social por razón del uso colectivo o individual de un recurso".

Pero específicamente el título segundo del libro segundo del citado Código establece una nueva reglamentación sobre "Los modos de adquirir Derecho de uso de las Aguas".

El artículo 88 se dispone que "salvo disposiciones especiales, sólo puede hacerse uso de las aguas en virtud de concesión", la cual estará, conforme al artículo siguiente sujeta a las "disponibilidades del recurso y a las necesidades que imponga el objeto para el cual se destina".

Por su parte en el artículo 90 del mismo Código ordena que "la prelación para otorgar concesiones de aguas se sujetará a las disposiciones de *este Código*" (subraya la Sala). Igualmente la sección segunda del capítulo segundo del Título II del ya varias veces citado Código contempla en sus artículos 92 y 93 los siguientes principios:

> "Para poder otorgarla, toda concesión de aguas estará sujeta a condiciones especiales previamente determinadas para defender las aguas, lograr su conveniente utilización, la de los predios ale-

daños y, en general, el cumplimiento de los fines de utilidad pública e interés social inherentes a la utilización.

"No obstante lo anterior, por razones especiales de conveniencia pública, como la necesidad de un cambio en el orden de prelación de cada uso, o el acaecimiento de hechos que alteren las condiciones ambientales, podrán modificarse por el concedente las condiciones de la concesión, mediante resolución administrativa motivada y sujeta a los recursos contencioso administrativos previstos por la ley".

Por último debe anotarse que la Sección Cuarta del citado título determina el procedimiento a seguir para el otorgamiento de aguas. Estas normas fueron luego adicionadas en los artículos 54 a 66 del Decreto 1541 de 1978 contentivo ya del procedimiento detallado para otorgar concesiones de aguas para usos diferentes.

En este sentido limitante del uso de las aguas, se pueden mencionar también Resoluciones como la número 214 de 27 de febrero de 1973 del Inderena sobre distribución de aguas del río Neiva, que refiriéndose al uso de los canales de conducción de agua dispone que en defensa de la tierra se trate de utilizar los existentes, antes de construir otros y que, entonces, los usuarios que no sean propietarios de canales arreglen con sus dueños el valor que deben reembolsar a prorrata con la longitud necesaria para el aprovechamiento. Pero no sólo dispone lo anterior sino que no deja en libertad a los propietarios para que acepten o no la utilización de sus canales pues los obliga a acudir a la justicia ordinaria cuando discrepen sobre el precio que deben recibir por la utilización de los mismos.

Lo que antecede es la expresión, en general, del cambio, de la legislación anterior sobre la materia que aparece mal citada en la demanda, por cuanto fue modificada por las nuevas disposiciones.

En tal orden de ideas no puede aceptarse lo dicho por la demandante con relación a las normas del Decreto 1382 de 1940, en donde hace énfasis por un lado, de que son las necesidades de los predios las que vienen a determinar el derecho al uso de las aguas derivadas, y por otra, a que tales derechos una vez reglamentados se consideran como inmodificables. El cambio de la legislación a que nos hemos referido, también cobija estos aspectos definidos por la demandante; y para dar un ejemplo basta citar el artículo 157 del Decreto 2811 de 1974 en donde se dispone que cualquier reglamentación de uso de aguas podrá ser revisada o variada a petición de parte interesada o de oficio, cuando hayan cambiado las condiciones o circunstancias que se tuvieron en cuenta para ejecutarla y siempre que se haya oído a las personas que puedan resultar afectadas con la modificación.

No se pretende sostener que la nueva legislación sobre conservación de recursos naturales y de protección al medio ambiente haya eliminado el derecho a la propiedad privada, pues esto significaría el desconocimiento absoluto de la Constitución. Se quiere simplemente hacer notar cómo ese derecho ha sido paulatinamente restringido en función de la preservación y manejo de tales recursos y del ambiente, que, como se recordó en su momento, es patrimonio común necesario para la supervivencia y el desarrollo económico y social de los pueblos;

tal como expresamente lo reconoce el artículo 2º del Decreto 2811 de 1974.

Finalmente, con relación a la mención que del Acuerdo número 14 de 1969 del Inderena hace la demandante, cabe decir que no constituye propiamente un cargo contra las resoluciones acusadas sino simplemente la reproducción de parte de las funciones que le corresponden al Inderena, las que aparecen más claramente definidas en el numeral a) del artículo 23 del Decreto 2420 de 1968, decreto que una vez más, por medio de su artículo 2º, pone en evidencia lo afirmado en párrafos anteriores sobre cambio del espíritu de la legislación posterior a 1940 para la legislación ecológica, ya que mientras el artículo 865 del Código Civil dice que las aguas que corren por un cause artificial construido a expensas ajenas, pertenecen exclusivamente al que, con los requisitos legales haya construido el cauce, el artículo 2º del Decreto 2420 de 1968 dice que se reputan bienes de uso público de propiedad del Estado aquellas aguas que aunque corran por cauces artificiales, hayan sido desviadas de una fuente de propiedad nacional.

De lo que se deja dicho, se puede deducir claramente que sin que los puntos regulados por la legislación anterior a 1940 relacionada con los recursos naturales, han sido modificados por la nueva legislación, regulados con un espíritu distinto; por tanto la demanda debió haber citado como violadas las disposiciones legales vigentes en su presentación. Al no haberse procedido de esta manera los cargos formulados en la demanda no pueden prosperar por cuanto no se ha demostrado que con la expedición de los actos acusados se hubiesen violado normas de jerarquía superior vigentes a la presentación de la demanda.

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

Falla:

Niéganse las súplicas de la demanda.

Sesión del día 10 de noviembre de 1983.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Mario Enrique Pérez V., Jacobo Pérez Escobar, Samuel Buitrago Hurtado, Roberto Suárez Franco.

Lorenzo Rojas Surmay., Secretario.

PRESCRIPCION. — Concepto. Fuente y fundamento de la prescripción. CONTROL DE PRECIOS. — (Decreto Ley 046 de 1965). ESPECULACION INDEBIDA. SANCION Y PRESCRIPCION. Por la especulación. PROCEDIMIENTO CONTRAVENCIONAL. Normas aplicables. PRESCRIPCION DE LA ACCION. (Artículo 106 C. P.) Jurisprudencia de la Corte.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., noviembre veintiocho de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado*)

Referencia: Expediente Nº 3861. Autoridades Nacionales. Actor: Hernando Grueso Arboleda.

Mediante apoderado judicial Hernando Grueso Arboleda pidió a esta Corporación en ejercicio de la acción de plena jurisdicción que previa citación y audiencia del Superintendente de Industria y Comercio y del señor Fiscal, se le satisfagan las siguientes peticiones:

"*Primera.* Que son nulas las Resoluciones números 829 del 4 de septiembre de 1979, 873 del 13 de septiembre de 1979 y la 0308 del 31 de marzo de 1980 del Superintendente Primer Delegado y la número 1071 del 31 de agosto de 1981 del Superintendente de Industria y Comercio, por las cuales se impuso una multa de UN MILLON DE PESOS ($ 1.000.000.00) a mi mandante y se deciden los recursos de reposición y apelación respectivamente.

"*Segunda.* Que a título de restablecimiento del derecho se ordene devolver al señor Hernando Grueso, la suma de UN MILLON DE PESOS ($ 1.000.000.00) por él consignada para agotar la vía gubernativa, más los intereses corrientes causados por ese dinero desde la fecha de la consignación hasta su devolución.

"*Tercera.* Subsidiaria de la segunda. En caso de que el H. Consejo de Estado niegue la petición anterior, se sirva regular para rebajar la multa impuesta a mi poderdante por la Superintendencia de Industria y Comercio y ordenar la devolución del mayor valor pagado más los intereses respectivos desde la fecha de la consignación hasta la devolución (artículo 69 C. C. A.)".

La Sala resume los hechos de la demanda en la siguiente forma:

1. El actor es un comerciante de la ciudad de Popayán dedicado a las representaciones y agencias comerciales y a las ventas de diversos productos desde hace más de cuarenta años.

2. Desde hace más de cinco años es agente comercial de Cementos del Valle S. A. para el Departamento del Cauca, negocio que opera de la siguiente manera:

a). Compra el cemento en la fábrica localizada en Yumbo al precio fijado o autorizado por el Gobierno, corriendo por su cuenta el transporte del mismo.

b). El cemento se vende en las bodegas de Popayán, al precio fijado por el Gobierno más el transporte entre Yumbo y Popayán, y el cargue del cemento de bodega a comprador es llevado a cabo por empleados del actor, salvo cuando por encontrarse muy apurado y en horas no habituales, se permitía que se contrataran cargadores ("coteros") para llevar a cabo el cargue del cemento.

c). Los "coteros" eran pagados por el comprador en dos formas: o dándole $ 1.00 por saco al vendedor para que le pagara posteriormente al cargador o directamente pagándole hasta $ 5.00 por saco transportado, según el acuerdo a que se hubiere llegado entre el cotero y el comprador apurado.

d). El actor en algunas ocasiones suministraba al comprador el transporte del cemento gris entre Popayán y las poblaciones vecinas, caso en el cual el transporte se cancelaba en la misma factura con la que se pagaba el cemento en las oficinas de aquél, quien a su turno daba el dinero correspondiente al transportador por el servicio prestado.

3. El hecho de permitir el cargue extraordinario de cemento entre la bodega y el transporte de los particulares dio lugar a malos entendidos con los compradores que originaron denuncias ante la Inspección Municipal de Precios por especulación indebida en la venta de cemento.

4. La Inspección adelantó investigación administrativa por sus propios medios, pero sin concurrencia del señor Hernando Grueso Arboleda.

5. El 20 de febrero de 1979 la Superintendencia de Industria y Comercio llevó a cabo visita al establecimiento comercial del demandante con el fin de tomar alguna información relacionada con la compra y venta del cemento, durante la cual se hizo una selección de facturas, y el 5 de marzo del mismo año la Superintendencia después de la visita aboca el conocimiento del asunto que se continúa tramitando en Bogotá.

6. El 8 de marzo se cita al actor a Bogotá para el 12 del mismo mes con el fin de "rendir descargos", a pesar de que aún no se le había formulado cargo alguno.

7. En la diligencia de descargos el actor explicó la forma de operar de su negocio. Allí se le imputó el de vender el cemento gris marca Conquistador de Cementos del Valle S. A. a un precio superior al autorizado.

8. Por medio de comunicación del 27 de noviembre de 1978 el Gerente Administrativo de "Cementos del Valle S. A." comunicó al actor que el nuevo precio del cemento era de $ 1.632.70 la tonelada, aumento efectuado como consecuencia del traslado de precios a "libertad controlada" según resolución del Ministerio de Desarollo Económico. Para

demostrar esto se solicitaron varias pruebas que fueron negadas por la Superintendencia de Industria y Comercio por inconducentes.

9. La multa que le fue impuesta al demandante es confiscatoria por cuanto su capital es de $ 2.000.000.00, y para recurrir las resoluciones acusadas tuvo que consignarse el valor de la misma en la Caja de la Tesorería General de la República.

Al hablarse de las normas violadas y el concepto de la violación se agrupan en la demanda los cargos en cuatro grupos: 1). Prescripción de la facultad sancionadora del Estado sobre el presunto hecho. 2). Nulidad de los actos acusados por cuanto no se respetó el principio de debido proceso; 3). Falsa motivación por cuanto no se demostraron plenamente los hechos objeto de la sanción, y 4). Nulidad por cuanto la multa impuesta es confiscatoria y no consultó los principios de justicia y equidad necesarios a la graduación de toda sanción o pena. Y al discriminarse cada caso se precisan las normas violadas y se concreta el concepto de la violación de ellas.

La demanda que en principio fue rechazada por el Consejero ponente, fue admitida por auto del 4 de mayo de 1982 de la Sala de Decisión al resolver recurso de súplica interpuesto contra la determinación del Ponente. Posteriormente las pruebas que fueron solicitadas por la actora fueron practicadas en su oportunidad y al surtirse los traslados para alegar hizo uso de tal derecho el señor Procurador del actor, reiterando las peticiones inicialmente formuladas. El señor Fiscal Primero de la Corporación por su parte emitió su concepto solicitando se declare probada la excepción de prescripción extintiva de la acción y de la sanción por parte del Estado que considera aparece probada en autos.

Y como el auto de citación para sentencia se encuentra debidamente ejecutoriado, se procede al pronunciamiento de la decisión a que hubiere lugar, para lo cual se hacen las siguientes:

Consideraciones

Por considerar que en el momento de imponer la multa el Superintendente Primer Delegado, ya estaba prescrita la acción del Estado para perseguir los posibles hechos especulativos, el demandante estima que se ha operado el fenómeno de la prescripción, razón por la cual pide así se declare en la decisión de la Sala, criterio que, como se ha visto, comparte el señor Fiscal Colaborador, quien, sobre el particular, expresa lo siguiente en su vista:

"Prescribir, según el Diccionario de la Real Academia Nº 3 es 'Concluir o extinguir una carga, obligación o deuda por el transcurso de cierto tiempo' ".

"La H. Corte Suprema de Justicia, en casación de Noviembre 2 de 1927, sobre la prescripción extintiva dijo:

" 'La única condición necesaria para la prescripción extintiva de acciones y derechos es solamente el que se cumpla cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas nociones. Ella se

funda tanto en la presunción de que las obligaciones y derechos ajenos se han extinguido, como en el concepto de pena infligida al acreedor negligente que ha dejado pasar un tiempo considerable sin reclamar su derecho' ".

"Dice el artículo 115 del antiguo Código Penal (Ley 95 de 1936), aplicable por la época de los hechos, establece que, (sic) 'Tratándose de contravenciones, la acción penal prescribirá en un año, y la sanción, en dos', que en concordancia con el artículo 104 del Decreto 522 de 1971, dicha norma es aplicable".

"Consta en el expediente (folios 43 y 44 Cdno. 2), que los hechos imputados al actor tuvieron ocurrencia el 5 de septiembre de 1978, y que en base a la denuncia formulada la Inspección Municipal de Precios, Pesas y Medidas abrió investigación el día 6 de septiembre de 1978, culminando ella con la sanción o multa impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio.conforme a los actos acusados, cuya vía gubernativa quedó agotada, y con ella la ejecutoria del último acto, el día 2 de septiembre de 1981 (folios 66 Cdno. Ppal.).

"No se requiere de mayor entendimiento para deducir de los hechos, que entre el 5 de septiembre de 1978 y el 2 de septiembre de 1981, han transcurrido más de dos (2) años (casi tres) de que trata la norma del Código Penal (artículo 115 Ley 95 de 1936), término establecido para que prescribiera la sanción, (2 años), y por ende, el de la acción, como es obvio, que es de un año".

La prescripción es un fenómeno cronológico que hace cesar los efectos jurídicos de los delitos o las contravenciones, constituyendo por lo mismo, un verdadero obstáculo para el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado.

La prescripción tiene como fuente o fundamento el influjo natural del tiempo que mengua o extingue el impacto social que produce un hecho punible, esto es, un delito o una contravención; dificulta ciertamente el descubrimiento de la verdad procesal del acto criminal, o impone al Juzgador la obligación de no mantener de modo indefinido al procesado bajo el peso de una imputación delictuosa. Por manera que la prescripción obedece ciertamente a un interés público y a una razón de política criminal.

La esencia de la prescripción anota Luis Carlos Pérez, "no estriba, sin embargo, en el mero transcurso de los años, sino en no haberse ejercitado un derecho dado en un tiempo más o menos largo, como observa Pessina. Si el Estado no persigue la acción, demuestra con ello un gran desinterés y a nombre de éste no puede dejarla pendiente en forma indefinida sin violar los derechos individuales del infractor, que exige una pronta y cierta calificación para su conducta, y los sociales, que en este sentido conjugan exactamente con los privados. Si se abandona el interés político de la represión, sólo deben sufrir las consecuencias aquellas instituciones que permiten tal proceder. La actividad persecutoria de los delitos tiene un límite: la incapacidad o la incuria para hacerlo. Y esa incapacidad o esa incuria deben encontrar también una valla en el tiempo" (Derecho Penal Tomo II, página 315).

El Decreto Ley 046 de 1965 "Por el cual se dictan disposiciones sobre control de precios", en su artículo 7º dice que se entiende por especulación indebida:

"a). 'La venta por encima de los precios fijados o autorizados por la Superintendencia de Regulación Económica;

"b). La venta, por industriales, fabricantes o distribuidores mayoritarios, a precios superiores a los vigentes el primero de diciembre de 1964, cuando la Superintendencia de Regulación Económica no hubiere autorizado su modificación;

"c). La venta de artículos al consumidor final, a precios superiores a los fijados por la Superintendencia de Regulación Económica, o cuando ésta no los hubiere señalado, a precios superiores a los corrientes en primero de diciembre de 1964 en la respectiva plaza.

".....".

En el caso presente, el 6 de septiembre de 1978 el Sr. Ricaurte Antonio Bravo Ante formuló denuncia por especulación indebida en el precio del cemento ante la Inspección Municipal de Precios, Pesas y Medidas de Popayán, contra el actor señor Hernando Grueso Arboleda.

Los hechos que dieron origen al procedimiento para la imposición de las correspondientes sanciones están debida, clara y acertadamente expuestos en los actos acusados, Resoluciones números 829 de septimbre 4 de 1979 del Superintendente Primer Delegado de Industria y Comercio, 1071 de agosto 31 de 1981 del Superintendente de Industria y Comercio.

De esa relación de hechos y de las constancias mismas que figuran en el informativo, resulta que los hechos o actos que se imputan al demandante tuvieron lugar con anterioridad a la fecha de la querella (septiembre 5 de 1978).

Por manera que como las violaciones al Decreto 046 de 1965 constituyen verdaderas contravenciones, la acción correspondiente a ellas prescribe en un año. Y como en el caso *sub judice* los actos cuya comisión se imparten al señor Grueso Arboleda tuvieron lugar, como se ha dicho, el 5 de septiembre de 1978, o con anterioridad a dicha fecha, resulta que desde entonces ha transcurrido más de un año, es decir, un tiempo que excede al requerido para la prescripción de la acción por el artículo 115 del Código Penal (Ley 95 de 1936) vigente para la época de ocurrencia de los hechos, según el cual, "Tratándose de contravenciones, la acción penal prescribirá en un año, y la sanción, en dos".

En efecto, al tenor de lo dispuesto en el artículo 99 del Decreto Ley 522 de 1971. "Proferida la sentencia en primera instancia, se interrumpe la prescripción".

Y el artículo 104 del mismo estatuto expresa: "*Aplicabilidad de otras disposiciones.* Son aplicables al procedimiento contravencional las disposiciones generales del Código Penal, las del Código de Procedimiento Penal, las comunes a todos los juicios contenidos en el de Procedimiento Civil, y las normas sobre policía judicial, en cuanto no resultan contrarias o incompatibles con las regulaciones de este procedimiento especial".

Como en el Decreto 522 de 1971, a excepción del artículo 99 no existen normas específicas que regulen el fenómeno de la prescripción, pues es obvio que en acatamiento a lo dispuesto en el artículo 104 transcrito, son menester acudir a disposiciones del Código Penal vigente en 1978 para la clarificación del fenómeno de la prescripción.

La prescripción de la acción dice el artículo 106 del C. Penal (Ley 95 de 1936) empezarán a correr, para las infracciones consumadas, desde el día de la consumación. Pero como hemos visto en el artículo 99 del Decreto 522 de 1971, "Proferida la sentencia en primera instancia, se interrumpe la prescripción", en el caso de las contravenciones hay que entender que en este último evento y cuando de violaciones al Decreto 046 de 1965 se trate, que la primera resolución proferida por el Superintendente en el *sub lite*, bien puede asimilarse a "sentencia", como también, que hace relación a la resolución ejecutoriada.

En ese orden de ideas, si la resolución (sentencia) ejecutoriada interrumpe la prescripción, a *contrario sensu*, esa resolución bien puede marcar el límite máximo para el cómputo de la prescripción.

De tal manera que identificando, como se ha hecho, las disposiciones contenidas en el Decreto Ley 046 de 1965 como correspondientes a contravenciones, y sosteniendo por ende que la prescripción de la acción penal adelantada por razón de tal clase de infracciones tiene lugar en un año, esto es, en el tiempo fijado por el artículo 115 del Código que se ha citado, es de concluir, que como los actos imputados al señor Hernando Grueso Arboleda tuvieron ocurrencia el 5 de septiembre de 1978, y la resolución que impuso la sanción (829 de septiembre 4 de 1979) apenas le fue notificada el 10 de septiembre del mismo año, quiere ello significar que lo fue con posterioridad al año determinado por el artículo 115 mencionado para la ocurrencia del fenómeno prescriptivo de la acción.

"Interrumpida la acción penal por el auto de proceder, ella se consuma si después de la fecha en que quede ejecutoriado, transcurre nuevamente un tiempo igual al que la ley señala para que se opere tal fenómeno sin que en el proceso se dicte sentencia condenatoria".

"Cuando un auto de proceder es apelado, el momento que debe tomarse en cuenta para considerar interrumpida la prescripción de la acción penal y para computar el nuevo lapso para que ésta se consuma, es la fecha en que quede ejecutoriada la providencia en que el superior decide de la apelación interpuesta" (Corte LXVI, 455, julio 26 de 1949).

Lo cierto es que si no se continúa la acción después de haber prescrito, se genera en sentir de la Corte Suprema de Justicia, una nulidad por incompetencia de jurisdicción por cuanto "si el derecho del Estado a hacer valer su pretensión de aplicar la ley penal caduca porque la acción se extingue, debido a la prescripción, es notorio que la incompetencia de jurisdicción se traduzca en la incapacidad subjetiva y objetiva del fallador para proseguir una actividad persecutoria ya fenecida" (Gaceta Judicial Tomo LXX, página 108).

Consecuente con todo lo expuesto y en virtud de que los autos acusados objeto de impugnación se produjeron después de un año, se

repite, de haberse producido los hechos que dieron origen a la investigación por especulación indebida en el precio del cemento gris, la Sala habrá de declarar probada la excepción de prescripción propuesta por el señor apoderado del actor y por el señor Fiscal primero de la Corporación, que impedía a los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio sancionar al demandante por presentarse tal fenómeno prescriptivo.

Así las cosas, como a folios 208 vto. del cuaderno Nº 2 consta que de acuerdo con título Nº 81730 de septiembre 17 de 1979 expedido por la Caja de la Tesorería General de la República se pagó la multa por valor de $ 1.000.000.00, se ordenará en esta providencia la devolución de dicha suma al demandante, con los intereses corrientes en la plaza de Bogotá causados sobre ella desde la fecha de la consignación (septiembre 17 de 1979) hasta el día en que se verifique la devolución.

Y en razón de lo dicho, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera de acuerdo con el concepto del señor Fiscal Primero de la Corporación y administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Primero. Declárase probada en el presente juicio la excepción de prescripción que impedía a la Superintendencia de Industria y Comercio para sancionar al señor Hernando Grueso Arboleda por medio de los actos acusados.

Segundo. Consecuencialmente, DECLARASE LA NULIDAD de las Resoluciones números 829 y 873 de septiembre 4 y 13 respectivamente de 1979 y 308 de marzo 31 de 1980, expedidas por el Superintendente Primer Delegado de Industria y Comercio, así como de la Resolución Nº 1071 expedida el 31 de agosto de 1981 por el Superintendente de Industria y Comercio, resoluciones por las cuales se sancionó con multa de UN MILLON DE PESOS ($ 1.000.000.00) M/CTE, al señor Hernando Grueso Arboleda por especulación indebida en el precio del cemento.

Tercero. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, la Caja de la Tesorería General de la República devolverá al señor Hernando Grueso Arboleda o a quien legalmente represente sus derechos la cantidad de un millón de pesos ($ 1.000.000.00) M/cte. pagados en la Caja de la Tesorería General de la República según título Nº 81730 de septiembre 17 de 1979, más los intereses corrientes causados sobre dicha suma desde la fecha indicada hasta cuando la devolución se haga.

Cópiese, notifíquese.

Se hace constar que el fallo anterior lo discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada por la Sección Primera el día 25 de noviembre de 1983.

Mario Enrique Pérez Velasco, Samuel Buitrago Hurtado, Jacobo Pérez Escobar (Ausente), *Roberto Suárez Franco.*

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

EMPLEADOS PUBLICOS. ENCARGO. ARTICULO 34 DECRETO 1950 DE 1973. El encargo es para un empleado público a quien temporalmente se le designan funciones que corresponden a otro cargo, en las circunstancias contempladas en tal norma.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., noviembre ocho de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker*)

Referencia: Expediente Nº 9416. Autoridades Nacionales. Actor: Luis Guillermo Hernández Díaz.

Por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, se demanda la nulidad del Memorando Nº 015 de 4 de febrero de 1983 proferido por el Gerente encargado de Focine y mediante el cual se ordenó al demandante reintegrarse al cargo del cual era titular, para dar aplicación a lo dispuesto por el artículo 35 del Decreto 1958 de 1973.

Se opone a las pretensiones del actor, como impugnador, el señor Gerente de Focine.

Entre los argumentos de impugnación, se expone el de que el actor no tenía el carácter de empleado público, pues "estaba vinculado a la Compañía en calidad de trabajador oficial desde el 30 de octubre de 1980, en el cargo de Jefe de la Oficina de Estudio de Préstamos, como consta en el contrato de trabajo respectivo". Y agrega el impugnador:

"Tal calidad la mantuvo siempre, pese a que, durante el tiempo en que prestó sus servicios a la empresa, fue encargado para desempeñar temporalmente otros cargos, de los cuales fue separado por la Gerencia para que retomase las funciones correspondientes al cargo del cual era titular". (folio 35). El impugnador acompaña copia auténtica del contrato de trabajo a que hace referencia.

Expresa la demanda que "FOCINE O COMPAÑIA DE FOMENTO CINEMATOGRAFICO fue creada como empresa industrial y comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Comunicaciones, en el mes de julio de 1978, mediante la Escritura Pública Nº 4189 de la Notaría Cuarta de Bogotá, y sus estatutos fueron aprobados por el Gobierno Nacional según consta en el Decreto Nº 3137 del 14 de diciembre de 1979". (folio 19) Y agrega que, entre los varios cargos desempeñados por el actor, se encuentra el de Sub-Gerente, del cual fue encargado mediante Resolución Nº 00002 de marzo 30 de 1982.

Así pues, está claro que FOCINE es una empresa industrial y comercial del Estado y que el demandante se vinculó a ella mediante contrato de trabajo.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales, lo que repite el Decreto Reglamentario 1843 de 1969 puntualizando que son trabajadores oficiales..." b) Los que prestan sus servicios... en las empresas industriales o comerciales del Estado y sociedades de economía mixta..." (artículo 3º) La parte de esta última norma, que no aparece transcrita, fue anulada por el Consejo de Estado. De esta manera, la excepción para el personal directivo y de confianza que contempla la parte anulada de esta disposición, desapareció.

Por otra parte, el carácter de encargado con que actuaba en FOCINE el demandante no tenía virtualidad suficiente para atribuirle la Calidad de empleado público, aunque los estatutos de la entidad, como lo sostiene el actor, confieran a los sub-Gerentes tal calidad.

Es bien sabido que, por mandato del artículo 24 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973, el ingreso al servicio público se hace por nombramiento ordinario para los empleos de libre nombramiento y remoción y por nombramiento en período de prueba o provisional, para los que sean de carrera. Dentro de este personal, es decir, del que ostenta la calidad propia de los de empleados públicos, se puede presentar el fenómeno del encargo, juntamente con los de traslado y ascenso. El encargo aparece definido en el artículo 34 del mismo Decreto, el cual expresa lo siguiente: "Hay encargo cuando se designa temporalmente a un empleado para asumir, total o parcialmente, las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo. Es claro, pues, que el encargo es para un empleado público a quien temporalmente se asignan funciones que corresponden a otro cargo, en las circunstancias contempladas en la norma. De esta suerte, en estricto Derecho un trabajador no puede asumir la categoría de "encargado" de un empleo que corresponde a un funcionario público, ni mucho menos, adquirir, por la simple asignación de funciones, la calidad de empleado público, pues, conforme al artículo 2º del Decreto 2400 de 1968, empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo, condiciones que no pueden darse en el caso en mención.

En tales circunstancias, habida consideración de que el trabajador oficial se encuentra vinculado con la Administración mediante contrato de trabajo (Decreto 1848 de 1969, artículo 1º) y de que, conforme al artículo 2º del Decreto 2158 de 1948, corresponde a la jurisdicción del trabajo decidir los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente del contrato de trabajo, la jurisdicción contencioso administrativa carece de competencia para el conocimiento del presente litigio y, por esta razón, habrá de anularse la actuación a partir del auto admisorio de la demanda, por la causal contemplada en el numeral 1º del artículo 113 del C.C.A. Por tratarse de nulidad inallanable,

no es el caso de dar aplicación al artículo 113 de la misma obra, por lo cual la nulidad se declara de plano.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al interesado para los fines a que hubiere lugar.

Reynaldo Arciniegas Baedecker.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

PENSION DE JUBILACION. — Imprescriptibilidad del derecho (Decreto 3135 de 1968. Artículo 41). Cómo se hará su reconocimiento?. ASIGNACIONES DEL TESORO PUBLICO. Prohibición de doble asignación. Excepciones: Evolución legislativa. Ley 6ª de 1945 (artículo 33). Decreto 320 de 1949 (artículo 7º) Dto. 2285 de 1955 (Art. 1º). PERSONAL DOCENTE CON DOBLE ASIGNACION. Decreto Ley 309 de 1958 (artículo 4º). Decreto 3157 de 1968 (artículo 56). Sentencia de la Corte Suprema de Justicia que declaró la inexequibilidad del artículo 56 del Decreto Ley 3157 de 1968. (Sólo en cuanto que por la norma declarada inexequible había derogado el artículo 1º del Decreto 2285 de 1955. Los docentes tienen derecho a devengar, sueldo y pensión, sin ningún límite, entre las dos asignaciones, siempre que dependan de los DEPARTAMENTOS y MUNICIPIOS. (Decreto 2400 de 1968). Extensión de ese beneficio por el Decreto 224 de 1972. (Artículo 2º literal b) a los docentes que dependan del Ministerio de Educación Nacional. Decreto 2277 de 1979. (Artículo 70). SUELDOS QUE DEBEN TENERSE EN CUENTA PARA LA LIQUIDACION DE LA PENSION EN DOCENTES.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., noviembre quince de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctor Alvaro Orejuela Gómez*)

Referencia: Juicio Nº 5705. Demandante: Angel María Bolaños Muñoz.

Autoridades Nacionales.

En ejercicio de la acción de plena jurisdicción y por conducto de apoderado, el señor Angel María Bolaños Muñoz, instauró demanda ante esta Entidad, con el fin de que en sentencia definitiva se hicieran las siguientes declaraciones:

"Disponer que la Caja Nacional de Previsión, Sub-Dirección de Prestaciones Económicas, reconozca y pague al señor Angel María Bolaños Muñoz, la pensión plena de jubilación a que tiene derecho a partir del 6 de septiembre de 1975, día subsiguiente al cual cumplió 50 años de edad y 20 de servicios exclusivamente docentes, sector oficial, en cuantía de $ 33.859.88 equivalente al 75% del promedio mensual de salarios percibidos durante su último año de servicios acreditados (enero 1 de 1980 a diciembre 31 del mismo año) y sin necesidad de demostrar su retiro definitivo del servicio oficial, por tratarse de un servidor del Ramo docente.

"Que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1º de la Ley 4ª de 1976 y fallo del Honorable Consejo de Estado de fecha octubre 21 de 1980, doctor Ignacio Reyes Posada, la cuantía pensional anterior sea aumentada a partir de enero 1º de 1978 en un 15% mensuales, esto es, a la suma de $ 12.568.85; a partir de enero 1º de 1977 en un 15% más $ 180.00, esto es, a la suma de $ 49. 134.19 mensuales: a partir de enero 1º de 1978 en un 25% más 390.00, esto es, a la suma de $ 51.778.04 mensuales; a partir de enero 1º de 1979 en un 5.13% más $ 120.00, esto es, a la suma de $ 65.967.25 mensuales; a partir de enero 1º de 1980 en un 16.86% más $ 435.00, esto es, a la suma de $ 76.472.59 mensuales y a partir de enero 1º de 1981 en un 15.22% más $ 625.00, esto es, a la suma de $ 88.838.72 mensuales, en razón a que mi mandante no sólo adquirió el status de pensionado a partir del 6 de septiembre de 1975, día subsiguiente al cual cumplió 50 años de edad y 20 de servicios, sino que por tratarse de un servidor del Ramo docente no necesita demostrar su retiro definitivo del servicio oficial, ya que le es compatible el disfrute de la pensión de jubilación y la percepción de salarios por el desempeño de sus labores docentes, hasta los 65 años de edad.

"Que se reconozca y paguen a mi poderdante las mesadas pensionales causadas a su favor el día 6 de septiembre de 1975, en razón de que en tal fecha tenía cumplidos los 50 años de edad y llevaba más de 20 años de servicios al Ramo docente del sector oficial".

Se aducen en el libelo como HECHOS constitutivos de la acción incoada, los que a continuación se transcriben:

"El señor Angel María Bolaños Muñoz, portador de la Cédula de ciudadanía número 1.851.675 de la Cruz (Nariño), por intermedio de su apoderado, en fecha abril 8 de 1981, demandó de la Caja Nacional de Previsión, Sub-dirección de Prestaciones Económicas, el reconocimiento y pago de la pensión mensual vitalicia de jubilación a que considera tener derecho por contar con más de 50 años de edad y haber demostrado que ha prestado servicios por más de 31 años al Ramo docente del sector oficial, encontrándose en actividad el 26 de diciembre de 1968 y fecha en la cual contaba con más de 18 años de servicios, así:

	A	M	D
Septiembre 2/47 a abril 20/50	2	7	10
Marzo 1/50 a Diciembre 31/50	0	10	0
Febrero 1/51 a Noviembre 30/51	0	10	0
Mayo 1/53 a noviembre 30/53	0	7	0
Marzo 1/54 a noviembre 30/54	0	9	0
Febrero 1/55 a septiembre 30/54	9	8	0
Enero 1/65 a diciembre 31/68	4	0	0
Enero 20/69 a agosto 31/72	3	7	11
Septiembre 1/73 a diciembre 31/80	7	4	0
TIEMPO TOTAL DE SERVICIOS	31	0	21

"El 31 de diciembre de 1980, se encontraba afiliado a la Caja Nacional de Previsión.

"No devenga pensión o recompensa del Tesoro Nacional.

"Durante su último tiempo de servicios, comprendido entre el 1º de enero de 1980 y diciembre 31 del mismo año, percibió por concepto de salarios (sueldos, primas de Navidad, alimentación, población y horas extras) la suma de $ 589.758.00, cuyo 75% del promedio mensual equivale a $ 36.859.88, valor de la cuantía pensional, día subsiguiente al que cumplió 50 años de edad y 20 de servicios y sin necesidad de demostrar su retiro definitivo del servicio oficial, por tratarse de un servidor del Ramo docente.

"La Caja Nacional de Previsión Social, Sub-Dirección de Prestaciones Económicas, transcurridos más de 30 días hábiles a partir de la fecha de presentación de la demanda no se ha pronunciado, por lo cual se entiende agotada la vía gubernativa por silencio administrativo".

En la demanda se invocan como disposiciones infringidas, los artículos 1º del Decreto 2285 de 1955; 70 y 73 del Decreto 1848 de 1969; 5º del Decreto 324 de 1972 y 1º de la Ley 4ª de 1976.

El apoderado del demandante analiza detenidamente el alcance jurídico de las normas precedentes para demostrar su quebrantamiento y deducir el derecho que alega asistirle a su poderdante en la reclamación impetrada.

La Caja Nacional de Previsión Social designó apoderado para que representara a la Entidad en el juicio, lo que en efecto hizo, al oponerse a las peticiones de la demanda y solicitar que éstas fueran denegadas.

Habiéndose tramitado la *litis* dentro de las prescripciones de ley, sin que se advierta causal de nulidad alguna, la Sala procede a dictar la correspondiente sentencia, previas las siguientes.

Consideraciones

Del estudio y análisis del libelo y tal como se encuentra probado en el expediente administrativo levantado por la Caja Nacional de Previsión, el señor Angel María Bolaños Muñoz, solicitó de la Entidad demandada, mediante memorial que fue radicado el 8 de abril de 1981, el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación vitalicia, en cuantía equivalente al 75% del promedio mensual de salarios devengados entre el 1º de enero de 1981 y el 31 de diciembre del mismo año, con efectividad de tres años hacia atrás contados desde la fecha en que se radicó dicha solicitud.

La Caja Nacional de Previsión no dio respuesta a la petición del actor. Y aunque éste en el acápite de pretensiones no advirtió la ocurrencia del fenómeno del silencio administrativo por el no pronunciamiento de la Administración, es lo cierto que con tal hecho quedó agotada la vía gubernativa y, por consiguiente, podía acudir a la jurisdicción contenciosa, como en efecto lo hizo.

El demandante estuvo vinculado al Departamento de Nariño como maestro desde el 11 de diciembre de 1947 hasta el 20 de abril de 1950, y con la Nación (Ministerio de Educación Nacional) desde el 21 de abril de 1950 hasta el 30 de diciembre de 1980, pareciendo indicar que continuó en el servicio docente por cuanto no hay constancia que acredite su retiro.

Está probado, igualmente, que a 26 de diciembre de 1968, fecha de expedición del Decreto 3135, norma que le es aplicable, tenía más de 18 años de servicio, pues los 20 los vino a cumplir el 10 de diciembre de 1968, tal como lo acepta la Entidad demandada en un proyecto de resolución que figura en el expediente administrativo. También se encuentra demostrado que el actor nació el 6 de abril de 1925, habiendo cumplido 50 años de edad el 6 de abril de 1975. Teniendo en cuenta los anteriores elementos probatorios, aquél adquirió su status de pensionado en esta última fecha dando aplicación al parágrafo 2º del artículo 27 del Decreto 3135 de 1968, pues, como ya se dijo, para el 26 de diciembre de 1968, tenía más de 18 años de servicios.

Sin embargo, el derecho pensional no se podrá reconocer al accionante a partir de la fecha en que adquirió el status de pensionado, sino con tres años de retroactividad, desde aquélla en que presentó la solicitud administrativa, o sea el 8 de abril de 1978 en virtud del fenómeno prescriptivo trienal a que se refiere el artículo 41 del Decreto anteriormente aludido.

El actor solicita que el derecho reclamado le sea reconocido sin necesidad de demostrar su retiro del servicio oficial. Para despejar este punto de la pretensión, la Sala se permite realizar el siguiente estudio:

En general la Constitución Nacional prohibe percibir dos asignaciones que provengan del Tesoro Público (artículo 64); pero la misma Carta Política facultó al Legislador para establecer excepciones a dicho principio.

En virtud del artículo 33 de la Ley 6ª de 1945 se estableció:

> "Los trabajadores oficiales jubilados podrán desempeñar cargos públicos y continuar recibiendo la pensión, siempre que el valor conjunto del sueldo y la jubilación no pase de doscientos pesos ($ 200.00) mensuales".

El Decreto 320 de 1949, artículo 7º, amplió el límite para percibir sueldo y pensión, siempre que las dos asignaciones no sobrepasaran la cuantía de cuatrocientos pesos ($ 400.00).

El Decreto 2285 de 1955, artículo 1º que fue dictado con fundamento en el artículo 121 de la Constitución Nacional, prescribió:

> "La limitación establecida en el artículo 7º del Decreto Ejecutivo número 320 del 15 de febrero de 1949, no rige para los pensionados por tiempo cumplido de servicios en la Administración Pública, o en el Ramo docente que estén desempeñando cargos de institutores o de profesores en establecimientos de educación sostenidos con fondos públicos".

Conforme a la norma antes transcrita los docentes que laboran en establecimientos sostenidos con fondos públicos tienen derecho a devengar sueldo y pensión, sin límite alguno entre las dos asignaciones. Dicho precepto es aplicable a los maestros y profesores de todos los órdenes: Nacional, Departamental o Municipal, pues en éstos los fondos para su sostenimiento son públicos.

Lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 2285 de 1955 se hizo extensivo en virtud del artículo 4º del Decreto Ley 309 de 1958 a los Directores o Rectores de establecimientos de Educación sostenidos con fondos públicos, o Inspectores de Educación en los distintos grados de la enseñanza.

Conviene anotar que el artículo 3º del mencionado estatuto estableció un estímulo adicional para los educadores pensionados que volvieron al servicio activo, consistente en la revisión de la cuantía del derecho pensional.

Empero, mediante el artículo 56 del Decreto Ley 3157 de 1968, se derogó, entre otras disposiciones, el artículo 1º del Decreto 2285 de 1955, que había venido a convertirse en legislación permanente en cumplimiento de lo preceptuado en la Ley 141 de 1961.

Mas la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de agosto 21 de 1969, declaró inexequible el artículo 56 del Decreto Ley 3157 de 1968, pero sólo en cuanto que por la norma declarada inexequible, había derogado el artículo 1º del Decreto 2285 de 1955.

Ahora bien, conforme a las consideraciones de la Corte en la sentencia citada, el artículo 1º del Decreto 2285 de 1955, que permitió la compatibilidad entre sueldo y pensión para los docentes, sin limitación alguna, para la época en que se expidió el Decreto Ley 3157 de 1968, solamente estaba rigiendo para los institutores Departamentales o Municipales, ya que en cuanto a los maestros dependientes de la Nación, dicha compatibilidad había desaparecido en virtud del mandato del artículo 9º del Decreto Ley 2400 de 1968, sustituido posteriormente por el artículo 1º del Decreto Ley 3074 de ese mismo año.

De lo visto hasta aquí puede deducirse una conclusión parcial, cual es la de que los docentes tienen derecho a devengar sueldo y pensión, sin ningún límite, entre las dos asignaciones, siempre que dependan de los Departamentos o Municipios.

La discriminación generada en 1968, tanto a virtud del Decreto Ley 2400 como de la sentencia de la Corte, que declaró inexequible el artículo 56 del Decreto 3157 de dicho año, instauró una injusticia, por cuanto eliminó para los docentes del orden Nacional el derecho a la compatibilidad entre sueldo y pensión, quedando vigente tan solo para los institutores del orden Departamental y Municipal.

A fin de terminar con esa diferenciación, el Gobierno Nacional, convertido en Legislador Extraordinario, según lo dispuesto en la Ley 14 de 1971, expidió el Decreto Ley 224 de 1972, cuyo artículo 5º es del siguiente tenor:

> "El ejercicio de la docencia no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación siempre y cuando el beneficiario esté

mental y físicamente apto para la tarea docente, pero se decretará retiro forzoso del servicio al cumplir sesenta y cinco (65) años de edad".

Ya esta Corporación en varias oportunidades se ha pronunciado sobre la aplicabilidad del Decreto 224 de 1972. Así mediante sentencia del 7 de junio de 1976, con ponencia del Consejero doctor Nemesio Camacho Rodríguez, dijo:

"Quienes se beneficien de cualquiera de estas pensiones *tienen la prerrogativa* de continuar recibiendo las mesadas pensionales y el sueldo por el ejercicio de un cargo docente. Su retiro puede producirse cuando se cumplan los requisitos del Decreto 224 de 1972".

De igual modo conviene aclarar que en virtud de lo ordenado en el literal b) del artículo 2º de la Ley últimamente mencionada, los *estímulos* que por medio de ella se decretaron, cubren a los docentes que dependan del Ministerio de Educación Nacional.

De lo expresado precedentemente ha de tenerse como conclusión general en esta materia, que todos los institutores sin distingos respecto al nivel al que pertenezcan, pueden percibir sueldo o pensión sin restricción alguna, en cuanto al monto de las dos asignaciones.

El derecho a la mencionada compatibilidad quedó ratificado por el artículo 70 del Decreto 2277 de 1979, pero la norma aludida fue declarada inexequible por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 20 de febrero de 1981. Para llegar a tal decisión dicha Entidad consideró que el Ejecutivo Nacional mediante la Ley 8ª de 1979 no había recibido facultades para referirse al régimen de compatibilidades entre sueldo y pensión.

Como algunos sostenedores de la extinción del derecho a compartir sueldo y pensión para los maestros, se basan en el fallo antes indicado, es bueno señalar que según la misma Corte Suprema de Justicia, la referida compatibilidad no desapareció puesto que en el considerando cuarto de la citada providencia, la Corporación, expresó en forma clara y perentoria:

"Con respecto al primer inciso del demandado artículo 70, es preciso anotar enfáticamente que su contenido no hace otra cosa que reiterar por parte del Ejecutivo, la vigencia de las disposiciones aplicable hoy en día en materia de reconocimiento y pago de pensiones de jubilación, lo mismo que en materia de compatibilidad entre el goce de dicha pensión y el ejercicio de la docencia, por lo que toca al sector laboral de los maestros; y con respecto al cual, por lo mismo, no se modifica para nada el status vigente para el mentado gremio.

"Estima la Corte, que si bien dicho inciso primero resulta inexequible, no lo es en modo alguno por el hecho de haberse reiterado la mencionada vigencia de las normas en cita, *la cual sigue intangible a todas luces*, sino única y exclusivamente porque la ley de facultades otorgadas por el Congreso al Presidente, no comprende en ningún momento la autorización para pronun-

ciarse en materia de pensiones de jubilación respecto al gremio de los maestros, tántas veces mencionado".

De lo que acaba de transcribirse se concluye que al declarar la Corte Suprema de Justicia inexequible el artículo 70 del Decreto 2277 de 1979, no desapareció la compatibilidad entre sueldo y pensión para los institutores, pues como lo sostiene la misma Corporación, aquélla sigue *intangible,* por cuanto está consagrada con anterioridad en otra norma legal como es el artículo 5º del Decreto Ley 224 de 1972, que continúa rigiendo y cuya vigencia deberá preservarse como uno de los estímulos a que alude la Ley 14 de 1971, para el magisterio del país, en general, y para quienes estén dedicados a la ardua, ingrata y nunca bien remunerada labor de la enseñanza; y porque, además, con el ordenamiento legal en referencia, el Gobierno Nacional, investido de facultades extraordinarias, quiso establecer una especial y justa excepción que favoreciera tanto en el aspecto económico como profesoral, a estos meritorios y perseverantes servidores del Estado.

Estudiado el punto referente al derecho que asiste al demandante en el reconocimiento de la prestación que reclama, procede la Sala a analizar el relacionado con la cuantía de la misma, sobre cuyos distintos aspectos jurídicos se ocupa la Fiscalía Quinta de la Corporación en su concepto de fondo al manifestar:

"No queda duda acerca del derecho que asiste al actor a beneficiarse con lo dispuesto por el parágrafo 2º del artículo 27 del Decreto 3135 de 1968, reglamentado por el 70 del Decreto 1848 de 1979, pudiendo obtener su pensión de jubilación al cumplir 50 años de edad, de conformidad con las normas que regían anteriormente.

"Por ser docente el demandante no necesita demostrar su retiro del servicio para empezar a disfrutar de su pensión de jubilación, pues es ampliamente sabido que para este tipo de servidores públicos es compatible la percepción prestacional de la pensión con el sueldo por actividad en la instrucción pública.

"Pero precisamente esta circunstancia es la que presenta dificultades para determinar qué debe entenderse por 'último año de servicios', a efecto de liquidar el monto de la pensión.

"Estudiando detenidamente el asunto, la Fiscalía llega a la siguiente conclusión: por salario devengado en el último año de servicios, cuando el docente solicita el reconocimiento de la pensión sin retirarse del servicio, debe entenderse el que devengaba en el año últimamente anterior a la fecha desde la cual se hace efectivo el reconocimiento, sin perjuicio del derecho que le asiste a los reajustes ordenados por la ley, y a la reliquidación de la misma cuando se retire definitivamente del servicio, para adecuarla al 75% de los salarios devengados ahí sí verdaderamente en el último año de servicios.

"Obviamente esto significa liquidar de nuevo la pensión, haciendo caso omiso de la que venía devengando.

"Lo anterior tiene su fundamento en las siguientes razones que pueden tener demostración práctica en el caso de autos así:

"a). Debe aceptarse de conformidad con las pruebas que obran en el expediente, que el día 6 de septiembre de 1975 el actor cumplió los requisitos de tiempo y edad para tener derecho a pensión de jubilación.

"b). Habiendo pedido el reconocimiento de tal prestación el 8 de abril de 1981, interrumpió la prescripción de mesadas pensionales a partir del 8 de abril de 1978. Es decir, que debe concedérsele con retroactividad a esa fecha, pues no necesitaba acreditar el retiro del servicio.

"c). Si se acepta como último año de servicios el que indica la demanda, comprendido entre el 1º de enero y el 1º de diciembre de 1980 para efectos de la asignación que sirve de base a la liquidación, se estaría pagando por concepto de pensión desde el 8 de abril de 1978 en adelante, una suma que no corresponde al sueldo devengado en esos años y que podría llegar a ser superior.

"Con una liquidación hecha en esta forma se violaría la norma que señala el 75% del sueldo como monto de la pensión.

En cambio, si la base de la liquidación es la asignación percibida en el año inmediatamente anterior a la fecha desde la cual tiene efectividad el reconocimiento, —8 de abril de 1977 a 8 de abril de 1978— se cumple a cabalidad el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968 y se hace claridad sobre el asunto fijando una fecha cierta.

"La pensión así liquidada es susceptible de ser reajustada conforme a las Leyes, teniendo en cuenta la fecha en que efectivamente comienza a devengarse, como ocurre con cualquier otra pensión, según lo ha definido el H. Consejo de Estado en providencias recientes.

"Ahora bien, si el señor Bolaños Muñoz se retiró del servicio en forma definitiva el 31 de diciembre de 1980, tiene derecho de ahí en adelante a que su pensión sea nuevamente liquidada para que resulte equivalente al 75% de los salarios percibidos en el último año de servicios, haciendo caso omiso de las sumas que anteriormente devengaba por concepto de pensión.

"No encuentra la Fiscalía solución distinta al caso de los docentes, pues el hecho de poder permanecer en el servicio aún después de pensionados y devengar legalmente estas dos asignaciones del Tesoro Público, pensión y sueldo, hace que su situación sea diferente a la de cualquier otro empleado público que no goza de tal privilegio.

"Resumiendo, este Despacho opina que al actor debe serle reconocida la pensión de jubilación que reclama así: desde el 8 de abril de 1978, en cuantía equivalente al 75% de la asignación que devengaba en el año inmediatamente anterior a esa fecha; y con derecho a reajustes ordenados por la Ley 4ª de 1978, teniendo en cuenta la fecha de disfrute efectivo de la prestación.

"Desde el 1º de enero de 1981 si en verdad se retiró definitivamente del servicio, o cuando esto ocurra, en cuantía equivalen-

te al 75% de la asignación devengada durante el último año de servicios".

Esta Entidad está parcialmente de acuerdo con el concepto emitido por la Agencia del Ministerio Público, pero con las aclaraciones siguientes:

En primer lugar, el actor adquirió el status de pensionado el día 8 de abril de 1975, por cuanto en esa fecha cumplió 50 años de edad y había acreditado 20 de servicios el 10 de diciembre de 1965. Por tanto, los sueldos que deben tenerse en cuenta para liquidar el derecho pensional son los devengados entre el 6 de abril de 1974 y el 5 de abril de 1975, es decir, con la remuneración mensual percibida durante el último año de servicios inmediatamente anterior a la fecha en que aquél adquirió el status de pensionado. Es esta la interpretación que la Entidad le ha dado sobre la forma de liquidación de las pensiones a que tengan derecho los docentes, tal como se decidió en el fallo del 30 de agosto de 1978, con ponencia de la Consejera doctora Aydée Anzola Linares, al dirimir el caso del señor Carlos Arturo González Pérez en el cual la Sala sostuvo:

".....Sueldos que deben tenerse en cuenta para liquidación de la pensión:

"Sobre este particular debe apreciarse que si bien es cierto que los artículos 27 del Decreto 3135 de 1968 y 78 del Decreto 1848 de 1969 establecen que para la liquidación de la prestación de pensión vitalicia de jubilación se tome en consideración el promedio de salarios devengados durante el último año de servicios, no lo es menos que, en tratándose de servidores docentes que pueden devengar pensión y sueldo, la jubilación debe tomarse con base en el sueldo devengado durante el último año en el cual se causa el derecho pensional, es decir, al cumplir los requisitos de tiempo servido y edad. Sería un contrasentido que el jubilado por servicios docentes continúe laborando después de adquirir el derecho con un sueldo inferior al valor de la mesada pensional. Además, el percibir una pensión superior al sueldo, por efecto de la aplicación mecánica de la norma, implicaría un enriquecimiento incausado. Igual interpretación debe darse a la norma contenida en el artículo 19 de la Ordenanza número 23 del 9 de diciembre de 1959, expedida por la Asamblea Departamental de Boyacá. Por lo tanto, la resolución acusada no es violatoria de norma superior en cuanto a este aspecto de la cuestión en examen, debiéndose revocar el fallo apelado".

"En consecuencia de lo anterior, la conclusión obligada en el caso de autos deberá ser la de que las resoluciones acusadas, en cuanto dispusieron pagar a la demandante la pensión de jubilación que le corresponde a partir del 19 de marzo de 1971, fecha en que se cumplieron los requisitos exigidos por la ley, para tener derecho a dicha prestación, con base en el promedio del sueldo devengado en esa época, no deben ser anuladas porque se ajustan a derecho".

En cuanto a los reajustes ordenados por la Ley 4ª de 1976, la Caja Nacional de Previsión habrá de liquidar los correspondientes a los

años de 1977, 1978, 1979 y 1980, con la salvedad de que los relativos a 1976 y 1977 y los causados hasta el 6 de abril de 1978, no deberá pagarlos, pues ellos se encuentran prescritos al igual que las mesadas pensionales que se causaron hasta la fecha antes mencionada.

La Sala comparte la apreciación de la Fiscalía en el sentido de que si el demandante se halla retirado del servicio, puede solicitar la reliquidación de su pensión con los sueldos devengados en el último año, para así dar cumplimiento, en forma definitiva a la disposición legal que determina la cuantía del derecho prestacional.

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, de acuerdo, en parte, con el concepto Fiscal,

Falla:

Primero. Declárase que en el presente juicio, se ha configurado el fenómeno del silencio administrativo, por parte de la Caja Nacional de Previsión Social.

Segundo. En consecuencia, la Caja Nacional de Previsión Social, reconocerá y pagará al señor Angel María Bolaños Muñoz, una pensión mensual de jubilación vitalicia en cuantía equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio del valor de los sueldos devengados durante el año transcurrido entre el seis (6) de abril de mil novecientos setenta y cuatro (1974) y el cinco (5) de abril de mil novecientos setenta y cinco (1975), pagadera a partir del ocho (8) de abril de mil novecientos setenta y ocho (1978) en que se cumplió la prescripción trienal, con los reajustes correspondientes a los años de que trata la parte motiva de esta providencia, en observancia a lo dispuesto en la Ley 4ª de 1979.

Tercero. La Entidad obligada dará cumplimiento a lo ordenado en esta sentencia, dentro del término establecido en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo.

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el cuatro (4) de noviembre de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Reynaldo Arciniegas Baedecker.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

DESAFECTACION DE PREDIOS.— Competencia en el Gerente General en el caso de no haberse decretado aún la expropiación y en la Junta Directiva para los eventos en que aquella ya se hubiere ordenado. EXPROPIACIONES. Decretadas con fundamento en el artículo 54 y las que se hagan con respaldo en el artículo 59 bis de la Ley 135 de 1961 difieren en cuanto los fines que le motiven.

EXPROPIACION. REVOCACION DIRECTA.— Control jurisdiccional del acto que resuelve sobre la revocación directa de las resoluciones de expropiación. Cualquier determinación jurisdiccional relativa a la revocación directa implica en el fondo discusión sobre la legalidad de unos actos irrevisables por el Consejo de Estado.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., noviembre diecisiete (17) de mil novecientos ochenta y tres (1983).

(Consejero ponente: *José Alejandro Bonivento Fernández*)

Referencia: Expediente 2171 Incora.

Actor: Alejo Valenzuela Ramírez y otros

Cumplido el trámite correspondiente en forma normal, se procede al estudio para decisión:

I

A. En demanda presentada contra las providencias de 21 de abril de 1979, originaria de la subgerencia jurídica del Incora y la contenida en la Resolución 128 de 18 de agosto de 1976 de la Junta Directiva del mismo instituto, el apoderado de Alejo Valenzuela, Mariela Rincón de Valenzuela, Miguel Silvio, Omar y Arnal Perdomo Polanco, pidió:

Primera. Que, por el H. Consejo, se declare la nulidad de las providencias, tanto de la subgerencia jurídica, como de la Junta Directiva del Incora, objeto de esta demanda.

Segunda. Que, como consecuencia de esa nulidad, se disponga que el Incora si puede entrar a considerar la revocación directa de la resolución de expropiación ordenada por él mediante Resoluciones 01979 y 61, ambas de 22 de mayo de 1974.

Tercera. Que igualmente, sí es aplicable al predio El Mirador, lo dispuesto en los artículos 28 y 29 de la Ley 6ª de 1976, siempre

que los contratos de aparcería que se allegaron al expediente, reúnan las condiciones exigidas por esta ley.

B. Los hechos los expuso así:

"1º Por Resolución 01979 de 22 de mayo de 1974, el Gerente General del Incora resolvió decretar la expropiación, por motivos de utilidad pública e interés social, de parte del predio rural denominado 'Mirador', ubicado en el Municipio de Yaguará, Departamento del Huila, de propiedad, según se dice en la resolución de Alejo Valenzuela Ramírez y Mariela Rincón de Valenzuela, y por Resolución 61, curiosamente de la misma fecha, la Junta Directiva del mismo Incora aprobó la resolución de la Gerencia.

"2º En la parte motiva de la resolución de la Gerencia, párrafo 4º, se expresa que el Instituto determinó calificar la explotación de las tierras como 'arrendadas en su totalidad' por lo que al tiempo de dictarse la resolución de afectación 10291 de octubre 25 de 1971, la *antigua propietaria* (subrayo) había arrendado este inmueble a la Central Arrocera de Yaguará, lo que hacía aplicable, según la misma resolución de expropiación el numeral 3º del artículo 55 de la Ley 135 de 1961 y el artículo 2º literal a) del Decreto 719 de 1968.

"3º Contra las citadas providencias de expropiación, se interpuso el mal llamado por la Ley 135 de 1961 recurso de consulta ante el Tribunal Administrativo del Huila, el cual por providencia de 17 de marzo de 1975, desatendiendo toda la argumentación sustentatoria del recurso y lo que es más grave, sin tener en cuenta el dictamen de los peritos que afirmaron no existir arrendatario alguno al tiempo de su visita (porque la sociedad arrendataria ya había entregado el predio a los nuevos propietarios), confirmó la calificación hecha por el Incora de estar el predio arrendado en su totalidad.

"4º El 9 de mayo de 1975, el suscrito, obrando como apoderado de los propietarios, presentó un memorial dirigido al Incora solicitando la revocación directa de las resoluciones de expropiación, en el cual se adujeron argumentos suficientes para haberla obtenido de conformidad con el artículo 21 del Decreto 2733 de 1959, memorial que censurablemente fue dejado sin resolver durante un año, pues apenas hasta el 21 de abril de 1976, la Subgerencia Jurídica la negó de plano, sin entrar a considerar a fondo ninguno de los argumentos aducidos por el suscrito y aplicando indebidamente el artículo 22 del Decreto 2733 de 1959, como tendremos oportunidad de demostrarlo más adelante.

"5º El 25 de julio de 1975, el suscrito presentó un nuevo memorial pidiendo la desafectación del predio 'El Mirador' con base en el artículo 29 de la Ley 6ª de 1975 y, para el efecto, adujo sendos contratos de aparcería celebrados con los señores Pablo E. Sánchez, Antonio María Tovar, Pompilio Tovar, Arsenio Chambo, Gilberto Cerquera Gutiérrez y Lucio Tovar Escobar, celebrados de conformidad con lo dispuesto por el artículo 26 de la Ley 6ª de 1975.

"6º Apenas hasta el 21 de abril de 1976, nueve meses después, no la Junta Directiva a quien correspondía resolver la anterior solicitud, sino la Subgerencia Jurídica, dictó un simple auto en el que resolvió las dos solicitudes sobre revocación directa y desafectación que yo había presentado, en la forma siguiente: '1) Abstenerse de considerar la solicitud de revocación directa de las resoluciones de expropiación, en virtud de lo dispuesto por el artículo 22 del Decreto 2733 de 1959. 2) No acceder a la solicitud de desafectación del predio' ".

"7º Como el expediente fue devuelto al Proyecto, una vez dictada la providencia anterior, el doctor Alejo Valenzuela junto con el señor Silvio Perdomo Polanco, solicitaron que se declarara la nulidad de la providencia de la Subgerencia por incompetencia de jurisdicción, por ser esta privativa de la Junta Directiva, según lo dispuesto por el artículo 1º, inciso segundo del Decreto 135 de 25 de enero de 1976, lo que motivó la devolución del expediente a la Oficina Central luego de que el suscrito presentó el memorial de 26 de mayo de 1976, folios 22 y siguientes, reafirmando esa solicitud de nulidad, mas otra en relación con la falta de notificación a los demás propietarios del predio.

"8º Tratando de subsanar la irregularidad motivo de nulidad, la Junta Directiva por medio de una simple constancia en el acta de la sesión de 23 de junio del corriente año, cuya copia se agregó al expediente, dijo: 7. Solicitud desafectación predio, a) El Mirador (Yaguará-Huila). La Junta Directiva negó la solicitud de desafectación del predio denominado El Mirador, ubicado en el municipio de Yaguará, departamento del Huila, elevada por el doctor Honorio Pérez Salazar, en su calidad de apoderado de los propietarios, y ratificó lo actuado por la subgerencia jurídica al respecto. Dada en Bogotá, D. E., a los 27 días del mes de agosto de 1976".

"9º En memorial de 6 de julio de 1976, el doctor Alejo Valenzuela reiteró la solicitud de nulidad, agregando que fuera la Junta Directiva, mediante resolución motivada y no por simples constancias, la que resolviera la petición de desafectación que inicialmente se había solicitado.

"10. Respondiendo a esta solicitud, la Junta Directiva mediante Resolución 128 de 18 de agosto próximo pasado, haciendo un recuento del negocio, negó la solicitud de desafectación, sin entrar a considerar las de nulidades, ni tampoco la de revocación directa".

C. Las normas violadas y el concepto de la violación, según el libelo, se resumen:

1. El artículo 20 de la Constitución y el 1º del Decreto 135 de 1976, por parte del funcionario que profirió la providencia del 21 de abril de 1976, por extralimitación en el ejercicio de sus funciones al negar la revocatoria directa, por cuanto de conformidad con el artículo 21 del Decreto 2733 de 1959 "los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido, o por sus inmediatos superiores". Y en relación con la negativa de desafectación

solicitada con base en el artículo 29 de la Ley 6ª de 1975 porque el Decreto Reglamentario 135 de 1976 dispone que la decisión deberá tomarse mediante resolución expedida por el Gerente General en caso de no haberse decretado aún la expropiación o en caso contrario, por la Junta Directiva.

2. Artículo 22 del Decreto 2733 de 1959, por errónea interpretación al asimilar la providencia del Tribunal Administrativo del Huila, que decidió la consulta, con la sentencia definitiva a la cual se refiere la citada norma, y hubo una violación por parte de la subgerencia jurídica del Incora en la indebida aplicación de este artículo 22.

3. *Ultra petita,* pues la Junta Directiva, en el acto acusado —Resolución 125 de 19 de agosto de 1976—, resolvió sobre desafectación del predio sin hacer un pronunciamiento sobre las solicitudes de declaratoria de nulidad por falta de competencia de la subgerencia jurídica.

Artículos 113 y 119 del Código Contencioso Administrativo y 152-154 del Código de Procedimiento Civil por no ordenar el trámite sobre nulidad.

4. Artículo 305 del Código de Procedimiento Civil por incongruencia entre lo pedido y lo resuelto por la Junta Directiva y la parte motiva y la resolutiva de la providencia.

5. Errónea interpretación del artículo 59 bis de la Ley 135 de 1981, pues: El argumento de la Junta Directiva, que fue el mismo del Tribunal Administrativo del Huila, se ha basado en que la afectación del Mirador no se hizo con base en el artículo 59 bis, sino en el 54 de la Ley 135 de 1961.

II

La apoderada del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria propuso las excepciones de falta de jurisdicción e ineptitud de la demanda:

> "Se demostró en el curso del debate que el demandante pretende que el H. Consejo de Estado decida a través de este contencioso declarar la nulidad de una providencia que resuelve sobre la petición de revocación directa de otro acto administrativo sobre el cual ya existió con creces pronunciamientos de la autoridad competente: el H. Tribunal Contencioso Administrativo del Departamento del Huila, única posibilidad legal de llevar ante la jurisdicción contencioso administrativa la providencia cuya revocatoria se pretendió por el demandante: La resolución de expropiación del predio El Mirador.
>
> Es evidente que si el H. Consejo de Estado es incompetente para conocer de la nulidad de la providencia que decreta la expropiación de un inmueble, de acuerdo con la ley agraria, mucho menos sería competente para conocer de las acciones entabladas contra la providencia que resuelve rechazar la solicitud de revocación directa de dicha expropiación...".

Resumiendo, encuentro que el Honorable Consejo de Estado, carece de jurisdicción para resolver la demanda en el presente negocio por dos razones:

a) Por tratarse de la petición de nulidad de una providencia que resuelve sobre la solicitud de revocación directa de un acto administrativo cuyo control no está sometido a la jurisdicción contencioso administrativa, sino apenas en grado de jurisdicción por consulta, situación definida jurisprudencialmente en general y en particular sobre el caso en concreto del predio Mirador, según expediente 1814 de dicha corporación. Acoger la demanda presentada significaría recurrir a una argucia jurídica para arrogarse el Consejo de Estado una competencia de la cual carece en materia de resoluciones de expropiación de inmuebles por reforma agraria.

b) Porque además, e independientemente del anterior razonamiento, y suponiendo que hubiera competencia del Consejo de Estado, se trataría por el medio planteado por el demandante de reabrir un debate, ya definido previamente por el Tribunal competente, ignorar el fallo emitido, y modificar los planteamientos señalados por la administración y encontrados ajustados a la ley por el Tribunal de lo Contencioso en su oportunidad.

De otra parte propongo la excepción de ineptitud de la demanda.

"En efecto, las providencias demandadas por el actor no son las que han puesto fin a un negocio o actuación administrativa del Incora, sino otras providencias, concretamente las Resoluciones 1979 y 61 de 22 de mayo de 1974, emanadas de la Gerencia General y de la Junta Directiva, amparadas por el principio de legalidad, y que se imponen en su ejecutoriedad y eficacia no sólo a los jueces, sino a la propia administración, máxime cuando el Tribunal competente para señalar o encontrar ilegalidad en ellas, las encontró ajustadas a la ley. Si el Consejo de Estado aceptando las peticiones de la demanda anulare las providencias demandadas, en el fondo estaría anulando o desconociendo los efectos jurídicos de las Resoluciones 1979 y 61 citadas que decretan la expropiación del inmueble Mirador de propiedad del señor Alejo Valenzuela R.".

III

El Ministerio Público expresó:

"Afirma el actor en su libelo que los actos demandados violan, en cuanto niegan la Revocatoria Directa, el artículo 21 del Decreto 2733 de 1959, que establece que los actos administrativos deberán ser revocados *por los mismos funcionarios que los hayan expedido* (subrayan), o por sus inmediatos superiores... y que en el presente caso los funcionarios que expidieron las Resoluciones 1979 y 61 de 22 de mayo de 1974 sobre expropiación del predio 'El Mirador', fueron el Gerente General y la Junta Directiva del Incora, que por consiguiente no le correspondía hacerlo el Subgerente ju-

rídico y, como lo hizo, se extralimitó en el ejercicio de sus funciones, arrogándose una facultad que no tenía.

"Que igualmente se extralimitaron, en cuanto a la negativa de la desafectación solicitada con invocación del artículo 29 de la Ley 6ª de 1975, porque el artículo 1º inciso segundo del Decreto 135 de 1976 que regula el procedimiento para estas desafectaciones, dispone que el Instituto *mediante resolución* expedida por el Gerente General para el caso de no haberse decretado aún la expropiación o de la Junta Directiva para el caso contrario, decidirá dentro de los 15 días siguientes a la presentación por parte del interesado de la documentación a que se alude en el artículo siguiente, si se dan o no los requisitos para desafectar el predio o la porción respectiva del mismo. Por consiguiente, dice el libelo, la subgerencia jurídica se extralimitó en el ejercicio de sus funciones al arrogarse una función o competencia que le correspondía exclusiva y privativamente a la Junta Directiva, violando el Decreto 135 de 1976, no sólo en cuanto a esta competencia, sino por no haberse dictado la providencia dentro de los 15 días de que habla la misma disposición, sino nueve meses después.

"Se afirma igualmente que la Subgerencia Jurídica violó el artículo 22 del Decreto 2733 de 1959, por errónea interpretación, al invocarlo por haberse confirmado por el Tribunal Administrativo de Neiva las resoluciones de expropiación mediante una providencia que sólo resolvió un recurso de consulta interpuesto por los propietarios del predio y que, por su naturaleza misma, no tenía el carácter de 'sentencia definitiva', que es a las que se refiere dicho artículo 22.

"Ahora bien: Sea lo primero afirmar que con respecto a la revocatoria directa impetrada por la parte actora, así como la errónea interpretación del artículo 22 del Decreto 2733 de 1959, no le asiste razón, pues bien sabido es que para la revocación directa de los actos administrativos sea procedente se exige: a) que sea manifiesta su oposición con la Constitución o la ley. b) Que no estén conformes con el interés público o social. c) Que causen agravio injustificado a una persona: y d) Que su validez no haya sido calificada por los Tribunales contencioso administrativos mediante acto jurisdiccional.

"El último requisito, que es el que nos interesa para la decisión del presente negocio, se observa que no lo cumple el actor en el caso *sub lite*. En efecto: aparece demostrado que la resolución de expropiación fue objeto de calificación por parte del Tribunal Administrativo del Huila. Es decir, que su validez ya fue examinada mediante un acto jurisdiccional. Y se justifica la prohibición de la revocatoria directa cuando ya ha sido objeto de pronunciamiento jurisdiccional pues si la finalidad de esta institución es dar oportunidad a la administración de corregir sus errores jurídicos, tal finalidad no se cumple cuando el acto ya ha sido declarado válido mediante un acto jurisdiccional que le ha imprimido fuerza de verdad legal, sin que sea viable su desconocimiento por ninguna otra autoridad.

"Con relación a la solicitud de desafectación, debe observarse que ésta fue autorizada mediante la Ley 6ª de 1975. El Decreto 135 de 1976, reglamentario de dicha ley, establece en su artículo 1º lo que a continuación se transcribe:

"Artículo 1º En cualquier etapa del trámite de adquisición de tierras, bien sea en la puramente administrativa, o en la contencioso administrativa y aún dentro del proceso de expropiación antes de que se encuentre ejecutoriada la providencia que decrete la adjudicación y aún en el caso de que hubiere habido entrega anticipada del inmueble, deberá procederse por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, a la desafectación de las tierras cuya adquisición hubiese decretado para los fines contemplados por el artículo 59 bis de la Ley 135 de 1961, cuando se acredite el cumplimiento de las condiciones señaladas en el artículo siguiente:

"En consecuencia, el Instituto, mediante resolución expedida por el Gerente General para el caso de no haberse decretado aún la expropiación o de la Junta Directiva para el caso contrario, decidirá dentro de los 15 días siguientes a la presentación por parte del interesado de la documentación a que se alude en el artículo siguiente, si se dan o no los requisitos para desafectar el predio o la porción respectiva del mismo...".

"Y de acuerdo con la norma contenida en el artículo 59 bis, podían ser objeto de expropiación por parte del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria: los fundos o porciones de éstos que en 13 de diciembre de 1961, eran explotados *por medio de arrendamientos,* aparcería u otro contrato de índole semejante.

"Lo que indica que los predios cuyo proceso de expropiación se haya iniciado con base en los fines contemplados por el artículo 59 bis de la Ley 135 de 1961, puedan ser objeto de desafectación cuando se acredite el cumplimiento de las condiciones señaladas en el artículo 2º del Decreto Reglamentario número 135 de 1976.

"Si aún no se ha iniciado la expropiación, de la solicitud conoce el Gerente General; si por el contrario a la fecha de la petición de desafectación, existe proceso de expropiación, el competente para conocer y decidir será la Junta Directiva del Instituto, en ambos casos mediante resolución motivada.

"En el negocio objeto del presente proceso, la solicitud de desafectación la resolvió no la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, mediante resolución motivada, sino por el Subgerente jurídico, mediante una providencia que en su forma no llena los requisitos de una resolución motivada. Esta sola circunstancia es suficiente para considerar que los actos administrativos dictados por el Incora, fueron expedidos por funcionarios que carecían de competencia para proferirlos, y siendo ello así necesario es concluir que están afectados de la nulidad apuntada por el libelista.

"El propietario de un predio cuya adquisición se haya iniciado por el Incora, tiene derecho a que su solicitud de desafec-

tación se tramite y decida por el procedimiento legal y por el funcionario competente. En el presente caso no sólo no se cumplió con la formalidad de la resolución sino que fue decidida por el Subgerente Jurídico, que de conformidad con el Decreto 135 de 1976, no es el competente para conocer de esta clase de peticiones.

"La omisión apuntada en párrafos anteriores no la subsana el hecho de que con posterioridad se haya dictado una resolución por parte de la Junta Directiva del Incora, en la cual se afirma que el funcionario competente sí lo es el Subgerente Jurídico y en la cual a su vez ratifica todo lo actuado por este funcionario, porque ello conlleva un procedimiento distinto al que legalmente corresponde para la decisión de esta clase de controversias.

"Afirma el señor apoderado del Incora, que el decreto citado se podía y debía aplicar para los casos señalados en el artículo 59 bis de la Ley 135 de 1961, esto para cuando en la finca o heredad habían pequeños arrendatarios. Y que en el presente caso se encontró que no era aplicable porque la expropiación del inmueble no se adelantó por esa razón, que en el predio Mirador nunca hubo pequeños arrendatarios, sólo unos pocos 'grandes arrendatarios' cuyos contratos llevó posteriormente el demandante a Incora.

"Pero así fuera cierto lo anterior esa argumentación no autoriza que el rechazo de la solicitud sea resuelta por un funcionario que carecía de competencia. Aún cuando la solicitud de un interesado sea legalmente improcedente, el peticionario tiene derecho a que le sea decidida por la autoridad que tenga competencia para ello.

"Se argumenta también, que al subgerente jurídico le fueron delegadas por el Gerente algunas funciones, entre ellas las de resolver las solicitudes de desafectación de predios, mediante Resolución número 01539 de 1975. Sin embargo, esa delegación no podía comprender la facultad que le atribuye el Decreto 135 de 1976, en forma privativa a la Junta Directiva del Incora, cuando la petición se hace cuando ya se ha iniciado el procedimiento de expropiación. Es decir, que el Gerente General no puede delegar, mediante resolución, unas facultades que la ley radica en cabeza de la Junta Directiva.

"Se insiste, pues, en que la competencia para conocer y decidir sobre las solicitudes de desafectación de predios cuando ya se ha decretado la expropiación, corresponde a la Junta Directiva.

"Como en el presente negocio, tal petición la resolvió el Subgerente Jurídico, debe concluirse que el acto así producido quedó afectado de la nulidad que le indilga el actor en su libelo. Por esta razón debe accederse a las solicitudes de la demanda, disponiendo que la Junta Directiva mediante resolución, debe pronunciarse sobre la petición de desafectación del predio 'El Mirador' ".

IV

En primer término se procede al estudio de las excepciones de incompetencia de jurisdicción e ineptitud de la demanda, formuladas por

la apoderada de Incora al considerar que por tratarse de la petición de nulidad de una providencia que resuelve sobre la solicitud de revocación directa de un acto administrativo cuyo control no está sometido a la jurisdicción contencioso administrativa, implicaría arrogarse una competencia de la que carece en materia de resoluciones expropiatorias, y reabrir un debate ya definido previamente por el Tribunal competente, ignorando el fallo y modificando los planteamientos señalados por la administración y aprobados por el Tribunal. Y, por cuanto si el Consejo de Estado anulare las providencias demandadas, en el fondo estaría desconociendo los efectos jurídicos de las resoluciones de expropiación proferidas en relación con el inmueble "El Mirador".

Los actos acusados son

1. La providencia del 21 de abril de 1976, de la Subgerencia Jurídica de Incora que resolvió: a) Abstenerse de considerar la solicitud de revocación directa de las resoluciones de expropiación... y b) No acceder a la solicitud de desafectación del predio. (Cuaderno 1, folios 17 a 19).

2. Resolución número 128 de 18 de agosto de 1976 proferida por la Junta Directiva del Instituto que decidió negar la solicitud de desafectación del predio en referencia.

En relación con los medios de defensa formulados por el Incora hay que tener en cuenta que el primer acto acusado (auto del 21 de abril de 1976) contiene dos determinaciones independientes una de otra: La 1ª, se relaciona con la revocatoria directa solicitada por los propietarios del predio "El Mirador" y la 2ª resuelve desfavorablemente la solicitud de desafectación.

Las excepciones en estudio incidirían solamente sobre la primera de las determinaciones señaladas por cuanto el recurso extraordinario de revocatoria directa busca el aniquilamiento de las resoluciones de expropiación, cuyo control compete por mandato legal, exclusiva y privativamente al Tribunal Administrativo con jurisdicción en el Departamento o territorio nacional en que se encuentre el bien o en que radiquen los derechos reales objeto de expropiación según el mandato legal y conforme a reiterada jurisprudencia de la Corporación. De ahí que no pueda la Sala atribuirse una competencia que no tiene, para revisar unos actos cuyo control ha sido asignado por la ley a otro funcionario. Y se hace referencia a ellos por cuanto cualquier determinación relativa a la revocatoria directa implica en el fondo discusión sobre la legalidad de unos actos irrevisables por esta Corporación, frente a una actitud de los accionantes que tipifica un clásico fraude a la ley, que la Sala no puede contestar.

Al aceptar la Sala las fundamentaciones de la parte excepcionante, deviene la prosperidad de la excepción propuesta en relación con la decisión contenida en el literal a) del auto atacado y si se declarará. No prosperan los medios exceptivos en cuanto a las otras decisiones de la administración, contenidas en los actos acusados por cuanto se refieren a la desafectación del predio, situación que es independiente de

la que ordenó la expropiación. En otras palabras: La desafectación procede si se cumplen los presupuestos que la misma ley señala, pero sin que ello implique volver a discutir la legalidad de los actos expropiatorios, irrevisables por esta Corporación, como se apuntó atrás.

La segunda decisión de la providencia de la Subgerencia Jurídica de Incora se refiere —para negarla— a solicitud presentada el 25 de junio de 1976, por el aporedado de los propietarios, acogiéndose a las disposiciones del artículo 29 de la Ley 6ª de 1975.

Arguye la parte actora (literal b) ordinal I acápite: Disposiciones violadas y motivos de la violación folio 41 vto., cuaderno número 1) que el funcionario autor del acto, extralimitándose en el ejercicio de sus funciones, se arrogó una competencia que corresponde exclusivamente a la Junta Directiva por mandato del artículo 1º inciso 2º Decreto 135 de 1976 y produjo la providencia por fuera del término de 15 días que ordena la disposición anterior.

En lo referente a este aspecto no pueden aceptarse los planteamientos de la entidad demandada cuando pretende determinar la competencia en las normas legales que sirvieron de sustento a la negativa de desafectación del predio. Si los propietarios, apoyándose en el artículo 29 de la Ley 6ª de 1975, pretendieron la liberación del predio, su resolución debe acatar las previsiones de esta norma, que ubican la competencia en el Gerente General, caso de no haberse decretado aún la expropiación, y en la Junta Directiva para los eventos en que, como en el presente, aquélla ya se hubiere ordenado.

Luego, el acto, cuya nulidad se pretende, adolece de los vicios que le atribuye el libelista pues fue expedido por funcionario carente de competencia y sin que pueda apoyarse en la delegación aducida por Incora porque el delegante también carece de ella en asuntos como al que aquí se presenta, en la forma expuesta por el Ministerio Público.

Empero, los defectos apuntados, fueron corregidos desde el momento mismo que el órgano a quien se le adscribió la competencia de esta clase de decisiones, la Junta Directiva, se pronunció sobre el particular a través, precisamente, de la Resolución 218 de 18 de agosto de 1976, acusada por los demandantes. Y es que el acto se profirió a instancia del apoderado de los interesados, y directamente por uno de ellos, como consta en el escrito visible a los folios 228 a 229 del cuaderno 4 cuando consigna. Se pase el negocio de la referencia al conocimiento directo de la Junta Directiva del Incora para que por medio de resolución motivada decida o falle la demanda de desafectación de la Hacienda "Mirador" presentada por el doctor Honorio Pérez Salazar, ya que es jurídicamente imposible mediante simples constancias secretariales, exentas de toda argumentación e incorporadas a las actas de las sesiones de la Junta Directiva del Incora, decidir o fallar tal clase de demandas de desafectación, so pena de incurrirse en ostensible nulidad procedimental y legal y supra legal y en un clásico casi de denegación de justicia.

Si el Incora se pronunció sobre la solicitud de desafectación, propuesta por los demandantes, por medio de la resolución acusada y proferida por la Junta Directiva, los vicios que inicialmente se le en-

contraron a la negativa proferida por la Subgerencia Jurídica, en los términos comentados anteriormente, fueron subsanados a instancia de los mismos interesados. En este sentido la Resolución 128 del 18 de agosto de 1976, está respaldada en derecho.

Mas en el escrito de demanda se acusa, la mencionada Resolución 128, de no haber considerado las nulidades ni la revocación directa, invocadas por los demandantes, que llevó a la Junta Directiva a un fallo *ultra petita* a nulidad procesal e incongruencia.

La Resolución 128, entre sus considerandos destaca: Por otra parte, el 25 de junio de 1975, solicitó a la Gerencia la desafectación del predio invocando el artículo 29 de la Ley 6ª de 1975, para lo cual presentó seis (6) contratos de aparcería, pretensión que recava en memorial del 9 de abril de 1976, luego sí tuvo de presente la petición formulada por los interesados sobre la desafectación del predio denominado "Mirador". Mal puede endilgársele a dicho acto una decisión que vaya más allá de lo pedido.

La nulidad procesal señalada, como cargo por los demandantes, tampoco puede acogerse en el *sub lite,* puesto que el acto acusado no muestra ningún defecto, en ese sentido, por cuanto la decisión de desafectación, está precedida de solicitud de los interesados. Que se ordenara o no la tramitación de las nulidades era al margen del asunto decidido, puesto que las consideraciones de la Junta Directiva, vertidas en la Resolución 128, son amplias en cuanto abarca diversos aspectos, supuestamente controversiales, pero no por ello permiten encontrar vicios al acto. Por eso, en la misma resolución se hace mención que otros puntos serían objeto de decisión posterior y la Sala ignora si estos extremos han sido decididos o no por el funcionario a quien se dirigen, sin que para ello sea menester aplicar las reglas de trámites señaladas en las normas procedimentales. Lo cierto es que el pronunciamiento directo de la Junta Directiva es la de "Negar la solicitud de desafectación del predio Mirador, ubicado en el Municipio Yaguará, departamento del Huila, propiedad del señor Alejo Valenzuela Ramírez y otros.

Tampoco se advierte la incongruencia que el libelista le endilga a la Resolución 128, porque, como se acotó anteriormente, existe armonía y concordancia entre lo pedido y lo decidido. Si los interesados piden la desafectación de un predio de su propiedad y la Junta Directiva, además hace mención a distintos hechos y situaciones alrededor de las pretensiones de los solicitantes, no por ello lo resuelto, que es concreto, la negativa de la desafectación, puede ser censurada como incongruencia. Si en la parte motiva se hicieron comentarios de diversa índole, si se defirió la decisión de las restantes peticiones a la Gerencia General de la entidad, no quiere decir que careciera de competencia para conocer del asunto central: la desafectación invocada. Y si la Junta Directiva es la encargada de resolver sobre esta clase de pedimentos, no se puede acusar de incongruencia entre lo pedido y lo resuelto.

Por último, queda por analizar el cargo formulado de que la Junta Directiva, al resolver, desfavorablemente, la solicitud de desafectación de la finca violó la ley por errónea interpretación del artículo 59 bis

de la Ley 135 de 1961 al considerar que la expropiación decretada no tuvo como base el citado texto legal sino el 64 de la misma Ley 135. Según el demandante, toda afectación de tierras por el Incora se basa en el artículo 54, por ser general.

En puridad, el proceso de adquisición del inmueble denominado "Mirador", cuya desafectación se ha solicitado, se inició con la Resolución 1187 de 9 de noviembre de 1971 emanada de la Dirección del Proyecto Huila número 4. Por Resolución 01979 de 22 de mayo de 1974 el Gerente del Incora decreta la expropiación por motivos de utilidad pública e interés social parte del predio rural Mirador de aproximadamente de 650 hectáreas 6.250 metros cuadrados. Y por Resolución 61 de 22 de mayo de 1974 la Junta Directiva, de la misma entidad, aprueba con el voto favorable e indelegable del señor Ministro de Agricultura, la precitada Resolución 1979. Y como consta en el expediente, y, tal como se transcribió, la expropiación se amparó en el artículo 54 de la Ley 135 de 1961, y mediante el procedimiento establecido en el artículo 61 *ibídem.*

Sí existe diferencia entre las expropiaciones que decreten con fundamento en el artículo 54 y las que hagan con respaldo en el artículo 69 bis de la Ley 135 de 1961 en cuanto los fines que le motiven. Las primeras, tal como lo dice el precepto, para dar cumplimiento a los fines señalados en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 1º de la premencionada ley, y con las formalidades previstas en el artículo 61. Las segundas, en cambio, se ofrecen sobre los predios rurales que en 13 de diciembre de 1961 eran explotados por medio de arrendamientos o aparcería u otro contrato de índole semejante, los explotados ordinariamente de la misma manera con posterioridad a esa fecha y los explotados, en igual forma, en 7 de diciembre de 1966, en cuanto la extensión de cada explotación no exceda de la cabida indicada en el parágrafo primero del artículo 104 bis.

Debe quedar claro que si bien tanto el artículo 54 como el 59 bis, regulan casos de expropiaciones de predios rurales, los fundamentos y consideraciones difieren, tal como se anotó atrás.

Por eso, el artículo 29 de la Ley 6ª de 1975, al consagrar que los propietarios de predios rurales que celebren contratos de aparcería que regula esta ley podrán obtener la desafectación de todo o parte de los mismos, en caso de que, *con base en el artículo* 59, *bis de la Ley* 135, *se encontraren en proceso de adquisición por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria".* (La subraya es de la Sala), de manera directa, establece la posibilidad de la desafectación de los predios que se encuentren en situación de adquisición por el Incora con base en el artículo 59 bis. Si no hubiera querido la norma hacer distinción entre uno u otro caso de expropiación y, por consiguiente, de adquisición, le hubiera bastado con construir al artículo 29 sin referencia alguna a la norma que reglamenta una de las formas de expropiación. Las prerrogativas que se les conceden a los propietarios de predios rurales para lograr la desafectación de todo o parte de estos, en los términos del artículo 29, radican, se repite, en las situaciones del artículo 59 bis.

Y la Resolución acusada, que guarda, relación indefectible, con todo el contenido y alcance del acto de expropiación, tiene su respaldo

y justificación en las consideraciones del artículo 54 de la Ley 135 de 1961, que como se dijo, difieren de las construidas para la aplicación del artículo 59 bis. La desafectación, entonces, solicitada, no podía prosperar por cuanto el texto legal, que le sirve de apoyo, está consagrado para aquellos casos que el artículo 59 bis de manera especial establece.

En conclusión, no se puede sostener que la Junta Directiva del Incora, al proferir la Resolución 128 aplicó erróneamente el artículo 59 bis de la Ley 135 de 1961, sino que hizo producir los efectos que esta ley señala en el artículo 54. Es decir, lo interpretó correctamente, Lo que ocurrió es que no aplicó el artículo 59 bis, por no proceder en el caso *sub judice*.

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

Falla:

Primero. Se declara probada la excepción de falta de competencia de la Corporación en relación con la determinación contenida en el ordinal 1º del auto del 21 de abril de 1976, emanado de la Subgerencia Jurídica del Incora.

Segundo. Se deniegan las súplicas de la demanda.

Cópiese y notifíquese.

Jorge Valencia Arango **(Presidente Sección),** ***José Alejandro Bonivento*** *Fernández, Carlos Betancur Jaramillo, Eduardo Suescún Monroy.*

Arturo Mora Villate., **Secretario.**

Se deja constancia que esta providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

REFORMA AGRARIA COLOMBIANA.— Organización a través de la Ley 135 *de* 1961. *Inspiración. Finalidades. INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA. Es un establecimiento público. Funciones. Administración. ¿A quién corresponde? La ley agraria y los estatutos del Incora expresamente le asignan a la Junta facultades para dictar las normas y los reglamentos necesarios para el ejercicio de las funciones que se le señalen. Adquisición de tierras o mejoras de propiedad privada por el Incora. Expropiación de tierras adecuadamente explotadas.*

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., noviembre diecisiete (17) de mil novecientos ochentas y tres (1983)

(Consejero ponente: *Doctor José Alejandro Bonivento Fernández*)

Referencia: Expediente 2488

Actor: Antonio Barrera Carbonell

Cumplido el trámite correspondiente, se procede a resolver sobre la petición contenida en la demanda presentada ante esta Corporación por el ciudadano y abogado Antonio Barrera Carbonel en ejercicio de la acción pública establecida en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo:

I

A. En el libelo se pide la declaración de nulidad del Acuerdo número 04 de 6 de junio de 1973, expedido por la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, "por el cual se señala la política general de afectación de predios inadecuadamente explotados e incultos".

B. El acto acusado es del siguiente tenor:

"La Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, en uso de sus facultades legales y estatutarias, y

Considerando

Que de conformidad con el literal k) del artículo 30 de los Estatutos, corresponde a la Junta Directiva aprobar los planes y programas para la adquisición de tierras por el Instituto;

Que el Gobierno Nacional viene preconizando una política social y económica que compagine las apremiantes necesidades del campesino y la productividad de las tierras;

Que para lograr lo anterior, deben afectarse preferencialmente por el Instituto inmuebles que no estén plenamente incorporados al proceso de producción, esto es, los que conforme a las normas agrarias sean calificados de inadecuadamente explotados o incultos;

Que es necesario señalar a la administración del Instituto criterios básicos para el cumplimiento de esta función legal.

Acuerda

Artículo primero. Fuera de los casos previstos en las normas agrarias para la afectación de tierras adecuadamente explotadas y sin perjuicio de las normas que sobre extinción del dominio consagran las Leyes 200 de 1936 y 4ª de 1973, el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria procederá a la afectación de tierras y a la adquisición por los sistemas que establece la ley de las que se califiquen como inadecuadamente explotadas e incultas, tomando en consideración los siguientes factores:

1) Dará prelación a aquellos sitios en que exista desocupación total o parcial de numerosa población compesina, se registren niveles de vida sensiblemente bajos en relación con otras zonas del país, exista gran cantidad de campesinos sin tierra o imperen inequitativamente relaciones de trabajo.

2) No adquirirá sino aquellos predios que sean aptos para la agricultura o la ganadería eficiente.

Artículo segundo. Mientras se expide la reglamentación correspondiente para verificar la calificación de las tierras, el Instituto tomará en cuenta los criterios contenidos en el parágrafo primero del artículo 56 de la Ley 135 de 1961 (artículo 17 de la Ley 4ª de 1973), cuyo tenor es el siguiente:

"Mientras se cumple el primer año gravable posterior a la fecha de la sanción de la presente ley, el Instituto tomará en cuenta los siguientes factores: ubicación, con respecto a centros urbanos importantes; relieve; calidad de suelos; posibilidad de la utilización de riegos y avenamientos; facilidad para una explotación continua y regular; clase y grado de intensidad de la explotación: capital y mano de obra empleados en éste: valor comercial y rendimiento de la propiedad y densidad de la población en la zona rural donde dicho fundo se halle ubicado; cumplimiento de las normas sobre conservación de los recursos nautrales".

Artículo tercero. En el presupuesto del Instituto para los próximos años se asignará para adquisición de tierras una partida concordante con el programa de adquisición de tierras que se señale para la respectiva vigencia.

Artículo cuarto. El presente acuerdo rige a partir de la fecha de su expedición".

C. El acusador sostiene, en síntesis:

1. La Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, rebasó los límites de sus facultades al autorizar para "adqui-

rir tierras inadecuadamente explotadas e incultas en todo el territorio nacional", pues las disposiciones de la Ley 135 de 1961 "sólo contemplan la realización de programas de reforma agraria en las áreas o zonas en donde se presenten agudos problemas de tenencia de tierras que requieran de solución mediante la acción del Incora" y "al extralimitarse la junta en sus funciones", infringió los artículos 2º, 16 y 20 de la Constitución Nacional.

2. Se incurrió en "abuso y desviación de poder" porque la Junta "creó una competencia permanente en cabeza de la gerencia general del Incora para adquirir tierras en todo el territorio nacional, desconociendo los mandatos legales de la Ley 135 de 1961, conforme a los cuales este tipo de facultades sólo pueden ser temporales y limitadas a la autorización necesaria para adquirir las tierras que se requieran para la realización de un programa de reforma agraria en área o zona previamente escogida". Se violó el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo.

3. El acuerdo "crea, en la práctica, un programa de reforma agraria a nivel nacional no permitido por la ley, ya que ésta sólo contempla la realización de programas de reforma agraria en las regiones, zonas o áreas geográficas concretamente determinados en los cuales se presenten los hechos o fenómenos constitutivos de los motivos o circunstancias de interés público o social, definidos por la ley, que justifican la intervención del Incora para que con su concurso se logre modificar la estructura de la propiedad rural, mediante la dotación de tierras al campesino y la realización de los programas complementarios de desarrollo rural".

4. La autorización general para adquirir tierras inadecuadamente explotadas e incultas en todo el territorio nacional "implica una delegación de funciones de la Junta en la Gerencia, de carácter permanente, que no está permitida ni por la ley ni los estatutos del Incora". Los artículos 14, letras a) y d) del Decreto 3177 de 1961, 30 letras a), e) y k), de los Estatutos fueron transgredidos "porque correspondiendo a la Junta Directiva del Incora la adopción de los planes, programas y proyectos de ejecución no podía, so pretexto de señalar una política general en materia de adquisición de tierras, ya trazada en la ley, delegar sus atribuciones en la administración del Incora, para que en todo el país pudiera realizar programas de reforma agraria sobre tierras incultas e inadecuadamente explotadas".

5. Se violaron los artículos 1º, 54 a 59 bis, 68 a 73, 90 a 94 de la Ley 135 de 1961 y 1º, 2º y 20 del Decreto 719 de 1968.

II

A. El apoderado del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, en la oportunidad procesal correspondiente, expresó:

"El acto acusado y que es objeto de la demanda, Acuerdo número 04 de 1973, por medio del cual la Junta Directiva del Instituto señaló la política general de afectación de predios inadecuadamente explotados e incultos, no solamente se ajusta a las normas legales, sino que los acoge y hace que formen parte del mismo, al hacer su transcripción.

"Este acto administrativo, como reza en la parte considerativa es dictado por la Junta Directiva, respaldada en las atribuciones que le confiere el literal w) del artículo 30 de los estatutos, que son ni más ni menos que el Decreto 3337 de 1961.

"Es decir, se produjo por el organismo facultado por la ley y sus disposiciones no son otra cosa que transcripción de la misma ley o interpretación fidedigna de la misma".

B. La Fiscalía Segunda de esta Corporación expuso:

"Entrando directamente al problema planteado, se tiene, que el actor considera que el acto acusado viola primeramente los artículos 2º, 16, y 20 de la Constitución Nacional, al autorizar a la administración del Incora para adquirir tierras inadecuadamente explotadas e incultas en todo el territorio nacional; pues los poderes o facultades de la Junta Directiva están limitados por la Ley 135 de 1961 y sólo para realizar programas de reforma agraria en las áreas o zonas en donde se presentan agudos problemas de tenencia de tierras; hubo pues extralimitación de poderes de la Junta.

"Leyendo cuidadosamente el texto acusado se observa que el actor hace una interpretación equivocada de su contenido, cuando alega que hubo extralimitación de poder por parte de la Junta Directiva del Incora al no referirse exclusivamente a las áreas o zonas en donde hay problemas de tenencia. Pero contrariamente a lo que interpreta el actor, el acuerdo se refiere expresamente a 'aquellos sitios en que exista desocupación total o parcial de numerosa población campesina, se registran niveles de vida sensiblemente bajos en relación con otras zonas del país existe gran cantidad de campesinos sin tierra o imperan inequitativamente relaciones de trabajo'. Sitios estos en donde generalmente puede decirse que existen problemas de tenencia de tierra. Esto para rebatir al actor con sus propios argumentos.

Aparte de esto la Ley 135 de 1961 no se limita a darle competencia al Incora solamente para realizar programas de reforma agraria en las áreas o zonas en donde se presenten agudos problemas de tenencia de tierra —como dice el actor— pues basta recordar el objeto de la ley para concluir que las funciones del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria son mucho más amplias. Es así como el artículo 1º de la mencionada Ley 135 de 1961 dice: 'Inspirada en el principio del bien común y en la necesidad de extender a sectores cada vez más numerosos de la población rural colombiana el ejercicio del derecho natural a la propiedad, armonizándolo en su conservación y uso con el interés social, esta ley tiene por objeto:

"Primero. Reformar la estructura social, agraria por medio de procedimientos enderezados a eliminar y prevenir la inequitativa concentración de la propiedad rústica o su fraccionamiento antieconómico, reconstruir adecuadas unidades de explotación en las zonas de minfundio y dotar de tierras a los que no las posea, con preferencia para quienes hayan de conducir directamente su explotación e incorporar a ésta su trabajo personal.

"Segundo. Fomentar la adecuada explotación económica de tierras incultas o deficientemente utilizadas, de acuerdo con programas que provean su distribución ordenada y racional aprovechamiento.

"Tercero. Acrecer el volumen global de la producción agrícola y ganadera en armonía con el desarrollo de los otros sectores económicos; aumentar la productividad de las explotaciones por la aplicación de técnicas apropiadas y procurar que las tierras se utilicen de la manera que mejor convenga a su ubicación y características.

"Cuarto. Crear condiciones bajo las cuales los pequeños arrendatarios y aparceros gocen de mejores garantías, y tanto ellos como los asalariados agrícolas tengan más fácil acceso a la propiedad de la tierra.

"Quinto. Elevar el nivel de vida de la población campesina, como consecuencia de las medidas ya indicadas, y también por la coordinación y fomento de los servicios relacionados con la asistencia técnica, el crédito agrícola, la vivienda, la organización de los mercados, la salud y la seguridad social, el almacenamiento y conservación de los productos y el fomento de la cooperativa.

"Sexto. Asegurar la conservación, defensa, mejoramiento y adecuada utilización de los recursos naturales.

"Séptimo. Ley 1ª de 1968, artículo 2º "El artículo 1º se adiciona con el siguiente numeral: Séptimo: Promover, apoyar y coordinar las organizaciones que tengan por objeto el mejoramiento económico, social y cultural de la población campesina '...', y el artículo 2º de esa misma ley en armonía con el anteriormente transcrito, trae una enumeración pormenorizada de las funciones del Instituto.

"Cuando la ley se refiere a la reforma social agraria debe entenderse que se aplica a todo el territorio nacional pues las leyes que dicta el Congreso de Colombia por regla general tienen aplicación en todo el territorio de la República.

"Dice también el demandante que el acuerdo acusado violó el artículo 66 del C. C. A. (sobre acción de nulidad). No encuentra este despacho ninguna lógica en tal planteamiento, pues en nada se relaciona la norma citada con el desarrollo que en forma confusa expresa el actor.

"Pretende afirmar, que el acuerdo hace una delegación de funciones de la Junta Directiva en la persona del Gerente. Pero basta leer el contenido del acuerdo acusado para darse cuenta que tal afirmación es infundada, pues el acuerdo en ninguna parte hace referencia a tal delegación.

"Interpretando la demanda, parece que el actor considera que también es anulable el Acuerdo número 04 de 1973 porque no se ciñó a los *programas* de reforma agraria, previo el estudio general de la zona correspondiente. Además dice el demandante, 'porque la Junta decretó un *programa* no circunscrito a una zona o área geográfica determinada y omitió los requisitos de señalar en el Acuerdo 04 de 1973, en relación con dicho programa *'su objeto y medios de operación, la conveniencia social o económica del mismo, la zona escogida, la existencia y extensión aproximada de las tierras afectables conforme al artículo* 55 *de la ley, las circunstancias que le otorgan prioridad, según*

el artículo 57...' ", desconociéndose así lo ordenado en el inciso 1º del ordinal 1º de la norma en cita.

"Nuevamente habrá que reconocer la confusión en que incurre el actor al creer que el Acuerdo número 04 es un programa. De ahí que echare de menos ciertos requisitos y exigencias que la misma ley agraria contempla para los programas de reforma agraria que en un momento dado pueda emprender el Incora.

"Finalmente el demandante insiste en que hubo una indebida delegación de funciones al Gerente. Pero tampoco en esta oportunidad nos explica en qué artículo del acuerdo figura tal delegación.

"Al parecer debió referirse a otro acto, completamente distinto del de la copia del Acuerdo 04 de 1973 que aparece anexado, pues allí en ninguno de sus artículos se lee o se desprende la tal delegación.

"Se encuentra pues que ninguno de los cargos contra el acuerdo acusado pueden prosperar".

III

La Sala considera

1. Como es sabido la Ley 135 de 1961, organizó el gran estatuto sobre reforma social agraria, inspirándose en el principio del bien común y en la necesidad de extender a sectores cada vez más numerosos de la población rural colombiana el ejercicio del derecho natural a la propiedad, armonizándolo en su conservación y uso con el interés social (inciso 1º, artículo 1º). Es decir, entendió el verdadero anhelo nacional de lograr una estructura social agraria acorde con las necesidades y exigencias del campo, señalando, entre otros aspectos, procedimientos encaminados a eliminar y prevenir la inequitativa concentración de la propiedad rústica o su fraccionamiento antieconómico y la de fomento a la adecuada explotación de tierras incultas o deficientemente utilizadas, de acuerdo con programas que provean su distribución ordenada y racional aprovechamiento". (Numerales 1º y 2º del artículo 1º).

A su vez, creó el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (artículo 2º), como establecimiento público, con las funciones encomendadas en la misma Ley 135, particularmente, las dirigidas a cumplir con los grandes objetivos allí propuestos. De ahí que el artículo 3º en once literales hubiere fijado las funciones del mencionado Instituto, para, en un décimo segundo (12), consagrar. "En general, desarrollar las actividades que directamente se relacionen con los fines enunciados en el artículo 1º de la presente ley y por los medios que en ésta se señalan".

Y el artículo 8º, de la ley en comento, modificado por el 5º de la Ley 1ª de 1958, "dispuso que el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, será dirigido y administrado por una junta directiva, un gerente general, y los restantes funcionarios que determinen los esta-

tutos". Obviamente, que la dirección y administración llevan consigo la realización de los actos encaminados al cumplimiento de los fines sociales agrarios de la Ley 135. Es, entonces, un marco amplio, mas no ilimitado, el diseñado para la ejecución de las políticas agrarias, por conducto de los órganos de dirección.

El acto acusado, se profiere por la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, para disponer que "Fuera de los casos previstos en las normas agrarias para la afectación de tierras adecuadamente explotadas y sin perjuicio de las normas que sobre extinción del dominio consagran las Leyes 200 de 1936 y 4ª de 1973, el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria procederá a la afectación de tierras y a la adquisición por los sistemas que establece la ley de las que se califiquen como inadecuadamente explotadas e incultas, tomando en consideración los siguientes factores: 1. Dará prelación a aquellos sitios en que exista desocupación total o parcial de numerosa población campesina, se registren niveles de vida sensiblemente bajos en relación con otras zonas del país, exista gran cantidad de campesinos sin tierra o imperen inequitativamente relaciones de trabajo. 2. No adquirirá sino aquellos predios que sean aptos para la agricultura o la ganadería eficiente.

Denota, pues, el artículo primero del acto acusado, que, al disponer la afectación y a la adquisición de tierras por los sistemas legales de las que se califiquen como inadecuadamente explotadas o incultas, con los factores allí indicados, por parte del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, no hizo otra cosa que dar cumplimiento a los propósitos y fines de la Ley 135, señalados en el artículo 1º y dentro de las facultades concedidas a la Junta Directiva, en el artículo 5º de la Ley 1ª de 1968. El Acuerdo 04, materia de la acusación, destaca criterios generales, tanto la afectación como la adquisición de tierras, en aquellas zonas del país en las que exista gran cantidad de campesinos sin tierra o imperen inequitativamente relaciones de trabajo, que mal pueden calificarse, como opuestos o contrarios al sentido y alcance de la Ley 135. Si el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, se le quitara, tal como lo pretende el demandante, la facultad de fijar reglas destinadas a que las tierras de nuestros campos logren el máximo de aprovechamiento individual y social es, en el fondo, reducir o restringir el ámbito de aplicación del principio del bien común y del ejercicio equitativo y productivo de los predios rurales, que deben ser incorporados, con firmeza, a la vida económica del país.

"No es cierto, como lo afirma el demandante, que las disposiciones de la Ley 135 de 1961 sólo contemplan la realización de programas de reforma agraria en las áreas o zonas en donde se presenten agudos problemas de tenencia de tierras", porque el sentido y la proyección de la citada ley es mucho más amplia. El aspecto anotado es uno de los tantos que se le adscriben al organismo encargado de la dirección de la política agraria del país, por mandato legal. Las soluciones económicas-sociales de los grandes problemas agrarios no pueden ser ubicados exclusivamente donde existen "agudos problemas de tierras", sino en todas aquellas situaciones que permitan la realización fecunda y provechosa de los principios, fines y propósitos de la Ley 135. Es de competencia del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria regular

esta materia. Y esto quiere decir, que no se extralimitó al proferir el acto acusado, puesto que la ley agraria y los estatutos del Incora, expresamente le asignan a la Junta facultad para dictar las normas y los reglamentos necesarios para el ejercicio de las funciones que se le señalen. No hay, pues, violación de las normas constitucionales citadas por el demandante.

2. Tampoco se puede sostener que el Acuerdo 04, violó el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, que es, precisamente, el que le concede a los particulares la facultad para intentar ante la jurisdicción competente la nulidad de cualesquiera de los actos del gobierno mencionados en los artículos 62 a 65 *ibídem.* Por eso no resulta claro el cargo que se hace con fundamento al artículo 66. La acción que concede este precepto no sirve para montar un reparo al acto acusado, y que, por tanto, libera a esta Sala de mayores comentarios.

3. Las normas agrarias, que el demandante ha mencionado como violados por el Acuerdo 04, no sirven sino para respaldar el acto de la Junta Directiva del Incora, tal como se precisó en los encasillados anteriores, de manera general, pero que ahora deben ser materia de comentarios frente a los artículos 54 a 59 bis, 90 a 94 de la Ley 135 de 1961 y 1º, 2º y 20 del Decreto 719 de 1968.

El artículo 54 se encarga de facultar al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria para adquirir tierras o mejoras de propiedad privada, con el objeto de dar cumplimiento a los fines señalados en los numerales, 1, 2 y 4 del artículo 1º de la Ley 135. Y el artículo 55 señala los criterios para la adquisición de tierras de propiedad privada de acuerdo al orden de prelación que la norma impone: tierras incultas no cobijadas por las reglas sobre extinción del dominio, tierras inadecuadamente explotadas. Y, en verdad, el Acuerdo 04, en el artículo primero, no hizo nada distinto de consagrar la adquisición de tierras que se califiquen como inadecuadamente explotadas o incultas. Es decir, el desarrollo de la ley agraria, en el artículo citado, encontró, en el acuerdo acusado, una exacta aplicación, y si el acuerdo está ajustado al artículo 55, de la Ley 135, necesariamente lo estará en lo que atañe a la calificación que el 56, de la misma, de tierras adecuadamente explotadas, que deberá ser tenida en cuenta en la ejecución del citado acuerdo. Así mismo, los criterios para la adquisición de tierras, fijados en el artículo 57 y en el artículo 22 de la Ley 4ª de 1973, están reiterados en los factores determinados en el Acuerdo 04. En ningún momento exige, este precepto, como lo trata de mostrar el demandante, que para ajustarse a las reglas previstas en el artículo 57, la adquisición de tierras debe estar precedida de estudios previos. La norma no lo dice, ni lo insinúa. Mal puede ahora, hacerle producir al Acuerdo 04, que no hace otra cosa que señalar los factores para la adquisición de tierras, un alcance como el que se menciona en el cargo y frente a una exigencia que no está prevista en la supuesta norma violada.

Los artículos 58, 59 y 59 bis, no guardan relación con el acuerdo acusado, en los términos que permitan destacar algún grado de violación. Son normas que regulan la expropiación de tierras adecuadamen-

te explotadas (58, modificado por la Ley 4ª de 1973), el derecho de exclusión por parte de los propietarios de tierras adecuadamente explotadas (artículo 59, modificado por el artículo 24 de la Ley 4ª de 1973); y los predios sujetos a la expropiación (artículo 13 de la Ley 1ª de 1968, que se convirtió en el 59 bis).

Las restantes normas de la Ley 135, citadas por el demandante, 65 a 73, 90 a 94, tampoco recogen situaciones que comprometan la legalidad del Acuerdo 04. Basta con observar el contenido de cada uno de los preceptos para concluir la falta de relación con el acto acusado. Por eso, no merece mayor comentario el cargo respaldado en los precitados artículos de la Ley 135.

También yerra el demandante en la formulación del cargo apoyado en la supuesta violación del Decreto 719, porque el Acuerdo 04 no es en sí un programa o un plan específico de desarrollo agrario. No. El acuerdo, como ya se dijo, impuso unas reglas para la afectación y adquisición de tierras, inadecuadamente explotadas o incultas, en orden a cumplir con las funciones que la misma ley le asignó. Para ello se indicaron los factores pertinentes, de prelación de aquellos sitios en que exista desocupación total o parcial de numerosa población campesina, se registren niveles de vida sensiblemente bajos en relación con otras zonas del país, exista gran cantidad de campesinos sin tierra o impere inequitativamente relaciones de trabajo y de adquisición de predios que sean aptos para la agricultura o ganadería eficiente.

4. Formula el demandante el cargo al Acuerdo 04 de la supuesta delegación que la Junta Directiva hace al Gerente del Instituto contraria al artículo 14 del Decreto 3177 de 1961, 30 de los Estatutos del Incora. Como bien lo anota la Fiscal Segunda y que esta Sala comparte: "Pero basta leer el contenido del acuerdo acusado para darse cuenta que tal afirmación es infundada, pues el acuerdo en ninguna parte hace referencia a tal delegación... Al parecer debió referirse a otro acto, completamente distinto del de la copia del Acuerdo 04 de 1973 que aparece anexado, pues allí en ninguno de sus artículos se lee o desprende la tal delegación". En verdad, el Acuerdo 04 no introduce norma alguna de delegación. Se contrae como tantas veces se ha dicho, a regular la afectación y adquisición de tierras, sin señalar funciones especiales de ejecución en organismo alguno. Entonces, el reparo que hace el demandante carece de fundamento, por no aparecer en el texto del acuerdo ninguna regla de delegación. Y ésta no se puede suponer o presumir, y mucho menos servir de respaldo para advertir algún grado de violación de una norma superior.

5. Como ninguno de los cargos formulados encuentran respaldo para la prosperidad de la demanda de nulidad invocada, las súplicas deberán ser denegadas.

6. Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, de acuerdo con la Fiscalía y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Se deniegan las súplicas de la demanda.

Cópiese y notifíquese.

Jorge Valencia Arango (Presidente Sección, Salva Voto), *José Alejandro Bonivento Fernández, Carlos Betancur Jaramillo, Eduardo Suescún Monroy.*

Arturo Mora Villate., Secretario.

Se deja constancia que esta providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

REFORMA AGRARIA COLOMBIANA. — (Salvamento de Voto). Cualquier acto administrativo que so pretexto de señalar una política general reproduzca la legislación agraria, es ilegal. Razones. Potestad reglamentaria.

Del Consejero doctor Jorge Valencia Arango.

Referencia: Expediente 2488. Actor: Antonio Barrera Carbonel

Me separo de la sentencia anterior, por las siguientes razones:

a. Creo firmemente que la demanda habría prosperado si se hubiera impetrado la nulidad por violación del artículo 120, ordinal 3º, pues, en puridad de verdad, la resolución acusada importa un reglamento de las Leyes 135 de 1961 y 4ª de 1973 que sólo el Gobierno, podía hacer.

b. Pero analizado el libelo como fue presentado, considero que también ha debido prosperar, por las razones que me veo obligado, por falta de tiempo, a sintetizar así:

1. Cualquier acto administrativo que so pretexto de señalar una política general, reproduzca la legislación agraria, es ilegal, por cuanto la creación abstracta y general hecha por el legislador para todo el país, no puede ser programada por el ejecutor, sino en forma sectorial o zonal y en atender a específicas y concretas razones socio-económicas y geográficas, previos estudios técnicos y científicos.

Una resolución que INCORARA TODO EL PAIS, sería nula, *per se.*

d. La Delegación de la Junta Directiva, genérica y abstracta, en la Gerencia General, para todo el país y todo programa, es ilegal e ilícita, pues más que delegación es negación de la función y resistencia al deber legal.

d. También considero que las violaciones de los artículos 54 a 59 de la Ley 135 de 1961, afirmadas en la demanda, están demostradas con el estudio hecho por el mismo demandante.

Bogotá, D. E., noviembre 18 de 1983

Jorge Valencia Arango.

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

POLICIA ADMINISTRATIVA. ECONOMICA. — La competencia para ejercerla es de la Superintendencia de Control de Cambios y no de la Oficina de Cambios del Banco de la República. Suspéndese provisionalmente el ordinal 4º de la Garantía Global del Giro —Cláusula Penal— Fletes de Importación Zona Franca.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta. — Bogotá, D. E., noviembre siete de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero sustanciador: *Doctor Enrique Low Murtra*)

Referencia: Radicación 10.584. Nulidad del ordinal 4º de la forma OC-978 Garantía Global de Giro-Cláusula Penal-Fletes de Importación-Zona Franca, establecida por el ordinal 2.2. del literal B de la circular general de la oficina de Cambios. Demandante: Rafael Ospina Barreiro.

Mediante demanda presentada ante esta Corporación el ciudadano Rafael Ospina Barreiro solicitó la nulidad y suspensión provisional del artículo 4º de la Forma OC-978 Garantía Global de Giro-Cláusula Penal-Fletes de Importación - Zona Franca, establecida por el ordinal 2.2 del literal B de la *Circular General de* la Oficina de *Cambios número* 70 *de* 1974 *y conservada en vigencia* por el ordinal 1.4 de la Circular General número 39 de 1980.

Como la demanda reune todos los requisitos de ley es pertinente aceptarla como en efecto se hace en la parte resolutiva de esta providencia.

Solicita el demandante que "suspenda los efectos de la norma acusada para evitar los perjuicios notoriamente graves que está causando a los importadores.

Alega el solicitante que el ordinal 4º de la garantía Global de Giro Cláusula Penal- Fletes de Importación -Zona Franca "señala una vía especial para establecer si hay infracción cambiaria" totalmente distinta a la que establece el Decreto Extraordinario 444 de 1967 para hacer las investigaciones por infracción cambiaria.

Dice así el actor:

"La norma acusada señala una vía especial, totalmente diferente de la prevista en el Estatuto Cambiario para establecer si ha habido o no infracción cambiaria por parte del importador que debe pagar anticipadamente Fletes de Importación.

"El importador, para poder obtener las divisas necesarias para pagar anticipadamente los fletes de Importación a Zona Franca, debe constituir una Garantía Global de Giro, mediante la cual se compromete ante la Oficina de Cambios, a utilizar las divisas que se le aprueban durante determinado lapso, para pagar dichos fletes. El importador se compromete además a presentar ante la Oficina de Cambios, dentro de un plazo siguiente a la aprobación de cada Licencia de Cambio, ciertos documentos que la Oficina de Cambios le exige.

"Según el ordinal 4º de la Garantía Global de Giro, la Oficina de Cambios presume que si el importador no aporta dentro del plazo señalado los documentos exigidos, es porque no ha utilizado las divisas que se le han autorizado para pagar Fletes de Importación, para este fin, sino que les ha dado un destino diferente.

"Como consecuencia de la presunción anterior, la Oficina de Cambios impone al importador como Pena Convencional una multa equivalente a un porcentaje del valor de la Licencia de Cambio con relación a la cual no se han presentado a la Oficina de Cambios los documentos exigidos por ésta.

"c) La disposición acusada es obviamente contraria a las normas del Decreto Ley 444 de 1967 en los siguientes aspectos:

"1) La norma acusada le da el carácter de Operación de Cambio a un requisito impuesto por la Oficina de Cambios que no es considerado operación de Cambio por el Decreto Ley 444 de 1967 ni por la Junta Monetaria.

"2) Del incumplimiento de un plazo establecido por la Oficina de Cambios, la norma acusada deduce por presunción que se han cometido infracciones cambiarias, en tanto que el Decreto Ley 444 de 1967 tiene previsto todo un procedimiento para averiguar si ha habido o no violación de las normas de Control de Cambios.

"3) La norma acusada pone en cabeza de la Oficina de Cambios una competencia que según el Decreto Ley 444 de 1967, corresponde exclusivamente a la Superintendencia de Control de Cambios.

"4) Mediante la norma acusada, la Oficina de Cambios crea una una nueva pena de multa que llama Pena Convencional, que no está prevista por la ley y para imponer la cual, la Oficina de Cambios no tiene ninguna competencia.

"d) La norma acusada viola la Constitución Nacional.

"1. La norma acusada viola las garantías que la Constitución Nacional consagra en los artículos 26 y 28 relativos a la tipificación previa de la infracción por una norma preexistente al hecho considerado como infracción; al procedimiento legal que debe seguirse para investigarlo; a la previa regulación de la pena con que se debe sancionar; y a la autoridad competente para conocer de él.

"2. La norma acusada viola los numerales 3 y 22 del artículo 120 de la Constitución Nacional que asigna a partir de la Reforma Constitucional de 1968, la potestad reglamentaria de las leyes, con exclu-

sividad al Presidente de la República y sólo en casos especiales a los Ministros, Jefes de Departamentos Administrativos y Gobernadores".

Para resolver se considera

Dice la norma acusada:

"Por el solo hecho del vencimiento del plazo estipulado para la presentación de los documentos señalados en la cláusula segunda, o si presentados éstos en tiempo no fueren demostrativos del cumplimiento de las obligaciones contraídas por este documento, la Oficina de Cambios queda facultada para exigir a título de pena convencional, a favor del Tesoro Nacional el equivalente en moneda legal colombiana del 30% del valor de las divisas de la correspondiente licencia de cambio sobre la cual se declaren incumplidas las obligaciones. La pena se hará exigible en moneda legal colombiana a la tasa de cambio vigente en la fecha de constitución del presente documento".

"Por su parte, las principales normas que se dicen violadas del Decreto 444 de 1967 dicen así:

"Artículo 216. Como organismo vinculado al Ministerio de Fomento, créase la Prefectura de Control de Cambios, encargada de vigilar el cumplimiento de las disposiciones sobre control de oro y de cambios y de aplicar las sanciones que por su violación establece este decreto.

"Artículo 217. Son funciones de la Prefectura de Control de Cambios.

"a) Ejercer la vigilancia sobre el cumplimiento de las disposiciones que regulan el control de oro y del cambio;

"b) Solicitar de las entidades oficiales los informes generales o particulares que considere necesarios para el ejercicio de sus funciones;

"c) Adelantar toda clase de diligencias, pesquisas, averiguaciones, que se estimen necesarias para comprobar que ha habido violación de las disposiciones sometidas a su vigilancia. Para estos efectos tendrá acceso a todas las oficinas públicas y a sus archivos, a los establecimientos, empresas o instituciones en que tenga parte el Estado, los departamentos o los municipios y a las oficinas y domicilios de las entidades bancarias y de las demás personas naturales o jurídicas, con el solo objeto de buscar pruebas. Podrá igualmente solicitar que se le expidan copias auténticas de los documentos que allí reposan. Dentro de las diligencias administrativas, la Prefectura tomará las medidas necesarias para impedir que se pierdan, destruyan o alteren las huellas o vestigios del hecho, para asegurar los instrumentos, cosas, objetos y efectos del mismo; para indagar los instrumentos, cosas, objetos y efectos del mismo; para indagar qué personas fueron testigos y, en general, para allegar los datos y elementos que sirvan a la averiguación;

"d) Imponer multas a los infractores de las disposiciones cuya vigilancia le corresponde, y

"e) Enviar copias de las diligencias que practique a los jueces penales cuando de lo actuado aparezca la posible comisión de un delito.

"Parágrafo. Los documentos o informes que la Prefectura solicite u obtenga seguirán amparados por la reserva que la ley establece respecto de ellos.

"Artículo 218. El Prefecto y los funcionarios competentes de la Prefectura adelantarán las pesquisas, averiguaciones y demás diligencias a que se refiere el artículo anterior y cumplirán las otras funciones contempladas en dicha norma.

"El Prefecto podrá conferir comisiones a funcionarios de las ramas judicial o ejecutiva para el adelantamiento de averiguaciones o la práctica de diligencias y pruebas. Dichos funcionarios tendrán las facultades que en el acto de comisión se les confieren.

"En todo caso, corresponde al Prefecto imponer las multas previstas en el artículo 220.

".....

"Artículo 220. Cualquier violación a las normas sobre control de oro y de cambios, será sancionada con multas impuestas por el Prefecto de Control de Cambios, a favor del Tesoro Nacional.

"Artículo 221. La cuantía de las multas a que se refiere el artículo anterior será hasta del 200 por ciento del monto de la operación comprobada, y se graduará de acuerdo con las circunstancias dentro de las cuales fue cometida la infracción.

"La persona o entidad que con anterioridad hubiere incurrido en multa impuesta por la Prefectura, será sancionada con el máximo valor de las mismas.

"Si la multa no fuere cubierta dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la resolución que la impone, o si contra ella no se ejercita el recurso de reposición dentro del mismo término, o dentro de los cinco días siguientes a la que resuelve la reposición, se convertirá en arresto a razón de un día por cada treinta pesos, pero el arresto no podrá exceder de dos años.

"Artículo 222. Las investigaciones por posible violación de las normas cuya vigilancia se confía a la Prefectura se abrirán de oficio o por aviso o queja recibidos; terminada la investigación, se correra traslado al interesado mediante la entrega de copia del informativo, para que dentro de los cinco días siguientes formule sus descargos y solicite las pruebas que consideren necesarias.

"Si las pruebas solicitadas fueran conducentes, se practicarán dentro del término que señale el Prefecto, el cual no podrá ser superior a treinta días, más el término de la distancia.

"La apreciación de las pruebas se hará de acuerdo con el valor que les asigne el Código de Procedimiento Penal.

"Artículo 223. Vencido el término para practicar pruebas, el Prefecto decidirá, mediante resolución motivada, que se notificará al infractor en la forma prevista por el Decreto 2733 de 1959.

"Contra la resolución sólo procede el recurso de reposición; surtido el recurso, se entiende agotada la vía gubernativa y la resolución es acusable ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en única instancia, si la cuantía de la multa es de treinta mil pesos o menos, o ante el Consejo de Estado si es superior.

"El Consejo de Estado o el Tribunal rechazarán toda demanda a la cual no se le acompañe el recibo de pago de la multa, si no se hubiere hecho su conversión en arresto; en caso de arresto, la demanda deberá acompañarse de la prueba de que se está cumpliendo.

"Artículo 224. Si durante la investigación no se hallare al presunto infractor, se le emplazará por edicto que permanecerá fijado por el término de diez días en la Secretaría. Transcurrido este plazo sin que concurra, se le nombrará curador *ad litem* y con él se continuará el diligenciamiento hasta su terminación.

"Artículo 246. Para efectos del presente estatuto se considerarán operaciones de cambio exterior no solamente aquellas que implican ingresos o egresos de divisas, sino también las entradas al país y las salidas de éste de moneda legal colombiana.

"En consecuencia, dichas entradas o salidas están sujetas a las disposiciones sobre control de cambios y solamente podrán efectuarse en la forma y en los casos que autorice la Junta Monetaria mediante resoluciones de carácter general.

"La violación de las normas de este artículo se sancionará por la Prefectura de Control de Cambios con las penas previstas en este estatuto para el caso de infracción a las disposiciones sobre control de cambios.

"Artículo 247. Las disposiciones sobre régimen de cambios internacionales se aplicarán también a las transacciones no previstas en este decreto que fueren definidas como operaciones de cambio exterior por la Junta Monetaria".

De la simple comparación entre la norma acusada y las que se dicen violadas salta a la vista la clara contradicción de la primera con las segundas. La competencia para ejercer la policía administrativa económica es de la Superintendencia de Control de Cambios y no de la Oficina de Cambios del Banco de la República. Por esta razón debe suspenderse la norma acusada como bien lo insiste el demandante.

Por estas razones el suscrito conductor del proceso.

Resuelve:

1. Admítese la demanda

2. Notifíquese al fiscal

3. Comuníquese al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, al señor Gerente del Banco de la República y al Director de la Oficina de Cambios del Banco de la República.

4. Suspéndase provisionalmente el ordinal 4º de la Garantía Global del Giro-Cláusula Penal, Fletes de Importación Zona Franca.

5. Fíjese en lista por el término legal.

6. Reconócese a Rafael Ospina Barreiro como parte actora en este proceso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Enrique Low Murtra.

Jorge A. Torrado Torrado., Secretario.

ADJUDICACION DE BALDIOS. — Artículo 38 de la Ley 135 de 1961. Faculta a terceros para intentar las acciones que se deriven de la declaración de adjudicación de tierras baldías. Término. Acción procedente. Quiénes pueden demandar?

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera. — Bogotá, D. E., diciembre nueve de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *José Alejandro Bonivento Fernández*)

Referencia: Expediente 2953. Apelación Incora. Actor: Néstor Guillermo Cruz Cruz.

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de primera instancia:

I

A. En demanda presentada el 31 de agosto de 1978 ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Meta, Néstor Guillermo Cruz Cruz pidió:

> Se declare la nulidad de las Resoluciones números 08201 del 1º de agosto de 1965 y 28502 del 2 de diciembre de 1968, por medio de las cuales el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA), en la primera adjudicó al Señor Eduardo Espinel Pardo un terreno baldío denominado "El Tigrillo", ubicado en el Municipio de Puerto López, Departamento del Meta, y en la segunda derogó la Resolución Número 15.132 del 22 de diciembre de 1966, por la cual la misma Gerencia General había negado la adjudicación del mismo predio "El Tigrillo" en posesión por el mismo Espinel Pardo.

B. Los hechos, fundamento de las pretensiones, se resumen así:

1. El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, con fecha 19 de agosto de 1965, expidió la Resolución número 08201 por medio de la cual resolvió adjudicar definitivamente al señor Eduardo Espinel el terreno baldío denominado "El Tigrillo", ubicado en el Municipio de Puerto López Departamento del Meta, en extensión calculada de 1.848 hectáreas y 1.360 metros cuadrados y con los linderos que señala la providencia.

2. El 22 de diciembre de 1966, el mismo Instituto expidió la Resolución número 15.132 negando la adjudicación del predio El Tigrillo, solicitada por Eduardo Espinel Pardo, por considerar que el peticio-

nario no se encontraba en las circunstancias previstas en la Ley 34 de 1936, artículo 2º y en la Ley 135 de 1961, artículo 30 numerales 1º y 2º

3. Posteriormente, por medio de la Resolución número 28502 del 2 de diciembre de 1968, el INCORA, al resolver el recurso de reposición interpuesto por el señor Eduardo Espinel Pardo, derogó la Resolución número 15132 porque al dictarse éste no se tuvo en cuenta que el predio había salido ya del patrimonio del Estado en virtud de la Resolución número 08201 de 1965.

4. El demandante, como apoderado de Dioselina Rivera e Isaac Gutiérrez dentro de los procesos reivindicatorios adelantados por el señor Espinel Pardo, con base en la Resolución número 08201 de 1965, encontró varias irregularidades:

a) Los linderos generales del predio adjudicado no coinciden con la realidad topográfica, ya que por ejemplo: 1) El punto de partida A no es localizable. 2) Siguiendo el rumbo señalado en la resolución entre el punto A y B todo el trayecto por el lado norte de la carretera que de Puerto López conduce a Puerto Carreño, (rumbo 78 36' 43" 5º), no se llega a la hacienda "LAS HORTENCIAS", sino que se llegaría a la denominada MATA AZUL (hoy "Santa Cruz"). Esto por cuanto la hacienda Las Hortencias no linda con la carretera referida, sino que está situada a unos mil metros adentro de ella, por detrás de la Hacienda "Mata Azul".

b) Varias personas que habitan en esa región (vereda Yurimena) afirman que nunca vieron ni supieron de una comisión del INCORA que hubiese efectuado una inspección ocular para hacer un levantamiento topográfico. Y considero que, como la resolución habla de linderos tan precisos (rumbos dados en grados, minutos y segundos, y hasta décimas de segundo) era necesario que se hicieran trazados y picas dentro de los montes (para levantamiento del respectivo plano), de las cuales siempre dejan un rastro permanente. Esto lo afirman los señores Fernando Molina y Agustín Galindo, a quienes se les podría solicitar una declaración al respecto.

c) Es de público conocimiento en la vereda Yurimena y en el municipio en general, que el señor Espinel Pardo llegó a la región hace aproximadamente 33 años, como administrador de la finca de un extranjero de nombre HARRY WOODROW NORTON, quien a la sazón poseía más de 15.000 hectáreas de terrenos baldíos nacionales englobados bajo el nombre de LA ARGENTINA. Y en esta condición de mandatario —y hasta la fecha— ha venido haciéndose parte en procesos policivos de amparo de posesión, y vendiendo a ese mismo título, presentando invariablemente un poder general otorgado por el mismo señor Norton según Escritura Pública corrida en la Notaría de Villavicencio el 30 de octubre de 1948, bajo el número 1049, la cual fue ratificada últimamente el 16 de noviembre de 1973, por Escritura Pública otorgada ante el Cónsul de Colombia en Toronto (Canadá).

Siempre como mandatario del señor Norton. Pero sorpresivamente para las gentes de la comarca, más o menos en 1970, se

presenta como dueño de una parte de "La Argentina", y exhibe como título la Resolución número 08201, como prueba del dominio en un proceso ordinario reivindicatorio contra los ciudadanos Teófilo Alfonso, Ciro Vargas y Agustín Galindo entablados ante el mismo Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto López.

"Si atentamente se comparan los linderos generales y particulares del predio que se adjudicó por el INCORA con el nombre de El Tigrillo, con los que se dan para el predio "LA ARGENTINA", forzosamente se debe concluír que aquél formaba parte de éste (ver certificado del Registrador, adjunto). Hecho que estimo irregular, toda vez que el citado Espinel Pardo, si poseía el predio a nombre de un tercero, no podía solicitar y obtener adjudicación para sí".

5. El 19 de julio de 1978, el demandante expuso la situación al Director del Departamento de Extinciones del Incora y su extrañeza sobre el hecho de que existiera una resolución del Incora negando una adjudicación (la número 15.132) la cual debía ser el producto de un proceso de adjudicación, cuando se había ya adjudicado tal predio, cosa que también debió ser consecuencia de otro proceso y tal funcionario, después de revisar los archivos le informó que no habían encontrado antecedentes de la Resolución número 08201 y "que solamente se hallaron los de las dos últimas resoluciones".

6. El demandante, con fecha 17 de agosto de 1977, solicitó al Director del Diario Oficial certificado sobre publicación de la Resolución número 08201 de 19 de agosto de 1965 del Incora y por comunicación del 26 de agosto de 1977 hizo constar que revisados los archivos, no se encontró que se hubiera efectuado dicha publicación.

C. Como disposiciones violadas se citaron las siguientes: Ley 34 de 1936, artículos 2º Ley 97 de 1946; artículos 6º y Ley 135 de 1961, artículo 29, 30 y 31 y se expusieron las razones de la violación.

D. El demandante pidió en el libelo la suspensión provisional de los actos acusados.

II

A. La demanda fue admitida por el Tribunal pero no se accedió a la suspensión provisional solicitada y, apelada la última decisión, esta Sala la confirmó aunque por razones distintas a las expuestas por el *a quo*.

B. Mediante providencia de primero de febrero de mil novecientos ochenta, el Tribunal declaró que no hay lugar a pronunciamiento alguno sobre el fondo de las pretensiones de la demanda, y en la parte motiva expuso:

Ante la carencia de interés jurídico del demandante, como lo afirmó el Honorable Consejo de Estado en su providencia del 28 de junio de 1979 con ponencia del H. Consejero doctor Jorge Valencia Arango hace inocua, ineficaz, la sentencia que vaya al fondo del problema, ya que como lo ha dicho nuestro máximo Tribunal de Justicia Administrativa. Ni los particulares, ni las

personas interesadas pueden impugnar los actos de adjudicación mediante el ejercicio de la acción pública de nulidad.

Ante el florecimiento de disposiciones en cuanto se relaciona con la adjudicación de baldíos, se ha creado un confusionismo en relación con la naturaleza de las acciones contencioso administrativas, y para disiparlas, el Honorable Consejero de Estado en Auto de julio 12 de 1979 con ponencia del H. Consejero de Estado, doctor Jorge Valencia Arango, después de citar el artículo 18 de la Ley 135 de 1961, la Ley 4ª de 1973, artículo 16 y el artículo 42 de la misma Ley 135 de 1961, expresó:

Con una interpretación aislada de estos artículos se tendría:
a) Que las *partes interesadas* (artículo 42) sólo podrán impugnar los actos de adjudicación de baldíos *mediante las acciones contencioso administrativas en la forma ordinaria prevista en la Ley* 167 *de* 1941 *ante el Tribunal correspondiente*, es decir, la acción de plena jurisdicción y dentro de los cuatro meses de caducidad.

b) "Cualquier otra persona", es decir, los particulares, podrán ejercitar la acción pública de simple nulidad dentro de los dos años siguientes.

La sola presentación de la exégesis, demuestra que ella es absurda.

Una interpretación teleológica, que busca la armonía entre los artículos y consulta la naturaleza de las acciones contencioso administrativas, impone las siguientes conclusiones:

a) Las partes interesadas, y los Procuradores Agrarios pueden dentro de los dos años siguientes a la publicación de la providencia en el Diario Oficial ejercitar las acciones contencioso-administrativas en la forma ordinaria prevista en la Ley 167 de 1941 ante el Tribunal correspondiente, es decir la acción de plena jurisdicción que es la que procede contra los actos creadores de situaciones jurídicas concretas e individuales o de aquellas otras que, por su sola declaratoria de nulidad, sobreviene el restablecimiento del derecho.

b) Ni los particulares ni las personas interesadas, pueden impugnar los actos de adjudicación mediante el ejercicio de la acción pública de nulidad.

Sentadas las anteriores premisas en este caso lo que procede es un pronunciamiento inhibitorio sobre las pretensiones de la demanda, por carencia de interés jurídico del actor.

III

Consideraciones de la Sala

El Tribunal Administrativo del Meta, declaró que no hay lugar a pronunciamiento alguno sobre el fondo por la carencia de interés jurídico del demandante. Para ello parte de unas consideraciones formu-

ladas dentro de este mismo proceso, por el Honorable Consejero de Estado, Jorge Valencia Arango, cuando tuvo conocimiento del recurso de apelación interpuesto por el actor del auto que negó la suspensión provisional.

Sin embargo, considera la Sala que sí es pertinente conocer del fondo del asunto planteado, por cuanto la regla agraria, en este caso, el artículo 38 de la Ley 135 de 1961, de manera expresa, faculta a terceros para intentar las acciones que se deriven de la declaración de adjudicación de tierras baldías dentro de los dos años siguientes a la publicación de la respectiva providencia en el Diario Oficial, que hace extensivo a los Procuradores Agrarios.

Y es que el artículo 38 concede una oportunidad, a manera de acción, a cualquier persona que pueda considerarse afectada por la adjudicación de tierras baldías, para demandar su nulidad. No se puede restringir, entonces, ese campo, previsto por la misma ley agraria, en favor de los particulares so pretexto de que no tiene interés jurídico. El interés se lo otorga, precisamente, la ley.

En este momento la Sala comparte el criterio expuesto por el Honorable Consejero Carlos Betancur Jaramillo, en la aclaración al auto de fecha 28 de julio de 1979, que en sus aspectos cardinales dice:

> 1) De acuerdo con el artículo 38 de la Ley 135 de 1961 contra los actos que declaran la adjudicación de un terreno baldío procederá acción de nulidad ante el correspondiente Tribunal de lo Contencioso Administrativo, interpuesta por los procuradores agrarios o *por cualquiera otra persona*, dentro de los 2 años siguientes a la publicación de la respectiva providencia en el Diario Oficial.
>
> Esta es una acción especial de carácter agrario que no debe confundirse, en principio, con el contencioso de simple anulación regulado en el artículo 66 del C.C.A. Es una acción típica que tiene un término de caducidad que no figura en ésta y que le permite a cualquier persona o a los procuradores agrarios instaurarla, con consecuencias que no se presentan en aquél contencioso, como que una vez decretada la nulidad el adjudicatario será considerado como poseedor de mala fé sobre cualquier exceso que se hubiere adjudicado en relación con las cabidas que señala esta ley.
>
> 2) Los términos de la legislación agraria y concretamente los del mencionado artículo 38 hacen que sobre, a todas luces, la calificación del acto (como creador de situaciones individuales o abstractas) para en uno y otro caso hablar de la acción de plena jurisdicción o de la de simple nulidad.
>
> 3) No comparto que exista falta de interés jurídico en el demandante, puesto que la ley agraria permite que los actos de adjudicación de baldíos puedan ser demandados por los procuradores agrarios *o por cualquier otra persona*. En este punto, como es obvio, esta acción se asemeja a la pública de legalidad del Código Contencioso Administrativo. No veo de dónde salga esa falta

de interés. Quizás, la Sala de Decisión olvidó el antecitado artículo 38.

4) Tampoco comparto la cita que se hace del auto de 29 de marzo de 1955 expedido por esta Corporación. La tesis allí expuesta fue rectificada luego de un amplio debate, con ponencia del doctor Carlos Gustavo Arrieta. Baste leer a este respecto la sentencia de 14 de junio de 1961. Jurisprudencia que en el año de 1973 se mantuvo aunque recibió algunas precisiones merced a la intervención del señor Consejero Humberto Mora Osejo. Desde esa fecha en adelante la Sala Plena no ha variado de parecer. Y estimo que si la Sección pretendía un nuevo cambio de jurisprudencia debió haberlo propiciado ante la Sala Plena, con nuevos argumentos y no precisamente con los que fueron rectificados. La decisión tomada en este sentido desconoce abiertamente tanto el artículo 24 del Decreto 528 de 1964 como la Ley 11 de 1975.

Hay que agregar, entonces que el artículo 38 de la Ley 135 de 1961 si bien presenta un tratamiento distinto al previsto en el artículo 42 de la misma ley, que lo muestra como absurdo, o, mejor contradictorio, en el fondo no lo es. El término a contar, frente a los interesados, es el previsto en la Ley 167 de 1941. —Código Contencioso Administrativo— que por su vinculación o relación con la decisión del Incora, tiene la oportunidad de intentar las acciones de conformidad con las reglas ordinarias de procedimiento administrativo. Pero que frente a terceros, por no tener conocimiento directo de lo que acontece sobre las adjudicaciones de baldíos, extiende el plazo. Y es el mismo término, que tiene la entidad que adjudica para verificar la exactitud de los documentos diligencias de inspección ocular y, en general, de las pruebas que hayan servido de base para la adjudicación.

Vale la pena transcribir el aparte de la ponencia presentada por el Senador Carlos Lleras Restrepo sobre la ley de Reforma Agraria ante el Congreso de la República, para sostener cómo el pensamiento del legislador era la de reducir con todo, la acción de nulidad en situaciones como la que nos ocupa: "El artículo 38 sufrió también un cambio completo. Se mantiene la sanción de nulidad para las adjudicaciones de tierras baldías que se hagan con violación de las normas de la ley. *Pero se simplifica* el procedimiento para solicitar la declaratoria *y se fija un término de sólo dos años para la presentación de la demanda* ante el respectivo Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Además se establece en los incisos segundo, tercero y cuarto lo siguiente ... (La subraya es de la Sala).

Si quiso, pues, introducir la ley agraria un término especial para las acciones que se dirijan a mostrar la violación de las normas pertinentes a la adjudicación de baldíos. Así mismo, previó que tanto los Procuradores Agrarios *como cualquier otra persona* (la subraya también es de la Sala), pueden dentro de ese plazo intentar esas acciones, con prescindencia de cualquier calificación del acto.

Por eso comparte la Sala el concepto de la señora Fiscal Segunda, cuando afirma:

"El artículo 38 de la Ley 135 de 1961 establece claramente que las demandas de nulidad pueden ser presentadas por los Pro-

curadores Agrarios o por *cualquier* otra persona. Se está indicando que quienes no tengan intereses patrimoniales directos e inmediatos, pueden también acudir ante los Tribunales en solicitud de anulación de los actos que se hayan expedido sin cumplir los requisitos exigidos por la ley.

En el caso en estudio es claro que el actor hizo uso de esta facultad del artículo 38 y acudió ante el Tribunal en acción de nulidad de las resoluciones que acusa. No tenía por qué demostrar ningún interés individual para demandar, pues la acción incoada es la de nulidad, tampoco se puede pensar, que hizo uso de esta vía procesal por no poder ejercer la acción de plena jurisdicción para la cual ya estaría vencido el término exigido por la ley, pues de su demanda no se puede inferir que persigue algún beneficio o restablecimiento de su derecho. En el caso de ser anuladas las resoluciones acusadas en el presente juicio, sólo beneficiaría a la Nación que recuperaría unos terrenos que en forma ilegal han salido de su patrimonio".

Por último, se debe anotar, que si el actor dice en el libelo incoativo que en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, pueda ser calificada como tal, resulta que al momento de fijar la competencia, señala para conocer de esta acción es competente el Honorable Tribunal Contencioso Administrativo del Departamento del Meta, por mandato del artículo 38 de la Ley 135 de 1961, que permite imprimirle ubicación a la acción del demandante.

Todas estas razones conducen a que se revoque la sentencia apelada y se ordene su devolución al Tribunal de origen, a fín de que se pronuncie sobre el fondo del asunto.

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

Falla:

REVOCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, calendada el primero (1º) de febrero de mil novecientos ochenta (1980) dentro de este proceso, y, en su lugar, se dispone:

VUELVA el presente proceso al Tribunal de origen, para que pronuncie sentencia de fondo.

Cópiese, notifíquese.

Jorge Valencia Arango (Presidente Sección. Con Salvamento de voto), *José Alejandro Bonivento Fernández, Carlos Betancur Jaramillo, Eduardo Suescún Monroy.*

Arturo Mora Villate., Secretario.

Se deja constancia que esta providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

ADJUDICACION DE BALDIOS. — (Salvamento de Voto). Recursos que proceden actualmente contra las resoluciones sobre adjudicación de baldíos. Acción de nulidad contra tales resoluciones. Acciones comunes contencioso administrativa que procedían. Situación actual con la Ley 135 *de* 1961 *y Ley* 4ª *de* 1973.

Del doctor Jorge Valencia Arango.

Referencia: Expediente Nº 2953. Actor: Néstor Guillermo Cruz Cruz.

Las razones que tengo para separarme de la decisión anterior, son las siguientes:

A. Las normas reguladoras de los recursos y acciones contra las resoluciones sobre baldíos.

1. Artículo 38 de la Ley 135 de 1961:

"Son nulas las adjudicaciones de tierras baldías que se hagan con violación de las normas de la presente ley. La declaratoria de nulidad podrá demandarse ante el correspondiente Tribunal de lo Contencioso Administrativo por los Procuradores Agrarios o cualquiera otra persona, dentro de los dos años siguientes a la publicación de la respectiva providencia en el Diario Oficial.

"La procedencia de esta acción se hará constar en todas las resoluciones sobre adjudicación de baldíos.

"Decretada una nulidad, el adjudicatario será considerado como poseedor de mala fe sobre cualquier exceso que se hubiere adjudicado en relación con las cabidas que señala esta ley.

"El Instituto podrá verificar, dentro del término de dos (2) años de que trata este artículo, la exactitud de los documentos, diligencias de inspección ocular y, en general, de las pruebas que hayan servido de base para la adjudicación". (Pág. 464. Leyes de 1961).

2. Artículo 42 de la Ley 135 de 1961.

"Contra las resoluciones que dicte el Instituto en lo relacionado con la adjudicación de baldíos, procederá el recurso de reposición para agotar la vía administrativa. Pero, sin necesidad de solicitar tal reposición, los interesados podrán intentar las acciones contencioso administrativas en la forma ordinaria prevista en la Ley 167 de 1941, ante el Tribunal correspondiente.

"El Ministerio Público es parte en todas las diligencias sobre adjudicación de baldíos y en los recursos contencioso-administrativo a que se refiere el inciso anterior" (Pág. 465, Leyes de 1961).

B. *Historia del Artículo* 38

a) Decía el proyecto original.

"*Artículo* 38: Son nulas las adjudicaciones de tierras baldías que se hagan con violación de las normas de la presente ley. Los Procuradores Agrarios o cualesquiera otras personas podrán solicitar del Instituto por dicha causa la revocatoria de la adjudicación dentro de los treinta (30) días posteriores a aquel en que sean notificadas personalmente al respectivo Procurador, o publicadas en el Diario Oficial, lo mismo que demandar su nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo correspondiente dentro del término de tres (3) años a partir de la misma fecha". (Folio 69, Historia de las Leyes, Legislatura de 1961, Segunda Etapa, REFORMA AGRARIA Tomo I).

b) En la Comisión del Senado (Sesión del 14 de febrero de 1961), se aprueba el artículo 38 con las modificaciones propuestas por el ponente así:

"*Artículo* 38: Son nulas las adjudicaciones de tierras baldías que se hagan con violación de las normas de la presente ley. Los Procuradores Agrarios o cualesquiera otras personas podrán solicitar del Instituto por dicha causa la revocatoria de la adjudicación dentro de los treinta (30) días posteriores a aquel en que sean notificadas personalmente al respectivo Procurador, o publicadas por el Diario Oficial, lo mismo que demandar su nulidad ante el Tribunal Contencioso Administrativo correspondiente dentro del término de tres (3) años a partir de la misma fecha.

"El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA) podrá verificar dentro del término de tres años de que trata este artículo, la exactitud de los documentos, diligencias de inspección ocular, y en general de las pruebas que hayan servido de base para la adjudicación". (Folio 375, Historia de las Leyes, Legislatura de 1961 Segunda Etapa, Reforma Agraria, Tomo I).

c) En la sesión del 16 de febrero de 1961 (matinal), el Senador Lleras Restrepo solicita se revoque la aprobación dada al artículo 38 del Proyecto. Una vez aprobada por la Comisión la revocatoria, presenta el siguiente texto como artículo nuevo, propuesto por la subcomisión, el cual, puesto en discusión, es aprobado".

"*Artículo* 38: Son nulas las adjudicaciones de tierras baldías que se hagan con violación de las normas de la presente ley. La declaratoria de nulidad podrá demandarse ante el correspondiente Tribunal de los Contencioso Administrativo por los Procuradores Agrarios o cualquier otra persona, dentro de los dos años siguientes a la publicación de la respectiva providencia en el Diario Oficial.

"La procedencia de esta acción se hará constar en todas las resoluciones sobre la adjudicación de baldíos.

"Decretada la nulidad, el adjudicatario será considerado como poseedor de mala fe sobre cualquier exceso que se hubiere adjudicado en relación con las cabidas que señala esta ley.

"El Instituto podrá verificar, dentro del término de dos (2) años de que trata este artículo, la exactitud de los documentos, diligencias de inspección ocular y, en general de las pruebas que hayan servido de base para la adjudicación". (Pág. 377, Historia de las Leyes, Legislatura de 1961, Segunda Etapa, Reforma Agraria, Tomo I).

d) En la misma sesión fue aprobado, a continuación del artículo 38, el 42, con el texto tal como fue definitivamente expedida la ley y se ha dejado consignado atras.

3. El artículo 16 de la Ley 4ª de 1973, dispuso:

"El inciso final del artículo 38 de la Ley 135 de 1961 quedará así:

"El Instituto podrá verificar, con citación del adjudicatario, dentro de los dos (2) años de que trata este artículo, la exactitud de los documentos, diligencia de inspección ocular y, en general, de las pruebas que hayan servido de base a la adjudicación. Si se hallare inexactitud o falsedad en tales documentos o diligencias, revocará la adjudicación y ordenará la cancelación del registro respectivo. (Pág. 14, Leyes de 1973).

Comentarios

C. El ponente para segundo debate en las sesiones plenarias del Senado (abril y mayo hasta junio 8 de 1961) doctor Carlos Lleras Restrepo, expuso sobre el tema:

"El artículo 38 sufrió también un cambio completo. Se mantiene la sanción de la nulidad para las adjudicaciones de tierras baldías que se hagan con violación de las normas de la ley. Pero se simplifica el procedimiento para solicitar la declaratoria y se fija un término de sólo dos años para la presentación de la demanda ante el respectivo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, además, se establece en los incisos segundo, tercero y cuarto lo siguiente:

"La procedencia de esta acción se hará constar en todas las resoluciones sobre adjudicación de baldíos.

"Decretada una nulidad, el adjudicatario será considerado como poseedor de mala fe sobre cualquier exceso que se hubiere adjudicado en relación con las cabidas que señala esta ley.

"El Instituto podrá verificar, dentro del término de dos años, de que trata este artículo, la exactitud de los documentos, diligencias de inspección ocular y, en general, de las pruebas que hayan servido de base para la adjudicación.

"Al artículo 39: que trata de la constitución de reservas sobre tierras baldías, se le agregó un inciso final cuyo texto es el siguiente:

"Las resoluciones que decreten la constitución de zonas de reserva serán publicadas en las cabeceras, Corregimientos o Ins-

pecciones de Policía de los Municipios en donde ellas se encuentren, en la forma prevista por el artículo 55 del Código de Régimen político y Municipal.

"El artículo 42 del proyecto enmendado por la Comisión reemplaza al 18 del proyecto original y lo modifica. Se ha querido simplificar lo relacionado con los recursos a que puede acudirse contra las resoluciones que dicte el Instituto en materia de adjudicación de baldíos, y a la vez dejar claro que contra ellas se puede intentar acción ante los Tribunales de lo Contencioso Administrativo. El artículo nuevo es del siguiente tenor:

"Contra las resoluciones que dicte el Instituto en lo relacionado con la adjudicación de baldío, procederá el recurso de reposición para agotar la vía gubernativa. Pero, sin necesidad de solicitar tal reposición, los interesados podran intentar las acciones contencioso administrativas en la forma ordinaria prevista en la Ley 167 de 1941, ante el Tribunal correspondiente.

"El Ministerio Público es parte en todas las diligencias sobre adjudicación de baldíos y en los recursos contencioso-administrativos a que se refiere el inciso anterior". (Pág. 492, Historia de las Leyes, Legislatura de 1961. Segunda Etapa, Reforma Agraria, Tomo I).

D. Como puede verse, por los antecedentes de las comentadas disposiciones legales;

1º Originalmente, contra las RESOLUCIONES sobre adjudicación de baldíos se creó el recurso de REVOCACION interpuesto ante el el mismo Instituto y por los Procuradores Agrarios o por *"cualquiera otras personas"*, dentro de los treinta días posteriores a la notificación.

2º La misma norma original creaba la acción de nulidad contra tales resoluciones, a cargo de las mismas personas, ejercitables dentro de los tres años siguientes a la notificación.

3º Contra las resoluciones que dictara el Instituto, tanto adjudicando como denegando la adjudicación como las que dictara sobre la petición de REVOCACION, accediendo o nó, procedían dentro del proyecto original, las acciones comunes contencioso-administrativas "en la forma ordinaria en la Ley 167 de 1941.

4º Por lo mismo, no obstante que los 30 días para pedir la REVOCACION comienzan a correr en la misma fecha en que se iniciaron los tres años contemplados en el proyecto original para instaurar la acción contencioso administrativa, dada la interdependencia entre tales recursos y acciones y el orden lógico de las impugnaciones, se imponia la conclusión de que sólo agotados los treinta días sin que se hubiera intentado la REVOCACION podría intentarse el proceso contencioso-Administrativo, pues mientras tanto había proceso gubernativo pendiente a la primera resolución no tendría el carácter de definitiva.

5º Obvio que decidida la REVOCACION, contra tal resolución y dentro de los aludidos tres años, cabrian las acciones contencioso-administrativas.

6º Pero dada la forma como quedó definitivamente redactado el artículo 38 de la Ley 165 de 1931, a propuesta del Senador Lleras Restrepo, desapareció del primer inciso, el recurso de REVOCACION, para dar entrada directa a la acción de nulidad ante los Tribunales Administrativos, pero al permitir por el último inciso, la verificación, dentro de los mismos dos años siguientes a la notificación, la "exactitud de los documentos" y diligencias que sirvieron de base para la adjudicación, se impone la conclusión de que, no obstante el silencio sobre la REVOCACION, ella permanece, pero ya no a petición de cualesquiera personas, sino aún de oficio, pues de otra manera carecía de objeto ese inciso final.

Y, por lo mismo, se impone el razonamiento hecho atrás bajo los numeros 4) y 5) sobre orden y procedencia entre recursos y acciones.

E). Pero dada la ambiguedad anotada, por omisión del término REVOCACION en el inciso final del artículo 38 de la Ley 165 de 1961, según la última modificación del proyecto, se impuso la expedición del artículo 16 de la Ley 4ª de 1973, que al sustituir el último inciso del citado artículo 38, volvió en términos generales, al proyecto original, así:

1º Dentro de los dos años siguientes a la publicación de la resolución de adjudicación, el Instituto, de oficio o a petición de "cualesquiera personas", podía verificar la exactitud de los documentos que se tuvieron en cuenta para la adjudicación;

2º Para tal verificación, por la vía gubernativa, tiene obligación de "citar" al adjudicatario;

3º Si los encuentra (los documentos) inexactos o falsos, REVOCARA la adjudicación y ordenará la cancelación del registro.

4º Lógicamente, mientras este proceso gubernativo esté pendiente o en curso, mal puede intentarse una acción contenciosa ante los Tribunales Administrativos, pues aquel proceso gubernativo no se ha agotado.

5º Pero agotado el proceso gubernativo, si no hubo REVOCATORIA, dentro de los dos años siguientes a la publicación de la adjudicación o, en su caso, dentro de los cuatro meses siguientes a la resolución denegando la REVOCACION, cualesquiera persona puede intentar contra ellas las acciones comunes del C.C.A., como lo prevé el artículo 42 de la Ley 165 de 1961.

6º Lógicamente si se revoca la adjudicación, sólo el adjudicatario tendría derecho a impugnarla y para ello tiene cuatro meses para ejercitar las acciones del C.C.A., como lo prescribe el artículo 42 de la Ley 165 de 1931.

7º Obvio, también, que si la resolución del Instituto, niega la adjudicación, el interesado tiene expeditas las acciones del C.C.A., dentro de los cuatro meses siguientes según lo previsto por el artículo 42 de la Ley 165 de 1961.

Bogotá, D. E., diciembre 9 de 1983

Jorge Valencia Arango.

Arturo Mora Villate., Secretario.

CAPITULO V

SUSPENSION PROVISIONAL DE ACTOS DEL ORDEN NACIONAL

LA ADMINISTRACION COMO DEMANDANTE. — Demanda a través de apoderado y de conformidad con el artículo 66 del C. C.A. y el 72 ibídem.
ASIGNACION. — Prohibición de recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público. (Reconocimiento de de una pensión de jubilación ya reconocida).
Suspensión provisional de la Resolución Nº 04537 *de fecha* 2 *de agosto de* 1982, *expedida por la Caja Nacional de Previsión Social.*

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., julio trece de mil novecientos ochenta y tres.

Referencia: Expediente Nº 9353. Autoridades Nacionales. Actor: Caja Nacional de Previsión Social (Primitivo Caicedo Dominguez).

La Caja Nacional de Previsión Social obrando por intermedio de apoderado y con fundamento en lo dispuesto en los artículos 66 y 72 del Código Contencioso Administrativo, ha presentado demanda ante el Consejo de Estado, con el fín de que se declare la nulidad de la Resolución Nº 04537, de fecha 2 de agosto de 1982, expedida por la misma entidad, y se dicten las disposiciones consecuentes.

Igualmente solicita que se suspenda provisionalmente el acto acusado.

El fundamento de la solicitud de nulidad estriba en que dicho organismo público erróneamente reconoció y ordenó pagar al señor Primitivo Caicedo Domínguez, mediante el acto acusado, una pensión de jubilación que ya había reconocido y ordenado pagar la misma entidad, por medio de la Resolución Nº 8620 del 16 de noviembre de 1979.

Según la demandante, la resolución acusada viola los artículos 64 de la Constitución Nacional, 9º del Decreto 2496 de 1968, 9º del Decreto 2285 del mismo año y 82 del Decreto 1042 de 1978, conforme a los cuales no se puede recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, salvo los casos determinados especialmente en la ley.

El error en que se incurrió en el acto administrativo acusado es bulto, pues se reconoció una pensión de jubilación ya reconocida mediante una providencia anterior, con lo cual se violaron flagrantemente las disposiciones citadas por la entidad demandante, por lo que habrán de suspenderse los efectos del mismo.

Como la demanda reune los requisitos legales, habrá de ser admitida.

En mérito de lo expuesto, se dispone:

1º Admítese la anterior demanda presentada por la Caja Nacional de Previsión Social, por medio de apoderado judicial.

2º Notifíquese personalmente la admisión de esta demanda al señor Agente del Ministerio Público y al señor Primitivo Caicedo Domínguez en la carrera 2ª Nº 304 Altos, Buenaventura Valle. Para dicha notificación comisiónase al Juez del Circuito de Buenaventura.

3º Fíjese en lista por el término de cinco (5) días.

4º Decrétase la suspensión provisional de la Resolución Nº 04537 de fecha 2 de agosto de 1982 expedida por la Caja Nacional de Previsión Social.

5º Reconócese al doctor Bernardo Alvarez Rojas como apoderado de la Caja Nacional de Previsión Social, en los términos y para los efectos del poder que le ha sido conferido.

Cópiese y notifíquese.

Joaquín Vanín Tello.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

CESANTIA. AVANCES. — (Suspensión Provisional). Requisitos para obtenerla.
Suspensión provisional de la Frase "Y tomando en cuenta la disponibilidad presupuestal de la Entidad correspondiente a la vigencia respectiva" contenida en el parágrafo del Artículo 2º del Acuerdo 243 del 1º de octubre de 1982, expedido por la Junta Directiva del Fondo Nacional del Ahorro.
Igualmente, suspéndese provisionalmente el oficio 07118 de 8 de marzo de 1983, suscrito por el Jefe de la Sección de Cesantías Parciales y el Jefe de la División de Cesantías, del Fondo Nacional de Ahorro, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., agosto treinta y uno de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctor Ignacio Reyes Posada*)

Proyectó: Doctor José Gabriel Salom. Abogado Asistente.

Referencia: Expediente Nº 9014. Autoridades Nacionales. Actor: Pablo Emilio Cruz Samboní.

En demanda presentada ante esta Corporación, el doctor Pablo Emilio Cruz Samboní, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 66 de la Ley 167 de 1941, solicita de esta Corporación la nulidad de la disposición contenida en la parte final del parágrafo del artículo 2º del Acuerdo Nº 243 de 1º de octubre de 1982, expedido por la Junta Directiva del Fondo Nacional del Ahorro, cuyo tenor literal es el siguiente: ".....y tomando en cuenta la disponibilidad presupuestal de la entidad correspondiente a la vigencia respectiva". Impetra igualmente, la nulidad del oficio Nº 07118 del 8 de marzo de 1983, suscrito por los Jefes de Cesantías Parciales y Definitivas, del aludido fondo.

La demanda se ajusta en su forma, a los preceptos legales, por lo cual se le dará el curso legal respectivo, y como el artículo 95 del C. C.A., preceptúa que en este mismo auto se provea lo relativo a la suspensión provisional, a ello se procede previas las siguientes

Consideraciones

El fundamento de la demanda consiste en que la Junta Directiva del Fondo Nacional del Ahorro al expedir el aparte correspondiente del artículo impugnado, introdujo un nuevo requisito para que los trabajadores oficiales afiliados a dicho Fondo pudieran obtener avan-

ces de sus cesantías, todo lo cual, a juicio del memorialista, comporta violación de los artículos 36 y 16 del Decreto 3118 de 1968, indicados como infringidos.

Es bien sabido que el Consejo de Estado ha expresado reiteradamente que los actos administrativos tienen a su favor una presunción de legalidad que no es posible destruír con razonamientos más o menos aparentes de violación a la ley, sino con la demostración clara, evidente, categórica de que hay choque frontal entre la disposición acusada y la de mayor categoría, sin olvidar que por tal razón puede presentarse un peligro grave de prejuzgamiento que el fallador debe evitar a todo trance, de tal manera que no puede intuirse sin mayor esfuerzo cuál va a ser el sentido de la decisión final. Por ello es necesario proceder con suma cautela, limitando la suspensión a aquellos casos en que la violación sea manifiesta, sin que haya necesidad de hacer mayores disquisiciones o razonamientos para deducir la manifiesta violación que se predica.

En el asunto *sub judice*, es manifiesta la violación de las disposiciones legales invocadas en la demanda. En efecto, de la confrontación normativa que permite el artículo 94 del C.C.A., para decretar la suspensión provisional, se llega a la siguiente conclusión:

De conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 36 del Decreto Ley 3118 de 1968, se establece que "durante el tiempo de servicio, el empleado público o trabajador oficial podrá solicitar entrega de la totalidad o parte de los dineros acreditados a su favor en el Fondo Nacional del Ahorro, o podrá autorizar al Fondo entregar en favor de terceras personas o del propio fondo, pero únicamente para los fines previstos en el artículo 16".

"Es entendido que el Fondo podrá aprobar o negar las solicitudes que se formulen en desarrollo del inciso anterior, teniendo en cuenta los criterios mencionados en el artículo 17, literal a)".

Y el artículo 16, al cual se remite el 34 transcrito, dispone que "El Fondo podrá efectuar en favor de empleados públicos o trabajadores oficiales o beneficiarios de él, las operaciones financieras de que tratan los dos artículos anteriores, para los fines que a continuación se enumeran:

"a) Compra de vivienda o de solar para edificarla.

"b) Construcción de vivienda en solar del empleado o trabajador o de su cónyuge.

"c) Mejora de la vivienda propio del empleado o trabajador o de su cónyuge, y

"d) Liberación de gravámenes hipotecarios que pesen sobre la vivienda del empleado o de su cónyuge.

Por su parte, el parágrafo del artículo 2º del Acuerdo Nº 243, de 1º de octubre de 1982, expedido por la Junta Directiva del Fondo Nacional del Ahorro, es del siguiente tenor:

"Artículo segundo.....".

"Parágrafo. La suma que como acance de cesantía solicite el afiliado al Fondo Nacional del Ahorro podrá ser entregada al peticionario o a la persona natural o jurídica por él autorizada previo el cumplimiento de los requisitos que más adelante se enumeran y *tomando en cuenta la disponibilidad presupuestal de la entidad correspondiente a la vigencia respectiva*". (Subraya del despacho).

Hecha la confrontación del aparte corerspondiente del parágrafo impugnado, con lo preceptuado por los artículos 36 y 16 del Decreto 3118, se encuentra sin ningún esfuerzo intelectual que mientras éstos señalan los requisitos para que el empleado público o trabajador oficial afiliado al Fondo Nacional del Ahorro pueda tener avances sobre su cesantía, la disposición acusada establece nuevos requisitos para que dichos empleados puedan solicitar la entrega de la totalidad o parte de los dineros acreditados a su favor en el aludido Fondo, cual es el de condicionar la entrega "tomando en cuenta la disponibilidad presupuestal de la Entidad correspondiente a la vigencia respectiva". Significa lo anterior, que el aparte objeto de impugnación, modifica las condiciones establecidas en la ley para tener derecho a solicitar y recibir el pago anticipado de cesantía, configurándose en consecuencia, la manifiesta violación que se predica en la demanda.

Además, si el artículo 36 del Decreto 3113 de 1968 autoriza para que durante el tiempo de servicio, cualquiera que sea éste, puedan los empleados oficiales solicitar avances sobre su cesantía, no puede la Junta Directiva del Fondo Nacional del Ahorro introducir modificaciones a ese derecho disponiéndo que dichos avances se condicionarán a la "disponibilidad presupuestal de la entidad correspondiente a la vigencia respectiva".

Por consiguiente, al configurarse en el asunto *sub judice* los presupuestos consignados en el artículo 94 antes citado, es procedente decretar la medida provisoria impetrada en este juicio, máxime si se tiene en cuenta que para adoptar tal decisión no hay necesidad de realizar un estudio jurídico profundo sobre el punto debatido, ni que sea indispensable hacer mayores disquisiciones o razonamientos para deducir la flagrante violación que se predica.

Finalmente, en lo que respecta a la pretendida suspensión del oficio Nº 07118 de 8 de marzo de 1983, es incuestionable que una vez suspendida la norma que le sirve de presupuesto, éste automáticamente pierde todo sustento y razón de ser, pues es perfectamente inoperante y no produce ningún efecto en el mundo de la juridicidad.

En mérito de lo expuesto, esta Sala Unitaria,

Resuelve:

Primero. Admítese la anterior demanda que en su propio nombre formula el doctor Pablo Emilio Cruz Samboni, y para su trámite se dispone:

a) Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público.

b) Notifíquese personalmente la admisión de la demanda al Director General del Fondo Nacional del Ahorro.

c) Fíjese en lista por el término legal.

Segundo: Decrétase la suspensión provisional de la frase "y tomando en cuenta la disponibilidad presupuestal de la Entidad correspondiente a la vigencia respectiva" contenida en el parágrafo del artículo 2º del Acuerdo 243 de 1 de octubre de 1982, expedido por la Junta Directiva del Fondo Nacional del Ahorro.

Tercero: Igualmente, suspéndese provisionalmente el oficio 07118 de 8 de marzo de 1983, suscrito por el Jefe de la Sección de Cesantías Parciales y Jefe de la División de Cesantías, del Fondo Nacional de Ahorro, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Ignacio Reyes Posada.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

REVOCACION DIRECTA PARA EFECTOS TRIBUTARIOS. Para efectos tributarios, no procederá en ningún caso la acción de revocación directa prevista en el Decreto 2733 *de* 1959 (*Decreto* 3803 *de* 1982. *Artículo* 35).
Suspéndese provisionalmente los efectos del acto Nº 001 *de* 29 *de marzo de* 1983, *originario de la Sección de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de la Intendencia de San Andrés Islas.*

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta. — Bogotá, D. E., noviembre siete de mil novecientos ochenta y tres.

Referencia: Expediente Nº 10.752. Actor: Dolly Pedraza de Arenas.

Fiscal 6ª del Consejo de Estado.

Por hallarse ajustada a derecho habrá que admitir la demanda formulada por la Señora Fiscal 6ª del Consejo de Estado doctora Dolly Pedraza de Arenas, quien en ejercicio de la facultad concedida por el artículo 72 del Código Contencioso Administrativo solicita que se declare la nulidad del auto Nº001 de 29 de marzo de 1983 proferido por la Sección de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de la Intendencia de San Andrés Islas, por medio del cual revoca las liquidaciones de revisión números 0120 de 28 de junio de 1982 y 0011 de enero 25 de 1983 a cargo del contribuyente Aníbal de Jesús Muriel Cruz.

Como la demandante solicita la suspensión provisional del acto acusado por estimar que con dicho acto se violó el artículo 6º del Decreto 236 de 1982, los artículos 21 y 24 del Decreto 2733 de 1959 y el artículo 35 del Decreto 3803 de 1982 es necesario proceder a estudiar esa petición a la luz de las previsiones del artículo 94 del Código Contencioso Administrativo y del texto de las normas que se dicen violadas.

En efecto, el artículo 35 del Decreto 3803 de 1982 dictado en desarrollo de las facultades derivadas de la emergencia económica, el cual fue declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia y que se hallaba vigente en la fecha de expedición y de notificación del acto acusado, dispuso claramente lo siguiente: "Para efectos tributarios, no procederá en ningún caso la acción de revocatoria directa prevista en el Decreto 2733 de 1959". Sobre cualquier análisis al texto escueto de esta norma para comprender que el acto acusado violó flagrantemente la prohibición contenida en dicho artículo y ello es suficiente para decretar la suspensión provisional del mismo al tenor de lo dispuesto por el artículo 9º de la Ley 167 de 1941.

En consecuencia se Resuelve:

1. Admítese la demanda de nulidad instaurada por la doctora Dolly Pedraza de Arenas Fiscal 6º del Consejo de Estado, contra el auto Nº 001 de 29 de marzo de 1983, dictado por la Sección de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de la Intendencia de San Andrés Islas.

2. Notifíquese al señor Agente del Ministerio Público.

3. Comunicar la admisión de la demanda al señor Director General de Impuestos Nacionales.

4. Fíjese en lista el presente negocio por el término de cinco (5) días, para que el Ministerio Público, el demandante o las personas que quieran coadyuvar o impugnar la acción puedan solicitar la práctica de pruebas y hacer valer los demás derechos que la ley les otorga.

5. Notifíquese personalmente al señor Aníbal de Jesús Muriel Cruz por ser el beneficiario del auto acusado.

Comisiónase al Juez del Circuito de la Isla de San Andrés para que notifique el auto admisorio de esta demanda y en caso de no poderlo hacer personalmente emplazar al interesado por el procedimiento establecido en el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil; líbrese el Despacho correspondiente con los insertos del caso.

6. Suspéndese provisionalmente los efectos del auto Nº 001 de 29 de marzo de 1983 originario de la Sección de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de la Intendencia de San Andrés Islas.

Cópiese y notifíquese.

Bernardo Ortiz Amaya.

Jorge A. Torrado Torrado., Secretario.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LOS TRIBUTOS.— Consagración constitucional (artículo 43 Constitución Nacional). Doctrina. CONCEPTOS CIRCULARES E INSCRIPCIONES DE LA DIRECCION DE IMPUESTOS. Finalidad. Pueden ser impugnadas ante la jurisdicción; con ellas no se pueden crear obligaciones tributarias ni afectar en nada el régimen de ley. Suspéndese provisionalmente algunas expresiones contenidas en la Resolución 1 del 21 de julio de 1982 de la Dirección General de Impuestos Nacionales.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., noviembre nueve de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero sustanciador: *Doctor Enrique Low Murtra*)

Referencia: Radicación 10.787. Nulidad y suspensión provisional de los parágrafos 6º, 7º, 9º, 10 y 11 del Capítulo I de la Circular General número 1 de julio 21 de 1982. Demandante: Antonio José Echeverri Giraldo.

El doctor José Antonio Echeverri Giraldo, actuando en su propio nombre, solicita la nulidad de los párrafos 6º, 7º, 9º, 10 y 11 del Capítulo I de la Circular general número 1 de fecha 21 de julio de 1982, suscrita por el Director General de Impuestos Nacionales. Como la demanda reúne los requisitos de ley deberá admitirse como en efecto se hace en la parte resolutiva de esta providencia.

Solicita igualmente la suspensión provisional de algunos apartes de las normas acusadas: Sobre ellos entra el suscrito conductor del proceso a hacer las siguientes reflexiones:

En la Circular número 1 de 1982 se trata de precisar el alcance que tiene la facultad del Director General de Impuestos Nacionales al pronunciarse, por medio de conceptos, circulares e instrucciones, en materias interpretativas.

Dice así el capítulo I de la citada circular:

"*Fuerza obligatoria de los conceptos, circulares e instrucciones*

"Según el Decreto 074 de 1976, dictado por el Gobierno Nacional en desarrollo de facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso Nacional en la Ley 28 de 1974, "A la Dirección General de Impuestos Nacionales corresponde interpretar, aplicar y ejecutar en todos sus aspectos las normas que establecen y regulan los impuestos nacionales cuya competencia no esté adscrita a otros organismos...".

"Dentro de la asignación de competencias de las distintas dependencias de la Dirección, se le otorga a los organismos del nivel central la función primordial de la planeación, dirección, coordinación y control. Entre todas sus funciones de carácter eminentemente directivo, el Director General de Impuestos tiene la de impartir las instrucciones necesarias para la ejecución de la investigación, determinación, recaudo y discusión de los impuestos de su competencia, lo mismo que la de dar instrucciones de carácter general sobre la interpretación de las normas tributarias.

Con el objeto de lograr una adecuada distribución de funciones y, al mismo tiempo, para obtener y mantener la unidad doctrinal en la interpretación de las disposiciones tributarias, la Subdirección Jurídica, bajo los lineamientos que dé la Dirección, tiene la potestad, conferida directamente por la ley (Decreto 074 de 1976, artículo 34) para "Determinar y mantener la unidad doctrinal en la interpretación y aplicación de las normas tributarias, en el proceso de determinación, recaudo y discusión administrativa de los impuestos de competencia de la Dirección General de Impuestos Nacionales.

"Quiso así el legislador mantener la continuidad en estas funciones, ya dadas por el Decreto 978 de 1971, aunque ahora en forma más clara y más explícita.

Lógicamente el ejercicio de esta potestad se desarrolla a través de los actos idóneos para ello, los cuales, dentro de un sistema que establece el principio de la escritura como primordial en los procesos, serán instrucciones o interpretaciones escritas o dirigidas a los funcionarios o a los particulares, circularizadas o no, según el interés más o menos general de los temas.

"El ejercicio de la mencionada competencia lo desarrolla la Dirección de Impuestos a través de Circulares cuyo carácter es obligatorio por vía general para todos los funcionarios y contribuyentes, y la Subdirección Jurídica por medio de conceptos que se emiten en cada caso concreto, como respuesta a las consultas escritas que formulan los particulares y funcionarios a esta oficina, cuya obligatoriedad está circunscrita a la personal y al caso concreto consultado.

"Las instrucciones, Circulares y Conceptos, contienen, por lo tanto, la interpretación autorizada de la ley y el reglamento y se entienden incorporados a la disposición explicada pues el intérprete no hace más que dar la definición de la norma materia de su estudio.

"Ahora bien, es perfectamente plausible que se produzcan modificaciones a través del tiempo, completamente lógicas en materia jurídica, ya que la dinámica del Derecho Tributario lleva en muchos casos a cambios de la doctrina, casi que como una necesidad que surge por lo general de un mejor conocimiento del objeto materia de estudio.

"Frente a esta posibilidad, el derecho en sus principios generales enseña que su misma esencia es la seguridad, la certeza jurídica; y no habría certeza si el contribuyente, creyendo obrar conforme a la verdad definida en un momento dado, pudiera verse lesionado por interpretación posterior diferente. La nueva interpretación necesariamente

no podrá aplicarse a aquellos casos en que el particular obró conforme a lineamientos anteriores dados por la Subdirección Jurídica en sentido distinto.

"De acuerdo con lo anterior, los funcionarios de la Dirección General de Impuestos Nacionales que tienen que ver con el proceso de investigación, determinación, discusión y recaudo de los impuestos de competencia de dicha Dirección, aplicarán las disposiciones legales y reglamentarias en la forma como se interpreten por este Despacho, aplicando como norma general la interpretación vigente en el momento de practicarse la visita, liquidación, resolución, etc., salvo en el evento de presentarse por el contribuyente, dentro del proceso, prueba de interpretación diferente bien por parte de la Dirección de Impuestos, bien de la Subdirección Jurídica.

"En este caso se aplicará la interpretación alegada y probada por el interesado hasta la fecha del cambio de doctrina".

Los subrayados son los párrafos acusados.

Considera el actor que los actos acusados contrarían el Decreto 074 de 1976 porque la circular le da un alcance a las funciones del Director de Impuestos que el decreto no le da. Dice así el memorialista:

"a) *El Decreto* 074 *de* 1976: Esta es la primera disposición de jerarquía superior violada y es precisamente en la cual la Dirección General de Impuestos quiere apoyar el acto demandado. La Circular está dando por cierto algo que no establece en ninguna parte el decreto: que la interpretación de la Dirección General de Impuestos Nacionales es por vía de autoridad, general e impersonal".

También considera el actor que los actos acusados contrarían el artículo 25 del Código Civil puesto que "la interpretación que se hace con autoridad para fijar el sentido de una ley oscura, de una manera general, sólo corresponde al legislador".

De igual manera considera que la circular impugnada viola los artículos 14 y 26 del Código Civil que tampoco autorizan a los funcionarios administrativos a hacer interpretación con autoridad.

Finalmente considera el actor que los actos impugnados violan los artículos 76 (numeral 1º), 120 (numeral 3º), 20, 21 y 26 de la Constitución Nacional que determinan la competencia legislativa del Congreso, la potestad reglamentaria del Gobierno y el alcance de las obligaciones y responsabilidades de los funcionarios del Estado.

El tema es denso y no permite que se suspendan provisionalmente los actos acusados en todo su alcance. El propio actor sólo solicita a título de suspensión provisional los siguientes:

"Las partes de la Circular General número uno de 1982 objeto de esta demanda, violan normas superiores en forma directa, según lo escrito antes. Por lo tanto, solicito que en el acto admisorio se decrete la suspensión provisional de los siguientes apartes correspondientes al Capítulo I:

"a) Las expresiones 'cuyo carácter es obligatorio para todos los funcionarios y contribuyentes' y 'cuya obligatoriedad está circunscrita a la persona y al caso concreto consultado', insertas en el párrafo sexto.

"b) Las locuciones 'autorizada' e 'y se entienden incorporados a la disposición explicada pues el intérprete no hace más que dar la definición de la norma materia de su estudio'. 'Contenidas en el párrafo séptimo'.

"c) Los párrafos décimo y undécimo en su totalidad.

"d) La expresión 'verdad' del párrafo noveno".

Para resolver se considera

Elemento esencial del derecho tributario es el principio de la legalidad de los tributos. Tan importante es este principio que ha sido consagrado por la Constitución de Colombia en su artículo 43, reflejando en ello más de un siglo de historia: como que los orígenes mismos del Parlamento vienen de aquel viejo lema de *"No taxation without representation"*, y también surcos de sangre heroica de nuestros comuneros sembraron este lema tan esencial de la vida democrática de la República.

Sainz de Bujanda observa:

"No puede olvidarse, al tratar de las fuentes y de su significación en la organización política actual, el enorme desarrollo que desde hace un cuarto de siglo, aproximadamente, ha adquirido en todo el mundo otro grupo de disposiciones reguladoras de la actividad financiera: Las órdenes ministeriales y las circulares. En la práctica, ese género de disposiciones constituye uno de los más graves peligros para el principio de legalidad. Los Ministerios de Hacienda de todos los países dictan, con rapidez vertiginosa, órdenes ministeriales de carácter interpretativo, que no se limitan, como fuera deseable, a aclarar el sentido de las normas legales en materia de tributación, sino que ensanchan o restringen —generalmente, lo primero— los objetos imponibles. Esta práctica está provocando graves trastornos y constituye una amenaza seria al principio de seguridad jurídica. Acontece, en efecto, que el carácter interpretativo que se atribuye a esas órdenes permite a los agentes del Fisco aplicarlas con carácter retroactivo. Esto es siempre grave, por las siguientes razones: 1ª Porque las órdenes suelen referirse a situaciones tributarias, cuya regulación legal es confusa e incompleta, y no es justo que tales disposiciones den origen a obligaciones o responsabilidades que la ley no señala en forma clara e inequívoca, y que las oficinas gestoras de impuestos no se decidirían a hacer efectivas de no dictarse aquellas disposiciones. 2ª Porque la oscuridad de los preceptos legales suele subsanarse con criterios interpretativos que se engendran en la práctica administrativa, dando origen a un entendimiento entre los contribuyentes y la Administración, que no debe destruirse con órdenes ministeriales contrarias a aquellos criterios. . .".

Es claro por ello que las circulares, conceptos e instrucciones de la Dirección de Impuestos están dirigidas única y exclusivamente a facilitar la gestión de administración y de aplicación de los tributos. Son

en principio obligatorias para los funcionarios en cuanto con ellas no se desconozca en forma flagrante norma jurídica superior. Pueden ser impugnadas ante la jurisdicción. Con ellas no se pueden crear obligaciones tributarias, ni afectan en nada el régimen de ley.

De esta breve reflexión se deduce: a) que es ilegal la frase "carácter obligatorio por vía general para todos los funcionarios y contribuyentes" del párrafo sexto acusado y b) que es ilegal las expresiones *"autorizada"* y "se entienden incorporadas a la disposición explicada" del parágrafo séptimo acusado. Ellas violan ostensiblemente el principio de la legalidad. Los demás aspectos ameritan mayor estudio. No debe olvidarse que las otras frases cuya suspensión provisional se solicita tienen un carácter de orientación administrativa y no de interpretación general. Así por ejemplo, la expresión "cuya obligatoriedad está circunscrita a la persona y al caso concreto estudiado", contenida en el párrafo sexto, se refiere a la aplicación particular a una cosa, de una norma y no desconoce, por lo menos *prima facie* el principio de legalidad de los tributos. La expresión "verdad" del párrafo noveno es intrascendente en el contexto en que se encuentra. El conductor considera igualmente que los párrafos décimo y undécimo le quitan el carácter de obligatoriedad a las interpretaciones generales que hace la Dirección de Impuestos "si el contribuyente prueba" una mejor interpretación, vale decir, a modo de ver del conductor del proceso, el párrafo décimo y undécimo eliminan el carácter obligatorio que se había consagrado en el párrafo sexto. Cabrá analizar más a fondo el punto en el momento del fallo de fondo.

Por lo expuesto el Consejo de Estado por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo contencioso

Resuelve:

1. Admítese la demanda.

2. Notifíquese al fiscal.

3. Comuníquese al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público y a la Directora General de Impuestos Nacionales.

4. Suspéndense provisionalmente las siguientes expresiones contenidas en la Resolución 1 del 21 de julio de 1982 de la Dirección General de Impuestos Nacionales.

Del Capítulo I párrafo sexto la expresión:

"Carácter obligatorio por vía general para los funcionarios y los contribuyentes".

Del párrafo séptimo del Capítulo I las expresiones "autorizada".

Y "Se entienden incorporadas a la disposición explicada".

5. Niéganse las demás suspensiones provisionales solicitadas por el actor.

6. Fíjese en lista por el término legal.

7. Reconócese al doctor Antonio José Echeverri Giraldo como parte actora en este proceso.

Notifíquese y cúmplase.

Enrique Low Murtra.

Jorge A. Torrado Torrado., **Secretario.**

CAPITULO VI

ACTOS DE AUTORIDADES NO ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN NACIONAL

ACCION ELECTORAL.— Finalidad. SENTENCIAS SOBRE ELECTORALES.— Analiza los actos cumplidos durante el proceso electoral y declara cuál fue el real y verdadero resultado que arrojaron los votos válidos depositados en las urnas. CUMPLIMIENTO DE ESAS SENTENCIAS. SENTENCIAS DE NULIDAD.— La sentencia que anula un acto administrativo, parte del supuesto de que el acto viciado por ser contrario a normas superiores de derecho, no ha tenido existencia jamás por lo cual todo debe ser retrotraído al estado anterior o su vigencia. ELECTORALES. ¿Cuál es el acto examinado por la jurisdicción? El fallo que profiere la jurisdicción. El fallo que profiere la jurisdicción es declarativo y no constitutivo. CONSECUENCIA JURIDICA DE UN FALLO SOBRE UN ACTO ELECTORAL. Su alcance en el tiempo debe retrotraerse al momento mismo de la elección que se entiende hecha el día de los comicios electorales y, por tanto las personas favorecidas en ella se les declara elegidos para el período constitucional correspondiente y no para lo que falte de él. MIEMBROS DEL CONGRESO. Tendrán durante todo el período constitucional respectivo, el sueldo anual y los gastos de representación que determine la ley. (Artículo 113 *Constitución Nacional y* 101 ibídem).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., treinta (30) de agosto de mil novecientos ochenta y tres (1983)

(Consejero ponente: *Doctor Alvaro Orejuela Gómez*)

Referencia: Juicio número 6241. Demandante: Héctor Horacio Fernández Amézquita. Autoridades nacionales.

El doctor Héctor Horacio Fernández Amézquita, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción consagrada en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, solicita de esta entidad que mediante sentencia decida se haga las siguientes declaraciones:

"*Primera.* Es nulo el acto administrativo contenido en el oficio sin número de fecha 18 de septiembre de 1980 por medio del cual la Comisión de la Mesa de la H. Cámara de Representantes deniega la cancelación de los valores por dietas y otros emolumentos que solicita el doctor Héctor Horacio Fernández Amézquita como Representante de la Cámara para el período constitucional del 20 de julio de 1978 al 20 de julio de 1982 por la Circunscripción Electoral de Boyacá, en virtud de sentencia del H. Consejo de Estado de fecha 15 de julio de 1980.

"*Segunda.* Como consecuencia de lo anterior y por medio de la Pagaduría de la Cámara de Representantes se deberán reconocer y pagar al doctor Héctor Horacio Fernández Amézquita la suma correspondiente a pagos, anticipos, menos, primas, gastos de representación y en general toda retribución correspondiente a un Representante de la Cámara de Representantes a partir del 20 de julio de 1978 y hasta el 20 de agosto de 1980, fecha en la cual el señor Representante ya nombrado se posesionó del cargo.

"*Tercera.* Se entenderá que para todos los efectos legales y en especial aquellos relacionados con prestaciones sociales, no ha habido solución de continuidad en el período a que se refieren los puntos anteriores.

"*Cuarta.* La Cámara de Representantes dará cumplimiento a esta sentencia dentro del término señalado por el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo".

Como hechos constitutivos de la acción ejercida se indican en el libelo los que a continuación se transcriben:

"El 2 de febrero de 1978 se realizaron en el país las elecciones correspondientes para Senadores, Representantes a la Cámara, Diputados y Concejales Municipales.

"El doctor Héctor Horacio Fernández Amézquita fue candidato a la Cámara de Representantes por la Circunscripción Electoral de Boyacá en la lista que por el partido conservador encabezaba el doctor Fernando Gómez Otálora con el cumplimiento de todas las formalidades constitucionales y legales.

"En la Inspección de Policía de Merchán (Municipio de Saboyá) y en la Inspección de Policía de Casaraí (Municipio de Uvlia) se realizaron monstruosos fraudes e incluso en ese último, delitos contra el sufragio que, en definitiva, vinieron a concluir con el Acuerdo número 6 de 1978 (mayo 11) de la H. Corte Electoral, que hizo la declaratoria de elección de los Representantes por la Circunscripción Electoral de Boyacá, para el período constitucional de 1978 a 1982 que computó votos por la lista que encabezaba el doctor Julio Barón Ortega y dejó de compartirlos por la lista encabezada por el doctor Fernando Gómez Otálora en las mesas 1, 2 y 3 de la Inspección de Policía de Merchán (Municipio de Saboyá) y en las mesas 1 y 2 de la Inspección de Policía de Casaguí (Municipio de la Uvlia).

"El doctor Héctor Horacio Fernández en acción pública electoral demandó ante el H. Consejo de Estado la declaratoria de nulidad del acuerdo de la Corte Electoral a que se refiere al punto anterior.

"Tramitado el juicio el Honorable Consejo declaró la nulidad del Acuerdo de la Corte; ordenó la práctica de un nuevo escrutinio, lo mismo que la comunicación a la autoridad penal competente con el objeto de que se investigara el comportamiento del señor Hugo Rodríguez Salgado, quien era delegado del Registrador Mu-

nicipal del Estado Civil de Saboyá en la Inspección de Policía de Merchán.

"De igual manera, en el juicio se acreditó que el Delegado del Registrador del Estado Civil de la Uvlia en la Inspección de Policía de Casaguí, autor de ilícitos en las elecciones para Corporaciones Públicas celebradas en 1978, fue condenado por el Juzgado Penal del Circuito de Suatá a la pena principal de siete (7) meses de prisión como autor de delitos contra el sufragio.

"De la sentencia del H. Consejo de Estado se deduce que funcionarios públicos de la Rama Electoral en un caso fueron autores del fraude, y en otro por lo menos cómplices.

"Practicado el escrutinio ordenado por la sentencia del Consejo el día 30 de julio de 1980, el Consejo ordenó Credencial como Representante a la Cámara por la Circunscripción Electoral de Boyacá y para el período 1978-1982, al doctor Héctor Horacio Fernández Amézquita, lo mismo que a su suplente.

"Lo anterior, quiere decir, que el escrutinio celebrado por el Consejo de Estado fue apenas la constatación de que mi poderdante había sido legalmente elegido como Representante a la Cámara en virtud de los sufragios los que había legalmente obtenido la lista de la cual formaba parte el 2 de febrero de 1978.

"Debidamente posesionado el doctor Fernández Amézquita se dirigió a la Comisión de la Mesa de la H. Cámara de Representantes para reclamar el pago de los dineros que se le adeudaban por concepto de dietas y gastos de representación desde el 20 de julio de 1978, pago que le había sido negado por la Pagaduría de la Cámara. Y la Comisión de la Mesa en carta del 18 de septiembre de 1980 denegó el derecho con el argumento inválido de que 'la sentencia del H. Consejo de Estado en su parte resolutiva no impone esa obligación a la Cámara de Representantes'.

"Es elemental que la sentencia del Consejo no podía imponer esa obligación, por cuanto se trata de una acción pública electoral en la cual el único restablecimiento del derecho que podía hacerse consistía en la cancelación de las Credenciales, indebidamente expedidas por la Corte, y el otorgamiento de las mismas Credenciales a aquellas personas que señalara el resultado del escrutinio.

"Lo que olvidó la Comisión de la Mesa es que el derecho reclamado resulta no de la sentencia del Consejo de Estado, sino de la elección popular y del artículo 11 de la Carta que establece que "los miembros del Congreso tendrán, durante todo el período Constitucional respectivo, el sueldo anual y los gastos de representación que determine la ley".

"Si se examina la Credencial otorgada por el Consejo de Estado al doctor Hernández Amézquita se encuentra que mi poderdante fue declarado legalmente elegido Representante a la Cámara con el carácter de principal por la Circunscripción Electoral del Departamento de Boyacá, para el período constitucional compren-

dido entre los años de 1978 y 1982, en reemplazo del doctor Luis Segundo Avila Botia, cuya Credencial ha sido cancelada".

"El período de los miembros de la Cámara de Representantes es de cuatro (4) años, a partir del 20 de julio correspondiente, según lo establece el artículo 101 de la Carta.

"De lo anterior se infiere que el acto administrativo contenido en el oficio de la Comisión de la Mesa de la Cámara de Representantes es contrario a la Constitución Nacional y a la ley".

Se invocan como disposiciones infringidas por el acto impugnado, los artículos 101 y 113 de la Constitución Nacional, normas sobre las cuales el apoderado del accionante realiza un detenido y acertado análisis jurídico a efecto de demostrar el quebrantamiento de que fueron objeto, como también el derecho que alega asistirle en la reclamación impetrada.

La Fiscalía Quinta del Consejo en su vista reglamentaria es de parecer que se acceda a los pedimentos de la demanda por las razones en ella expresadas.

Rituado el juicio dentro de las prescripciones de ley y no observándose causal de nulidad alguna que invalide la actuación, la Sala pasa a dictar la correspondiente sentencia, previas las siguientes

Consideraciones

Sobre los distintos planteamientos del problema controvertido en el presente proceso, la Fiscalía Quinta de esta Corporación, al emitir su concepto de fondo, en un amplio y extensivo estudio que la Sala acoge y comparte, realiza un pormenorizado análisis de todos los aspectos litigiosos propuestos en el libelo, para llegar a la conclusión de que al demandante le asiste derecho en el reclamo de sus pretensiones.

Estima la Sala que los razonamientos expuestos por la Agencia del Ministerio Público, además de interpretar estrictamente las disposiciones legales vigentes sobre la materia, se ajustan a la realidad procesal, y por ello se permite transcribirlos como fundamento de esta providencia, sin que considere necesario agregar otras apreciaciones diferentes, para acceder a las peticiones de la demanda.

Al efecto, la mencionada Fiscalía, dijo:

"El asunto *sub judice* consiste en dilucidar si el actor, a quien el H. Consejo de Estado en cumplimiento de una sentencia le otorgó el 31 de julio de 1980, Credencial como Representante a la Cámara con el carácter de principal, por la Circunscripción Electoral del Departamento de Boyacá, para el período constitucional 1978 a 1982, tiene derecho al reconocimiento y pago de dietas, emolumentos, primas, gastos de representación y, en general, toda retribución correspondiente a un Representante a la Cámara, a partir del 20 de julio de 1978 y hasta el 5 de agosto de 1980, fecha en la cual, por haberle sido otorgada su Credencial, se posesionó ante esa Corporación.

"Mediante el acto acusado de fecha 18 de septiembre de 1980, la Comisión de la Mesa de la H. Cámara de Representantes le negó este derecho argumentando que la sentencia del H. Consejo de Estado en su parte resolutiva, no impone tal obligación a la Cámara de Representantes.

"Es claro para la Fiscalía que, la sentencia proferida en el correspondiente juicio electoral, no tenía por qué referirse, ni podía hacerlo, a la situación particular y a los derechos salariales y prestacionales de quienes resultaron legalmente elegidos en las elecciones para Corporaciones Públicas realizadas el 28 de febrero de 1978.

"La acción pública electoral tiene por finalidad poner en movimiento el órgano jurisdiccional competente para que mediante los trámites legales establecidos se verifique si los actos de declaratoria de elección se ajustan a las normas positivas de derecho pertinentes y reflejan exactamente la voluntad de los electores manifestada en el sufragio.

"La sentencia que se profiere analiza a la luz de las disposiciones constitucionales y legales y de las pruebas aportadas, los actos cumplidos durante el proceso electoral y declara cuál fue el real y verdadero resultado que arrojaron los votos válidos depositados en las urnas.

"Obviamente, y para dar cumplimiento a esta sentencia, para hacerla efectiva, el propio órgano jurisdiccional, luego de verificar nuevos escrutinios, si es el caso, anula credenciales y otorga otras, sin entrar a definir derechos distintos que puedan tener las personas que resultan elegidas. Pero ello no significa en forma alguna, que, posteriormente, y mediante el ejercicio de otra acción, tales derechos no puedan ser definidos y reconocidos.

"El hecho de ostentar la calidad de Senador o Representantes conlleva obligaciones y derechos establecidos claramente en normas constitucionales y legales que deban ser respetadas.

"No siendo ya discutible el hecho de la elección del actor como Representante a la Cámara procede, entonces, definir el alcance de sus derechos.

"Como efectivamente no pudo, por circunstancias ajenas a su voluntad, ocupar la curul desde la iniciación del período, y la credencial que lo acredita como tal fue expedida el 31 de julio de 1980, se impone entonces analizar para efectos de sus derechos salariales y prestacionales, los efectos que en el tiempo produce la sentencia proferida por el Consejo de Estado en el juicio electoral en el cual se constató que él sí había sido elegido.

En general, la sentencia que señala un acto administrativo, parte del supuesto de que el acto decidido por ser contrario a normas superiores de derecho, no ha tenido existencia jamás, por lo cual todo debe ser retrotraído al estado anterior en vigencia.

"En materia electoral, el acto examinado por la jurisdicción es la declaratoria de elección hecha por las autoridades competen-

tes, acto que es meramente declarativo y no constitutivo de derechos. En otras palabras, no son los delegados electorales quienes eligen, sino que se limita a constatar el hecho de la elección, dan fe de él y expiden a los beneficiados con ella, un documento que los autoriza para asumir el mandato popular que les fue conferido. La elección misma la hace el pueblo, sufragando por las listas inscritas conforme a la ley.

"En opinión de la Fiscalía la misma naturaleza tiene el fallo que profiere la jurisdicción, es declarativo y no constitutivo; verifica si los actos de declaratoria de elección, de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales, registraron fielmente la voluntad popular y de no ser ello así los anula y procede a reemplazarlos por otros.

"En consecuencia, su alcance en el tiempo debe retrotraerse al momento mismo de la elección que se entiende hecho el día de los comicios electorales y, por tanto, a las personas favorecidas en ella se les declara elegidos para el período constitucional correspondiente y no para lo que falte de él. Así se hizo en el caso que interesaba al actor.

"Ahora bien: si el actor Hernández Amézquita, fue elegido Representante a la Cámara para el período 1978-1982, cuáles son sus derechos salariales y prestacionales. El artículo 113 de la Constitución Nacional prescribe que los miembros del Congreso tendrán durante todo el período constitucional respectivo, el sueldo anual y los gastos de representación que determine la ley.

"A su vez, el artículo 101 de la Carta establece cuál es ese período, indicando que es de 4 años contados a partir del 20 de julio siguiente a la elección.

"Luego el demandante, a juicio de la Fiscalía, tiene derecho a devengar sueldos y demás emolumentos desde la iniciación del período constitucional para el cual fue elegido.

"Se podría objetar que él no ejerció sus funciones durante todo el tiempo sino únicamente a partir del momento de la posesión. Sin embargo, ello ocurrió por circunstancias ajenas a su voluntad y como consecuencia de actos proferidos por autoridades que no se lo permitieron.

"Pero una vez remitidos los artículos por sentencia judicial, debe considerarse que tales actos no existieron y, en consecuencia, pueden ser definidos sus derechos y restablecidos plenamente.

"Esto es lo que ocurre, por ejemplo, cuando un empleado ha sido retirado del servicio por actos contrarios a normas superiores de derecho. Si bien no ha ejercido las funciones propias de su cargo, la Administración debe pagar los sueldos y prestaciones dejados de devengar mientras se produce el reintegro.

"En opinión de la Fiscalía, el acto acusado ha violado las disposiciones invocadas en la demanda y, en consecuencia, las peticiones impetradas están llamadas a prosperar, porque los derechos reclamados surgen de su calidad de Representante a la Cá-

mara por todo el período constitucional y, por tanto, podían ser reclamados una vez que ésta fue plenamente establecida.

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, de acuerdo con el concepto Fiscal,

Falla:

Primero. Declárase la nulidad del oficio, sin número, de fecha 18 de septiembre de 1980, suscrito por la Comisión de la Mesa de la Cámara de Representantes, en virtud del cual se le niega al demandante, doctor Héctor Horacio Hernández Amézquita, en su condición de Representante a la Cámara por la Circunscripción Electoral de Boyacá, el pago de dietas y otros emolumentos salariales.

Segundo. Como consecuencia de la declaración anterior, la Cámara de Representantes, por intermedio de la Pagaduría de la Corporación, reconocerá y pagará al doctor Héctor Horacio Hernández Amézquita, las sumas correspondientes a dietas, primas, gastos de representación y demás emolumentos, correspondientes a un Representante a la Cámara, a partir del 20 de julio de 1978 y hasta el 5 de agosto de 1980.

Tercero. Es entendido, para todos los efectos legales y prestacionales, que no ha existido solución de continuidad alguna durante el lapso indicado en el numeral anterior.

Cuarto. La entidad obligada dará cumplimiento al presente fallo dentro del término establecido en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo.

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el veintiséis (26) de agosto de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

CORRECCIONES DISCIPLINARIAS.— Si por regla general las correcciones disciplinarias impuestas a los funcionarios públicos no son acusables ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, con mayor razón no lo son las impuestas a los particulares. SANCIONES DISCIPLINARIAS. No son acusables ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, al tenor de lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 73 de la Ley 167 de 1941, "Las correcciones disciplinarias, impuestas a los funcionarios públicos, excepto las que impliquen suspensión o separación del cargo de empleados inamovibles según las leyes".

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., veintiocho de septiembre de mil novecientos ochenta y tres

Referencia: Expediente número 4466. Varios.

Actor: Eduardo A. Aldana Duque

El doctor Eduardo A. Aldana Duque por conducto de apoderado judicial ha solicitado a esta Corporación, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, que a través de la sentencia que produzca los efectos de cosa juzgada material, se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

"1. Que es nula la providencia de 30 de abril de 1983, emanada del Tribunal Disciplinario, en virtud de la cual se dispuso revocar la Providencia de 1º de octubre de 1981 del Tribunal Superior de Bogotá, y en su lugar, se resolvió imponerle 'sanción de censura' al actor.

"2. Que, como consecuencia de la declaración anterior, se declare a la Nación colombiana —Ministerio de Justicia—, administrativamente responsable por los perjuicios morales sufridos por el actor con la expedición de la mencionada providencia.

"3. Que, como consecuencia de las declaraciones anteriores se condene a la Nación colombiana, a pagar al actor la suma que corresponda a los perjuicios morales que con la expedición de la providencia acusada se le ocasionaron al actor, y que los estimó en la cantidad de 1.000 gramos oro, los cuales habrán de ser convertidos a la moneda nacional colombiana, de conformidad con la cotización del oro, en los mercados de Londres y Zurich, teniendo en cuenta, igualmente el valor del peso colombiano con relación al oro y el dólar americano.

"4. Que la providencia favorable que ponga término a esta acción se comunique al Tribunal Disciplinario, y al Ministerio de Justicia"

Para decidir acerca de la admisión de la demanda, se

Considera

No son acusables ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, al tenor de lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 73 de la Ley 167 de 1941, "Las correcciones disciplinarias impuestas a los funcionarios públicos, excepto las que impliquen suspensión o separación del cargo de empleados inamovibles según las leyes".

La norma anteriormente transcrita opera entonces cuando se trata de medidas disciplinarias, o mejor, de sanciones impuestas por el superior jerárquico, o por la entidad competente a los funcionarios públicos, siendo por consiguiente necesario que entre uno y otro existan relaciones de subordinación o dependencia.

En el caso que plantea la demanda relativo a la sección de censura que por violación de normas del estatuto del ejercicio de la abogacía impuso el Tribunal Disciplinario por medio del acto acusado al señor Eduardo Aldana Duque, no opera el artículo 73 de la Ley 167 de 1941, por la sencilla razón de que la potestad disciplinaria que sobre él se ejercitó lo fue no dentro del ejercicio de la función pública, sino por omisiones en el desempeño de su profesión de abogado. De consiguiente, el acto del Tribunal Disciplinario no se puede asimilar a las correcciones disciplinarias que se impone a los funcionarios públicos de que habla el artículo 73 del C. C. A., que es norma de excepción, que, como tal, es de interpretación restrictiva.

Por último, si por regla general las correcciones disciplinarias impuestas a los funcionarios públicos no son acusables ante Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, con mayor razón no lo son las impuestas a los particulares.

Y en tal virtud, se

Resuelve:

Por carencia de jurisdicción, se rechaza en línea la demanda presentada por conducto de apoderado por el señor Eduardo A. Aldana Duque.

El doctor Luis Fernando Acero Hernández, puede actuar en el presente asunto en nombre y representación del señor Eduardo A. Aldana Duque conforme el poder que le fue conferido.

Cópiese, notifíquese.

Samuel Buitrago Hurtado.

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

DESVINCULACION DEL EMPLEADO COMO CONSECUENCIA DEL NOMBRAMIENTO DE QUIEN LO SUSTITUYO. Acción procedente. Acción indemnizatoria. Artículo 68 *Código Contencioso Administrativo. Reiteración Jurisprudencial.* (*Sentencia de julio* 29 *de* 1947. *Tomo LVI. Números* 357-361. *Página* 437).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., cinco (5) de octubre de mil novecientos ochenta y tres (1983)

(Consejero ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker*)

Referencia: Expediente número 8416. Apelación Interlocutorios

Actor: Manuel Antonio López Torres

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la apoderada del actor contra la providencia del Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima de fecha 16 de octubre de 1982 mediante la cual éste dispuso no admitir la demanda instaurada por el señor Manuel Antonio López Torres, para solicitar "se declare la nulidad del acto administrativo por medio del cual la señora Juez Promiscuo de Menores de Honda destituyó o declaró insubsistente al señor Manuel Antonio López Torres del cargo de Oficial Mayor de ese Juzgado y se designó su reemplazo" (folio 5).

El Tribunal basó su decisión en la consideración de que "no existe el acto acusado y, por ende, la petente no ha reunido el requisito exigido por el inciso 1º de lartículo 86 del C. C. A.", por razón de que, habiéndose solicitado a la Juez Promiscuo de Menores de Honda remitir copia auténtica del acto por medio del cual fue removido el demandante, la funcionaria contestó que "revisados cuidadosamente los libros o folderes de decretos o resoluciones de nombramientos de empleados de este juzgado, se constató que no aparece acto alguno por medio del cual se removió al señor Manuel Antonio López Torres como Oficial Mayor de este Despacho" (folios 13-14).

Evidentemente, es realmente posible que la desvinculación del demandante se haya producido como simple consecuencia del nombramiento de quien lo sustituyó, como suele ocurrir en numerosos casos, sin que exista al tiempo de la demanda, acto alguno formal o material sobre el cual recaiga la actuación de nulidad. En estos casos, como lo ha sostenido la jurisprudencia, el particular agraviado podrá promover acción para el restablecimiento del derecho cuando la causa de la violación es un hecho o una operación administrativa, caso en el cual no será necesario ejercitar la acción de nulidad sino demandar direc-

tamente de la administración las indemnizaciones o prestaciones correspondientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 68 del C. C. A. (Sentencia de julio 29 de 1947, Tomo LVI, números 357-361, página 437).

Cabe observar que el propio actor manifestó en la demanda que no individualizaba el acto acusado "por obstinación de la juez en no entregarlo" (folio 5). Luego, en el numeral 3º del Capítulo de Fundamentos, dijo:

"No es posible individualizarlo (se refiere al acto administrativo) ni indicar si se trató de destitución o declaración de insubsistencia expresa o por el solo hecho de la designación del reemplazo, porque injustificadamente no ha querido expedir la copia que se le ha solicitado" (folio 6).

Por esta razón, solicita que, "como de hecho se ha negado su expedición, pido que se proceda de acuerdo con lo dispuesto por el inciso 3º del artículo 86 del C. C. A., esto es, que se pida a dicha funcionaria el acto de remoción de mi representado" (folio 11).

A renglón seguido, bajo el título de "Documentos por Solicitar", indica:

"1º A la Juez Promiscuo de Menores de Honda, copia de todos los actos de nombramientos y posesión del actor como empleado de ese juzgado y certificación sobre ejercicio del cargo. Además, certificación de las razones de orden legal que tuvo en cuenta para desvincular del cargo de oficial mayor grado 9º de ese Despacho Judicial, al señor Manuel Antonio López Torres, en el mes de julio de 1982" (folio 11).

Por otra parte, si se observa la providencia dictada por el Tribunal en este sentido (folio 12 v.), se ve claramente que ha sido formulada exactamente en los mismos términos de la demanda, con lo cual hay que concluir que la actuación procesal del *a quo* se ha ajustado a derecho, y deberá, por consiguiente confirmarse.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda,

Resuelve:

Confirmar el auto recurrido, proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima de fecha 16 de octubre de 1982.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 23 de septiembre de 1983.

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Reynaldo Arciniegas Baedecker.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

SANCIONES DISCIPLINARIAS A EMPLEADOS JUDICIALES Y DEL MINISTERIO PUBLICO.— (Decreto 250 de 1970. Artículo 97 y siguientes). Clases de sanciones REGIMEN DE DISCIPLINA INTERNA DE CADA OFICINA JUDICIAL O DEL MINISTERIO PUBLICO. A quién está a cargo? SANCIONES SIN Y CON PREVIA INVESTIGACION ADMINISTRATIVA. DERECHO DE DEFENSA. DESTITUCION. CONSECUENCIAS DE LA FALTA DEL DEBIDO PROCESO.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., diciembre primero (1º) de mil novecientos ochenta y tres (1983)

(Consejera ponente: *Doctora Aydée Anzola Linares*)

Proyecto: Doctor José Gabriel Salom, Abogado Asistente

Referencia: Expediente número 9265. Autoridades Nacionales

Actor: Justo José Ardila Ardila

En demanda presentada ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, el señor Justo José Ardila Ardila, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 67 de la Ley 167 de 1941, solicitó de esa Corporación la nulidad del Acuerdo número 36 de 25 de octubre de 1976, expedido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en virtud del cual se declaró insubsistente su nombramiento como relator de la aludida Corporación.

Como hechos constitutivos de la acción ejercitada se indican en el libelo, la condición de empleado en propiedad que tenía el demandante y la circunstancia de que su remoción no estuvo precedida del correspondiente proceso disciplinario. Se expresan igualmente las normas violadas y se emite el respectivo concepto de violación.

Después de que se practicaron las pruebas solicitadas y una vez se produjo concepto fiscal, el Tribunal del conocimiento accedió a las súplicas del libelo, por considerar, que la remoción del demandante no estuvo precedida del correspondiente proceso disciplinario y en consecuencia, el acto acusado es violatorio de los preceptos indicados como infringidos.

Y como en el fallo que se revisa se ordena su consulta a esta entidad, procede la Sala a decidirla previas las siguientes

Consideraciones

El Tribunal del conocimiento para adoptar la decisión que se consigna en la parte resolutiva del fallo consultado, después de analizar las normas relativas al procedimiento disciplinario para casos como el presente, concluye que éstos no se aplicaron en la forma debida, todo lo cual genera la nulidad del acto acusado. Al efecto se pronunció así en la mencionada sentencia:

"La motivación del acto acusado la funda el Tribunal, en primer lugar, en el contenido de una comunicación fechada el 19 de octubre de 1976 en que el actor formuló queja contra la Secretaria del Tribunal ante el Procurador Regional de Bogotá, y remitió sendas copias a las Presidencias de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal y las Presidencias de las distintas Salas de la Corporación; y, por otra parte, en la falta de capacidad y el comportamiento personal y funcional del actor que, según allí se dice, 'implica un atentado contra la buena y adecuada marcha de la institución y fehaciente demostración de ausencia de idoneidad en el servicio' ".

"La comunicación a que se refiere el Tribunal obra en copia y carbón a folios 17 y siguientes del expediente y de su lectura se observa que el demandante sanciona a varios distinguidos magistrados del Tribunal Superior de Bogotá en términos a cual más irrespetusos".

"El demandante desempeñaba en propiedad el cargo de relator para el que había sido nombrado el 23 de marzo de 1976, como consta a folio 4 del expediente, de manera que gozaba de relativa estabilidad hasta el fin del período respectivo".

"Del análisis del acto acusado se colige que si bien allí se habla de 'insubsistencia' resulta clara la relación de causalidad entre la falta cometida y la insubsistencia decretada, que en esta forma toma el carácter inequívoco de sanción y por ende de destitución, pues es la única sanción que conlleva la separación definitiva del cargo".

"El Decreto 250 de 1970 en sus artículos 97 y siguientes se refiere a las sanciones de carácter disciplinario que pueden aplicarse a los empleados judiciales y del Ministerio Público, siendo estas: multa, suspensión del cargo sin derecho a remuneración hasta por el término de tres meses y la destitución".

El artículo 103 del mismo ordenamiento legal dispone que el régimen de disciplina interna de cada oficina judicial o del Ministerio Público estará a cargo del respectivo superior quien para mantenerla podrá imponer de plano a los empleados multa hasta por cinco días de salario mensual y suspensión sin remuneración hasta por seis días".

"Son estas las únicas sanciones aplicables sin previa investigación administrativa y directamente por el superior de la oficina, quien, además, conforme al artículo 98, cuando la falta a su juicio no diere lugar a sanción podrá, de plano y por escrito, amonestar al infractor".

"Pero con destitución que conforme al artículo 101 del mismo decreto 'se aplicará como primera sanción, en casos de faltas muy graves

y como consecuencia de varias faltas de otro orden según su gravedad y reiteración', no puede sancionarse sino como culminación de un proceso disciplinario en el que el inculpado debe tener plenas garantías y hacer uso de su derecho de defensa".

"Al pretermitir la investigación administrativa de rigor el acto acusado resulta violatorio del Decreto 250 de 1970 y por lo tanto la Sala, acogiéndose al concepto de la distinguida colaboradora Fiscal Cuarta decretará la nulidad del acto acusado y ordenará el restablecimiento del derecho quebrantado".

"Cuando el período respectivo se encuentra vencido el actor no tiene derecho a ser reintegrado, pero deberán pagársele las sumas que dejó de devengar hasta el fin del mismo".

Verificada la revisión del expediente, se observa que le asiste suficiente razón al *a quo,* toda vez que los mandatos legales vigentes consagran la estabilidad de los empleados de la Rama Jurisdiccional durante el correspondiente período judicial. En efecto, el artículo 2º de la Ley 15 de 1972, modificatorio del artículo 130 del Decreto 250 de 1970, dispone "Mientras el Consejo Superior de la Administración de Justicia reglamenta, organiza y pone en funcionamiento la Carrera Judicial para los empleados subalternos de la Rama Jurisdiccional y de Fiscalías, éstos solamente podrán ser removidos de sus cargos, durante el respectivo período judicial, por las causas y mediante el procedimiento disciplinario consagrado en la ley".

Como la decisión del Tribunal se fundamenta en normas legales expresas y en la jurisprudencia que al respecto ha sentado en forma reiterada esta Corporación, procede la confirmación de la sentencia consultada.

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

Falla:

Confírmase la sentencia consultada, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, con fecha 19 de abril de 1983.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 18 de noviembre de 1983.

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Orejuela Gómez.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

TITULO II

ORDEN DEPARTAMENTAL

CAPITULO UNICO

ORDENANZAS DE LAS ASAMBLEAS

PRESTACIONES SOCIALES OFICIALES. — Establecimiento y modificación. EMPLEADOS PUBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES. — Prestaciones. ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES Y CONCEJOS MUNICIPALES. — No pueden crear prestaciones sociales o establecer su régimen general ni siquiera con relación a los trabajadores oficiales. PRESTACIONES SOCIALES DE LOS EMPLEADOS OFICIALES DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES. — No son aplicables a los empleados oficiales de las entidades territoriales las prestaciones sociales consagradas en los Decretos Extraordinarios 3135 *de* 1968 *y* 1045 *de* 1978, *como tampoco las disposiciones del* 1848 *de* 1969, *ni las normas del extraordinario* 1042 *de* 1978, *no sólo en razón de lo dispuesto en los artículos* 7º *del decreto citado en tercer lugar,* 1º *del segundo y* 1º *del cuarto de ellos, sino porque en cuanto al régimen de remuneración y prestaciones sociales, las Leyes* 65 *de* 1967 *—artículo* 1º, *literal h)— y* 5º *de* 1978 *—artículo* 1º *ordinal* 1º, *literal a) y ordinal* 5º*— que concedieron al efecto facultades extraordinarias al Presidente de la República, se refieren exclusivamente al orden nacional.*

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., agosto treinta y uno de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctor Joaquín Vanín Tello*)

Referencia: Expediente Nº 7218. Actos de las Asambleas. Actor: Silvia Enith Gamboa de Mera.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la señora Silvia Enith Gamboa de Mera contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Cauca, el 20 de abril de 1982, en el proceso originado en la demanda que presentó la actora, enderezada a obtener la declaración de nulidad de "la Ordenanza número 17, "por la cual se acutalizan las disposiciones contenidas en la Ordenanza Nº 16 de 1973", expedida por la Asamblea del Cauca en el período ordinario de 1980, sancionada el 12 de diciembre de ese año y vigente desde el 16 de enero del presente, cuando fue promulgada en el "Registro Oficial" número 3079".

Dice la actora que el "hecho fundamental de esta acción es que la Asamblea del Cauca, al expedir la Ordenanza referida, ha excedido sus funciones, pretendiendo regular materia para la que carece de competencia, y pretermitiendo reglas expresas de trámite, por donde el acto administrativo resultante contraría el orden jurídico nacional, ya que viola normas precisas de la Constitución Política.

"Estimo que la Ordenanza 17 de 1980 de la Asamblea del Cauca, desconoce los artículos 20, 76, ordinales 1, 2 y 9, y 187, ordinales 5, 6 y 7, de la Carta, y el artículo 98, ordinal 2, de la Ley 4ª de 1913.

"Mi concepto acerca de estas infracciones es como sigue:

"1. Contenido de la Ordenanza 17 de 1980 del Cauca.

"Se ocupa esta providencia de prestaciones sociales para empleados oficiales del Departamento del Cauca, que laboren en la administración central o en la descentralizada, haciendo mención particular de los señores Diputados y de los subalternos de la Asamblea. Tangencialmente se ocupa de salario, pues habla de *primas,* algunas de las cuales, como es sabido, son prestaciones (de navidad, de vacaciones), y otras participan de la naturaleza del salario (la técnica, la de servicio). Esto explica en parte la mención como pagadores de "las entidades descentralizadas.....y demás dependencias departamentales", en el artículo 3º, y del Departamento, en el artículo 5º

"Por la materia que tratan de modo predominante, los ocho artículos de la Ordenanza 17 de 1980 son de agrupar así:

"1.1. Régimen de Prestaciones Sociales:

"Artículo 1º Las prestaciones sociales y las primas de los empleados públicos y trabajadores oficiales al servicio del Departamento del Cauca y de sus entidades descentralizadas, serán las mismas establecidas o que se establezcan en las leyes y decretos nacionales en favor de los empleados públicos y trabajadores oficiales del orden nacional.

"Artículo 5º Parágrafo: Las prestaciones sociales y las primas de los empleados subalternos de la Asamblea, serán las mismas consagradas en el artículo 1º de esta Ordenanza para los empleados públicos al servicio del Departamento.

"Artículo 6º Las prestaciones sociales, primas y bonificaciones extralegales serán exclusivamente a cargo del Departamento o de sus respectivas entidades descentralizadas y su reconocimiento, financiación y pago por cuenta de los mismos.

"1.2. Régimen de la Caja de Previsión Social del Departamento:

"Artículo 2º El reconocimiento, financiación, liquidación, revisión, sustitución, reajustes y pago de las prestaciones sociales y primas aque alude el artículo anterior, serán de cargo de la Caja de Previsión Social Departamental, de las entidades descentralizadas del mismo y demás dependencias departamentales a las cuales tal función compete en la forma, condiciones, cuantía y procedimiento establecido en la legislación nacional.

"Artículo 3º Para el cumplimiento de lo previsto en los artículos anteriores se dará aplicación estricta a las Leyes 6ª de 1954, 4ª de 1966, 33 de 1973, 12 de 1975, 4ª de 1976, 48 de 1972; y a los decretos nacionales 3.135 de 1968, 1848 de 1969, 434 y 435 de 1971, 446 de 1973, 1221 de 1975, 1042 y 1045 de 1978 y demás normas positivas de derecho que los modifiquen, adicionen o reformen.

"Parágrafo. En consecuencia, las retenciones por concepto de cuota de afiliación se efectuarán sobre los sueldos y salarios y los gastos de representación; y la retención por concepto de aporte periódico del 5% se hará sobre los sueldos, salarios, gastos de representación, viáticos permanentes, prima de alimentación, prima de servicios, prima vacacional, auxilio de transporte y demás factores que constituyen salario de acuerdo con la legislación nacional vigente.

"Artículo 4º El Departamento del Cauca continuará garantizando en la forma solidaria las obligaciones de la Caja de Previsión Social Departamental, por los conceptos a que se refiere esta Ordenanza.

"Artículo 5º Las presaciones sociales, prima de navidad y demás prestaciones sociales —sic— establecidas o que en el futuro se establezcan en beneficio de los Diputados a la Asamblea Departamental o de sus causahabientes serán reconocidas, financiadas, liquidadas, revisadas, sustituidas y reajustadas por la Caja de Previsión Social y el Departamento, de acuerdo con las normas legales vigentes. Su pago se hará por la misma Caja y por el Departamento del Cauca, según el caso.

"1.3. Disposiciones complementarias, accesorias:

"Artículo 7º La presente Ordenanza actualiza las disposiciones contenidas en la número 16 de 1973 y deroga todas las normas ordenanzales y reglamentarias que le sean contrarias.

"Artículo 8º Esta Ordenanza rige a partir de la fecha de su promulgación".

Según la actora, los artículos 1º, y 6º y el parágrafo del 5º versan sobre una materia que es de competencia privativa del legislador, de conformidad con la Constitución Nacional y el Código de Régimen Político y Municipal, y los artículos 2º 3º 4º y 5º son también inconstitucionales por cuanto la iniciativa cuando se trata de materia como la que ellos regulan, corresponde al Gobernador del Departamento.

Intervino como impugnador el Departamento del Cauca, cuyo apoderado considera que la Ordenanza acusada no violó ningún texto constitucional ni legal puesto que lo único que hizo fue actualizar normas departamentales existentes y, además, constitucionalmente "las Asambleas tienen, pues, autonomía para establecer el régimen prestacional inclusive ir más lejos de lo que la ley ha establecido, cuando se trata de favorecer al Trabajador oficial o al empleado del mismo orden"; además, la Ley 6ª de 1945 ordenó, en su artículo 23, a las entidades territoriales "que en el término de seis (6) meses siguientes a su promulgación, crearan Institutos de previsión social 'similares a la que esta ley establece', si antes no lo hubieren hecho"; por último, las disposiciones de la citada Ordenanza no tocan con la estructura de la administración departamental, ni con la escala de remuneración de los empleados del mismo orden, ni crean entidades descentralizadas.

El Tribunal Administrativo del Cauca, por su parte, estima que la Ordenanza acusada se dictó de conformidad con las correspondientes disposiciones constitucionales, pues se remite a las normas que re-

gulan las prestaciones sociales de los empleados oficiales del orden nacional. Sobre el particular dice el *a quo*:

"Observa el Tribunal que la Ordenanza simplemente se acoge al régimen nacional sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales, régimen contenido en las leyes y decretos nacionales vigentes o en las normas que se establezcan en el futuro, para efecto de aplicarlas a los empleados públicos y trabajadores oficiales del orden departamental.

"Es así como en su artículo tercero (3º) ordena que para el cumplimiento de lo previsto en los artículos anteriores se darán aplicación estricta a las Leyes de 1945, 4ª de 1966, 33 de 1973, 12 de 1975, 4ª de 1976 y 48 de 1962; y a los Decretos Nacionales 3135 de 1968, 1848 de 1969, 434 y 435 de 1971, 446 de 1973, 1221 de 1975, 1042 y 1045 de 1978 y demás normas positivas de derecho que los modifiquen, adicionen o reformen.

"No puede entonces sostenerse válidamente que la Asamblea Departamental haya usurpado la competencia que al legislador le otorga el artículo 76 —ordinal 9º— de la Constitución Nacional cuando determina que al Congreso corresponde establecer el régimen de las prestaciones sociales, porque su acto acoge precisamente la legislación nacional para aplicarla en el ámbito departamental.

"Diferente sería la situación si la Ordenanza expidiera un régimen distinto al consagrado por las leyes y decretos con fuerza de ley, pues en tal caso sí habría que negar su competencia al tenor de las normas constitucionales indicadas en la demanda. (Artículos 76 —ordinal 9º 20-187 C.N.).

"De tal manera que si la Asamblea del Cauca dispuso que las prestaciones sociales de los servidores del Departamento son las mismas establecidas o que se establezcan en las leyes y decretos nacionales en favor de los empleados y trabajadores del orden nacional, y que su reconocimiento, financiación, liquidación, revisión, sustitución, reajustes y pago se hará en la forma, condiciones, cuantía y procedimiento establecidos en la legislación nacional, está ciñendose estrictamente a las normas superiores que regulan la materia, observando el principio de legalidad que es fundamento del estado de derecho".

"En lo que respecta al cargo de violación de normas constitucionales por cuanto disposiciones de la Ordenanza tocan con el régimen de la Caja de Previsión Social y, por consiguiente, tenían que ser propuestas por el Gobernador del Departamento, según la demandante, se expresa el Tribunal en los siguientes términos:

"La Ordenanza 17 de 1980 'actualiza las disposiciones contenidas en la Ordenanza 16 de 1973' y algunas de sus normas (artículos 2º, 4º y 5º) hacen relación a la Caja Departamental de Previsión Social, entidad a cuyo cargo corre el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales. Antes se dijo que por mandato de la Ley 6ª de 1945 (artículo 23) los Departamentos y demás entidades territoriales que no tuvieren organizadas instituciones de previsión social, quedaban obligados a crearlas dentro del término que la misma ley estableció.

"La Ordenanza 17, aunque toca con un organismo de la administración departamental como es la Caja de Previsión, no determina su estructura ni la de la administración departamental, tampoco las funciones de las diferentes dependencias administrativas o las escalas de remuneración, como para que requiera la iniciativa del Gobernador del Departamento. Mucho menos se crea, por ella, un establecimiento público, una sociedad de economía mixta o una empresa industrial y comercial. De tal manera que para el Tribunal no hay violación alguna de los ordinales 5º y 6º del artículo 187 de la Constitución.

"Si bien en la ordenanza acusada se dice que el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales al servicio del Departamento del Cauca serán de cargo de la Caja de Previsión Social, no se ordenan en ella inversiones específicas de fondos departamentales, como para exigir por este aspecto la iniciativa gubernamental de que trata el ordinal 7º del artículo 187 de la Constitución Nacional.

"El artículo cuarto (4º) de la Ordenanza simplemente reitera un principio que debió ser establecido en normas anteriores, principio que tampoco ordena gastos concretos o participaciones de fondos públicos.

"Sólo resta agregar que la controversia que suscitó el parágrafo del artículo 3º de la Ordenanza 17, quedó definida por la Ordenanza Nº 005 de 26 de noviembre de 1981, que expresa: "El parágrafo del artículo 3º de la Ordenanza 17 de 1980 (diciembre 12) quedará así: En consecuencia, las retenciones por concepto de cuota de afiliación se efectuarán sobre los sueldos y salarios y los gastos de representación; y la retención por concepto de aporte periódico del 5% se hará sobre los sueldos, salarios, gastos de representación, viáticos permanentes, prima de alimentación, prima de servicios, prima vacacional, auxilio de transporte y demás factores que constituyan salario de acuerdo con la legislación nacional vigente.

"Exonérase del descuento del 5% la prima de navidad de los empleados y trabajadores oficiales y la mesada adicional de diciembre de los pensionados".

"Se observa entonces que el régimen de retenciones fue modificado por la norma ordenanzal transcrita antes, a la cual debe estarse para estos efectos".

Con base en los razonamientos antes transcritos, el Tribunal decidió:

"1º) En relación con el parágrafo del artículo tercero (3º) de la Ordenanza acusada, no es el caso de decidir de fondo, por haber perdido su vigencia dicha norma.

"2º) En todo lo demás se niegan las peticiones de la demanda".

Interpuesto el recurso de apelación por la actora, conoce el Consejo de Estado en segunda instancia, dentro de la cual se ha producido el concepto de la señora Fiscal Quinto, que en lo pertinente dice:

"La Ordenanza fue atacada por dos aspectos:

"1º La falta de competencia de la Asamblea para dictar normas en materia de prestaciones sociales, y

"2º La falta de iniciativa gubernamental en la presentación del proyecto de Ordenanza.

"El Tribunal en la sentencia apelada se abstuvo de fallar en el fondo, en relación con el parágrafo del artículo 3º de la Ordenanza acusada, por haber perdido vigencia dicha norma y en todo lo demás negó las súplicas de la demanda.

"Fundamenta su decisión en que la Asamblea Departamental mediante la Ordenanza acusada, no usurpó la competencia que al legislador otorga el artículo 76, ordinal 9º de la Constitución Nacional, porque ese acto acoge precisamente la legislación nacional para aplicarla en el ámbito departamental.

"Y en cuanto a la iniciativa gubernamental dice que no hay violación de los ordinales 5º y 6º del artículo 187 de la Constitución Nacional pues la Ordenanza no determinó estructura de la Administración Departamental, ni funciones de las distintas dependencias, ni escalas de remuneración, ni creó entidades descentralizadas, ni ordenó inversiones específicas de fondos departamentales.

"La fiscalía se aparta del respetable criterio del *a quo*, por las siguientes razones:

"Como se dijo inicialmente, la Ordenanza se ocupa del régimen de prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del Departamento y sus entidades descentralizadas y del de los empleados subalternos de la Asamblea, indicando las entidades responsables de su pago y la forma de efectuar los descuentos para la entidad de Previsión.

"Dicho acto forma un todo armónico, encaminado a un solo fin, sin que pueda sostenerse que una parte se ocupa exclusivamente de prestaciones sociales y la otra de régimen de la Caja de Previsión. Simplemente algunas disposiciones prevén la forma de hacer efectivas tales prestaciones.

La jurisprudencia de H. Consejo de Estado y la H. Corte Suprema de Justicia ha sostenido que en materia de prestaciones sociales, bien sea en el orden nacional, departamental o municipal, el Congreso tiene competencia exclusiva, en virtud de lo dispuesto por el artículo 76, ordinal 9º de la Constitución Nacional, y sólo puede regularse por el Presidente de la República cuando haya sido investido por el legislador de precisas facultades, durante determinado tiempo.

"En consecuencia, las Asambleas Departamentales carecen de competencia para disponer sobre prestaciones sociales, en forma distinta a como lo ha hecho el legislador.

"La sentencia del Tribunal considera que precisamente en este caso, la Asamblea se limitó a acoger la legislación nacional.

"Sin embargo es necesario tener en cuenta que toda la legislación nacional no es aplicable a los departamentos.

"Lo serán las normas que dicte el Congreso sobre prestaciones, a menos que ellas se refieran a un sector determinado de la Administración, o que excluyan expresamente a los Departamentos y Municipios, pero nó aquellos Decretos Leyes, dictados por el Presidente de la República, si en las facultades que le son conferidas no se dice expresamente que cobijan a los empleados del orden Departamental o Municipal.

"Es concretamente el caso de los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1042 y 1045 de 1978, citados en el artículo 3º de la Ordenanza acusada.

"Tales decretos, en virtud de las autorizaciones concedidas, sólo rigen para el orden nacional.

"Mal podría entonces una Ordenanza hacerlos obligatorios en el ámbito departamental.

"Tampoco entiende este Despacho, que el artículo 22 de la Ley 6ª de 1945, hubiera conferido facultades permanentes al Gobierno para señalar las prestaciones de las personas al servicio del Departamento, porque una disposición legal en tal sentido sería inconstitucional.

"Lo que se pretendió con dicho artículo fue aplicar gradualmente las prestaciones establecidas en esa ley, de acuerdo con la condición económica de los respectivos Departamentos, Intendencias, Comisarías y Municipios en esa época, para no quebrantar gravemente sus débiles finanzas.

"En este orden de ideas, concluye la Fiscalía que la Ordenanza acusada al adoptar un régimen de prestaciones sociales en el orden Departamental, idéntico al que actualmente rige o al que posteriormente se establezca para los empleados nacionales, infringió las normas invocadas en la demanda, pues no siempre ese régimen puede aplicarse automáticamente en los Departamentos.

"Por otra parte, sin duda alguna esta Ordenanza tiene incidencia en el gasto público, pues regula la forma de hacer efectivas las prestaciones que deben pagarse de acuerdo con la legislación nacional, estableciendo además una solidaridad del Departamento en relación con las obligaciones de la Caja de Previsión, y el pago a su cargo, exclusivamente, de prestaciones, primas y bonificaciones extralegales. Por tanto, en opinión de este Despacho, la iniciativa corresponde al Gobernador.

"Al ser anulados algunos de sus artículos, carecerían de sentido los demás pues no tendrían ninguna coherencia.

"Respecto a la inhibición del Tribunal en cuanto al parágrafo del artículo 3º anota la Fiscalía, que si bien fue adicionado por la Ordenanza 005 de 26 de noviembre de 1981, conservó su vigencia y en la parte que se acusa permaneció intacto. En consecuencia puede haber pronunciamiento sobre él.

Por lo expuesto, esta Agencia del Ministerio Público se permite conceptuar solicitando se revoque la sentencia apelada y en su lugar se acceda a las súplicas de la demanda".

Habiendo culminado la actuación, sin que se observen vicios que la invaliden, procede la Sala a decidir, previas las siguientes.

Consideraciones

I. REGIMEN PRESTACIONAL DE LOS EMPLEADOS OFICIALES AL SERVICIO DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA.

Sobre esta materia, en fallo dictado el 17 de noviembre de 1982, se expresó la Sala en los siguientes términos:

"En lo que concierne a la nulidad de la disposición acatada, estima la Sala que para llegar a la conclusión de que ella es abiertamente ilegal e inconstitucional, basta tener en cuenta que el régimen de las prestaciones sociales, tanto las nacionales como las concernientes a las entidades territoriales, es de orden legal, de conformidad con la Constitución Nacional.

"Corresponde normalmente al Congreso y al Presidente de la República, en uso de facultades extraordinarias, establecer o modificar el régimen de las prestaciones sociales de carácter oficial, según se desprende de los artículos 62, 76, atribuciones 1ª, 9ª, que se refiere exclusivamente al orden nacional, 10 y 12; Título XVIII, especialmente los artículos 187 y 197. De acuerdo con el artículo 62, el régimen jubilatorio es de carácter legal; de conformidad con la atribución 10 del artículo 76, corresponde al legislador regular los aspectos del servicio público distintos de los previstos en las anteriores atribuciones contempladas en el mismo artículo. El servicio público a que se refiere la norma comprende el que prestan las entidades territoriales. Por otra parte, no existe en la Constitución Nacional ninguna disposición que dé facultades a las Asambleas Departamentales y Concejos Municipales y mucho menos a Gobernadores y Alcaldes para regular el régimen de las prestaciones sociales, como sí sucede en lo que respecta a la estructura de la Administración Departamental y Municipal, la determinación de las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo (artículo 187, ordinales 5º y 6º, en coordinación con el artículo 194, ordinal 9º y artículo 197, atribuciones 3ª y 4ª).

"Ciertamente el sistema de las prestaciones sociales es posterior a la Constitución de 1886, que estableció las bases del régimen de la administración departamental y municipal, pero las reformas constitucionales que se hicieron en este siglo, después de que se instituyeron en el país las prestaciones sociales, no otorgaron a las Asambleas Departamentales y Concejos Municipales la facultad de crearlas o de regular el régimen de ellas. Es muy diciente el hecho de que la Constitución de 1886 reservó para el Congreso, en su artículo 62, la facultad de regular el régimen de la jubilación, que obviamente no correspondía entonces al concepto de prestación social.

. . . . . .

"Finalmente, se debe anotar que los servidores departamentales y municipales, al igual que los de las otras entidades territoriales, están sometidos, en cuanto al régimen de sus prestaciones sociales, a disposiciones legales y reglamentarias dictadas por el Congreso y por el Gobierno Nacional, como son entre otras, las pertinentes de la Ley 6ª de 1945, Decretos 1600, artículo 12, y 2767 del mismo año, Ley 65 de 1946, Ley 24 de 1947, artículo 1º, Ley 72 de 1947, artículo 21, Decreto 1160 de 1947, Decreto 2921 de 1948, Ley 4ª de 1966, Ley 4ª de 1976, Ley 21 de 1982, esta última sobre subsidio familiar, artículo 3º de la Ley 5ª de 1969, que sustituyó al 9º de la Ley 48 de 1962, etc. En cuanto a su situación de empleados públicos rige para ellos el Decreto Extraordinario 1732 de 1960, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65 del Decreto 2400 de 1968, modificado por el artículo 1º del Decreto 3074 del mismo año.

"Las normas legales y reglamentarias que establecen prestaciones sociales para los empleados oficiales al servicio de las entidades territoriales, y determinan los hechos que las originan, los elementos que las estructuran, la forma de liquidarlas, la cuantía de las mismas, etc., no pueden ser modificadas mediante ordenanzas de las asambleas y acuerdos de los concejos, sino por medio de una ley o un decreto expedido por el Presidente de la República, de conformidad con sus facultades constitucionales y legales (Constitución Nacional, artículos 76, atribución 1ª y numeral 12, y 120, ordinal 3º)". (Expediente Nº 6459. Autoridades Departamentales. Actora: Carmenza Pérez de Ardila. Ponente Consejero: Joaquín Vanín Tello).

No se aviene, pues, con las correspondientes disposiciones constitucionales la aseveración del apoderado que designó el Gobernador del Cauca, en el sentido de que las Asambleas tienen autonomía para establecer el régimen prestacional de los servidores del respectivo Departamento e inclusive superar las que otorga la ley, pues otra cosa es lo que disponen los artículos 62 y 76 de la Constitución Nacional, que confieren esa facultad al legislador, sin que haya ningún otro texto de ese estatuto fundamental que la otorga a otro organismo o autoridad, que no lo hace en manera el artículo 187 respecto de tales corporaciones administrativas.

Es cierto que, con base en lo dispuesto en el ordinal 3º (hoy 7º) del artículo 76 de la Constitución Nacional, y en el ordinal 6º del artículo 54 del Acto Legislativo número 3 de 1910, que actualmente corresponde al numeral 11 del artículo 187 de la misma Constitución, una ley, la 4ª de 1913, o sea el Código de Régimen Político y Municipal, facultó en el ordinal 4º de su artículo 97, a las Asambleas Departamentales para "Decretar pensiones de jubilación a los maestros y maestras de escuelas oficiales que hubieren servido por el tiempo que las mismas Asambleas podrán determinar, y que no será menor de quince años"; y que otra ley, la 83 de 1925, autorizó a las mismas Asambleas "para decretar pensiones a favor de los deudos de los ciudadanos que como alcaldes o funcionarios de policía recibieron muerte violenta a consecuencia del desempeño de sus deberes".

Pero se debe anotar que entonces las pensiones no tenían el carácter de prestaciones sociales, que no estaba claramente definida esa cuestión de competencia legislativa en el artículo 76 de la Constitución Na-

cional y que las disposiciones arriba citadas determinaron condiciones y clase de servicios para el otorgamiento de ellas, como lo establece el artículo 62 de la Carta.

Si las normas contitucionales anteriores a 1968 no eran claras o terminantes sobre el particular, aunque de ninguna manera concedieron la facultad de establecer el régimen de prestaciones sociales ni al Presidente de la República, ni a las Asambleas Departamentales ni a los Concejos Municipales, a partir de la reforma de dicho año no queda la menor duda de que se trata una atribución exclusiva del Congreso.

Pero se deben hacer las siguientes precisiones:

1ª El régimen prestacional de los empleados públicos nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y distritales es estrictamente legal; no puede ser establecido sino por el Congreso o por el Presidente de la República en uso de facultades extraordinarias.

2ª En cuanto a los trabajadores oficiales, se puede establecer un régimen de prestaciones sociales que superan las establecidas en la ley, mediante convenciones, pactos colectivos o laudos arbitrales (artículos 416, 461, 467 y 481 del Código Sustantivo del Trabajo, aplicables a todos los trabajadores oficiales, 3º y 4º del Decreto Extraordinario 1045 de 1978, que rige únicamente para los del orden nacional). Para tales servidores del Estado, las prestacions sociales consagradas en la ley constituyen un mínimo de derechos.

b. Conforme a los artículos 76, 187 y 197 de la Constitución Nacional, las asambleas departamentales y los concejos municipales no pueden ejercer sino las funciones que les atribuyan la Constitución y la ley. Por lo mismo, en materia de regulación del servicio público del orden departamental y municipal, tales organismos no pueden ejercer funciones que no les estén atribuidas constitucional o legalmente y de ninguna manera invadir la órbita de facultades del legislador.

Dispone el artículo 76 de la Constitución Nacional:

"Corresponde al Congreso hacer las leyes.

"Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:

. . . . . .

"9ª) Determinar la estructura de la administración nacional mediante la creación de ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos, y fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales.

"10) Regular los otros aspectos del servicio público, tales como los contemplados en los artículos 62, 132 y demás preceptos constitucionales; expedir los estatutos básicos de las corporaciones autónomas regionales y otros establecimientos públicos, de las sociedades de economía mixta, de las empresas industriales o comerciales del Estado, y dictar las normas correspondientes a las carreras administrativas, judicial y militar;"

Por su parte, el artículo 187 de la misma Constitución establece:

"Corresponde a las asambleas, por medio de ordenanzas:

. . . . . .

"5º) Determinar a iniciativa del gobernador, la estructura de la administración departamental, las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo".

Finalmente, el artículo 197 de la Carta estatuye:

"Son atribuciones de los concejos, que ejercerán conforme a la ley, las siguientes:

. . . . . .

"3ª) Determinar la estructura de la administración municipal, las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo".

El ordinal 9º del artículo 76, como se anotó en la sentencia parcialmente transcrita, se refiere sólo a la administración Pública Nacional; pero el numeral 10) es aplicable a aquélla y a las entidades territoriales.

Según la última de las citadas disposiciones, los aspectos del servicio público no mencionados en el ordinal 9º también son de competencia del legislador, salvo que otro precepto constitucional, haciendo excepción a la regla general, los someta a la regulación de otra rama, organismo o autoridad. Entre esos aspectos se encuentra lo relativo al régimen de las prestaciones sociales de los empleados oficiales.

Si bien es cierto que los artículos 187 y 197 de la Constitución Nacional confieren a las asambleas departamentales y a los concejos municipales facultades para regular la administración de las correspondientes entidades territoriales, las mismas normas disponen que aquéllas no pueden ser ejercidas sino dentro del marco establecido por la Constitución y la ley. Ese marco, en cuanto a atribuciones de las asambleas y concejos, deja por fuera el régimen de las prestaciones sociales.

Es evidente que en tanto que el artículo 76 de la Constitución dispone que mediante las leyes el Congreso ejerce la facultad de fijar, en el orden nacional, "las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales", (atribución 9ª), establecen los artículos 187 —ordinal 5º y 197 —atribución 3ª—, que compete a las asambleas departamentales y a los concejos municipales determinar la estructura de la Administración Departamental y de la Municipal, respectivamente, lo mismo que "las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos", sin mencionar lo relativo a prestaciones sociales, que están comprendidas en los términos generales del numeral 10) del artículo 76.

De suerte que, en materia de prestaciones sociales, no hacen ninguna excepción a las reglas generales establecidas en el artículo 76 de la Constitución Nacional, las normas constitucionales que confieren atribuciones a las asambleas y concejos para determinar la estructura de la Administración Departamental y de la Municipal, en su orden, las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, etc. (artículos 187 y 197, especialmente los ordinales 1º, 5º y 6º del primero y atribuciones 1ª, 3ª y 4ª del segundo).

c. De la disposición que ordenó a los Departamentos, Intendencias y Municipios que no tenían organizadas instituciones similares a la Caja Nacional de Previsión Social, cuando se dictó la Ley 6ª de 1945, que las crearan dentro de los seis meses siguientes a la promulgación de dicha ley (artículo 23 del mismo estatuto), no se puede deducir la facultad de establecer prestaciones sociales. Una cosa es la creación de tales prestaciones y otra la del organismo que deba satisfacerlas.

Pero de todas maneras, la Ley 6ª de 1945, el Decreto 2767 del mismo año y las disposiciones que sobre la materia se dictaron antes de la reforma constitucional de 1968, se encuadran dentro de un marco constitucional diferente, por lo menos no tan preciso, como el determinado por el actual artículo 76 de la Carta. De ese contexto normativo atinente a facultades del legislador para regular el servicio público, vinieron a hacer parte las reglas del artículo 62 de la Constitución, establecidas unas por el constituyente de 1886 y otras en el plebiscito de 1957.

En suma, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales no pueden crear prestaciones sociales o establecer su régimen general ni siquiera con relación a los trabajadores oficiales, esto es, los vinculados a las respectivas entidades territoriales mediante contrato de trabajo.

d. Pero como bien lo anota la señora Fiscal y quedó claro en la jurisprudencia transcrita, no todas las disposiciones legales del orden nacional, en materia de prestaciones sociales, son aplicables a los servidores de las entidades territoriales.

Sólo parte de esta legislación es común y, con algunas excepciones, aquella a que están sometidos los empleados oficiales de las entidades territoriales ha quedado rezagada con relación a la que rige exclusivamente para los del orden nacional y ello obedece a la imposibilidad de establecer un régimen uniforme para todas ellas debido a su desigual situación fiscal, pues mientras que existen algunos departamentos y municipios que pueden pagarlas todas y en la más alta cuantía, para otros resultaría una carga insoportable.

Esa es la razón de ser del artículo 22 de la Ley 6ª de 1945 y del Decreto 2767 del mismo año, que clasificó, de manera general, a las entidades territoriales, de acuerdo con sus ingresos ordinarios anuales, con el fin de graduar las cargas prestacionales que les corresponderían.

Dentro de este orden de ideas cabe anotar que son aplicables a los empleados oficiales de las entidades territoriales las prestaciones

sociales consagradas en los Decretos Extraordinarios 3135 de 1968 y 1045 de 1978, como tampoco las disposiciones del 1848 de 1969 que las reglamentan, ni las normas del extraordinario 1042 de 1978, no sólo en razón de lo dispuesto en los artículos 7º del decreto citado en tercer lugar, 1º del segundo y 1º del cuarto de ellos, sino porque en cuanto al régimen de remuneración y prestaciones sociales, las Leyes 65 de 1967 —artículo 1º, literal h) y 5ª de 1978— artículo 1º, ordinal 1º, literal a) y ordinal 5º—, que concedieron al efecto facultades extraordinarias al Presidente de la República, se refieren exclusivamente al orden nacional.

Otras facultades extraordinarias contenidas en dichas leyes se restringen asimismo a los servidores de la Nación y hay algunas que son de carácter general, es decir, aplicables también a los de las entidades territoriales.

Es el caso de los literales g) y j) del artículo 1º de la Ley 65 de 1967 y del ordinal 4º del artículo 1º de la Ley 5ª de 1978, los cuales no limitan las facultades conferidas al Presidente de la República, de modo que que podía utilizarlas para dictar disposiciones aplicables, respecto de las materias a que ellos se refieren, tanto en el orden nacional, como en el departamental, intendencial, comisarial, distrital y municipal. Pero adviértase que si bien es cierto que el literal j) del artículo 1º de la Ley 65 de 1967 facultó al Presidente de la República para establecer reglas generales en lo concerniente al régimen del servicio, a la creación de empleos y al señalamiento de asignaciones y prestaciones sociales, lo hizo únicamente con relación a "los institutos y empresas oficiales".

Naturalmente que el Presidente de la República al hacer uso de las facultades extraordinarias de carácter general, es decir, para dictar disposiciones aplicables en todos los órdenes de la Administración Pública, podía restringirlas a los servidores de la Nación, esto es, no extenderlas a los de las entidades territoriales, en otros términos, no usar tales facultades con relación a ellos, como en efecto ha sucedido. Así el Decreto 2400 de 1968 se dictó, con algunas excepciones, como la de los parágrafos 1 y 2 de su artículo 25, únicamente para los empleados públicos nacionales. Por eso el Decreto 3074 de 1968, al modificar el artículo 65 de dicho decreto, dejó vigentes las disposiciones del 1732 de 1960 "que hacen relación a los empleados del orden departamental y municipal".

En lo que respecta al Decreto 434 de 1971, claramente dice que mediante él "se dictan normas sobre reorganización administrativa y financiera de las entidades de previsión social de carácter nacional, y se dictan otras disposiciones".

En cambio, de las disposiciones citadas en el artículo Tercero de la Ordenanza acusada, sí son aplicables en los órdenes departamental, intendencial, comisarial, distrital y municipal, las Leyes 6ª de 1945, 4ª de 1966, 33 de 1973, 12 de 1975, 4ª de 1976 y 48 de 1962, 435 de 1971, 446 de 1973 y 1221 de 1975.

Conforme a lo dicho precedentemente habrá de anularse el artículo PRIMERO de la ordenanza demandada por cuanto ordena apli-

car a los empleados oficiales del departamento del Cauca, las prestaciones sociales y las primeras establecidas en favor de los empleados públicos y trabajadores oficiales del orden nacional, sin excluir aquellas consagradas en disposiciones aplicables únicamente a estos últimos servidores del Estado.

Por lo mismo, en virtud de la referencia que hace el artículo PRIMERO, habrá de anularse el parágrafo del artículo QUINTO de dicha ordenanza.

De conformidad también con las consideraciones que se hicieron antes, se anulará el inciso del artículo TERCERO de la misma Ordenanza, pero *únicamente* en cuanto ordena aplicar en lo departamental los Decretos 434 de 1971, 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1042 y 1045 de 1978.

La razón es clara: Si fue voluntad del legislador que no se aplicaran a las entidades territoriales las disposiciones que habría de dictar el Presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias que le otorgó en el literal h) del artículo 1º de la Ley 65 de 1967 y en los ordinales 1º, literal a), y 5º del artículo 1º de la Ley 5ª de 1978, la Ordenanza departamental que las extiende a los empleados oficiales del respectivo departamento, viola tales normas, lo mismo que las constitucionales y legales que se citaron anteriormente.

II. *Régimen de la Caja de Previsión Social Departamental*

En este aspecto de la demanda en contra de la citada Ordenanza, el cargo consiste en que violó la norma constitucional sobre iniciativa del Gobernador del Departamento.

Para el apoderado del Departamento del Cauca no hubo violación de normas constitucionales, criterio con el cual está de acuerdo el Tribunal. En cambio, la señora Fiscal Quinto del Consejo de Estado opina que la iniciativa correspondía al Gobernador por cuanto "sin duda alguna esta Ordenanza tiene incidencia en el gasto público".

Dispone el artículo 187 de la Constitución Nacional, en sus ordinales 5º, 6º y 7º que corresponde a las asambleas departamentales:

"5º) Determinar, a iniciativa del gobernador, la estructura de la administración departamental, las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo;

"6º) Crear, a iniciativa del gobernador, los establecimientos públicos, sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales, conforme a las normas que determine la ley;

"7º) Expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos del departamento, con base en el proyecto presentado por el gobernador y de acuerdo con las correspondientes normas legales. En todo caso las ordenanzas que decreten inversiones y participaciones de fondos departamentales; las que decreten cesiones de bienes y rentas del departamento, y las que creen servicios a cargo del mismo o las traspasen a él, sólo podrán ser dictadas o *reformadas* a iniciativas del gobernador".

Ciertamente la Ordenanza acusada no determina la estructura de la Administración Departamental, ni señala escalas de remuneración, para las distintas categorías de empleo, ni crea entidades descentralizadas, como tampoco decreta inversiones ni participaciones de fondos departamentales, ni cesiones de bienes y rentas del Departamento. Pero al tenor de algunas de sus disposiciones, hay creación de servicios a cargo del Departamento, directamente o por intermedio de sus entidades descentralizadas; señalamiento de funciones y establecimiento de obligaciones en contra de dicha entidad territorial y de la Caja de Previsión Social Departamental, lo mismo que de otras entidades del Departamento.

Según los ordinales del artículo 187 de la Constitución Nacional, antes transcritos, disposiciones sobre tales materias no pueden dictarlas las Asambleas Departamentales sino a iniciativa del Gobernador, lo que no sucedió en este caso.

En ponencia para primer debate del correspondiente proyecto de acto legislativo, del cual salió el actual Art. 187 de la C. N., quedó bien claro que la intención era dejar al Gobernador la iniciativa del gasto público, de las disposiciones sobre funcionamiento de la Administración, funciones de las dependencias departamentales, entre otras materias (Historia de la Reforma Constitucional de 1968. Presidencia de la República, Secretaría Jurídica, página 359).

No dice la Constitución Nacional, como parece entenderlo el Tribunal, que sólo cuando la Ordenanza "ordena gastos concretos" la iniciativa corresponde al Gobernador. Ese requisito constitucional tiene aplicación respecto de toda disposición que dicten las Asambleas y que implique gastos a cargo del Tesoro Departamental. Tampoco habla la Constitución de "inversiones específicas", como lo hace el Tribunal en su fallo, sino simplemente de "inversiones".

Por las razones antes expuestas, se anularán, de la citada Ordenanza, los artículos SEGUNDO, CUARTO y SEXTO y el inciso del QUINTO.

III. Otras consideraciones

a. No contrarían ninguna disposición legal de orden superior, los artículos SEPTIMO y OCTAVO de la Ordenanza acusada.

b. En cuanto al parágrafo del artículo TERCERO, la Sala no comparte las apreciaciones de la señora Fiscal, sino que está de acuerdo con el criterio del Tribunal, pues dicha disposición no fue adicionada sino totalmente subrogada por la Ordenanza 005 de 1981. Se confirmará entonces el pronunciamiento inhibitorio del Tribunal respecto de dicho parágrafo.

c. No puede influir en la legalidad de la Ordenanza acusada que en ella se modifiquen o repitan normas que estaban incluidas en Ordenanzas anteriores.

Toda disposición que dicte una Asamblea en contra de lo establecido por la Constitución o la ley, en materia de prestaciones sociales, es nula, cualesquiera que sean los antecedentes en el régimen norma-

tivo departamental. La violación en que hayan incurrido normas anteriores no justifica la infracción de las nuevas a la Constitución o a la ley; esa circunstancia no puede tener la virtud de subsanar la nulidad de las últimas.

Toda norma que expida una Asamblea en lo concerniente a determinación de la estructura administrativa o de las funciones de dependencias departamentales o que prevea servicios o gastos a cargo del Tesoro Departamental, aunque sólo tenga el carácter de reformatoria o se limite a repetir anteriores disposiciones, está sujeta al requisito constitucional de la iniciativa gubernamental.

Por lo demás, lo que se juzga es la Ordenanza demandada y no las Ordenanzas que la antecedieron. Pero si fuera necesario, bastaría comparar la Ordenanza Nº 16 de 1973, aportada al proceso, con la Nº 017 de 1980, para comprobar que la segunda modifica, en forma amplia, a la primera, contiene disposiciones en materia reservada a la iniciativa del Gobernador, que no estaban contenidas en aquélla.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, parcialmente de acuerdo con su Fiscal colaboradora, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

Falla:

1º Confírmase el ordinal 1º de la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, el 20 de abril de 1982.

2º Revócase el ordinal 2º de la misma sentencia, y en su lugar se dispone:

Declárase la nulidad de las siguientes disposiciones de la Ordenanza Nº 017 de 1980, expedida por la Asamblea del Cauca: artículos PRIMERO, SEGUNDO, CUARTO, QUINTO, SEXTO y el inciso del TERCERO, únicamente en cuanto ordena aplicar a los empleados oficiales de dicho Departamento los Decretos Extraordinarios 434 de 1971, 3135 de 1968, 1042 y 1045 de 1978 y el Reglamentario 1848 de 1969.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 12 de agosto de 1983.

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES. FACULTAD IMPOSITIVA.— Para el ejercicio de la facultad impositiva, requieren la autorización legal expresa en donde se fijen las condiciones y límites de los tributos respectivos. FUNCION LEGISLATIVA O IMPOSITIVA. Corresponde exclusivamente al Congreso, aunque naturalmente en casos excepcionales aquél puede dar facultades al Presidente de la República para ejercer esa función pero sin que con ello se desvirtúe la esencia del principio. Excepción. ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES. ESTRUCTURA DE LA ADMINISTRACION. Las Asambleas pueden determinar la estructura de la Administración Departamental y las FUNCIONES de las diferentes dependencias, así como crear entidades administrativas descentralizadas.

Declárase la nulidad de los artículos 1º, 2º, 3º, 4º *y literal a) del artículo* 7º *de la Ordenanza número* 025 *de* 1978 *de la Asamblea Departamental del Huila.*

Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Bogotá, D. E., veinticuatro (24) de agosto de mil novecientos ochenta y tres (1983)

(Consejero ponente: *Doctor Ignacio Reyes Posada*)

Referencia: Expediente número 10.728

Actor: Alvaro Carrera Carrera

Se decide el recurso de apelación interpuesto en oportunidad legal por el Departamento del Huila contra la sentencia de 19 de julio de 1979, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, mediante la cual se decretó la nulidad de la Ordenanza 025 de 1978 de la Asamblea de dicho Departamento.

Conoce la Sala Plena de este juicio por haberlo dispuesto así la Sección Primera al presentar el proyecto elaborado por el Consejero doctor Jacobo Pérez Escobar, que contenía un cambio de jurisprudencia; pero al ser negado dicho proyecto por la mayoría de la Sala pasa al actual ponente, quien ha respetado el orden y método del proyecto original, limitándose a modificar las conclusiones para mantener la reiterada jurisprudencia de la Corporación en la materia *sub judice*.

I. *Antecedentes*

El doctor Alvaro Carrera Carrera, en ejercicio de la acción contencioso administrativa consagrada en el artículo 66 de la Ley 167 de 1941, demandó ante el Tribunal Administrativo del Huila la declaración de

nulidad de la Ordenanza número 25 de 1978 emanada de la Asamblea del expresado departamento, "por la cual se establece la Contribución de Vigilancia y se crea el Fondo de Vigilancia".

Considera el demandante que el acto administrativo acusado viola los artículos 191 en concordancia con el 43 y el 76, numeral 7º de la Constitución Nacional, así como también el 201 en concordancia con el 183 de la misma obra, lo mismo que lo dispuesto en la Ley 28 de 1974. Explica que, como bien lo expresa el H. Consejo de Estado en jurisprudencia reiterada y en especial en la de mayo 19 de 1975. Las Asambleas tienen una competencia subordinada en materia tributaria y de contribución, porque es la ley, como lo dispone el artículo 191 de la Constitución Nacional, la que puede determinar la materia, condiciones y límites de las atribuciones de las Asambleas en materia impositiva. Por ello la ley se ha limitado a crear directamente impuestos departamentales y a autorizar a las Asambleas para crear otros taxativamente enunciados en las diferentes leyes que rigen la materia. Hasta el momento no existe ninguna ley que autorice a las Asambleas Departamentales para crear impuestos o contribuciones especiales para vigilancia.

"Por otra parte, agrega el actor, es bueno poner de presente, que las entidades regionales, en lo referente a la administración de sus bienes, son autónomas, y mal puede una entidad departamental rebasar lo dispuesto en el artículo 201 de la Constitución Nacional, en concordancia con el 183 y la Ley 28 de 1974 en su artículo 3º, como sucede con el acto de la Asamblea del Huila que demando".

"En consecuencia, señalo como ilegales e inconstitucionales, los artículos 1º, 2º, 4º, 7º en su inciso u ordinal a), por violar el principio de la competencia subordinada a la ley por parte de la Asamblea Departamental del Huila, en materia tributaria y de contribuciones", de la Ordenanza 025 de 1978. Los señalados artículos crean y reglamentan una contribución o tributo que la ley no ha reglamentado.

Por violar la autonomía administrativa del Municipio de Neiva, el demandante considera inconstitucionales e ilegales los artículos 3º y 10 en su inciso e) de la citada ordenanza. Estima que el resto del articulado también es violatorio de la Constitución y la ley por su relación directa, pero sin entrar a demostrarlo.

II. *La sentencia recurrida*

El Tribunal Administrativo del Huila puso término a la primera instancia del proceso con la sentencia recurrida, que lleva fecha de 19 de julio de 1979, mediante la cual decretó "la nulidad del acto administrativo contenido en la Ordenanza 025 de 1978 proferida por la Asamblea Departamental del Huila", la cual había suspendido provisionalmente en virtud de auto fechado el 15 de marzo de 1979.

Las razones que tuvo el Tribunal para decretar la suspensión provisional del acto impugnado, y que son las mismas que le sirvieron de fundamento para declarar su nulidad, son, básicamente, las siguientes:

1ª) "Por medio de la Ordenanza 025 se establece la contribución de vigilancia a toda la ciudadanía de Neiva, con extensión para todo el Departamento conforme al criterio del Gobierno Departamental; se divide a la ciudad de Neiva en zonas determinadas para la liquidación de la contribución, se crea un fondo de vigilancia para financiar los gastos que demanda la 'prestación del servicio de patrullaje y vigilancia', y la respectiva junta administradora e igualmente se faculta 'a los Concejos Municipales para crear y reglamentar organismos similares en su jurisdicción' ".

2ª) "El acto acusado cuya suspensión se solicita dice haberse expedido conforme a las atribuciones del artículo 197 de la Constitución Nacional y en el ordinal 8º del artículo 97 del C. de R. P. y M.; el primero señala las atribuciones que corresponden a las Asambleas y en su ordinal 9º establece: 'reglamentar lo relativo a la Policía local en todo aquello que no sea materia de disposición legal'. Y el segundo determina como función de las Asambleas: 'Reglamentar la Policía local en todos sus ramos, respetando las disposiciones legales', sin embargo, debe tenerse en cuenta que las obligaciones que pesan sobre los gobernados en relación con el pago de los impuestos, su tarifa y el modo de liquidación, están reservados por la Constitución a la ley; y en relación a la imposición de las contribuciones por las Asambleas como lo señala el artículo 43 de la Carta, debe tenerse en cuenta que esta función aparece subordinada conforme al artículo 191 de la misma disposición constitucional a 'las condiciones y dentro de los límites que fije la ley'. De ahí que la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del 21 de mayo de 1971 haya declarado que la facultad impositiva, expresión por excelencia de la soberanía, reside esencialmente en el Congreso y que la facultad de establecer tributos que se reconoce a las Asambleas y Concejos está eminentemente condicionada a lo que sobre la materia disponga la Constitución y las leyes. Por tal debe accederse a la suspensión solicitada". (folio 31).

Se observa que el apoderado del Departamento del Huila se limitó sencillamente a interponer el recurso de apelación ante el Consejo de Estado contra el fallo proferido por el Tribunal Administrativo del Huila sin que hubiese dado las razones de sus pretensiones en la segunda instancia del proceso.

III. *Concepto del Fiscal*

El señor Fiscal Primero de la Corporación al emitir su concepto de fondo en el presente proceso considera que debe accederse a lo pretendido en la demanda, es decir, confirmarse la providencia recurrida. Sustenta su opinión en las razones dadas por el *a quo,* limitándose a agregar lo siguiente:

"La sola confrontación del acto controvertido con las normas que se indican como infringidas es suficiente para llegar a la conclusión de que al demandante le asiste razón en su pretensión anulatoria, pues ante la claridad de los argumentos en que fundamenta su demanda, no se puede menos que aceptar que la violación es manifiesta y esto precisamente lo tuvo en cuenta el Tribunal *a quo* al decretar la suspensión provisional de la ordenanza impugnada" (folio 49).

IV. *Consideraciones de la Sala*

Ejecutoriado el auto de citación para sentencia y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado en el presente proceso, la Sala entra a decidir, previas las siguientes consideraciones:

A. *El acto acusado*

Como ya se expresó antes, el acto administrativo impugnado es la Ordenanza número 025 de 1978, expedida por la Asamblea Departamental del Huila, en virtud de "la cual se establece la Contribución de Vigilancia y se crea el Fondo de Vigilancia".

Aunque en términos generales el demandante dice acusar toda la ordenanza mencionada, lo cierto es que él señala concretamente como violatorios de normas superiores de derecho los siguientes artículos: 1º, 2º, 3º, 4º, 7º literal a) y 10 literal e), pues en verdad su concepto de la violación no cobija a los otros. Dichos artículos expresan lo siguiente:

"Artículo 1º Establécese la Contribución de Vigilancia en la ciudad de Neiva, la cual es extensiva para todo el Departamento a criterio del Gobierno Departamental, consistente en un aporte de los ciudadanos para colaborar en la financiación de los servicios de seguridad, cuya prestación está atribuida a los organismos de carácter y organizaciones cívicas con fines preventivos (sic)";

"Artículo 2º La Contribución de Vigilancia estará a cargo de cada establecimiento comercial, industrial, restaurantes, griles, discotecas, bares, fondas, cafés, semejantes y sobre las residencias conforme a la clasificación por zonas en que para el efecto se halla dividida la ciudad, las poblaciones, áreas departamentales o los municipios (sic)";

"Artículo 3º En Neiva, para efecto de la liquidación de la Contribución de Vigilancia, divídase la ciudad por zonas y asígnese la correspondiente categoría a cada zona así:...". Seguidamente establece cuatro categorías de zonas.

"Artículo 4º La Contribución de Vigilancia que por esta ordenanza se establece se liquidará mensualmente sobre cada una de las residencias comprendidas en las zonas según la clasificación por categorías determinadas en el artículo anterior conforme a la siguiente tabla:

"Primera	Categoría	$ 100.00
"Segunda	Categoría	50.00
"Tercera	Categoría	15.00
"Cuarta	Categoría	4.00

"Parágrafo. La Junta Departamental de Vigilancia, determinará las residencias que estando ubicadas en zonas de mejor clasificación o viceversa deben pagar la cuota mínima o estar exenta de ella".

"Artículo 7º Constituyen los ingresos del fondo:

"a) El producto de las contribuciones de vigilancia que los ciudadanos paguen".

"Artículo 10. La Junta Administradora del Fondo de Vigilancia estará integrada por los siguientes miembros, con sus respectivos suplentes:

"e) Un miembro del Concejo de Neiva".

Los restantes artículos de la Ordenanza 025 de 1978 acusada no fueron objeto de ataque directo, y podría decirse que ni siquiera indirecto, por parte del demandante. Ellos son el 5º, mediante el cual se crea el Fondo de Vigilancia como una cuenta especial de Tesorería, manejada por el Tesorero Departamental, cuya administración está a cargo de una Junta y del Gobernador del Departamento, quien será el ejecutor de las decisiones de la Junta; el 6º, que determina que 'el Fondo de Vigilancia se constituye para financiar los gastos que demanda la prestación del servicio de patrullaje y vigilancia como también de equipos con el mismo fin dentro del Departamento; los literales b) y c) del artículo 7º, que expresan que constituyen los ingresos de Fondo, fuera del producto de las contribuciones de vigilancia que los ciudadanos paguen, 'los aportes y auxilios que cualquier entidad pública o privada realice con este fin' y 'el producto de la operación de vigilancia que por cualquier otro concepto ingrese al Fondo'. Su parágrafo se refiere a los bienes adquiridos con recursos del Fondo o donados con destino al mismo, los cuales serán de propiedad del Departamento y no pueden destinarse a actividades diferentes; el 8º, expresa que el producto de la contribución de vigilancia se incorporará al presupuesto departamental y señala su destinación; el 9º, establece las funciones de la Junta Administradora del Fondo de Vigilancia; e 10, establece la integración de la Junta Administradora del Fondo de Vigilancia, incluyendo, como ya se vio, un miembro del Concejo de Neiva; el décimo primero, establece que el Gobernador del Departamento será el ejecutor de las decisiones de la Junta y el ordenador de los gastos con cargo a los recursos del Fondo; el décimo segundo, da facilidades al Gobernador para contratar con las Empresas Públicas de Neiva u otras entidades públicas o privadas, el cobro del fidecomiso de la contribución que se establece; el décimo tercero, establece que el producto de la contribución de vigilancia se regirá por la entidad respectiva que efectúa el cobro a la Tesorería Departamental dentro de determinado plazo; el décimo cuarto, establece que el control Fiscal del producto de la contribución está a cargo de la Contraloría Departamental; el décimo quinto, faculta al Gobernador del Departamento por el término de un año para reglamentar la presente ordenanza; el décimosexto, faculta a los Concejos Municipales para crear y reglamentar organismos similares en su jurisdicción, y el décimo séptimo, establece que la ordenanza rige a partir de la fecha de su expedición.

B. *Los cargos de inconstitucionalidad e ilegalidad contra el acto acusado*

El actor le hace al acto administrativo impugnado los siguientes cargos:

Primer cargo. La Ordenanza número 25 de 1978 emanada de la Asamblea Departamental del Huila es violatoria de los artículos 191 en concordancia con el 43 y el 76, 7º, de la Constitución Nacional, porque conforme a estas normas las Asambleas Departamentales tienen una competencia subordinada en materia tributaria y de contribución. Es la ley la que puede determinar la materia, condiciones y límites de las atribuciones de los impuestos y contribuciones que pueden establecer las corporaciones departamentales. Como quiera que la ley no ha autorizado a las Asambleas para crear la 'contribución de vigilancia' para las ciudades es evidente que los artículos 1º, 2º, 4º y 7º en su ordinal a) son violatorios del artículo 191 de la Constitución en armonía con el 43 y el 76, numeral 7º.

El *a quo* acogió las razones dadas por el actor y por ello declaró la nulidad no sólo de los citados artículos sino de toda la Ordenanza acusada.

La Sala observa

El artículo 191 de la Constitución establece que "las Asambleas Departamentales, para cubrir los gastos de administración que les correspondan, podrán establecer contribuciones con las condiciones y dentro de los límites que fije la ley". Esta disposición es textualmente originaria de la Constitución de 1886, en la cual le correspondió el número de orden 190.

Sobre el alcance del hoy artículo 191 de la Constitución expresó José María Samper, uno de los miembros del Consejo Nacional Constituyente de 1886, lo siguiente:

"Uno de los mayores males que ha ocasionado la Federación en Colombia (por cuanto los Estados eran soberanos), consistía en la facilidad con que, aún a despecho de prohibiciones constitucionales, las Asambleas legislativas gravaban la industria, el comercio y la vida misma de los pueblos con numerosos pechos y contribuciones, ora directas, ora indirectas, o fundadas en algún monopolio, ora encaminadas a gravar el tráfico entre algunos Estados con derechos de introducción, de extracción o de peaje; derechos que en mucha parte aumentaban los de importación y otros que la república tenía establecidos. De aquí resultaba un extenso sistema de aduanas internas o *aduanillas,* como franca y oficialmente fueron llamadas, que ahondaba cada día más la división entre los colombianos, haciendo de éstos un conjunto de pueblos que se hostilizaban recíprocamente con sus tarifas, en vez de formar un solo pueblo soberano".

"Este mal hubiera podido continuar, no obstante la supresión de los Estados soberanos y la concentración de la soberanía, si no se le hubiera puesto remedio con una disposición constitucional. De ahí el artículo 190, que da facultades a las Asambleas Departamentales para establecer las contribuciones necesarias, con el objeto de cubrir los gastos que cause la administración del respectivo departamento, pero con las condiciones y dentro de los límites que fije la ley. Sin esta restricción, volveríamos a los abusos fiscales, la guerra interna de tarifas y la prodigalidad de los dineros públicos de que se dio triste ejemplo durante el régimen federal. Y no debe temerse que las leyes sean res-

trictivas con exceso, sino verdaderamente protectoras de los pueblos y de las relaciones comerciales, puesto que el Congreso ha de estar siempre interesado en asegurar la buena administración de los departamentos, necesaria para facilitar el gobierno de toda la república, y que esos departamentos tendrán, virtualmente, representación en el Senado" (Derecho Público Interno de Colombia, publicación de Biblioteca Popular de Cultura Colombiana, Bogotá, 1951, Tomo II, páginas 462 y siguientes).

A su turno Francisco de Paula Pérez al comentar la norma que se estudia dice lo siguiente:

"La iniciativa en materia tributaria corresponde al Parlamento y de modo particular a la Cámara de Representantes; pero las asambleas en cada departamento constituyen un organismo de representación popular que tiene atribuciones para expedir presupuestos de rentas y gastos y que por lo mismo necesita una fuente de recursos que no puede ser otra distinta a las contribuciones que establezca. Fijarles a éstas un límite, en armonía con la ley, resulta beneficioso para el ciudadano contribuyente y establece orden en el sistema tributario del país" (*Derecho Constitucional Colombiano,* Ed. Lerner, Bogotá, 1962, página 413).

Alvaro Copete Lizarralde se refiere al citado artículo 191 en los siguiente términos:

"La disposición del artículo 191 es una secuela lógica de la independencia que tienen los departamentos para la administración de los asuntos que les han sido adscritos. Las Asambleas dentro de los límites que le señala la ley, pueden establecer impuestos destinados a la satisfacción de las necesidades de sus respectivas comarcas. La ley y la jurisprudencia han determinado en forma nítida que las asambleas al hacer uso de la facultad, no pueden gravar actividades que ya han sido objeto de exacción por la Nación o los municipios cuando éstos han sido autorizados para ello por el legislador. Así se evita la doble tributación, que quebranta principios básicos de la hacienda pública" (*Lecciones de Derecho Constitucional,* Ediciones Lerner, Bogotá, 1960, 3ª ed., páginas 375 y siguientes).

Esta Corporación siguiendo las doctrinas anteriores, ha interpretado de tiempo atrás que las Asambleas, para el ejercicio de la facultad impositiva, requieren la autorización legal expresa en donde se fijen las condiciones y límites de los tributos respectivos. El tratadista Tulio Enrique Tascón anota en su obra Derecho Constitucional Colombiano que el Consejo de Estado, "en sentencias de 15 de mayo de 1935 y 25 de agosto de 1939, ha dicho que las Asambleas no pueden crear impuestos o contribuciones sin que para ello estén autorizadas por la ley, y que cuando ésta ha facultado a los Concejos para establecer determinados gravámenes, implícitamente ha prohibido a los Departamentos crearlos para sí, ya que no es permitido gravar doblemente cualquier objeto, industria o actividad humana".

Más recientemente ha dicho el Consejo de Estado lo siguiente en sentencia de 19 de marzo de 1971:

"De conformidad con los artículos 43 y 76 de la Constitución de Colombia, la función legislativa o impositiva corresponde exclusivamente al Congreso, aunque naturalmente en casos excepcionales aquél puede dar facultades al Presidente de la República para ejecer esa función, pero sin que con ello se desvirtúe la esencia del principio. La aparente capacidad o función impositiva que el mismo artículo 43 da a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales sólo resulta de una interpretación aislada de este artículo, porque esa función aparece subordinada en cuanto a las Asambleas Departamentales por el artículo 191, a las condiciones, límites y atribuciones que señalen la Constitución, la ley y las ordenanzas. Esto significa, presentando el problema de otra forma, lo siguiente: en Colombia sólo pueden establecerse impuestos o contribuciones por disposición de la ley. Las Asambleas Departamentales sólo pueden crear impuestos o tributos, cuando la ley las autorice para ello y dentro de los lineamientos que ella misma les impone; por lo mismo, no pueden autorizar a los Concejos para crear impuestos si a su turno no han sido autorizados para ello por una ley".

La anterior jurisprudencia encuentra autorizado respaldo en el Profesor Esteban Jaramillo quien al tratar sobre la facultad de imposición de las entidades secundarias expresa: "...el Estado, dice, tiene un derecho de imposición que sólo reconoce límites jurídicos en la Constitución Nacional; al paso que las entidades secundarias están subordinadas al Estado, reciben de él las normas de carácter tributario que han de seguir, y su sistema de impuestos debe amoldarse a las tendencias dominantes de la legislación nacional y establecerse de manera que no le hagan al Estado una competencia nociva. Generalmente se les prohíbe gravar objetos ya gravados por la Nación, y con frecuencia, al autorizarlos para establecer un impuesto, se les fija de una vez la cuota máxima que pueden cobrar. La prohibición anotada existe en Colombia, y aquí mismo el impuesto predial que cobran los municipios no puede exceder del 2 por mil del valor venal de los fundos. No es, pues, discrecional el derecho de imposición de las entidades secundarias: se extiende sólo hasta donde se lo permite el Estado" (*Tratado de Ciencia de la Hacienda Pública,* Imprenta del Banco de la República, Bogotá, 4ª edición, página 550).

La sentencia recurrida se ciñe estrictamente a la jurisprudencia vigente de esta Corporación en cuanto a la facultad subordinada a la ley de las Asambleas para establecer tributos o contribuciones y por lo tanto habrá de confirmarse la declaratoria de nulidad de los artículos pertinentes de la ordenanza citada y que fueron expresamente acusados por el actor.

En cuanto a los restantes artículos de la ordenanza impugnada, o sea, el 5º mediante el cual se crea el Fondo de Vigilancia como una cuenta especial de Tesorería; el 6º que establece la finalidad del Fondo, que es la de financiar los gastos que demanda la prestación del servicio de patrullaje y vigilancia; el 7º en sus literales b) y c) que establecen ingresos del Fondo distintos del producto de las contribuciones de vigilancia cuyo establecimiento se anula; el 9º que señala las funciones de la Junta Administradora y los artículos 10 al 17 no violan norma alguna de la Constitución, porque la Asamblea puede crear un

fondo de vigilancia como una cuenta especial de la Tesorería del Departamento del Huila dentro de las facultades que le confiere el ordinal 5º del artículo 187 de la Constitución Nacional.

Para la Sala es incuestionable que si las Asambleas pueden determinar la estructura de la Administración Departamental y las funciones de las diferentes dependencias, así como crear entidades administrativas descentralizadas, con mayor razón pueden crear fondos especiales como el contemplado en la ordenanza acusada. Por consiguiente, contra los artículos que lo crean y reglamentan, ya señalados, no pueden prosperar los cargos indeterminados que el demandante formula contra toda la ordenanza.

En este sentido se modificará la sentencia apelada.

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

Falla:

Revócase la sentencia recurrida, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila de fecha 19 de julio de 1979 y en su lugar se dispone lo siguiente:

1º Declárase la nulidad de los artículos 1º, 2º, 3º, 4º y literal a) del artículo 7º de la Ordenanza número 025 de 1978 de la Asamblea Departamental del Huila.

2º Deniéganse las restantes súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 23 de agosto de 1983.

Samuel Buitrago Hurtado **(Presidente),** ***Aydée Anzola Linares, Carlos Betancur Jaramillo, Jorge Dangond Flores, Enrique Low Murtra*** (Salvó el voto), *Carmelo Martínez Conn* (Salvó el voto), *Alvaro Orejuela Gómez* (Ausente), ***Bernardo Ortiz Amaya, Jacobo Pérez Escobar*** **(Con salvamento de voto),** ***Mario Enrique Pérez V.*** **(Con salvamento de voto),** ***Ignacio Reyes Posada, Gustavo Humberto Rodríguez R., Roberto Suárez Franco, Eduardo Suescún Monroy*** **(Con salvamento de voto),** ***Jorge Valencia Arango, Joaquín Vanín Tello.***

Darío Quiñones Pinilla., **Secretario General.**

ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES. FACULTAD IMPOSITIVA. (Salvamento de Voto).
En la doctrina tradicional del Consejo de Estado que exige permiso legal para que las Asambleas Departamentales puedan imponer contribuciones, se está reviviendo normas que fueron expresamente derogadas por el legislador (de 1913). El legislador de 1913 consideró que los límites constitucionales estaban delegados al marco legal y que este marco debía interpretarse en el sentido de que las Asambleas pueden fijar todas las contribuciones que sean necesarias mientras no exista expresa prohibición legal. Razones de la tesis anterior: 1) Histórica. 2) Exegética. 3) Sistemática y 4) Finalística.

Consejo de Estado. — Sala Plena de lo Contencioso. — Bogotá, D. E., agosto veinticinco de mil novecientos ochenta y tres.

Referencia: Radicación 10.728. Actor: Alvaro Carrera Carrera.

Salvamento de voto del doctor Enrique Low Murtra

Con mucho respeto me aparto de la tesis tradicional consignada en la sentencia que antecede con base en las siguientes razones:

a) Históricas. Las leyes que se dictaron con posterioridad a la expedición de la Constitución de 1886 determinaron que no es posible establecer impuestos departamentales sin una autorización expresa del legislador. El artículo 162 de la Ley 149 de 1886 dice: "Los Departamentos no podrán establecer nuevos impuestos sin autorización del Congreso". El artículo 129 disponía como una de las funciones de la Asamblea de cada Departamento es la de "organizar las contribuciones o impuestos que la ley permita establecer con arreglo al sistema tributario nacional". El artículo 239 establecía normas análogas a las anteriores con relación a los impuestos de carácter Municipal. En sentido semejante se pronunciaron las Leyes 20 de 1908 y 88 de 1910, en cuyo artículo 23 se dijo que "las Asambleas pueden establecer y organizar las contribuciones e impuestos que la ley permita establecer con arreglo al sistema tributario Nacional".

Ocurrió que esas leyes fueron expresamente derogadas por el artículo 230 del actual Código de Régimen Político y Municipal. Por lo anterior se concluye:

1. Es claro que la voluntad del legislador fue la de derogar la exigencia del permiso legal para que las Asambleas pudieran establecer contribuciones.

2. El artículo 97 del Código de Régimen Político y Municipal simplemente dice que las Asambleas pueden establecer y organizar los impuestos que se necesitan para atender los gastos de la administración pública con arreglo al sistema tributario nacional, pero sin gravar artículos que sean materia de impuestos de la Nación, a menos que para hacerlo se les de facultad expresa por la ley.

3. Una ley derogada no revive sino en la medida que su texto sea reproducido en una nueva ley. Por lo tanto la tradicional doctrina del Consejo de Estado que exige permiso legal para poner contribuciones ignora este sabio principio de hermenéutica jurídica, pues está reviviendo normas que fueron expresamente derogadas por el legislador de 1913.

4. La razón de esta evolución histórica es la siguiente: al pasar la República del sistema federal a la República unitaria era necesario dar aplicación al principio de la centralización política y descentralización administrativa, lo que obligó al legislador de 1888 a establecer una restricción muy importante a las facultades impositivas de las Asambleas. Pero la historia tiene su propia dinámica y así en 1910 el constituyente reitera el texto del artículo que hoy es el artículo 191 de la Constitución Nacional y el legislador de 1913 eliminó la necesidad del permiso legal para efectos de imponer contribuciones a nivel Departamental. Ya en 1913 el legislador consideró que los límites constitucionales estaban delegados al marco legal y que este marco debía interpretarse en el sentido de que las Asambleas pueden fijar todas las contribuciones que sean necesarias mientras no exista expresa prohibición legal.

b. Interpretación exegética. El artículo 191 de la Constitución Nacional, dice que las Asambleas Departamentales podrán establecer contribuciones con las condiciones y dentro de los límites que fije la ley. Luego es la ley la que debe señalar límites y condiciones y mientras no los fije la Asamblea es libre de actuar. No dijo el constituyente que las Asambleas pueden poner "Las contribuciones que permita la ley". Esta última expresión sí sería coherente con la doctrina prevalente del Consejo de Estado de la cual discrepo. En sentido análogo se debe leer el artículo 197 de la Constitución Nacional cuando habla de la facultad que tienen los Concejos de votar las contribuciones y también el artículo 43 de la Constitución Nacional que establecen una potestad general a favor de las Asambleas y Concejos para imponer contribuciones.

c. Interpretación sistemática. Cabe observar como existen muchas disposiciones donde el legislador en forma expresa dice es prohibido a los Departamentos o a los Municipios gravar ciertas cosas. En numerosos casos como el de los recursos naturales, la doble imposición, el Decreto 444 de 1967 la ley prohibe a los Departamentos y Municipios gravar determinados hechos. Si fuera acertada la tesis tradicional del Consejo que sostiene que se necesita permiso legal para establecer contribuciones a nivel Departamental o Municipal por qué el legislador prohibe expresamente gravar tales hechos? Con esa tesis se llegaría a la conclusión de que el legislador dictó normas innecesarias y existe un sabio principio del derecho romano según el cual la ley debe interpretarse de manera que tenga aplicación y no resulte vacía. Al interpre-

tar en forma sistemática este conjunto de normas es imperioso colegir que la tesis tradicional del Consejo es errada.

d. Razón finalística. Resulta que los Departamentos y Municipios por falta de recursos, como rápidamente se infiere del informe Wiesner-Bird, no tiene autonomía para poder realizar sus funciones fundamentales. De manera que no existe la centralización política y la descentralización administrativa como elemento básico inspirador de la Constitución de 1886. Lo que se da en la práctica es centralización política y centralización administrativa. Y ello es así porque los presupuestos Departamentales y Municipales son esqueléticos por falta de recursos y por falta de autonomía fiscal. Una interpretación legal como la que se presentó originalmente en el proyecto que elaboró el doctor Pérez Escobar contiene una tesis histórica de gran importancia que le devolvería a los Municipios y Departamentos su autonomía fiscal y así plasmaría en realidades concretas los principios de la descentralización administrativa.

Con todo respeto,

Enrique Low Murtra.

ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES. FACULTAD IMPOSITIVA. — (Salvamento de Voto). El fin de la norma contenida en el artículo 191 *de la Constitución Nacional no es desconocer la autonomía fiscal de los Departamentos que es una consecuencia natural de su autonomía administrativa, sino establecer un medio para realizar la armonía tributaria con la nación y los municipios. FACULTAD IMPOSITIVA EN LOS DEPARTAMENTOS. Artículo* 43, 191 *y* 183. *Constitución Nacional. El artículo* 97 *numeral* 3º *del C.R. P. y M. preceptúa que las Asambleas por regla general, sólo tienen como limitante para establecer y organizar los impuestos que necesiten, el no poder gravar artículos que ya han sido gravados por la Nación.*

De los Consejeros doctores Jacobo Pérez Escobar, Carmelo Martínez Conn, Eduardo Suescun Monroy y Mario Enrique Pérez V.

Referencia: Expediente Nº 10.720. Actor: Alvaro Carrera Carrera. Ponente: Doctor Ignacio Reyes Posada.

Con todo respeto nos apartamos de la decisión mayoritaria en cuanto mantuvo la jurisprudencia tradicional del Consejo de Estado en relación con la interpretación del artículo 191 de la C. N. las razones de este disentimiento son las siguientes:

Dice la sentencia que la "recurrida se ciñe estrictamente a la jurisprudencia vigente de esta Corporación en cuanto a la facultad subordinada a la ley de las Asambleas para establecer tributos o contribuciones y por lo tanto habrá de confirmarse la declaratoria de nulidad de los artículos pertinentes de la Ordenanza citada y que fueron expresamente acusados por el actor".

Mas resulta que nuestra Constitución se refiere a la facultad impositiva de los Departamentos en tres disposiciones, a saber: en el artículo 43 que dispone que "en tiempo de paz solamente el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales podrán imponer contribuciones"; en el artículo 191, según el cual "las Asambleas Departamentales, para cubrir los gastos de la administración que les correspondan, podrán establecer contribuciones con las condiciones y dentro de los límites que fije la ley", y en el artículo 183, que protege las rentas de las entidades territoriales con las mismas garantías de que gozan los bienes y rentas de los particulares y prohibe al Gobierno Nacional conceder exenciones sobre los impuestos de los Departamentos .

El citado artículo 191 de la Constitución contiene una disposición textualmente originaria de la Constitución de 1886, en la cual correspondió el número de orden.

Concordante con la norma anterior el artículo transitorio G de la expresada Carta Constitucional estableció que las rentas y contribuciones que tenían establecidas por ley los extinguidos Estados de la Unión, serán las mismas de los respectivos Departamentos, mientras no se disponga otra cosa por el Poder Legislativo.

"Exceptúanse las rentas que por Decreto del Poder Ejecutivo han sido destinadas últimamente al servicio de la Nación.

Sobre el alcance del hoy artículo 191 de la Constitución, la sentencia transcribe los conceptos de José María Samper, Francisco de Paula Pérez, Alvaro Copete Lizarralde y Tulio Enrique Tascón, dándoles un sentido que no se tienen por cuanto ninguno de ellos expresa que las Asambleas para el ejercicio de la facultad impositiva que les confiere la Constitución requieren de autorización legal expresa para cada impuesto, puesto que ellos no desconocen la autonomía administrativa que la Constitución les dá a los Departamentos, lo cual implica que puedan recaudar ingresos para atender las funciones que se les ha encomendado, aunque esto último debe ser en armonía con la ley.

Francisco de Paula Pérez, por ejemplo, dice que las Asambleas en cada departamento constituyen un *organismo de representación popular* que tiene atribuciones para expedir presupuestos de rentas y gastos y que por lo mismo necesita una fuente de recursos *que no puede ser otra distinta a las contribuciones que establezca.* Fijárseles a éstos un límite, en armonía con la ley, resulta beneficioso para el cuidadano contribuyente y establece orden en el sistema tributario del país (*Derecho Constitucional Colombiano.* Ed. Lernes, Bogotá, 1962, pág. 418) (El subrayado es nuestro).

Alvaro Copete Lizarralde al comentar el artículo 191 de la Carta señala nítidamente que esta disposición "es una secuela lógica de la independencia que tienen los departamentos para la administración de los asuntos que les han sido adscritos", pero que desde luego la facultad de establecer impuestos deben ejercerla las Asambleas dentro de los límites que les señale la ley.

Nosotros estimamos que interpretando lo expresado por los autores antes citados puede afirmarse que todos ellos señalan, en términos generales, que como secuela lógica de la independencia o autonomía administrativa conferida a los departamentos, las Asambleas Departamentales, para cubrir los gastos de administración que les corresponda, tienen en principio como facultad o atribución propia la de establecer los impuestos o contribuciones que estimen necesarios, pero que la ley puede establecer limitaciones y condiciones para que las Asambleas puedan hacer uso de su atribución fiscal, no sólo consagrada en el artículo 191 sino también en el 43 de la Constitución.

Si lo expuesto es el real alcance que debe dárseles a las normas de los artículos 43 y 191 de la actual codificación constitucional, de ello se desprende la atribución que tienen las Asambleas Departamentales de establecer impuestos o contribuciones por iniciativa propia dentro de los límites y con las condiciones legales, límites y condiciones que ya han sido fijados en forma general por el ordinal 3º del artículo 97 del C. de R. P. y M. (Ley 4ª de 1913), que expresa lo siguiente:

"Son funciones de las Asambleas: 3ª Establecer y organizar los impuestos que necesiten para atender los gastos de la administración pública, con arreglo al sistema tributario nacional, pero sin gravar artículos que sean materia de impuestos de la Nación, a menos que para hacerlo se les de facultad expresa por la ley".

Es muy clara la norma anterior al preceptuar que las Asambleas, como regla general, sólo tienen como limitante para establecer y organizar los impuestos que necesiten al no poder gravar artículos que ya han sido gravados por la Nación. No expresa la norma que se requiera de autorización previa en cada caso para que las Asambleas puedan hacer uso de la atribución que les dan tanto los artículos 43 y 191 de la Constitución como la transcrita norma del C. de R. P. y M., que es una ley marco de autorización.

El Consejero Enrique Low Murtra en su salvamento de voto muestra la evolución histórica de la norma vigente del C. de R. P. y M. antes citado y explica la razón de esa evolución operada a través de nuestra legislación. Al respecto expresa que "las leyes que se dictaron con posterioridad a la expedición de la Constitución de 1886 determinaron que no es posible establecer impuestos departamentales sin una autorización expresa del legislador. El artículo 162 de la Ley 149 de 1888 dice: 'Los Departamentos no podrán establecer nuevos impuestos sin autorización del Congreso'. El artículo 129 disponía como una de las funciones de la Asamblea de cada Departamento la de 'organizar las contribuciones o impuestos que la ley permita establecer con arreglo al sistema tributario nacional'. El artículo 239 establecía normas análogas a las anteriores con relación a los impuestos de carácter Municipal. En sentido semejante se pronunciaron las Leyes 20 de 1908 y 88 de 1910, en cuyo artículo 23 se dijo que 'las Asambleas pueden establecer y organizar las contribuciones e impuestos que la ley permita establecer con arreglo al sistema tributario Nacional'.

"Ocurrió que esas leyes fueron expresamente derogadas por el artículo 230 del actual Código de Régimen Político y Municipal. Por lo anterior se concluye:

"1. Es claro que la voluntad del legislador fue la de derogar la exigencia del permiso legal para que las Asambleas pudieran establecer contribuciones.

"2. El artículo 97 del Código de Régimen Político y Municipal simplemente dice que las Asambleas pueden establecer y organizar los impuestos que se necesitan para atender los gastos de la administración pública con arreglo al sistema tributario nacional, pero sin gravar artículos que sean materia de impuestos de la Nación, a menos que para hacerlo se les de facultad expresa por la ley.

"3. Una ley derogada no revive sino en la medida que su texto sea reproducido en una nueva ley. Por lo tanto la tradicional doctrina del Consejo de Estado que exige permiso legal para poner contribuciones ignora este sabio principio de hermenéutica jurídica, pues está reviviendo normas que fueron expresamente derogadas por el legislador de 1913.

"4. La razón de esta evolución histórica es la siguiente: al pasar la República del sistema federal a la República unitaria era necesario

dar aplicación al principio de la centralización política y descentralización administrativa, lo que obligó al legislador de 1888 a establecer una restricción muy importante a las facultades impositivas de las Asambleas. Pero la historia tiene su propia dinámica y así en 1910 el constituyente reitera el texto del artículo que hoy es el artículo 191 de la Constitución Nacional y el legislador de 1913 eliminó la necesidad del permiso legal para efectos de imponer contribuciones a nivel Departamental. Ya en 1913 el legislador consideró que los límites constitucionales estaban delegados al marco legal y que este marco debía interpretarse en el sentido de que las Asambleas puedan fijar todas las contribuciones que sean necesarias mientras no exista expresa prohibición legal". (Del salvamento de voto a la sentencia en comento).

Es de elemental lógica jurídica que si el legislador ha establecido prohibiciones a las Asambleas de gravar determinadas materias es porque tiene en principio la libertad de iniciativa de establecer impuestos y contribuciones. Sería ílógico que si las Asambleas para poder establecer un impuesto requieran de autorización previa del legislador, éste luego les prohibiera establecer contribuciones para las cuales no les había dado autorización. Pues la ausencia de autorización legislativa ,*a contrario sensu,* estaría significando una prohibición, de manera tal que si una Asamblea estableciese un impuesto no autorizado, dicho impuesto sería inconstitucional e ilegal.

Es evidente que el legislador ha establecido fuera de la prohibición general contenida en la atribución 3ª del artículo 97 de la Ley 4ª de 1913 muchas prohibiciones específicas. Así, por ejemplo, el artículo 1º de la Ley 26 de 1904 dice que "los Departamentos y Municipios no podrán establecer con ningún nombre gravámenes sobre los artículos de cualquier género que transiten por su territorio, procedentes de otro Departamento o encaminados a él, y que, por condiciones topográficas especiales, necesitan atravesar el territorio de un Departamento distinto".

Igualmente el artículo 16 de la Ley 71 de 1916 dispuso que desde su expedición los Departamentos no podrán cobrar impuesto alguno de peaje o de visadura a las personas que conduzcan a las espaldas artículos de cualquier naturaleza.

De otra parte, de conformidad con el parágrafo del artículo 1º de la Ley 91 de 1931, ningún Departamento podrá cobrar a los artículos producidos en otros Departamentos impuesto alguno de consumo a una rata mayor de aquella a que esté gravado el consumo de los artículos similares producidos dentro del territorio del mismo Departamento. La norma legal anterior a nuestro juicio fija un límite general a los Departamentos para los impuestos que establezcan sobre el consumo de los artículos producidos fuera de su territorio y que no les esté prohibido gravar.

También encontramos que el artículo 3º del Decreto Ley 3181 de 1940 dispuso que "el uso y goce de las aguas nacionales no pueden gravarse con impuestos por parte de los Departamentos y Municipios". Esta norma fue sustituida por el artículo 158 del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente (Decreto Ley 2811 de 1974), que dispone que "las entidades te-

rritoriales no pueden gravar con impuestos el aprovechamiento de aguas".

Si bien existen numerosas leyes que autorizan a los Departamentos para establecer determinados impuestos, ello no quiere decir que sólo pueden establecer los autorizados expresamente. El alcance que debe dárseles a estas normas es el de tratar de unificar el sistema tributario departamental y el de establecer condiciones especiales a las cuales deben someterse las Asambleas en ejercicio de su atribución impositiva, la cual tiene una esencia democrática, como bien lo observa Francisco de Paula Pérez, derivada del hecho mismo de la elección popular de estos cuerpos administrativos.

Así, pues, que el fin de la norma contenida en el artículo 191 de la Constitución no es desconocer la autonomía fiscal de los Departamentos, que es una consecuencia natural de su autonomía administrativa, sino establecer un medio para realizar la armonía tributaria con la Nación y los Municipios.

De todo lo expuesto concluimos que si la Asamblea del Departamento del Huila estableció un impuesto o contribución denominado por ella "de vigilancia", él era plenamente válido mientras no existiera una ley que lo prohibiera, teniendo en cuenta que el legislador no ha establecido ese mismo impuesto a favor de la Nación.

Jacobo Pérez Escobar, Carmelo Martínez Conn, Eduardo Suescún Monroy, Mario Enrique Pérez V.

Bogotá, D. E., septiembre trece de mil novecientos ochenta y tres.

CAPITULO II

ACTOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN DEPARTAMENTAL

DOCENTES. ESCALAFONAMIENTO. — Es función propia del Ministerio de Educación Nacional.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., diciembre siete de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker*)

Referencia: Expediente Nº 8300. Autoridades Departamentales. Actora: Angela del Socorro Rojas Zapata.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el señor apoderado de la demandante contra la sentencia proferida con fecha 3 de septiembre de 1982 por el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia dentro del proceso que, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, promovió la señorita Angela del Socorro Rojas Zapata para impetrar la nulidad de la Resolución Nº 036 de mayo 9 de 1980 expedida por la Junta Seccional de Escalafón del Departamento de Antioquia, y el correspondiente restablecimiento del derecho.

Mediante la resolución acusada, la Junta Seccional de Escalafón clasificó a la demandante en el grado 7º, por lo cual ésta, inconforme con tal decisión, interpuso recurso de reposición al serle notificada en octubre 6 de 1980. El recurso fue decidido mediante Resolución Nº 307 de julio 28 de 1981 (fls. 1, 2 y 23 a 31).

El *a quo* profirió sentencia inhibitoria "por falta de legitimación en la parte demandada" en razón de haberse demandado al Departamento de Antioquia, en lugar de la Nación, como debió ser, "habida consideración de que la Junta Seccional del Escalafón es del orden nacional..." (folio 69).

Se citan en la demanda, como normas violadas, la Ley 8º de 1979; el Decreto 2277 de 1979, artículos 10 y 72 y la Resolución Nacional Nº 23.741 de 1979, artículo 8º (folios 15 a 17).

En su vista reglamentaria la Fiscalía Quinta de la Corporación conceptúa que debe anularse la actuación y expresa a este respecto:

"El escalafonamiento de los docentes es función propia del Ministerio de Educación Nacional, que se cumple a través de las Juntas Seccionales, las cuales dependen directamente de él y no de los Departamentos.

Por tal razón, la demanda ha debido dirigirse contra la Nación y su conocimiento hubiera correspondido al H. Consejo de Estado en única instancia. Sin embargo, se demandó al Departamento de Antioquia, el cual nada tiene que ver con el escalafonamiento de la actora.

Todas estas irregularidades generan nulidad procesal pues se presenta ilegitimidad de personería en la parte demandada y el negocio, por su naturaleza, normalmente debería haber correspondido al H. Consejo de Estado en única instancia" (folio 80).

Para resolver se considera

La demandante alega habérsele clasificado inadecuadamente en el grado 7º del Escalafón Nacional cuando le correspondía el grado 10 con lo cual "la administración Departamental... incurrió en flagrantes violaciones a claras y expresas normas que regulan el escalafón y la carrera docente del magisterio..." (folios 11 a 15).

Para rematar en el fallo inhibitorio, el Tribunal, tras especular sobre la denominada "nacionalización de la educación primaria y secundaria" a que se refiere la Ley 43 de 1975, así como acerca de las facultades extraordinarias otorgadas a través de la Ley 8º de 1979 una de las cuales es "para expedir las normas sobre escalafón nacional para el sector docente", se refiere al Decreto 3277 de septiembre 11 de 1979, "por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente", que, entre otras disposiciones, contiene las concernientes al Escalafón Nacional Docente, en el Capítulo III y dispone en el artículo 9º:

"Establécese el Escalafón Nacional Docente para la clasificación de los educadores, el cual estará constituido por catorce grados en orden ascendente, del 1 al 14".

Luego determina las funciones de las Juntas de Escalafón, a partir del artículo 14, en el cual dispone:

"CLASES DE JUNTAS. Las decisiones previstas en el presente decreto, relacionados con el Escalafón Nacional Docente y el régimen disciplinario, estarán a cargo de la Junta Nacional, con sede en la capital de la República, y de las Juntas Seccionales, con sede en cada una de las capitales de Departamento, Intendencia, Comisaría y en el Distrito Especial de Bogotá".

Cabría agregar a lo anterior que, mediante Decreto 2621 de octubre 26 de 1979, se reglamentó parcialmente el Decreto Extraordinario 2277 "en relación con la integración y funcionamiento de las Juntas y de las Oficinas Seccionales del Escalafón Nacional Docente". Allí se señala, además de los procedimientos para la integración y el funcionamiento de las Juntas Seccionales, lo relativo a la tramitación de los recursos y a la creación de un archivo central a disposición de la Junta Nacional.

No queda, pues, ninguna duda de que todo lo relacionado con el escalafón es de carácter nacional y no propiamente porque, mediante Ley 43 de 1975, se haya nacionalizado la educación primaria y secundaria.

Comparte la Sala el planteamiento de la Fiscalía en cuanto a que "el escalafonamiento de los docentes es función propia del Ministerio de Educación Nacional", pero se aparta de su criterio en lo que respecta a la decisión final, pues no encaja la nulidad postulada en ninguna

de las causales del artículo 113 del C.C.A. (La causal 2º se refiere a la personería adjetiva) y, en cambio, la ausencia de legitimación en causa para la parte demandada constituye falta de un presupuesto procesal que impide formular un pronunciamiento de mérito sobre las pretensiones de la demanda. En tal virtud, habrá de confirmarse el fallo apelado.

En mérito de las consideraciones anteriores, 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 apelada, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia, de fecha 3 de septiembre de 1982.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 2 de diciembre de 1983.

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Orejuela Gómez.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

LICENCIA NO REMUNERADA. PRORROGA. — Los empleados públicos pueden solicitar cada año una licencia sin sueldo por sesenta días, contínuos o divididos y solicitar una prórroga por otros treinta, para que ésta se conceda es necesario que ocurra justa causa. VACANCIA DEL CARGO. Tal institución se configura ipso facto.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., noviembre dieciocho de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejera ponente: *Doctora Aydée Anzola Linares*)

Referencia: Expediente Nº 6467. Autoridades Departamentales. Actora: Blanca Cendales de Núñez.

Ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, la señora Blanca Cendales de Núñez, por conducto de apoderado, instauró demanda haciendo uso de la acción de plena jurisdicción para que se declare lo siguiente:

"Primero. Que es nula la Resolución Nº 00437 del 28 de marzo de 1979, originaria de la Corporación Autónoma Regional de la Sabana de Bogotá y los Valles de Ubaté y Chiquinquirá —CAR—".

"Segundo. Que, como consecuencia de la nulidad del punto anterior, la Corporación Autónoma Regional de la Sabana de Bogotá, y de los Valles de Ubaté y Chiquinquirá, CAR, debe reintegrar a mi procurada al cargo que venía desempeñando hasta la fecha de su vacancia, o a uno de igual o superior categoría".

"Tercero. Que la Corporación Autónoma Regional de la Sabana de Bogotá y los Valles de Ubaté y Chiquinquirá, CAR, debe cancelar a mi procurada, todos los salarios, primas y bonificaciones dejados de devengar, y a los cuales ella hubiera tenido derecho en caso de haber estado efectivamente prestando sus servicios, desde la fecha de su destitución y hasta la fecha en que sea reintegrada".

"Cuarto. Que para todos los efectos legales, se considera que no ha habido solución de continuidad en los servicios prestados por mi procurada, señora Blanca Cendales de Núñez, a la Corporación Autónoma Regional de la Sabana de Bogotá y de los Valles de Ubaté y Chiquinquirá".

"Quinto. Que lo decretado a favor de mi procurada debe ser cumplido por la Corporación Autónoma Regional de la Sabana de Bogotá y de los Valles de Ubaté y Chiquinquirá, dentro del término establecido por el artículo 121 de la Ley 167 de 1941".

Los hechos que sirven de fundamento a las peticiones anteriores, son los siguientes:

"1. Mi procurada prestó servicios a la Corporación Autónoma Regional de la Sabana de Bogotá y de los Valles de Ubaté y Chiquinquirá —CAR—, desde mayo de 1967 y hasta el 28 de marzo de 1979, en el cargo de Secretaria en la División de Recursos Naturales, Zona Norte, Ubaté".

"2. Durante todo el tiempo trabajado, mi procurada solamente fue objeto de una sanción, contra la cual no reclamó ante lo contencioso administrativo. Esta sanción consistió en suspensión del cargo por un mes, la cual debía cumplirse en su totalidad en el mes de diciembre de 1978".

"3. Previo acuerdo directo con el Jefe de Personal y con su jefe inmediato, mi poderdante cumplió la sanción desde el 11 de diciembre de 1978 y hasta el 10 de enero de 1979".

"4. A partir del 11 de enero de 1979 mi poderdante entró en uso de vacaciones por dos años de servicio, vacaciones que se le cumplían el 20 de febrero de 1979".

"5. Aprovechando las circunstancias de los hechos 3 y 4 anteriores, mi poderdante viajó a España, aceptando una invitación que de tiempo atrás le había hecho una familia amiga, con el objeto de pasar allí una temporada".

"6. Antes de viajar, y previo acuerdo verbal con su jefe inmediato y con el jefe de personal de entonces, doctor Rafael Rubio Velandia, mi procurada dejó con su tía Lucila Vargas de Soto, y para ser entregadas oportunamente al jefe de personal de la Corporación, dos cartas, o notas o memoriales, en que solicitaba licencia no remunerada por treinta (30) días, y prórroga de la misma por sesenta (60) días más".

"7. Los memoriales anteriores, como surge de la propia resolución acusada, fueron presentados oportunamente, pero solamente se concedió la licencia inicial, no así la prórroga, por las razones que en el mismo acto se transcriben".

"8. Mi procurada nunca conoció la negativa que a su solicitud de prórroga de la licencia hiciera, por cuanto ella previamente a su viaje y a la petición tanto de la licencia como de la prórroga había hablado con el jefe de personal y con su jefe inmediato, habiéndole juntos manifestado que no había ningún inconveniente. Por tanto, ella no se preocupó en absoluto y continuó sus vacaciones plenamente convencida de buena fe que la licencia y su prórroga le había sido concedida".

"9. Y precisamente, en razón de su buena fé, y en razón de su ignorancia en cuanto a los traslados de personal y a las decisiones que los nuevos jefes habían tomado, mi procurada regresó de sus vacaciones y de su visita a Europa, y se presentó a trabajar el día que, según ella creía, se vencía su licencia total, esto es, el 21 de mayo".

"10. Y solamente hasta ese día 21 de mayo ella tuvo conocimiento del acto acusado".

Las normas legales violadas y el concepto de la violación aparecen relacionados a folios 6 a 8 del informativo.

Después de que se le dio al proceso el trámite que le corresponde, el Tribunal del conocimiento, con argumentos que la Sala comparte, negó las súplicas impetradas.

No observándose defecto de nulidad que invalide lo actuado, se pasa a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, previas las consideraciones siguientes:

Está probado que la demandante solicitó licencia no remunerada por un mes y que la entidad demandada, en efecto, le concedió la licencia mediante la Resolución Nº 00228 de 20 de febrero de 1979, por el término de treinta días que deberían vencer el 22 de marzo del mismo año. Posteriormente, el 15 de marzo siguiente, la actora solicitó dos meses más de licencia a partir del 20 de dicho mes y hasta el 19 de mayo del citado año. Mediante oficio Nº 01140 de 20 de marzo de 1979, dirigido a la demandante, se le comunica que la prórroga de la licencia ha sido negada, con apoyo en lo siguiente:

"La solicitud de licencia debía formularse no desde el día 20 sino del día 23 de marzo, fecha en que usted, según la Resolución Nº 0228 de febrero 20 de 1979, debe reincorporarse a su trabajo. Mediante la resolución antes citada, le fue conferida licencia ordinaria renunciable y sin remuneración por 30 días y usted solicita una nueva licencia por 60 días, para un total de 90 cuando lo autorizado por la ley es de 60 días prorrogables por 30 más; quiere decir lo anterior, que usted pretende una licencia por 30 días más de lo legalmente autorizado. Finalmente, y aún en el caso de que no se consideraran las circunstancias anteriores, por necesidades del servicio y teniendo en cuenta que las razones en que usted fundamenta su solicitud no son de fuerza mayor o caso fortuito, la administración no puede acceder a su petición sin afectar las necesidades del servicio.....".

Ahora bien: de conformidad con lo previsto en el artículo 18 del Decreto 2400 de 1968 "los empleados vinculados regularmente a la administración pueden encontrarse en las siguientes situaciones administrativas; en uso de licencia o permiso o por comisión; ejerciendo las funciones de un empleado por encargo; prestando servicio militar obligatorio, o en servicio activo".

Y el artículo 19 del mismo estatuto dispone: "Los empleados tienen derecho a licencias renunciables sin sueldo hasta por sesenta días (60) al año, contínuos o divididos: SI OCURRE JUSTA CAUSA A JUICIO DE LA AUTORIDAD NOMINADORA LA LICENCIA PUEDE PRORROGARSE HASTA POR TREINTA DIAS MAS". (mayúsculas de la Sala).

Cuando la solicitud de licencia no obedezca a razones de fuerza mayor o caso fortuito, la AUTORIDAD NOMINADORA DECIDIRA SOBRE LA OPORTUNIDAD DE CONCEDERLA, TENIENDO EN CUENTA LAS NECESIDADES DEL SERVICIO (Mayúsculas de la Sala).

Como se desprende de las normas anteriormente transcritas, si bien se le concede a los empleados el derecho a solicitar cada año una

licencia sin sueldo por sesenta días, contínuos o divididos y a solicitar una prórroga por otros treinta, para que ésta se conceda es necesario que ocurra justa causa y en el caso de la demandante, según se lee en la nota en la cual pidió la prórroga únicamente se alegan razones de orden personal. Además, como ya se vio, cuando la solicitud de licencia no obedezca a razones de fuerza mayor o caso fortuito, la entidad nominadora está facultada legalmente para decidir sobre la oportunidad de concederla y teniendo en cuenta las necesidades del servicio que fue lo que precisamente ocurrió en el caso de estudio, esto es, que la administración se abstuvo de conceder la prórroga pedida por la demandante porque consideró que no era oportuno darla en la época en que fue solicitada para no entrabar el servicio. Por otra parte, aunque ya se dijo, debe hacerse especial énfasis, como lo dice la sentencia apelada en el caso presente "es hecho evidente que la funcionaria no explicó jamás, que la solicitud de licencia ordinaria obedecía a razones de fuerza mayor o caso fortuito, sino que se limitó a hacer la petición "por razones personales" y confiada en "charlas y conversaciones 'con el Jefe de Personal', lo que no logró demostración procesal' circunstancia ésta que no puede servir de apoyo para que el empleado o funcionario se desentienda de la obligación que tiene de hacerse presente ante la autoridad nominadora tan pronto como venza la licencia.

Además, no es este el procedimiento que debe seguir la administración, cuando se trata de conceder licencias o su prórroga pues lo adecuado es que se dicte el correspondiente acto administrativo que la concede o la niegue lo mismo que su prórroga.

Finalmente, se transcribe también el siguiente aparte de la sentencia apelada por considerarlo acertado. "De otro lado, debe tomarse en cuenta que cuando se presenta una causal de vacancia en el cargo, no es obligatorio para la administración iniciar un proceso disciplinario con todas las formalidades atinentes... sino que tal institución se configura *ipso facto*, tan pronto haya la comprobación pertinente se necesita sí que la causal esté fehacientemente acreditada para que la entidad oficial respectiva pueda declarar la vacancia del cargo. El acto administrativo sobre vacancia, no hace más que daclarar la situación presentada en el caso".

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 en todas sus partes la sentencia apelada pronunciada por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, de fecha 11 de septiembre de 1981.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 4 de noviembre de 1983.

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Alvaro Orejuela Gómez.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

CAPITULO III

SUSPENSION PROVISIONAL DE ACTOS DEL ORDEN DEPARTAMENTAL

GOBERNADORES. ATRIBUCIONES. — Son atribuciones del Gobernador: (C. N.) "8º Revisar los actos de los Concejos Municipales y los de los Alcaldes, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad, revocar los últimos y pasar los primeros al Tribunal competente para que éste decida sobre su exequibilidad" y el artículo 192 expresa a su turno que "las ordenanzas de las Asambleas y los Acuerdos de los Concejos Municipales son obligatorias mientras no sean anuladas o suspendidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.
Suspensión provisional del acto administrativo contenido en el oficio 145 de marzo 8 de 1983, originario del Departamento Jurídico del Devartamento de Norte de Santander, en cuanto se pronuncia sobre los acuerdos números 04 y 05 de diciembre 12 de 1982 del Concejo Municipal de Gramalote (Confirmación del Auto Apelado).

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., julio veintiocho de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctor Jacobo Pérez Escobar*)

Referencia: Expediente Nº 4400. Actor: Ernesto Collazos Serrano.

Se decide el recurso de apelación interpuesto en oportunidad procesal por la parte impugnadora contra la providencia de 19 de mayo de 1983 proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, mediante la cual se decretó la suspensión provisionall del acto administrativo contenido en el oficio Nº 145 de marzo 8 de 1983, en cuanto se pronuncia sobre los acuerdos Nºs 04 y 05 de diciembre 12 de 1982 del Consejo Municipal de Gramalote.

I. Antecedentes

El abogado Ernesto Collazos Serrano, en ejercicio de la acción de simple nulidad consagrada en el artículo 66 del C. C. A., ha demandado ante el Tribunal Administrativo del Departamento de Norte de Santander la nulidad del acto administrativo originario del Departamento Administrativo Jurídico del Departamento Norte de Santander contenido en el oficio Nº 145 de marzo 8 de 1983. Además solicitó que se decrete la suspensión provisional del acto acusado por considerar que es evidente la violación de normas superiores, pues se atribuyó el funcionario Director del Departamento Administrativo Jurídico en actuación ostensiblemente abusiva y con desviación de las funciones propias, las atribuidas por la Constitución Política en su artículo 194 numeral 8º del Gobernador, además de pretender desconocer el artículo 192 de la Carta y más aún al otorgarse facultades que riñen con

el artículo 61 de la Constitución Política de Colombia, en actuación que, constituye absoluta desviación de poder del despacho del Director del Departamento Administrativo Jurídico".

II. La providencia apelada

El Tribunal *a quo* tomó la decisión antes mencionada con fundamento en las siguientes consideraciones:

"1. En sentir del actor, y de acuerdo con el acápite correspondiente a la 'Suspensión Provisional', el principal cargo lo hace consistir en el hecho de que, es al Tribunal Contencioso Administrativo a quien corresponde, según competencia otorgada por el artículo 194, ordinal 8º de la Constitución Nacional, decidir sobre la legalidad o ilegalidad de los actos emanados de los Concejos Municipales, y no, al Director del Departamento Administrativo Jurídico, tal como lo hizo este funcionario en relación con los Acuerdos números 04 y 05 del 12 de diciembre de 1982, expedidos por el Concejo Municipal de Gramalote.

"2. Evidentemente, conforme al dictado de la norma precitada, es atribución del Gobernador: 'Revisar los actos de los Concejos Municipales y los de los Alcaldes, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad, revocar los últimos y PASAR LOS PRIMEROS AL TRIBUNAL COMPETENTE PARA QUE ESTE DECIDA SOBRE SU EXEQUIBILIDAD' (destaca la Sala).

"Para tal efecto, el Alcalde remitirá al Gobernador copia de los acuerdos que sancione (artículo 477 del C. de R. P. y M.). Es el ejercicio de control de tutela otorgada a este funcionario por el precepto constitucional.

"Pues bien: los Acuerdos 04 y 05 de 12 de diciembre de 1982, emanados del Concejo Municipal de Gramalote, pasaron a la Gobernación del Departamento para su revisión conforme a las previsiones de los preceptos en comento. Sin embargo, el Señor Director del Departamento Administrativo Jurídico resolvió, según oficio que obra a folio 1, expresar lo que en lo pertinente se transcribe:

"Expresa este Despacho que no le dará el concepto favorable para la sanción del Ejecutivo Departamental de los acuerdos y decretos mencionados por las siguientes consideraciones de orden legal establecidas en la Ordenanza 20 de 1979 Código Fiscal del Departamento Norte de Santander.

"Los motivos que inducen a este Despacho de acuerdo a lo estipulado en la ordenanza en mención y a las constancias de la Secretaría del Concejo Municipal de Gramalote en el cual se establece que al Ejecutivo Municipal presentó el proyecto de presupuesto el día 10 de noviembre de 1982 es decir en la segunda sesión ordinaria del Concejo.

"El artículo 787 del Código Fiscal establece que el Alcalde debe presentar el proyecto de presupuesto y asignaciones civiles en la primera sesión ordinaria del mes de noviembre y el artículo 807 del referido Código establece que si el proyecto de presupuesto no fuere pre-

sentado dentro del término legal regirá para la respectiva vigencia el presupuesto del año anterior.

"En tal virtud señor Alcalde usted deberá repetir el presupuesto de la vigencia de 1982 para el presente año acorde con los artículos 807 y siguientes del Código Fiscal del Departamento".

"Síguese de la anterior transcripción, que el funcionario antes mencionado se arrogó una función que corresponde únicamente al Tribunal Contencioso Administrativo: decidir sobre la inconstitucionalidad o ilegalidad de los acuerdos municipales. Está más marcada aún la decisión del señor Director en tal sentido, cuando ordena repetir el presupuesto del año anterior al Alcalde de Gramalote".

III. Consideraciones de la Sala

Para resolver el recurso de apelación interpuesto por el Departamento Norte de Santander la Sala se permite hacer las siguientes consideraciones:

1. El acto acusado, cuya suspensión provisional ha sido decretada parcialmente por el *a quo*, en el oficio Nº 145 de 8 marzo de 1983 dirigido al Alcalde Municipal de Gramalote por el Director del Departamento Administrativo Jurídico del Departamento Norte de Santander. Mediante este oficio se ordena al Alcalde "repetir el presupuesto de la vigencia de 1982 con fundamento en las siguientes razones:

"Expresa este Despacho que no le dará el concepto favorable para la sanción del ejecutivo Departamental de los acuerdos y decretos mencionados por las siguientes consideraciones del orden legal establecidas en la Ordenanza 20 de 1979 Código Fiscal del Departamento Norte de Santander.

"Los motivos que inducen a este Despacho de acuerdo a lo estipulado a la ordenanza en mención y a las constancias de la secretaría del Concejo Municipal de Gramalote en la cual se establece que el ejecutivo municipal presente el proyecto de presupuesto el día 10 de noviembre de 1982 es decir en la segunda sesión ordinaria del concejo.

"El artículo 787 del Código Fiscal establece que el alcalde debe presentar el proyecto de presupuesto y asignaciones civiles en la primera sesión ordinaria del mes de noviembre y el artículo 807 del referido código establece que si el proyecto de presupuesto no fuere presentado dentro del término legal regirá para la respectiva vigencia el presupuesto del año anterior.

"En tal virtud señor alcalde usted debe repetir el presupuesto de la vigencia de 1982 para el presente año acorde con los artículos 807 y siguientes del Código Fiscal del departamento".

2. El actor ha estimado que el acto administrativo acusado viola en forma ostensible lo dispuesto en los artículos 194 numeral 8º y 192 de la Constitución Nacional en armonía con el artículo 61 de la misma obra. El primero de los citados artículos expresa que son atribuciones del Gobernador: "8º Revisar los actos de los Concejos Municipales y los de los Alcaldes, por motivos de inconstitucionalidad o ile-

galidad, revocar los últimos y pasar los primeros al Tribunal competente para que éste decida sobre su exequibilidad" y el artículo 192 expresa a su turno que las ordenanzas de las Asambleas y los acuerdos de los Concejos Municipales son obligatorios mientras no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo".

De conformidad con lo expresado en el oficio 145 impugnado el Concejo Municipal de Gramalote expidió los Acuerdos Nºs, 04 y 05 del 12 de diciembre de 1982, "por medio de los cuales se fijan las asignaciones civiles y el presupuesto del Municipio de Gramalote respectivamente", pero al mismo tiempo fueron también enviados los Decretos 044 y 045 del 30 de diciembre de 1982 expedidos por el Alcalde de Gramalote, "por medio de los cuales se adopta el presupuesto y las asignaciones civiles para la vigencia fiscal de 1983".

Resulta evidente que el Director del Departamento Administrativo Jurídico no es el Gobernador del Departamento Norte Santander, a quien conforme al ordinal 8º del artículo 184 de Constitución le corresponde revisar los actos de los Concejos municipales y los de los Alcaldes, por lo que el mencionado funcionario aparece en el acto administrativo acusado obrando sin competencia al ordenar la repetición del presupuesto de la vigencia fiscal de 1982 del Municipio de Gramalote. No invoca el mencionado funcionario ninguna delegación de funciones que se le hubiere hecho por el Gobernador para tomar decisiones como la contenida en el oficio 145 de marzo 8 de 1983. Por estas razones debe confirmarse la providencia apelada, máxime cuando en esta instancia la Gobernación del Departamento Norte de Santander no ha dado las razones jurídicas de su inconformidad.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, CONFIRMA el auto apelado.

Ejecutoriada esta providencia, vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha quince de julio de mil novecientos ochenta y tres.

Mario Enrique Pérez V., Jacobo Pérez Escobar, Samuel Buitrago Hurtado (No asistió), *Roberto Suárez Franco.*

Lorenzo Rojas Sürmay., Secretario.

TITULO III

ORDEN MUNICIPAL

CAPITULO I

ACTOS DE LOS ALCALDES

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.
1. *Es un contrato consensual. Razones.*
2. *Perfeccionamiento.*
3. *Características.*
DEPOSITOS JUDICIALES Y CONSIGNACIONES POR ARRENDAMIENTO. — Tales comprobantes de consignación merecen credibilidad al tenor del artículo 278 del C.P.C.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., julio veintiséis de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctor Mario Enrique Pérez*)

Referencia: Expediente Nº 4054. Actor: Libia Mejía de García.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la mandataria judicial del Distrito Especial de Bogotá contra la sentencia de 14 de junio de 1982, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por la cual se declaró la nulidad de los actos acusados en el proceso de la referencia.

La demanda

En ejercicio de la acción establecida en el artículo 67 del Código Contencioso Administrativo y por conducto de apoderado, la señora Libia Mejía de García solicitó ante el referido Tribunal *la nulidad de las Resoluciones* Nºs 018 de 25 de enero de 1980 y 092 de 2 de abril del mismo año, expedidas por el Alcalde Menor de Teusaquillo, y de la Resolución Nº 319 de 21 de julio *ibídem,* de la Alcaldía Mayor del Distrito Especial de Bogotá, mediante las cuales le fue concedida licencia administrativa a la señora Elba Rincón de Arango para exigir la entrega del inmueble de su propiedad ubicado en la calle 32 Nº 19-33 —apartamento 202— de esta ciudad, ocupado a título de arrendamiento por la actora y el señor Guillermo Bernal Muñoz.

Como fundamento de hecho señala la demanda que la Alcaldía Menor profirió la Resolución 018 de 25 de enero de 1980, que concedió la licencia administrativa, sin darle cabal cumplimiento a la exigencia de garantía que establece el literal a) (sic) del artículo 10 del Decreto 063 de 1977, porque aceptó la constituida por la propietaria del inmueble arrendado, por $ 12.000.00, "valor este que no cubre el monto total de doce (12) mensualidades, como lo exige la norma antes citada, puesto que mi poderdante señora Libia Mejía de García desde julio de 1979 o sea cuatro (4) meses antes de la fecha de presentación de la solicitud en mención a (sic) venido pagando la suma de dos mil trescientos un pesos con setenta centavos M/cte. ($ 2.301.70 M/cte.)".

Agrega, que la garantía debió otorgarse por la suma de $ 37.620.40, es decir, doce mensualidades del último precio del arrendamiento.

Dice también la demandante que contra la mencionada resolución interpuso el recurso de reposición, el que fue resuelto adversamente por la Nº 092 de 2 de abril de 1980, de la Alcaldía Menor, y que la Alcaldía Mayor confirmó las anteriores por medio de la Resolución 313 del 21 de julio siguiente.

Como normas violadas por los actos impugnados la demandante menciona los artículos 10 —literal b)— del Decreto 63 de 1977, 184 —numeral 6º— del C.R.P. y M. y 262 —numeral 3º— y 175 del C.P.C..

Al expresar el concepto de la violación sostiene la actora que en el caso *sub judice* hay violación de la ley, falsa motivación, error en la motivación y error de derecho.

La violación de la ley la hace consistir en que la garantía otorgada por la propietaria del inmueble arrendado lo fue por un valor inferior, por no haberse tomado como base el último precio mensual del arrendamiento, que fue de $ 2.301.70, sino el de $ 1.000.00, con lo cual infringió el literal b) del artículo 10 del Decreto 063 de 1977.

La falsa motivación la radica en que la actora confundió a la Administración al llegar un contrato de arrendamiento que aunque se encuentre vigente en su mayor parte, en lo referente al precio del arrendamiento ha tenido "variaciones acordadas por las partes intervinientes en él" y al respecto reitera lo dicho sobre el otorgamiento de la garantía por un valor inferior al real.

El error en la motivación lo planteó la demandante para replicar la resolución de la Alcaldía Mayor del Distrito Especial de Bogotá, en cuanto les niega valor probatorio a los recibos expedidos por el Banco Popular y aportados al informativo para demostrar el pago del valor de los arriendos, por emanar del Banco y no del arrendador, dado que desde el 17 de agosto de 1956 dicho Banco se encuentra autorizado por el Decreto Ley (sic) 1943 para recibir los precios del arrendamiento cuando los arrendadores, por una u otra razón, se niegan a recibirlos.

Finalmente, el error de derecho lo presenta la demandante afirmando que se interpretó equivocadamente el numeral 3 del artículo 262 del C. de P. C., conforme al cual "Las certificaciones que expidan los registradores de instrumentos públicos, los notarios y otros funcionarios públicos, en los casos expresamente autorizados por la ley", tal como acontece con el mencionado Banco, el que se halla autorizado para recibir los arriendos, en la forma atrás expresada.

La sentencia apelada

Mediante el fallo recurrido el Tribunal del conocimiento declaró la nulidad de todos los actos cuestionados. Para llegar a esa conclusión expone que las licencias administrativas encaminadas a permitir jurisdiccionalmente el reintegro de los inmuebles dados en arrendamiento son actos reglados y no discrecionales, esto es, que la Administración debe confrontar si se han cumplido los requisitos al efecto exigidos por la ley.

Como se verá más adelante, el sentenciador de primer grado analiza los recibos de pago que obran en el plenario y termina observando que la caución debió otorgarse por valor de $ 24.000.00 y no de $ 12.000.00, con lo cual consideró violado el literal b) del artículo 10 del Decreto 063 de 1977.

El concepto Fiscal

En su concepto de fondo el señor Fiscal Primero del Consejo de Estado opina que se debe confirmar la sentencia objeto del recurso de alzada, por haberse otorgado la garantía por un valor insuficiente. En este sentido, dice:

"En efecto, la garantía visible al folio 5 del cuaderno de antecedentes administrativos, se prestó por la suma de $ 12.000.00, que corresponde a doce mensualidades del canon mensual de arrendamiento, según el contrato respectivo, pero olvidando, que según los recibos que obran 3 y ss. del cuaderno de la primera instancia, fotocopias debidamente autenticadas, ese canon mensual de arrendamiento fue elevado a la suma de $ 2.000.00, quedando, por ende, corta la garantía prestada, y violándose, así, la norma anteriormente transcrita".

Consideraciones de la Sala

Consta en la cláusula segunda del contrato de arrendamiento a que aluden los autos, que en copia autenticada obra en el expediente (folio 43 del Cuaderno de la primera instancia), que el precio del arrendamiento de cada mensualidad es la suma de un mil pesos ($ 1.000.00).

Al folio 5 de los antecedentes gubernativos figura el recibo expedido por la Tesorería Distrital de Bogotá del valor en custodia Nº 720, fechado el 2 de marzo de 1979, que da cuenta de que la misma entregó el certificado de seguro Nº 12702, por la suma de $ 12.000.00, correspondiente a la póliza de cumplimiento de Seguros del Estado S. A., a favor de la Tesorería Distrital, para garantizar la ocupación personal del inmueble materia del arrendamiento, con vigencia de 16 meses, contados desde la fecha de la ejecutoria de la resolución que conceda dicha licencia.

Como el punto central de la controversia planteada en este proceso se relaciona con el monto de la garantía otorgada y este aspecto se halla bien estudiado por *a quo,* se reproduce a cotinuación lo expuesto por el Tribunal:

"Sin embargo y como la actora alega que dicho contrato fue modificado en forma consensual en cuanto al canon de arrendamiento, el que fue elevándose hasta la suma de $ 2.301.70 a partir del 12 de julio de 1979, se hace necesario analizar dicho aspecto, por cuanto de ser así, el último precio, que es el que debe tenerse en cuenta para la determinación del valor de la garantía, no sería el de $ 1.000.00 que aparece en el contrato, sino el indicado por la demandante en su libelo.

El contrato de arrendamiento, como consensual que es, se perfecciona por el simple acuerdo de voluntad de las partes, sin que sea requisito *sine qua non* para su existencia y validez el que deba constar por escrito. Dentro de este mismo orden de ideas, si el contrato consta

por escrito, es obvio que las partes de mutuo consenso, pueden modificarlo como a bien tengan sin que sea dado exigir para su validez el que tales modificaciones deban igualmente pactarse por escrito, ya que ellas pueden acreditarse acudiendo a los diversos medios probatorios consagrados en la ley procesal para tal efecto.

"Ahora bien: según los recibos expedidos por la arrendadora a la aquí demandante y acompañados al libelo debidamente autenticados ante Notario, aparece que ésta canceló por el mes comprendido entre el 12 de abril al 11 de mayo de 1975 la suma de $ 1.300.00 (folio 2); que entre el 12 de agosto de 1976 y el 11 de febrero de 1977 pagó la suma de $ 1.500.00. (folio 3 y 4) mensuales; que a partir del 12 de febrero de 1977 y hasta el 11 de diciembre le canceló directamente a la arrendadora la suma de $ 2.000.00 mensuales, por el arrendamiento (folios 4 a 8) e igual suma consignó en el Banco Popular por los arrendamientos del 12 de diciembre de 1977 al 11 de abril de 1979 (folios 9 y 10); que del 12 de abril al 11 de mayo de 1978 pagó la suma de $ 2.000. 00, otra vez directamente a la arrendadora (folio 11) y que de allí en adelante volvió a consignar la misma cantidad en el Banco Popular (folios 12 a 18), hasta el 12 de octubre de 1979, en que siguió consignando mensualmente la suma de $ 2.301.80 (folios 18 y ss.).

"Para la Sala es evidente que a los recibos de pago por consignación en el Banco Popular no pueda dárseles valor alguno para efectos de la demostración del 'último precio' que debe servir de base para la constitución de la garantía, como lo pretende la actora, pues de ser así cualquier arrendatario podría consignar durante el trámite de la solicitud de licencia o luego de concedida ésta, una suma ligeramente superior a la que realmente debe pagar, para posteriormente alegar ante esta jurisdicción que el último canon es el por él consignado en el Banco Popular. De ahí que y en sentir de la Sala, sólo sean válidos para estos efectos, los recibos expedidos directamente por el arrendador al arrendatario.

"De suerte pues, que en el caso de autos el último canon de conformidad con los recibos expedidos por la arrendadora y antes relacionados, era de $ 2.000.00 y, en consecuencia, la garantía ha debido prestarse por la suma de $ 24.000.00 y no por $ 12.000.00 como aparece acreditado, lo que lleva a la Sala a la forzosa conclusión de que la licencia impugnada no se ajustó al requisito exigido, por el literal b) del artículo 10 del Decreto 063 de 1977, motivo por el cual se impone su anulación".

De lo transcrito anteriormente esta Sala se aparta del criterio del Tribunal, en el sentido de que no pueda dársele valor alguno a los comprobantes de pago por consignación del Banco Popular, así sea para comprobar el "último precio", porque de acuerdo con la legislación sobre depósitos judiciales éstos se deben hacer en el Banco Popular, quedando incluidos los pagos por consignación que hagan los inquilinos, y no como lo anota el accionante en virtud del Decreto Legislativo 1943 de 1956, que para ese efecto señaló al Banco de la República. Concretamente la Ley 2ª de 1963 y su Decreto Reglamentario 1798 de 1963 reglaron esta materia.

De otra parte, tales comprobantes de consignación merecen credibilidad al tenor del artículo 278 del C.P.C., que dice en su inciso pri-

mero. "—Informes de bancos e instituciones de crédito. Los informes de bancos e instituciones de crédito establecidos en el país, sobre operaciones comprendidas dentro del género de negocios para los cuales estén legalmente autorizados y que aparezcan registradas en sus libros o consten en sus archivos, se considerarán expedidos bajo juramento y se apreciarán por el juez de acuerdo con las reglas de la sana crítica".

A lo precedente debe agregarse que, en estricto sentido, en el caso de autos no se hace necesario precisar si la garantía se otorgó tomando como base la suma de $ 2.000.00 como el precio mensual del arrendamiento o la de $ 2.301.70, pues salta a la vista que la caución prestada tomó como tal la suma de $ 1.000.00, que es muy inferior al verdadero "último precio" de que habla el artículo 10 del Decreto 063 de 1977, ya que los recibos otorgados por la arrendadora y los comprobatnes de consignación expedidos por el Banco Popular y correspondientes a los últimos años se refieren a un precio del arrendamiento muy por encima de $ 1.000.00. La mencionada norma dice:

"Artículo 10. De los requisitos para solicitar la licencia. La solicitud de licencia para exigir la entrega del inmueble con el fin de destinarlo para habitación o negocio propios, deberá formularse al Alcalde Mayor de Bogotá, Gobernador, Intendente o Comisario, según el caso, acompañada de los siguientes documentos:

"a).....

"b) Garantía bancaria, hipotecaria o prendaria, a favor del Tesoro Nacional, por el término de diez y seis (16) meses, contados a partir de la fecha de ejecutoria de la resolución que concede la licencia y por un valor igual al monto de doce (12) mensualidades de arrendamiento, *tomando como base el último precio.* (subraya la Sala).

"Esta garantía tiene por objeto asegurar el cumplimiento de la causal aducida en la solicitud de licencia.

"....."

"Con fundamento en lo expuesto se concluye que la Administración no obró conforme a derecho al admitir una garantía insuficiente y, en todo caso, no equivalente a doce mensualidades del último precio del arrendamiento, no sólo porque dejó de acatar una exigencia clara y expresa de una norma superior, sino también por cuanto disminuyó el valor de una caución cuya finalidad es la de que la persona interesada en la licencia administrativa responda en esta forma de que la causal de desocupación por ella invocada es cierta.

Por consiguiente, los actos acusados adolecen de vicios en su expedición y, por tanto, son acreedores a ser anulados.

Por último, la Sala advierte que aunque el artículo 6º del Decreto 3817 de 30 de diciembre de 1982 abolió las licencias administrativas para los propietarios que hayan de ocupar el inmueble arrendado con su propia habitación o negocio, la situación jurídica planteada en este proceso es anterior a dicha disposición y, en consecuencia, se halla comprendida en la legislación preexistente sobre la materia. Por tal razón, no se le puede dar a la nueva regulación.

Con fundamento en lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con su Fiscal colaborador,

Falla:

Confírmase la sentencia objeto del recurso de apelación.

En firme esta providencia, vuelvan los autos al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión del quince de julio de mil novecientos ochenta y tres.

Samuel Buitrago Hurtado (ausente), *Jacobo Pérez Escobar, Mario Enrique Pérez, Roberto Suárez Franco.*

Lorenzo Rojas Surmay., Secretario.

EXPROPIACION A NIVEL DEL MUNICIPIO. — Los ALCALDES no tienen competencia para decretar expropiaciones. Reglamentación de la expropiación (artículo 30 C. N.). Exigencias para hacer la expropiación. Son los CONCEJOS en lo MUNICIPAL, las Corporaciones con competencia para usar o definir en cada caso los motivos de utilidad pública o interés social previamente indicados por el legislador. (Art. 197 Nº 1 C.N.).

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., noviembre tres de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctor Mario Enrique Pérez*)

Referencia: Expediente Nº 4292. Actor: José Nicanor Garzón Garzón.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el actor y la parte impugnadora contra la sentencia fechada el 22 de octubre de 1981, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por la cual fue decretada la nulidad de las Resoluciones Nºs 015 de 1979, del Alcalde Municipal de Villapinzón, y 064 del mismo año, del Gobernador de Cundinamarca, proferida dentro del proceso de plena jurisdicción que contra ellas instauró el doctor José Nicanor Garzón Garzón.

En el anterior orden de ideas, se principia por advertir que la segunda instancia de este proceso se tramitó en la Sección Tercera de esta Corporación y que la misma lo envió, por competencia, a esta Sección.

Los actos impugnados

Los actos cuestionados en este proceso son los siguientes:

1. La Resolución Nº 015 de 25 de abril de 1979, "Por medio de la cual se decreta la expropiación de una cantera de propiedad particular", expedida por el Alcalde Municipal de Villapinzón en uso de las facultades que le confieren las leyes 56, 57 y 119 de 1890 y demás disposiciones concordantes, cuyos tres primeros artículos dicen:

"*Artículo primero*: DECRETAR, como en efecto decreta, la expropiación de la cantera o recebera, conocida comúnmente con el nombre de "Las Pilas", ubicada en la vereda de San Pablo, jurisdicción de este municipio, ubicada dentro del predio denominado "El Zarzal o el Recuerdo" de propiedad del señor José Nicanor Garzón Garzón, expropiación que se decreta para la explotación de material con los cuales

se puede atender a la reparación, construcción o conservación de las vías públicas municipales, tanto urbanas como rurales y de obras comunitarias de interés social;

"*Artículo segundo*: Dentro de la declaratoria anterior, queda también incluida la servidumbre de tránsito que partiendo de la carretera central del norte conduce al centro de la recebera, en su extensión y ancho acostumbrado;

"*Artículo tercero*: Con base por lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley 28 de 1974, siendo los Alcaldes Municipales los representantes legales de los municipios, se dispone contratar los servicios de un Abogado, a quien se le otorgará el respectivo poder, a fin de iniciar el correspondiente juicio de expropiación;

"*Parágrafo*: Los gastos que por este concepto se causen, se tomarán los fondos presupuestados por el municipio dentro del presupuesto de la presente vigencia".

Relatan sus considerandos que desde 1977 el Municipio ha estado interesado en adquirir una recebera particular, ubicada en la vereda de "San Pablo" de su jurisdicción, que durante más de cuarenta años ha venido explotando la Nación, el Departamento de Cundinamarca y el Municipio, pues tanto la antigua carretera central del norte como la actual autopista fueron construidas en varios kilómetros con materiales extraidos de la mencionada cantera, por la cual existió la creencia de que era propiedad de la Nación, explotación que interrumpió cuando se opuso el doctor José Nicanor Garzón Garzón, alegando ser el dueño de la misma.

Afirman los considerandos que con la adquisición de la cascajera el Municipio persigue "poder llevar a cabo la explotación de material para atender al arreglo y conservación de las vías públicas, tanto urbanas como rurales, interpretando en esta forma lo prescrito en el artículo 9º de la Ley 36 de 1966 y numeral 3º del artículo 30 de la Constitución Nacional".

Por último, reconocen los considerandos que en anteriores providencias la Alcaldía incurrió en el error de decretar la expropiación no de la cascajera sino de los terrenos, en extensión de tres fanegadas, en donde ésta se encuentra localizada.

2. La Resolución Nº 0064 de 4 de septiembre de 1979, de la Gobernación de Cundinamarca, que confirmó en todas sus partes la anterior y declaró agotada la vía gubernativa.

Entre los considerandos de esta resolución figuran los de que conforme al artículo 9º de la Ley 36 de 1966 para la expropiación de canteras y la limitación del dominio mediante la imposición de servidumbres son motivos de utilidad pública la construcción, mejora, ensanche y conservación de las obras públicas.

La demanda

1. Mediante acción de plena jurisdicción y por conducto de apoderado, el doctor José Nicanor Garzón Garzón demandó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad de las menciona-

das resoluciones y el restablecimiento del derecho violado, el que hace consistir en que declare que la expropiación por ellas decretada no produce ningún efecto jurídico y en el pago los perjuicios de todo orden que las mismas le han irrogado, pues en opinión del accionante por medio de dichas resoluciones fue decretada la expropiación de la cantera o recebera de su propiedad, conocida con el nombre de "Las Pilas", ubicada dentro del predio denominado "El Zarzal" o "El Recuerdo", en jurisdicción del Municipio de Villapinzón.

2. Refieren los hechos de la demanda que en el citado predio existe una cantera, de la cual el Municipio de Villapinzón extraía materiales que se destinaban no propiamente a obras benéficas para la comunidad sino a intereses electoreros, y que esa extracción destruyó mucho la capa vegetal del inmueble. Según el actor, este comportamiento arbitrario de las autoridades municipales se mantuvo hasta que él resolvió oponérseles, lo que dio pie para que el Concejo dictara el Acuerdo 031 de 1977, que declaró de utilidad pública el terreno en referencia, el cual fue encontrado inconstitucional por el Gobernador de Cundinamarca y posteriormente declarado inexequible por el Tribunal Administrativo Departamental. Más tarde, el Alcalde Municipal expidió la Resolución Nº 015 de 1979, la que fue confirmada por el Gobernador por medio de la Resolución Nº 064 del mismo año, cuyas nulidades se han pedido en este proceso.

3. Como disposiciones violadas la demanda cita los artículos 20 y 30 de la Constitución Nacional, 1º y 6º de la Ley 56 de 1890, 184 del C. de R.P. y M. y 9º de la Ley 36 de 1966.

4. Según el actor, la transgresión de las normas constitucionales radica en que el Alcalde Municipal se extralimitó en sus funciones, violando además la garantía de la propiedad privada, por no mediar en el caso *sub judice* un motivo de utilidad pública o interés social previamente definido por el legislador para que pueda tener lugar la expropiación.

Expresa también que el artículo 1º de la Ley 56 de 1890 fue infringido porque el hecho invocado por el Alcalde no está expresamente contemplado en esta disposición como "grave motivo de utilidad pública", lo mismo que el artículo 6º de la misma ley, porque la resolución no determina claramente qué es lo que se va a expropiar y cuáles son el objeto y el motivo de la expropiación.

En cuanto al artículo 184 del C. de R.P. y M., su quebranto lo radica en que dentro de las atribuciones allí conferidas a los Alcaldes no se encuentra incluida la que se pretende ejercer por medio de los actos acusados, particularmente por la Resolución 015, destacando al efecto que dicho Código es posterior al artículo 6º de la Ley 56 de 1890, que sí otorga a los Alcaldes la facultad de decretar la expropiación "cuando el asunto tuviera carácter municipal". En este sentido afirma que la anterior atribución debe considerarse derogada, conforme al artículo 71 del Código Civil.

Finalmente explica la violación del artículo 9º de la Ley 36 de 1966, diciendo que éste no autoriza la declaratoria de utilidad pública

y expropiación de canteras, "sino la simple declaratoria de utilidad pública, sin expropiación, para su explotación".

La suspensión provisional

El demandante solicitó la suspensión provisional de los actos cuestionados, medida ésta que fue decretada por el Tribunal del conocimiento y parcialmente confirmada por la Sección Primera del Consejo de Estado, a raíz de la apelación interpuesta por el Fiscal que actuó ante el Tribunal. (folio 59).

Tal confirmación comprendió únicamente las frases "DECRETAR, como en efecto decreta, la expropiación de" y "expropiación que se decreta", que contiene el artículo 1º de la Resolución 015 del Alcalde del Municipio de Villapinzón, y "Dentro de la declaratoria anterior, queda también incluida", que hace parte del artículo 2º de la misma resolución.

Igualmente fue confirmada parcialmente la suspensión provisional de la Resolución 0064 de 1979, de la Gobernación de Cundinamarca, en lo referente a la confirmación que a su turno ésta hizo de las frases antes transcritas de los artículos 1º y 2º de la Resolución 015.

En lo restante el Concejo revocó el auto de suspensión provisional.

Al desatar el recurso de apelación interpuesto contra el auto de la suspensión provisional, esta sala sustentó así su decisión:

"Al hacer la confrontación de los actos cuestionados con los artículos 30 de la C.N. y 184 del C. de R. P. y M., se observa que de manera fácil y clara surge una manifiesta violación de esas disposiciones, pues los Alcaldes carecen de competencia para decretar expropiaciones. En efecto, dentro de las atribuciones que el artículo 184 Ib. les señala a estos funcionarios no se halla comprendida la comentada, pues conforme el artículo 30 de la Carta, únicamente podrá haber expropiaciones mediante sentencia judicial e indemnización previa, por los motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador.

En este orden de ideas, la Sala estima que es procedente confirmar la suspensión provisional de la Resolución Nº 015 de 1979, del Alcalde de Villapinzón, en la parte del artículo primero que decreta la expropiación de la cantera, y en la parte del artículo segundo de la misma que dice que en la declaratoria de expropiación queda incluida la servidumbre de tránsito sobre una vía.

En cuanto a las demás disposiciones de la citada resolución, sin dificultad se ve que ellas no contravienen las anteriores normas y que, al contrario, son instrumentos para que se pueda instaurar la acción de expropiación. Al respecto comenta la Sala que al interpretar someramente los actos demandados se colige que por medio de ellos no se quiso propiamente decretar la expropiación sino iniciar el respectivo proceso. Por tanto, en lo relativo a ellas se revocará la providencia recurrida".

La sentencia apelada

El Tribunal declaró la nulidad de las resoluciones acusadas con base en las razones que a continuación se resumen:

Después de dar el contenido del artículo 30 de la Constitución Nacional y de recordar que el procedimiento de la expropiación está regulado por el artículo 451 y siguientes del C. de P. C. y de transcribir una jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, a la que luego se le hará referencia, dice que el Alcalde carece de competencia para decretar expropiaciones, pues entre las facultades mencionadas en el artículo 184 del C. de R.P. y M. no se encuentra comprendida la aquí comentada. Sobre el particular, expresa:

"En el acso que nos ocupa corresponde al Concejo del Municipio de Villapinzón ordenar la adquisición por venta voluntaria y en subsidio por venta forzada del predio o predios que fueran necesarios con la justificación de la utilidad pública y el interés social, comprobados por ley expresa del Congreso de la República. No hay documento alguno en el proceso que acredite la vigencia actual de un Acuerdo de tal naturaleza. Lo que sí se encuentra a los folios 129 y siguientes es la providencia del Tribunal donde decrete la inexequibilidad de un Acuerdo por medio del cual se declaraba de utilidad pública e interés social una zona de terreno que corresponde a la que se refiere la resolución acusada".

"....."

"No habiendo Acuerdo Municipal vigente que ordenara la compra voluntaria o la expropiación, amparado en la ley, no podía por falta absoluta de competencia, el alcalde expedir la Resolución número 15 de fecha 25 de abril de 1979 en ningún momento del poceso correspondiente indicado tan minuciosamente arriba, en la transcripción de la providencia de la honorable Corte Suprema de Justicia".

El *a quo* aceptó la violación de los artículos 30 de la Constitución y 184 del C. de R. P. y M., la que encontró suficiente para declarar la nulidad pedida, pero no accedió a condenar al Municipio de Villapinzón por los perjuicios reclamados, "por cuanto no aparecen debidamente acreditados en el expediente".

El concepto fiscal

Según la advertencia preliminar que se hizo, la tramitación de la segunda instancia fue adelantada en la Sección Tercera de la Corporación y por este motivo le correspondió emitir vista de fondo a la Fiscal Segundo del Consejo de Estado, quien solicita la revocatoria del fallo de primera instancia y, en su lugar, pide que se denieguen las súplicas de la demanda, con fundamento en los argumentos que en seguida se sintetizan:

Los requisitos exigidos para que se pueda decretar una expropiación son: el motivo de utilidad pública o interés social definido por el Legislador, la sentencia judicial y la indemnización previa. Las etapas que se deben seguir para la misma, son: la declaración legislativa abstracta e impersonal que consagra la primacía del interés público o

social sobre el individual; la manifestación concreta de la voluntad de la Administración de adquirir el bien sobre el cual recae la declaratoria de utilidad pública; el proceso que la decrete, y el pago previo del valor de la indemnización.

Sobre la autorización legal para expropiar el bien, dice la señora Agente del Ministerio Público:

"La Resolución Nº 015 de abril 25 de 1979 expedida por el Alcalde del Municipio de Villapinzón hace referencia a la expropiación de una cantera o recebera de la cual se extrae material que se emplea en la construcción y conservación de vías públicas tanto urbanas como rurales e invoca como asidero legal el artículo 9º de la Ley 36 de 1966, el cual dispone que: 'Son motivos de utilidad pública para decretar tanto la expropiación de terrenos particulares como la explotación de canteras y la limitación al derecho de dominio mediante la imposición de servidumbres según el artículo 30 de la Constitución Nacional, la construcción, mejoras ensanches y conservación de las obras públicas.

" 'Esta clase de expropiación e imposición de servidumbres se regirá por las reglas establecidas en los artículos 6 y 9 de la Ley 83 de 1935 y en cuanto fuere del caso, a juicio de la respectiva entidad, se tendrán en cuenta para invocar y aplicar las disposiciones de la Ley 1ª de 1943 y del Decreto Legislativo Nº 458 de 1956'.

"Fácilmente se deduce que la Ley 36 de 1936 antes citada, autoriza en forma expresa, que las canteras pueden ser bienes susceptibles de expropiación, siempre y cuando su material sea utilizado para la construcción, mejoras, ensanches y conservación de las obras públicas. Para el caso concreto, el funcionario citó justamente la ley que permitía expropiar, el bien que el municipio requería para su utilidad, en provecho de la comunidad, cumpliéndose así el primero de los requisitos enunciados".

En relación con la manifestación de voluntad de la Administración para adquirir el bien, expone:

"El artículo 18 de la Ley 119 de 1890 reformatoria de la Ley 56 de 1890 dispone que 'Todo asunto de expropiación en casos comunes debe principiar por una resolución en la que se exprese claramente qué es lo que se debe expropiar, con qué objeto y con qué motivo. Se expresarán también los pasos que se hayan dado para conseguir lo que se necesita por contrato libremente celebrado con el respectivo interesado. *Esta resolución se dictará por el Gobierno si se tratare de asunto departamental; por el Alcalde si el asunto es municipal.....*" (Se destaca en el texto).

"Se alega en la demanda que el Alcalde de Villapinzón no tenía competencia para dictar la resolución de expropiación por cuanto en el artículo 184 del C.R.P.M. que determina las atribuciones de los alcaldes no está contenida expresamente la de proferir resoluciones sobre expropiaciones.

"De la lectura del artículo 184 del C. de R. P. M. se puede afirmar, que ninguna de las 22 atribuciones señaladas a los Alcaldes por la Ley 4 de 1913 contiene tal facultad, pero también es cierto, que ninguna de

las facultades allí enunciadas, se opone a la consignada expresamente en la Ley 119 de 1890 que se transcribió.

"Así pues pueden conciliarse con las atribuciones del artículo 184 del C. de R. P. M. la consignada en el artículo 18 de la Ley 119 de 1890".

Con fundamento en los artículos 71 y 72 del Código Civil, la Fiscal concluye que "la atribución dada a los Alcaldes en la Ley 119 de 1890, está vigente y por lo tanto son los Alcaldes en los municipios los encargados de dictar las resoluciones que expresen la voluntad de la Administración local para adelantar una expropiación". Agrega que esta conclusión se torna más evidente si se considera que la expropiación ordenada inicialmente por el Concejo Municipal de Villapinzón, mediante acuerdo, fue declarada inexequible por el Tribunal.

La señora Fiscal da a entender que aunque el Tribunal interpretó que la Administración expresó por medio de la resolución acusada su voluntad de expropiar la cantera, la lectura completa de ella permite deducir que a pesar de que habla de decretar la expropiación de la cantera y de la servidumbre de tránsito, esa no es la intención del acto porque de serlo no hubiera dispuesto en su artículo 3º contratar los servicios de un abogado, con el objeto de iniciar el correspondiente juicio de expropiación, por lo cual debe entenderse que el Alcalde no se propuso decretar la expropiación sino dictar la resolución que el artículo 451 del C. de P. C. exige se debe acompañar a la demanda de expropiación. En este sentido se puede anotar desde ahora que la señora Fiscal incurre en contradicción, pues mientras le atribuye competencia al Alcalde para decretar esta clase de expropiaciones, con el comentario anterior le resta fuerza a la anterior afirmación.

Consideraciones de la Sala

Como claramente se deduce del recuento general a que se contraen las páginas anteriores, el punto central de la controversia planteada en esta causa es el relacionado con la competencia de los Alcaldes en materia de expropiaciones.

Para examinar este aspecto fundamental conviene principiar por analizar el contenido de la Resolución 015 de 1979, acusada, porque ello facilita la cabal interpretación de la naturaleza de la función ejercida por el Alcalde de Villapinzón al dictarla.

La resolución que se estudia alude en sus considerandos a lo sucedido en la etapa gubernativa, lo que en términos globales coincide con los hechos expuestos en la demanda, y dispone en el artículo 1º "Decretar, como en efecto decreta, la expropiación de la cantera o recebera, conocida comúnmente con el nombre de 'Las Pilas', ubicada en.....". A su turno, en el artículo 2º establece que dentro de la declaratoria de expropiación también queda incluida la servidumbre de tránsito necesaria para la explotación de la cantera.

La manera como está concebido el artículo 1º de la Resolución no deja la menor duda de que por medio de él el Alcalde decretó la expropiación, sin que haya falta de tecnicismo en el empleo de los vocables y expresiones de contenido jurídico. Al contrario, utiliza el verbo "decretar" en su modo infinitivo, una de cuyas acepciones, con-

forme al Diccionario de la Lengua Española, es "Resolver, deliberar, decidir la persona que tiene autoridad o facultades para ello". Además, agrega una ratificación al respecto. En el artículo 1º se encuentra, pues, una directa manifestación de voluntad de la Administración Municipal, en el sentido de decretar la expropiación de la cantera, aduciendo simultáneamente los motivos de utilidad pública e interés social que la determinan. De otra parte, también el artículo 2º de la providencia contiene la intención expresa de incluir en la expropiación la correspondiente servidumbre de tránsito.

Ahora bien, el hecho de que el artículo 3º de la Resolución afirme que "Con base en lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley 28 de 1974, siendo los Alcaldes los representantes legales de los Municipios, se dispone contratar los servicios de un abogado, a quien se le otorgará el respectivo poder, a fin de iniciar el correspondiente juicio de expropiación", y que su parágrafo diga que "Los gastos que por este concepto se causen, se tomarán de los fondos presupuestales por el Municipio dentro de la presente vigencia", confirman la intención perfecta de la Administración de decretar y ultimar la expropiación.

Lo anterior armoniza con la decisión adoptada por esta Sala en el auto que revocó parcialmente la suspensión provisional total que de las resoluciones acusadas había decretado el Tribunal del conocimiento, en cuanto a las frases referentes al decreto de expropiación contenidas en los artículos 1º y 2º de la Resolución 015 de 1979.

Establecido como ha quedado de manera fehaciente que el móvil e intención inequívoca de la Resolución 015 de 1979, del Alcalde de Villapinzón, fue decretar la expropiación de la cantera y de la anotada servidumbre, se procede a dilucidar si dicho funcionario municipal tenía poder legal para ello.

Desde el auto que revocó parcialmente la suspensión provisoria decretada por el *a quo,* esta Sala expresó que los Alcaldes no tienen competencia para decretar expropiaciones. En efecto:

1. La base de la expropiación se encuentra en el artículo 30 de la Carta Política, que corresponde al artículo 10 del Acto Legislativo Nº 1 de 1910, cuyo inciso 3º establece que "Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa". Este precepto pone de presente que el mecanismo de la expropiación exige sentencia judicial y no acto de funcionario administrativo y, además, que si en alguna actividad del Estado opera la colaboración armónica de las tres ramas del Poder Público de que habla el artículo 55 de la Constitución, es precisamente en la expropiación, así: el Congreso, por medio de la ley, para señalar los motivos de utilidad pública o interés social; el Concejo y el Alcalde —en el ámbito municipal— para declarar esos motivos y ejecutar el último el respectivo acuerdo, y los jueces para realizarla.

Lo precedente concuerda con lo dicho, en admirable síntesis, por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de 22 de julio de 1931, que cita el Tribunal y que se reproduce a continuación:

" 'Domina este sistema el canon constitucional consignado en el artículo 5º del Acto Legislativo Nº 3 de 1910 (hoy artículo 30, inciso 3º C. N.): 'Por graves motivos de utilidad pública, definidos por el legislador, podrá haber enajenación forzosa mediante mandamiento judicial, y se indemnizará el valor de la propiedad antes de verificarse la expropiación'. La enajenación forzosa, según esta disposición y las leyes anexas, es una operación compleja, en la cual entran elementos jurídicos de diverso orden, correlacionados íntimamente entre sí, y cuya íntegra concurrencia es indispensable para que la expropiación se verifique; motivos de utilidad pública definidos por el legislador, requisito éste que constituye una valiosa garantía de la propiedad privada; pues no basta para justificar la expropiación que a una autoridad le venga en talante hallar conveniencia pública en obra que no la tiene en realidad, sino que es necesario que la autoridad legislativa, en sus tres gradaciones, nacional, departamental, o municipal, la defina. La autoridad ejecutiva concurre luego con otro elemento suyo, cual es la resolución en que se determina la cosa expropiable y el motivo y objeto de la enajenación forzosa. Sobre esta base concreta, el Estado, por conducto del representante de la Nación o del Departamento o del Municipio, según el caso, acude al poder judicial en demanda del mandamiento de enajenación forzosa contra el propietario.....' ". (G. J., T. XXXIX, Nº 1881).

2. Los artículos 201 de la Constitución y 184 del C. de R. P. y M., al hablar de los Alcaldes y fijarles sus atribuciones, no comprenden la de decretar expropiaciones. Y tampoco les asigna específicamente esta función ninguna norma legal.

3. Son los Concejos, en lo Municipal, las corporaciones administrativas con competencia para usar o definir en cada caso los motivos de utilidad pública o interés social previamente indicados por el legislador. Esta facultad se deriva de la atribución 1ª del artículo 197 de la Carta, dada a los mismos, para "Ordenar, por medio de acuerdos, lo conveniente para la administración del distrito", la cual constituye una cláusula general de competencia para todo aquello que redunde en beneficio de los entes municipales, quedando los Alcaldes con la obligación correlativa de cumplir y hacer cumplir lo acordado por los Cabildos.

Se agrega aquí que el análisis que antecede rebate por sí mismo la argumentación que hace la señora Fiscal sobre la vigencia del artículo 18 de la Ley 119 de 1890, modificatoria de la 56 del mismo año, puesto que la legislación posterior se ha encargado de derogarlo. La sola Constitución Nacional, como ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente que es, lo ha dejado insubsistente.

En consecuencia, se tiene hasta aquí que los artículos 1º y 2º de la Resolución 015 de 1979, del Alcalde Municipal de Villapinzón, deben anularse por haber señalado los motivos de utilidad pública e interés social y decretado la expropiación de la cantera en referencia, careciendo, como en realidad carece, de competencia al respecto.

En lo concerniente con los restantes artículos de la Resolución 015, corren la misma suerte de los dos primeros porque prácticamente son una consecuencia de éstos. Además, la existencia de los artículos 1º y 2º de la Resolución en análisis determina la de los otros.

Todo lo antes expuesto explica que en el caso *sub lite* se violaron abiertamente el artículo 30 de la Carta y las demás normas superiores de derecho señaladas como quebrantadas por el demandante, dado que fue decretada la expropiación de un bien por un funcionario sin facultad legal para expropiar.

Finalmente, sobre la pretensión relacionada con el pago de perjuicios, corresponde confirmar la negativa de que ella hizo el *a quo* en la sentencia materia del recurso de alzada, en atención a que no se encuentran demostrados de manera objetiva en el plenario, sino que al contrario se trata de daños eventuales o contingentes. De otra parte, como la expropiación no se ha verificado, mal puede solicitarse el reconocimiento de perjuicios ocasionados a causa de ella.

Por lo expuesto, el Concejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, en desacuerdo con la señora Agente del Ministerio Público,

Falla:

Confírmase la sentencia objeto del recurso de apelación.

En firme esta providencia, devuélvanse los autos al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintiocho de octubre de mil novecientos ochenta y tres.

Los Consejeros,

Samuel Buitrago Hurtado, Jacobo Pérez Escobar, Mario Enrique Pérez, Roberto Suárez Franco.

Lorenzo Rojas Surmay., Secretario.

CAPITULO II

ACUERDOS DE LOS CONCEJOS

CORPORACIONES PUBLICAS. REUNIONES. — No son actos administrativos que puedan demandarse ante la jurisdicción contenciosa.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., octubre once de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctor Jacobo Pérez Escobar*)

Referencia: Expediente Nº 4435. Actor: Rafael Martínez Sánchez.

Se decide el recurso de apelación interpuesto en oportunidad legal por el demandante contra el auto de 24 de junio de 1983 proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante el cual se rechazó *in limine* la demanda de nulidad del acto de instalación del Concejo Municipal de Tuta, que tuvo lugar el 30 de abril de 1983 a las nueve y media de la noche en el Cuartel de la Policía de dicha localidad.

I. Antecedentes

El abogado Rafael Martínez Sánchez, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 66 del C. C. A., demandó ante el Tribunal Administrativo de Boyacá la declaratoria de nulidad "del acto en virtud de cual se produjo la instalación del Concejo Municipal de Tuta, que tuvo lugar el día treinta (30) de abril de mil novecientos ochenta y tres (1983) a las nueve y media de la noche (9½ p.m.) en el Cuartel de la Policía Nacional del Municipio de Tuta" (folio 2).

El Tribunal *a quo* mediante la providencia apelada rechazó *in limine* la demanda con fundamento en las siguientes consideraciones:

"De lo anterior se desprende que el acto de instalación del Concejo Municipal, objeto de la demanda, realmente, por sí solo, no constituye un acto administrativo, pues no contiene la voluntad de la administración plasmada en una decisión con la finalidad de producir un determinado efecto jurídico. Más bien, tal acto se podría enmarcar dentro de los denominados meros actos administrativos, con carácter de acto de trámite, ya que se reduce a la realización de una formalidad: reunión del Concejo con el fin de sesionar, como medio para que la Corporación Edilicia produzca decisiones con efectos jurídicos concretos, éstas sí, con verdadero contenido de actos administrativos susceptibles de ser demandados ante la jurisdicción contencioso administrativa.

"La instalación o reunión del Concejo Municipal para sesionar, en caso de ser irregular por violación de normas superiores, bien podría configurar un vicio de forma para la producción de decisiones

con carácter de verdaderos actos administrativos y serviría de fundamento jurídico alegable como causal de nulidad para demandar los actos administrativos formados en tal ocasión.

"Así las cosas, la Sala llega a la conclusión de que el acto de instalación del Concejo Municipal de Tuta no es susceptible de ser demandado ante esta jurisdicción, en la forma pretendida por el actor, por cuanto carece de la esencia del acto administrativo, como se advirtió; lo cual, impone el rechazo *in límine* de la demanda por falta de jurisdicción para conocer del asunto".

II. Sustentación del recurso

El demandante al sustentar el recurso de apelación expresa que el artículo 6º de la Ley 30 de 1969 es muy preciso cuando establece "que las reuniones de los Concejos que se efectúen fuera del lugar señalado oficialmente como sede de las sesiones y los actos que en ellas se realicen, carecen de validez".

Luego agrega el actor que "es así que habiéndose verificado la reunión de instalación del Concejo Municipal de Tuta a que me vengo refiriendo en el Cuartel de la Policía y no en el salón del Concejo, lugar señalado como sede oficial de sus sesiones, tanto la reunión en sí, como todos los actos en ella realizados, carecen de validez y deben por lo tanto ser declarados nulos".

III. Consideraciones de la Sala

La Sala estima que le asiste toda la razón al Tribunal al rechazar *in límine* la demanda presentada por el abogado Rafael Martínez Sánchez, puesto que en realidad las reuniones de las corporaciones públicas no son actos administrativos que puedan demandarse ante esta jurisdicción, aunque el artículo 6º de la Ley 30 de 1969 diga que tales reuniones carecen de validez, referidas a las de los Concejos Municipales.

El artículo 54 del C. C. A., dispone que "los Tribunales conocen en primera instancia de los siguientes asuntos:

"1º) De los juicios de nulidad de las ordenanzas y demás actos de las Asambleas Departamentales.

"2º De los mismos juicios contra las resoluciones y otros actos de los Gobernadores, Intendentes, Comisarios y demás empleados, funcionarios o corpraciones administrativas del orden departamental, intendencial o comisarial;

"3º) De los juicios de nulidad contra los acuerdos, resoluciones y otros actos de los Concejos Municipales, y contra los actos, resoluciones o providencias de las autoridades, funcionarios o corporaciones administrativas del orden municipal;

"4º De las cuestiones suscitadas entre el Estado y los particulares sobre el monto, distribución o asignación de los impuestos nacionales;

"5º) De los asuntos de impuestos departamentales o municipales a que se refiere el numeral 3º del artículo 54, cuando la cuantía sea de quinientos pesos ($ 500.00) o más;

"6º) De los juicios electorales en la forma establecida en el capítulo XX de esta ley;

"7º) De las indemnizaciones a cargo de los departamentos o municipios, por causa de trabajos públicos, cuando el valor de lo reclamado asciende a más de mil pesos ($ 1.000.00)".

El ordinal 2º del artículo 32 del Decreto Ley 528 de 1964 al establecer los asuntos de que conocen los Tribunales Administrativos en primera instancia no menciona para nada las reuniones de los Concejos y ello es natural que así sea porque la jurisdicción contencioso administrativa sólo tiene competencia para conocer de los actos, operaciones y hechos administrativos, todos los cuales están destinados a producir efectos jurídicos. Otra cosa es que las decisiones que tomen los Concejos en reuniones que carezcan de validez sean demandables para que así se declare, precisamente por no haberse tomado por una reunión válida. Así, por ejemplo, el actor ha debido demandar la elección de los dignatarios o las resoluciones aprobadas, mas no el hecho de la reunión en sí mismo, el cual no es una expresión de voluntad que signifique una decisión encaminada a producir efectos jurídicos.

En mérito de las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, CONFIRMA el auto apelado.

Ejecutoriada esta providencia, vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha seis de octubre de mil novecientos ochenta y tres.

Mario Enrique Pérez V., Jacobo Pérez Escobar, Samuel Buitrago Hurtado, Roberto Suárez Franco.

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

ACTOS ADMINISTRATIVOS. DEMANDA DE LA PARTE CONSIDERATIVA. — Los considerandos, no pueden ser acusables porque no integran la parte resolutiva de la providencia, que es la que contiene la decisión que por medio de ella se adapta; Concepto: ¿Qué son los considerandos?. CONCEJOS MUNICIPALES PROHIBICION de "Intervenir en asuntos que no sean de su competencia, ya por medio de acuerdos o de simples resoluciones". (Artículo 171 *C. de R. P. y M.).*

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera. Bogotá, D. E., octubre catorce de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctor Mario Enrique Pérez*)

Referencia: Expediente Nº 4442. Actor: Eduardo Quintero Collazos.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el actor contra el auto fechado el 15 de abril del año en curso, dictado por el Tribunal Administrativo de Caldas, por el cual fue rechazada la demanda.

Antecedentes

1. El señor Eduardo Quintero Collazos, por intermedio de apoderado, instauró demanda de plena jurisdicción contra la Resolución Nº 001 de 1º de noviembre de 1982, expedida por el Concejo Municipal de Riosucio, con el objeto de que se hagan las siguientes declaraciones:

"A) Que es nulo por inconstitucional y también ilegal la Resolución Nº 001 de noviembre 1º de 1982, en cuanto a considerandos se refiere al ordinal b y la expresión final del ordinal C, que reza: 'La colonia Comunista representada en Riosucio por el agitador Eduardo Quintero' ".

"B) Que es nulo por inconstitucional y también ilegal la Resolución Nº 001 de noviembre 1º de 1982, pronunciada por el Concejo Municipal de Riosucio, en cuanto a su parte resolutiva, en los artículos 3º y 5º

"C) Que como consecuencia lógica de las anteriores declaratorias, se envíe exhorto u oficio al Concejo Municipal de Riosucio, para que proceda de conformidad a la sentencia respectiva".

2. Entre los fundamentos de hecho de la demanda figuran:

"*Segundo.* Que en el ordinal 8, de los considerandos, de la resolución, mencionada en el hecho anterior, se dejó expresa constancia que

en el inicio de los acontecimientos del día 11 de octubre de 1982, y por insinuación de un agitador profesional de las izquierdas Colombianas, de nombre Eduardo Quintero, se intentó taponar la carretera denominada Troncal de Occidente vía arteria y esencial en la economía del país, que comunica la Costa Atlántica con la Costa Pacífica y al Occidente Colombiano con el Oriente de la Nación.

"*Tercero.* Que al final del ordinal C, de los considerandos de la resolución mencionada en el hecho primero de esta demanda, se dice que: 'La Polonia comunista (está), en Riosucio por el agitador Eduardo Quintero'.

"*Cuarto.* Que en el artículo 3º de la parte resolutiva de la resolución a que se hizo alusión en el hecho primero, se declaró persona no grata a la ciudad y peligrosa para la Paz Pública, al agitador profesional de nombre Eduardo Quintero, foráneo, extraño en la región subvencionado por movientos políticos internacionales y quien ha escogido como su sede provisional de actividades subversivas al Municipio de Riosucio, bajo la cándida tapadera de los Seguros Médicos Voluntarios.

"*Quinto.* En la parte resolutiva, concretamente en el artículo 5º, de la misma resolución a que se hizo alusión en el hecho primero de la demanda, el Concejo, sentó la más enérgica protesta ante el burdo y bajo contenido de los cartelones y hojas volantes con que el movimiento político del agitador Eduardo Quintero, apoyado por un sindicato llamado 'EDUCAL', viene explotando en forma despiadada luctuosos acontecimientos de Riosucio para esgrimirlos contra el señor Presidente de la República doctor Belisario Betancur".

3. Como disposiciones violadas por el acto acusado la demanda menciona los artículos 197 de la Constitución, que señala las atribuciones de los Concejos, y 169 del C. de R. P. y M., que hace igual determinación. Al respecto dice que ninguno de los mencionados preceptos autoriza a los Concejos para proferir esa clase de resoluciones.

4. Por el auto recurrido el Tribunal rechazó la demanda, por estimar que los actos impugnados no son susceptibles de ser cuestionados ante esta Jurisdicción.

Consideraciones de la Sala

Mediante providencia afectada de cierta vaguedad, el *a quo* rechazó la demanda. En los párrafos finales de la misma, en los que logra mayor precisión, concluye:

"Porque la actuación que se acusa, en el juicio de atribuibilidad antiética que hace al señalar la presencia del accionante como no grata y peligrosa, no es susceptible de ningún efecto jurídico administrativo, es decir, no produce consecuencias en ese ámbito necesitados de la acción de plena jurisdicción que se pretende incoar. 'La motivación de un acto —ha dicho el H. Consejo de Estado— puede contener la expresión de las razones de orden técnico, moral o jurídico que constituyen su fundamento. Las razones de orden moral son eminentemente subjetivas y si la ley ha atribuido a determinado funcionario decidir sobre si una conducta o actividad se ajusta o no a los

dictados de la ética, su decisión escapa a toda revisión ulterior por otro funcionario o jurisdicción.....'.

"Por manera que la jurisdicción contencioso administrativa carece de facultad legal para enunciarse sobre razones, motivaciones o calificaciones de orden moral como las expresadas en la resolución atacada, por cuanto, seitera (sic), los efectos jurídicos que pudiesen derivarse de la misma no son propios de un acto administrativo susceptible de los remedios señalados por la ley para el ejercicio del contencioso subjetivo. Salvando los plúrimos escollos doctrinales, como las profundas disquisiciones sobre el punto, bien pudiera afirmarse que manifestaciones de una corporación administrativa, como la acusada son actos inexistentes, no requeridos en previsión legal pero sí explicados por un imperativo de exclusión, por falta de elementos esenciales que prediquen del mismo la capacidad de engendrar efectos jurídico-administrativos, de ubicarlos dentro de una órbita de presunción de legalidad, o diputarlos como previstos de fuerza ejecutoria".

En vista de que el demandante acusa tanto los considerandos como la parte dispositiva de la resolución enjuiciada, la Sala examina separadamente los dos aspectos.

En cuanto hace referencia a los considerandos, éstos no pueden ser acusados porque no integran la parte resolutiva de la providencia, que es la que contiene la decisión que por medio de ella se adopta. En efecto, los considerandos constituyen solamente las razones que se consignan, por lo general, para explicar la necesidad, los fines, la conveniencia o el respaldo legal y jurídico de los actos mas no equivalen a la parte dispositiva, que es aquella en la que radica lo que ellos mandan, permiten, sancionan, o prohíben. Precisamente por encontrarse en los considerandos la razón de ser de los actos, sirven para interpretarlos y hasta analizarlos históricamente. Y si de comparaciones se tratase, los considerandos de los actos administrativos equivalen a la motivación de las providencias judiciales.

Con base en el anterior comentario se tiene que sobre los considerandos distinguidos con los literales B y C —parte final que dice "La Polonia Comunista representada en Riosucio por el agitador Eduardo Quintero"— de la Resolución demandada, no puede hacer la Sala ningún pronunciamiento, por no ser ellos materia de control jurisdiccional ante lo contencioso administrativo.

Resta hacer alusión a los artículos 3º y 5º de la resolución en comento. Por el primero se declaró "persona no grata a la ciudad y peligrosa para la Paz Pública" al demandante, a quien califica como "agitador profesional", "foráneo" y "subvencionado por movimientos políticos internacionales", y por el segundo se sienta "la más enérgica protesta ante el burdo y bajo contenido de los cartelones y hojas volantes con que el movimiento político del agitador Eduardo Quintero, apoyado por un sindicato llamado "EDUCAL" viene explotando en forma despiadada los luctuosos acontencimientos de Riosucio....".

Las declaraciones que anteceden, la de considerar al actor como persona no grata y peligrosa y la de protesta, no tienen el carácter de actos administrativos demandables ante esta Jurisdicción, por no con-

tener ninguna manifestación de voluntad del Concejo de Riosucio con capacidad para producir determinados efectos jurídicos. Además, no crean una situación jurídica de alcances generales o reglamentarios ni tampoco una situación jurídica individual y concreta. Simplemente son reproches, desprecios, censuras o descalificaciones personales y sociales que se quedan en el plano abstracto de las imputaciones, que si bien pueden lesionar en su dignidad a una persona, no son juzgables ante esta Jurisdicción. Es posible que, por distinto concepto, otra jurisdicción pueda tener competencia para el juzgamiento, pero no la contenciosa.

Aunque todo parece indicar que el Cabildo de Riosucio incurrió en la prohibición 6ª del artículo 171 del C.R.P. y M., consistente en "Intervenir en asuntos que no sean de su competencia, ya por medio de acuerdos o de simples resoluciones", esto no implica que los actos sean del conocimiento de esta Jurisdicción, por las razones antes anotadas.

Dentro del anterior orden de ideas, se impone la confirmación de la providencia objeto del recurso de alzada.

Con fundamento en lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

Resuelve:

Confírmase el auto apelado.

En firme esta providencia, vuelvan los autos al Tribunal de orígen.

Notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha catorce de octubre de mil novecientos ochenta y tres.

Samuel Buitrago Hurtado, Jacobo Pérez Escobar, Mario Enrique Pérez, Roberto Suárez Franco.

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

PRESUPUESTO DE RENTAS Y DE GASTOS EN EL SERVICIO MUNICIPAL. — Atribuciones de los Concejos (Ley 4ª de 1913, artículo 169). Limitaciones legales. PATENTES DE SANIDAD. Reglamentación legal. (Decreto 1371 de 1953). Expedición de licencia. Requisitos. Renovación de las licencias. Periodicidad. Reglamento. El Decreto de 1953 ibídem, deja que su señalamiento se haga por medio de norma posterior.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., noviembre quince de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctor Jacobo Pérez Escobar*)

Proyector: Abogado Asistente doctor Carlos Urán.

Referencia Expediente Nº 4230. Actor Mauricio Rafael Buitrago.

Se procede a decidir el recurso de apelación interpuesto oportunamente contra la sentencia del Tribunal Administrativo del Atlántico dictada el 5 de noviembre de 1982 en el juicio de nulidad que el abogado Mauricio Rafael Buitrago promovió contra los artículos primero a quinto del Acuerdo Nº 020 de 28 de octubre de 1981 emanado del Concejo Municipal de Barranquilla.

I. El acto acusado

El Acuerdo 020 de 1981 fue dictado por el Concejo Municipal de Barranquilla "en uso de sus facultades legales y en especial de las que le confiere la Ley 4ª de 1913". Consta de 7 artículos, de los cuales están acusados los cinco primeros. En ellos se establece la obligación de las agencias de arrendamiento de solicitar y pagar la patente de sanidad para las casas y apartamentos que tengan bajo su administración, siendo el costo de cada patente de $ 1.000.00 anuales, pero a cargo del propietario. Según el Acuerdo de las agencias deben además enviar cada seis meses una relación actualizada de las viviendas que tengan bajo su administración y se establece como sanción al incumplimiento de esta última obligación la imposición de multas sucesivas de $ 500.00 diarios por intermedio de la Unidad Regional de Salud. Finalmente, en los artículos 4º y 5º se dispone que los colegios y universidades privadas establecidas en la ciudad, deberán solicitar patente de sanidad teniendo en cuenta las restricciones de la ley y se fija una clasificación de tales centros docentes para efectos del valor de la patente.

II. *La demanda*

1. Como hechos el demandante señala que el Acuerdo es contradictorio, pues obliga a las agencias de arrendamiento al pago de la patente de sanidad a pesar de establecer que dicho pago debe provenir de los propietarios de los inmuebles. Anota además que se trata de un impuesto sin asidero en la Ley 4ª de 1913 y de una intervención estatal en la empresa privada que no le compete a los Concejos Municipales.

2. Como normas violadas señala las siguientes: de la Constitución Nacional, los artículos 43, 76, numerales 7, 13 y 14; 197 ordinales 2º y 3º del Código de Régimen Político y Municipal, los artículos 169 y 171; el Decreto 1371 de 1953 (Código Sanitario Nacional).

3. El concepto de violación está basado principalmente en la consideración de que la obligación impuesta por el Concejo Municipal del pago de la patente de sanidad tanto a las agencias de arrendamiento como a colegios y universidades privadas, constituye un impuesto sin haber fundamento legal para ello. Se violan así los artículos 43, 76 en los ordinales señalados y 197, ordinales 2º y 3º de la Constitución Nacional. La violación de los artículos 169 y 171 del Código de Régimen Político y Municipal se daría por la misma razón de que los Concejos deben votar las contribuciones y gastos locales dentro de los límites señalados por la ley y las ordenanzas. Finalmente la violación del Decreto 1371 de 1953 (Código Sanitario Nacional) se produce, según la demanda, porque en ninguna parte dicho decreto establece un impuesto, gravamen, tasa o derecho por la expedición de la patente de sanidad.

III. *La sentencia apelada*

El Tribunal Administrativo del Atlántico en sentencia de 5 de noviembre de 1982 declaró la nulidad de los artículos 1 a 5 del Acuerdo acusado. El Tribunal basó su decisión en que el pago de la patente de sanidad exigido por el Acuerdo constituye un impuesto, con violación de claros preceptos constitucionales, artículos 43 y 197 especialmente. Asimismo dice el Tribunal que de acuerdo con la Ley 4ª de 1913 los Concejos Municipales no tienen la atribución de establecer la patente de sanidad. Advierte finalmente que "el artículo 571 de la Ley 9ª de 1979 reemplazó la patente de sanidad".

IV. *Concepto Fiscal*

El Fiscal Primero de la Corporación solicita la revocatoria de la sentencia apelada y que en su lugar se denieguen las súplicas de la demanda, "por no existir la violación de los artículos de la Constitución Nacional que invoca el demandante", pues en el caso no se trata de cargas impositivas sino de la obligación del pago de una patente o licencia de acuerdo con lo establecido por la Ley 9ª de 1979.

V. *Consideraciones de la Sala*

Habiéndose ejecutoriado el auto de citación para sentencia y no hallándose causal que invalide lo actuado en el presente juicio, se procede a decidirlo previas las siguientes consideraciones:

El fundamento legal tenido en cuenta por el Concejo Municipal de Barranquilla para la expedición del Acuerdo acusado lo constituye la Ley 4ª de 1913. El artículo 169 es el que se refiere a las atribuciones de los Concejos y, para el caso en estudio, los ordinales pertinentes son los números 1, 2 y 11 que se refieren a la formación del presupuesto de rentas y gastos, a la imposición de contribuciones para el servicio municipal y al derecho de acordar todo lo que sea conveniente para la mejora, moralidad y prosperidad del Municipio. Por todo lo anterior está enmarcado dentro de una limitación, cual es la de respetar la Constitución, la ley y las ordenanzas? normas todas que dentro de la escala jerárquica están por encima de los Acuerdos Municipales.

En tal sentido se tiene lo siguiente: El Decreto 1371 de 1953, por medio del cual se estableció el Código Sanitario Nacional, reglamentó todo lo relativo a patentes de sanidad en el Título Tercero y los siguientes: por su parte la Ley 9ª de 1979, "por la cual se dictan medidas sanitarias", reglamentó nuevamente dicho asunto, derogando o ampliando el tratamiento de lo sanitario de acuerdo con las exigencias propias de la época en que cada una de estas normas fueron dictadas. Son verdaderos códigos con 613 y 607 artículos, respectivamente.

La Ley 9ª de 1979 dice al respecto:

"Artículo 567. Para la ocupación de toda vivienda permanente y para la instalación y funcionamiento de todo establecimiento, se requiere Licencia Sanitaria expedida por el Ministerio de Salud o por la entidad en que éste delegue tal función.

"Parágrafo. El Ministerio de Salud podrá eximir del cumplimiento del requisito exigido en este artículo a las viviendas y a los establecimientos cuya actividad, a su juicio, no lo requiera".

En esos artículos la mencionada ley señala que la licencia se expedirá si se cumplen las condiciones de la ley y "debe ser renovada con la periodicidad que se establezca". Además, "se podrán hacer visitas periódicas" para verificar el estado sanitario, controlarlo periódicamente, y las licencias podrán entonces ser renovadas, o suspendidas en caso de incumplimiento de los requisitos (artículos 567 a 571 de la Ley 9ª de 1979).

Como se desprende de lo anterior, la ley, derogando la periodicidad de las patentes de salud, llamadas en ella licencia sanitaria, que en el Decreto de 1953 estaba fijada en 6 meses tratándose de las escuelas (artículo 315), deja que su señalamiento se haga por medio de norma posterior, es decir, de un decreto reglamentario, pero no por medio de acuerdos u ordenanzas.

Entonces, cuando el Acuerdo acusado está fijando la periodicidad de un año para las patentes (artículo 2) se está arrogando una atribución que no podía ser cumplida sino por medio de norma superior a él, vale decir por medio de decreto reglamentario. En igual sentido el artículo 3º del Acuerdo es violatorio de la ley al exigir con el mismo fin, a las agencias de arriendo el envío semestral de la relación de viviendas bajo su administración.

Pero, más, aún, no aparece ni en el Decreto de 1953 ni en la Ley 9ª de 1979 la facultad expresa para que los concejos municipales cobren la suma de mil pesos u otra por la obtención de las patentes de sanidad. Al no haber norma legal que establezca este derecho, de acuerdo con los artículos 43 y 197 de la Constitución Nacional y 169 y 171 del Código de Régimen Político y Municipal, no podía el Concejo Municipal establecer dicho cobro llámase genéricamente contribución, impuesto, tasa o de otro modo, porque el señalamiento de la obligación de la patente o licencia sanitaria fue establecido por medio de ley y sólo ella podría haber autorizado lo relativo a cobro de honorarios o tarifas por dicha licencia.

En resumen, cuando el Acuerdo 020 de 1981 del Concejo Municipal de Barranquilla fijó la tarifa de mil pesos para la obtención de la patente de sanidad, para casas y apartamentos o para planteles educativos según la clasificación de ellos que allí se hace, y cuando fijó la periodicidad de un año, violó las normas constitucionales, artículos 43 y 197 —3, que establecen que tales funciones se hagan de acuerdo con la ley, y concretamente en este caso con la Ley 9ª de 1979.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, en desacuerdo con su colaborador Fiscal,

Falla:

Se confirma la sentencia apelada.

Ejecutoriada esta providencia, vuelvan los autos al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha diez de noviembre de mil novecientos ochenta y tres.

Mario Enrique Pérez V., Jacobo Pérez Escobar, Samuel Buitrago Hurtado, Roberto Suárez Franco.

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

REGLAMENTOS ADMINISTRATIVOS DE POLICIA. — El Concejo Distrital tiene competencia para expedir Reglamentos Administrativos de Policía pero exclusivamente en materia no reglada en la ley, por lo cual puede expedir un "Código Distrital de Policía, de Construcción y Administración". RESTRICCIONES que pueden establecer las Asambleas Departamentales y el Concejo Distrital en los Reglamentos Administrativos de Policía. PROPIEDAD PRIVADA. — Las Autoridades Administrativas dentro de nuestro ordenamiento jurídico toman decisiones que afectan la propiedad privada. Artículo 16. C. N.
ACTO ADMINISTRATIVO. — Situaciones jurídicas Individuales y Situaciones Jurídicas Particulares. Finalidad y Alcance del Acto Administrativo.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera. — Bogotá, D. E., diciembre trece de mil novecientos ochenta y tres.

(Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado*)

Referencia: Expediente Nº 4159. Asuntos Municipales. Actor: Gustavo Guillén Díaz y "Comercial Salmotor Ltda".

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 25 de agosto de 1982, en la cual se declaró inhibido para pronunciar sentencia de fondo por haber escogido mal la actora la acción para dirimir la pretensión litigiosa fundamento de la demanda.

En el libelo la sociedad denominada "COMERCIAL SALMOTOR LTDA", había solicitado por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción consagrada por el artículo 66 de la Ley 167 de 1941 la nulidad parcial de sus artículos 222 y 223 en cuanto someten la por el Concejo Distrital de Bogotá el 20 de noviembre de 1979, así como la nulidad parcial de sus artículos 222 y 223 en cuanto someten la infracción contemplada en el artículo 219 a la competencia de los Alcaldes Menores o Inspectores de Policía, y al procedimiento señalado en el Libro II, Título III del Código Nacional de Policía.

Los hechos de la demanda los resume la Sala en la siguiente forma:

a). El Concejo Distrital expidió las disposiciones acusadas careciendo de facultades constitucionales o legales para ello.

b). La sociedad actora contrató con un arquitecto la construcción de una obra de 8 plantas en un inmueble situado en la Cra. 10 Nº 86-

21/27 de Bogotá cuya construcción inició sin haber obtenido el permiso correspondiente, razón por la cual a petición del Departamento de Planeación Distrital se inició proceso policivo en la Inspección Segunda —A— de Policía que va encaminado a aplicar el artículo que se acusa referente a la demolición de la obra.

c). En el fondo se discute que la edificación levantada es de ocho plantas y para ese sector lo permitido por los reglamentos es hasta cinco. Sin embargo, las ocho plantas fueron terminadas el 11 de marzo de 1980, y la nota de Planeación que dio origen al proceso policivo tiene fecha abril 10 del mismo año.

d). El Acuerdo Nº 7 de 1979 es un estatuto orgánico general que no contiene reglamentación de alturas para Bogotá, reglamentación que fue hecha por el Decreto Nº 749 de 26 de mayo de 1980 de la Alcaldía Mayor, posterior al levantamiento de los ocho pisos referidos.

El demandante considera que las normas acusadas violan el ordenamiento jurídico de la Nación porque no emanan de autorizaciones constitucionales ni tienen fundamento legal fuera de que se produjeron con abuso o desviación de las atribuciones propias del Cabildo de Bogotá. Al efecto enumera los artículos 16, 20, 30, 55, 58, 63, 197, 26 y 187 ordinal 9º de la Constitución; el artículo 1º del Código Civil; 35 y 169 del C. de Régimen Político y Municipal; 11, 122, 126, 186, 216 del Código Nacional de Policía y 13 del Decreto 3133 de 1968. Ampliamente se enuncia el concepto de la violación de tales disposiciones.

Consideraciones

En la demanda se pidió la nulidad de las siguientes disposiciones del Acuerdo Nº 7 de 1979 del Concejo de Bogotá. "Por el cual se define el plan General de Desarrollo Integrado y se adoptan políticas y normas sobre el uso de la tierra en el Distrito Especial de Bogotá";

"Artículo 219. Al que termine la obra de urbanismo, edificación o modificación de obra sin permiso, se le impondrá demolición de obra si lo construido no se ajusta en un todo a los requisitos exigidos por la Secretaría de Obras Públicas o el Departamento Administrativo de Planeación Distrital, según el caso.

"Artículo 222. Compete a los Alcaldes Menores y a los Inspectores de Policía el conocimiento de las infracciones de que trata este Acuerdo. Estos y los demás funcionarios y empleados distritales encargados de la vigilancia y control de obras que por su omisión o negligencia dieren lugar a que se continúe o termine obras sin permiso, incurrirán en mala conducta que dará lugar, de acuerdo con la gravedad de la falta, a la suspensión o pérdida del empleo.

"En la resolución que imponga sanciones por contravenirse al régimen de obras, se ordenará aviso a las autoridades que vigilan las profesiones de arquitecto, ingeniero, constructor o maestros de obras, para la aplicación de las medidas disciplinarias a que hubiere lugar.

"Artículo 223. Las medidas correctivas previstas en este Acuerdo se impondrán siguiendo el procedimiento señalado en el Libro II, Tí-

tulo III del Código Nacional de Policía (Decreto 1355 de 1970) y en ellas, la intervención del Ministerio Público es obligatoria".

El Tribunal, apoyado en sentencias de esta Corporación, llegó a la conclusión de que la parte actora escogió mal la acción para dirimir la pretensión litigiosa que narra como fundamento del libelo demandador. Por ello considera que lo que pretende el demandante, no es propiamente la tutela del orden jurídico y la legalidad abstracta contenida en las disposiciones acusadas, que es el objeto de la acción de simple nulidad, sino el restablecimiento del derecho de la firma COMERCIAL SALMOTOR LTDA., como es el de evitar un perjuicio notoriamente grave, como sería el producido por la demolición de una obra de ocho plantas que acarrería indemnizaciones a cargo del Distrito. Con fundamento en ese criterio, el Tribunal produjo decisión inhibitoria.

El señor Fiscal Primero del Consejo de Estado en el concepto que emitió para el presente juicio se mostró contrario a la decisión del *a quo* porque en los fallos en que se apoya, precisamente se establece una doctrina completamente diferente a la expuesta en él. Transcribe apartes de la sentencia del 10 de agosto de 1961 la cual permite establecer que el acto acusado es de contenido general, impersonal y abstracto; es de aquellos que "entrañan una violación continua y pura de la legalidad objetiva que afecta directamente a toda la comunidad y lesiona los derechos de todos en el presente y en el futuro" y porque, además, por el solo hecho de la declaratoria de nulidad, en el evento en que ello fuere posible, no se produce un restablecimiento automático de los derechos constreñidos, razón por la cual el Tribunal ha debido entrar al fondo de la *litis*.

Comparte la Sala el parecer de su Colaborador Fiscal en el tema Planteado. Lo que importa fundamentalmente para determinar si un acto administrativo es de carácter general y abstracto, es su contenido material expresado en el ejercicio de la función administrativa, por cuya causa pueden emitir este tipo de actos los órganos administrativos, actos que cobran vigencia a través de su publicación.

Y es necesario para distinguir cuando se está frente a situaciones jurídicas individuales o particulares, tenerse en cuenta la finalidad y alcances del acto administrativo, el propósito que con él se persigue. Si éste contiene por si mismo una disposición que no desaparece al ser aplicada a un caso concreto, sino que sobrevive a esta aplicación y puede y debe aplicarse mientras no se derogue a todos los casos idénticos al previsto la situación jurídica es de carácter general, abstracta, impersonal. Si por el contrario, la Administración dispone exclusivamente para un caso particular y aplicada la decisión al caso previsto desaparece su objeto, la situación que crea el acto administrativo es individual y subjetiva.

El Acuerdo Nº 7 de 1970 del Concejo Distrital de Bogotá, algunas de cuyas disposiciones fueron objeto de acusación en el presente juicio, prescribe normas de carácter general que se relacionan con el aspecto funcional de una actividad en el Distrito Especial de Bogotá, como es el Plan General de Desarrollo Integrado, expedido con un fin de interés público y del bien de la comunidad. Ese Acuerdo comporta

toda vez que el artículo 66 del C. C. A., se prescribe que toda persona puede incoarla; y en la de que, consecuencialmente, el artículo 89 *ibídem,* autoriza para que cualquier persona pueda pedir que se le tenga como parte para coadyuvar o impugnar la demanda.

En tales condiciones, la omisión del documento que acreditara la calidad de Alcalde del poderdante no puede ser considerada como suficiente para inadmitir el recurso, ni para decidir sobre él en la segunda instancia. En consecuencia se procede a analizar y decidir sobre el recurso interpuesto.

La norma acusada

La demanda, y la solicitud de suspensión provisional, consideran como acto acusado el artículo 7º, numeral 01, del Acuerdo 53 de 1979 del Concejo Municipal de Cúcuta, que define las rentas e ingresos de la Corporación Municipal, de Turismo, Recreación y Deportes, estableciendo un gravamen sobre toda clase de espectáculos públicos que se presenten en la ciudad, tales como cines, teatros, circos, espectáculos musicales, artísticos, deportivos, etc. La tarifa aplicable es igual al 10% del valor de cada entrada. Además, sobre las rifas, clubes, etc....

Debe tenerse en cuenta que el *petitum* se contrae a la nulidad de la norma citada en cuanto grava con impuesto de Espectáculos Públicos a la actividad cinematográfica consistente en la exhibición de cine en teatros abiertos al público o cinematógrafos, según reza la demanda (folio 13).

Argumentos del actor

Para sustentar la suspensión pedida, el actor considera que la norma acusada viola:

a) El artículo 7º de la Ley 12 de 1982, que creó un impuesto del 10% sobre el valor de cada boleta de entrada personal a espectáculos públicos de cualquier clase. La Ley 47 de 1968, artículo 4º y el artículo 9º de la Ley 30 de 1971, que extendieron ese gravamen a los municipios del país.

b) Los artículos 43, 191 y 197 de la Carta, según los cuales los Concejos Municipales sólo pueden gravar objetos no gravados por la Nación o el Departamento. Por su parte el artículo 171, numeral 6º de la Ley 4ª de 1913 repite esa norma.

De tales normas concluye el actor que estando ya gravados los cines y teatros por norma legal, no pueden volver a ser materia de gravamen por norma municipal.

Argumentos del impugnador

Por su parte el impugnador alega que el artículo 3º de la Ley 33 de 1968, ordenó que serán propiedad exclusiva de los Municipios y del Distrito Especial de Bogotá, entre otros, el impuesto denominado espectáculos públicos, establecido por el artículo 7º de la Ley 12 de 1932.

IMPUESTO A LOS ESPECTACULOS PUBLICOS.— Prohibición de establecer gravámenes sobre objetos ya gravados. SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos del numeral 01 *del artículo* 7º *del Acuerdo número* 55 *de* 1979, *emanado del Concejo Municipal de Cúcuta, pero únicamente en cuanto grava con impuesto de espectáculos públicos a la actividad cinematográfica, consistente en la exhibición de cine en teatros abiertos al público* (*Confirmación del auto apelado*).

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., dos de septiembre de mil novecientos ochenta y tres

(Consejero ponente: *Doctor Gustavo Humberto Rodríguez*)

Referencia: Expediente número 10.620

Actor: Pedro Nel Escorcia Castillo. Apelación del auto de junio 18 de 1983 del Tribunal Administrativo de Norte de Santander. Juicio de nulidad del artículo 2º, numeral 1 del Acuerdo 33 de diciembre 11 de 1979 emanado del Concejo Municipal de Cúcuta. Auto.

En apelación del auto de junio 13 de 1983 emanado del Tribunal Administrativo de Norte de Santander, por medio del cual se decretó la suspensión provisional del artículo 7º numeral 1 del Acuerdo número 55 de diciembre 11 de 1979, proferido por el Concejo Municipal de Cúcuta, ha llegado a esta Sección el proceso que en acción de nulidad de la norma suspendida instauró el señor Pedro Nel Escorcia Castillo.

El recurrente Jorge Enrique Botia Buenahora presentó para instaurar la impugnación un poder otorgado por el señor Alvaro Rada Gómez, quien en tal documento dice ser el Alcalde de la ciudad de Cúcuta, pero no allegó la certificación correspondiente para acreditar que en la fecha en que fue presentado el poder tuviera tal investidura.

En principio, actuando con rigor procedimental, podría pensarse que el poderdante, por no haber acreditado la investidura en cuya calidad actúa, no ha acreditado la personería requerida. Sin embargo, es probable que por notoriedad pública ese hecho sea conocido del juzgador, y, especialmente, que por tratarse de una acción pública de nulidad, tal situación requiere especial tratamiento. Y además, de la notificación del auto que admitió la demanda se deduce que el mismo Alvaro Rada Gómez era el Alcalde (folio 20).

En sentido estricto, en las acciones populares de nulidad la exigencia de la representación no debe tener la rigidez propia de las de plena jurisdicción. La razón estriba en que la de nulidad es popular,

CAPITULO III

SUSPENSION PROVISIONAL DE ACUERDOS DE LOS CONCEJOS

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La providencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 12 de diciembre de 1983.

Mario Enrique Pérez Velasco, Samuel Buitrago Hurtado, Jacobo Pérez Escobar Roberto Suárez Franco.

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

nísticas, que también se cuestiona por la demanda, pues es de anotar que como el artículo 223 del Acuerdo Nº 7 de 1979 remite al Libro II, Título III del Código Nacional de Policía (Decreto 1335 de 1970), haciendo obligatoria la intervención del Ministerio Público, se impone consecuencialmente la observancia de las disposiciones allí contenidas sobre el particular, que son al efecto los artículos 228 y 229 que en su orden expresan:

"Art. 228. La imposición de las medidas correctivas a cargo de los alcaldes e inspectores de policía debe hacerse mediante resolución escrita y motivada la que se pronunciará después de oir los descargos del contraventor y examinar las pruebas que éste quisiere aducir durante el interrogatorio celebrado en el despacho del alcalde o inspector.

"Artículo 229. Contra las medidas correctivas impuestas por los comandantes de estación o subestación no habrá ningún recurso. Contra las impuestas por los alcaldes e inspectores procede el de reposición".

De tal manera que existe un procedimiento breve y sencillo mediante el cual el infractor puede ejercer su derecho de defensa y una vez agotado, la Administración toma una decisión con relación al caso correspondiente. Además, como lo expresa el propio acto acusado, la intervención del Ministerio Público en estas actuaciones es obligatoria.

Por último, no sobra agregar que a nivel del Distrito Especial de Bogotá existe el Dto. 1192. de 1976 que reglamenta el artículo 14 del Código de Policía de Bogotá, en cuyo artículo 7º se atribuye a los Inspectores de Obras y Ornato, competencia privativa para conocer de las contravenciones al régimen de control de obras y de desarrollo urbanístico, así como de las conexas con éstas.

Consecuente con lo que se ha expresado en esta providencia, las peticiones de la demanda serán denegadas, pues en sentir de la Sala no se desvirtuó la presunción de legalidad de las disposiciones acusadas, imponiéndose por lo mismo la previa revocatoria de la decisión acordada por el Tribunal en la sentencia que ha sido objeto de revisión a través del recurso de apelación.

Y en razón de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, de acuerdo en parte con el concepto del señor Fiscal Primero de la Corporación y administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

REVOCASE la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 25 de agosto de 1982 y, en su lugar, DENIEGANSE las peticiones de la demanda.

y atinado estudio del señor Fiscal Cuarto del Tribunal de Cundinamarca quien en uno de los apartes de su vista expresa:

"Dentro de nuestro ordenamiento jurídico existen numerosos ejemplos en los cuales las autoridades ADMINISTRATIVAS toman decisiones que afectan 'la propiedad privada', sin que por esa razón hasta ahora hayan sido declaradas inexequibles esas disposiciones. V. gr. EL INCORA (autoridad administrativa) declara la 'extinción del dominio que afecta a la propiedad, sanción que se aplica a quien no utiliza la propiedad como manda la ley. Las AUTORIDADES DE POLICIA (Gobernadores, Intendentes, Alcaldes, Inspectores y Corregidores) pueden ordenar la 'demolición' de inmuebles en los casos de calamidad pública cuando amenazan ruina y tal decisión afecta la propiedad privada'.

"De manera que si se acepta que toda decisión que afecte el derecho de propiedad privada es de competencia exclusiva de la *Rama JUDICIAL* no sólo el acto administrativo Distrital acusado es inconstitucional sino también los mencionados a manera de ejemplo: las extinciones del dominio decretadas por el Incora y las demoliciones ordenadas por las autoridades administrativas. Así, ante un incendio, un terremoto, una epidemia, una inundación, la autoridad administrativa pertinente, en nombre de su respectiva comunidad debería acudir ante la JUSTICIA para que ésta a través de un dilatado proceso ordene la 'demolición', con lo cual se aseguraría tardíamente el objetivo perseguido.

".... Porque en el artículo 16 de la Constitución no consagra que las AUTORIDADES DE LA REPUBLICA —y éstas no son exclusivamente las pertenecientes a la Rama Jurisdiccional sino los representantes de las diferentes Ramas del Poder Público— dentro de sus deberes tienen el de proteger a todas las personas residentes en Colombia —que necesariamente incluye la protección de las personas jurídicas y dentro de éstas las políticas y públicas— en sus vidas, honra y BIENES y para asegurar el cumplimiento de los DEBERES SOCIALES del Estado y de los particulares, pues es de entender que correlativamente existen unos derechos y unas obligaciones tanto de los asociados como del Ente Público. Luego, se recalca que la protección de los bienes y la búsqueda del cumplimiento de los deberes sociales del Estado y particulares no es de competencia exclusiva de las autoridades de la Rama Jurisdiccional sino de toda autoridad estatal, dentro del marco de su competencia.

"..... La circunstancia de que el conflicto se dilucide por una autoridad administrativa (Alcalde Menor o Inspector de Policía Distritales) y no por el Juez Civil no debe entrañar temor alguno, pues tanto el uno como el otro deben someterse a la ley y aún en el caso de la *decisión* tomada por la autoridad administrativa existe un *'control judicial'* posterior que es el del Contencioso sobre las determinaciones que adopte la Administración y en el cual se puede debatir 'su responsabilidad', luego, la Administración no es irresponsable por sus actos en esta materia".

En cuanto al procedimiento administrativo a observarse para la imposición de las sanciones a quienes contravienen las normas urba-

to" cuando expidan REGLAMENTOS LOCALES DE POLICIA, según ordena el artículo 188 del D. L. 1355 de 1970, es decir, sólo pueden consagrar algunas de las mencionadas en el artículo 186, *ibídem,* que respecto de bienes inmuebles son: el cierre del establecimiento, la suspensión de la obra, la demolición la construcción de obra.

"Por manera que si el Concejo Distrital al expedir el REGLAMENTO LOCAL DE POLICIA URBANISTICO —o como se quiera calificar el Acuerdo Nº 7 de 1977— consagró nuevas restricciones administrativas al derecho de propiedad, que bien lo podía hacer según nuestros preceptos superiores, sólo podía estatuir como "medidas correctivas" a su violación las señaladas en el artículo 186 del Código Nacional de Policía en cumplimiento estricto de lo ordenado en su artículo 188 y que fueran pertinentes; por lo tanto, en principio, ese régimen local se ajusta a derecho pues la demolición se encuentra prevista en ellas.

"Otra discusión diferente es que la medida correctiva *sea excesiva* frente a la contravención del reglamento.

"Sin embargo, el artículo 219 del Acuerdo 7 de 1977 —disposición acusada— *parece no ser excesiva,* por cuanto la 'demolición' no se aplica exclusivamente por haber ejecutado la obra SIN PELIGRO, sino que debe reunir otra condición: 'Si lo construido no se ajusta en un todo a los requisitos exigidos por la Secretaría de Obras Públicas o el Departamento Administrativo de Planeación Distrital, según el caso'. Es apenas lógico que el infractor sufra las consecuencias de la doble violación del régimen, así: 1º). Por no cumplir los requisitos previos (permiso o licencia) para ejecutar la obra; 2º). Por no ajustarse a las restricciones administrativas a la propiedad particular que deben haber sido expedidas en interés de la comunidad y ante el cual se debe someter el interés privado".

Se ha formulado también en la demanda acusación contra los artículos 222 y 223 del Acuerdo Nº 7 de 1979 por violación de la Constitución y las Leyes, pues, se afirma, que una materia civil atinente a la propiedad privada la trasladan al reducido ámbito de las medidas de policía y le imparten sanciones de policía. Y dice el señor apoderado de la actora, que el artículo 58 de la Constitución establece que la justicia en Colombia se ejerce por la Corte, el Consejo de Estado, los Tribunales y los Juzgados y que las materias relacionadas con la propiedad privada son regladas por el Código Civil y leyes concordantes, estando desarrollando en esas normas todo lo relativo al derecho de propiedad particular. Por consiguiente, argumenta, el tratamiento de la propiedad privada no es por su naturaleza pertinente de las autoridades de policía sino de los Tribunales y Jueces Civiles, razón por la cual los artículos 222 y 223 del acuerdo impugnado son violatorios de normas superiores, porque asignan a la policía materias propias de la rama Judicial. Y concluye el vocero de la actora manifestando que la declaratoria de demolición debe provenir de un Juez Civil y la ejecución de la orden que ella entraña sí puede ser un acto de policía, en cumplimiento de una sentencia que no puede dictar la policía.

Tampoco está de acuerdo la Sala con las anteriores afirmaciones de la demanda, y para desvirtuarles acude nuevamente al muy serio

trito Especial, pudiendo establecer prohibiciones para la urbanización y parcelación de determinadas zonas dentro del territorio del distrito".

La anterior enumeración legal que se ha hecho permite afirmar que el Acuerdo acusado número 7 de 1979 "Por el cual se define el Plan General de Desarrollo Integrado y se adoptan políticas y normas sobre el uso de la tierra en el Distrito Especial de Bogotá", cuenta con suficiente amparo constitucional y legal, en particular su artículo 219 en materia de imposición de sanciones por contravenciones administrativas de policía, en cuanto a obras de urbanismo se refiere. Ese ordenamiento jurídico-administrativo prevé para determinadas transgresiones de sus normas, sanciones que pueden imponer los órganos de la Administración Distrital mediante un procedimiento administrativo al margen del proceso penal y sin la intervención de un Juez. Conforme el mismo, los órganos administrativos pueden calificar un hecho como falta administrativa e imponer la sanción correspondiente por medio de un acto que será obligatorio, naturalmente que sin perjuicio de la impugnación ulterior que puede hacerse del mismo en vía jurisdiccional contencioso administrativa.

Y considera la Sala oportuno para completar el estudio relacionado con la acusación del artículo 219 del Acuerdo Nº 7 de 1979, transcribir algunos apartes del concepto que rindió el señor Fiscal Cuarto del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el presente, concepto en el que hizo un jurídico y ponderado estudio del caso *sub lite* para llegar a la conclusión de que las peticiones de la demanda deben ser denegadas por no haberse desvirtuado la presunción de legalidad del acuerdo en mención. Dijo así el señor Fiscal:

".... en el artículo 8º del C. Nal. de Policía —que sobrevivió a la declaratoria de inexequibilidad de enero 27 de 1977— se faculta a las ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES para reglamentar o expedir reglamentos administrativos en materia de POLICIA ADMINISTRATIVA que no hayan sido objeto de ley o reglamento nacional, es decir, en sus vacíos, en concordancia con las facultades que detentan esas Corporaciones en el numeral 9º del artículo 187 de la Constitución pues bien, el CONCEJO DISTRITAL al tenor de lo dispuesto en el artículo 199 de la Constitución en concordancia con lo ordenado en los artículos 2º y 13 numeral 16 del Decreto Ley 3133 de 1968 y 187 numeral 9º de la Carta en igualdad de condiciones a las Asambleas Departamentales también tiene *la competencia de expedir REGLAMENTOS ADMINISTRATIVOS DE POLICIA* pero exclusivamente en materia no reglada en la ley por lo cual puede expedir un "Código Distrital de Policía, de Construcción y Administración", lo cual realizó en materia urbanística a través del *Acuerdo Nº 7 de* 1979, algunas de cuyas disposiciones se acusan en este proceso.

"Ahora, qué restricciones pueden las Asambleas Departamentales y el Concejo Distrital establecer en los REGLAMENTOS ADMINISTRATIVOS DE POLICIA que expidan?

"Ante los vacíos legales y de los reglamentos nacionales, en materia de Policía Administrativa, las Corporaciones Administrativas que existen en el campo local departamental y Distrital "no pueden estatuir MEDIDAS CORRECTIVAS distintas a las descritas en este decre-

En efecto, la Constitución Nacionall señaló al Distrito Especial de Bogotá un régimen diferente al de los demás municipios, al prescribir en su artículo 199 lo siguiente:

"La ciudad de Bogotá, capital de la República, será organizada como un Distrito Especial, sin sujeción al régimen municipal ordinario, dentro de las condiciones que fije la ley. La ley podrá agregar otro u otros Municipios circunvecinos al territorio de la capital de la República, siempre que sea solicitada la anexión por las tres cuartas partes de los Concejales del respectivo Municipio".

La Ley 33 de 1968 en el ordinal b) de su artículo "facultó al señor Presidente de la República para reformar la organización administrativa del Distrito Especial de Bogotá para adecuarla a los requirimientos básicos de su desarrollo".

Y en desarrollo de tal facultad el Gobierno Nacional dictó el 26 de diciembre de 1968 el Decreto Nº 3133 "Por el cual se reforma la organización administrativa del Distrito Especial de Bogotá", en cuyo artículo 2º dispuso:

"La administración del Distrito Especial no estará sujeta a las disposiciones de la Asamblea ni a las de la Gobernación del Departamento de Cundinamarca. Las atribuciones administrativas que confieren la Constitución y las Leyes a las Asambleas y a los Gobernadores se entenderán conferidas al Concejo y al Alcalde Mayor de Bogotá, en lo pertinente".

Por el numeral 9º del artículo 187 de la Constitución se atribuyó a las Asambleas Departamentales y conforme al artículo anteriormente transcrito, al Distrito Especial de Bogotá, la facultad de reglamentar lo relativo a la policía local en todo aquello que no sea materia de disposición legal.

De otro lado, el artículo 188 del Decreto Ley 1355 de 1970 "Por el cual se dictan normas sobre policía" dice que, "Cuando según los artículos 8º y 10, el gobierno nacional, las asambleas, los Concejos, los intendentes y los comisarios especiales expidieren reglamentos de policía no podrán estatuir medidas correctivas distintas a las descritas en este decreto".

A su turno el artículo 187 del mismo Decreto 1355 expresa que ninguna autoridad de policía podrá imponer medidas correctivas diversas de las previstas en el artículo 186 que, en sus numerales 13 y 14 establece como tales: "13. La suspensión de obra y 14. La demolición de obra".

Acorde con la preceptiva constitucionall y legal enumerada, el Decreto 3133 de 1968 en su artículo 13 dijo: "Además de las atribuciones conferidas por la Constitución" y las Leyes a los Concejos Municipales y en especial al de Bogotá, éste tendrá las siguientes:

"16. Dictar los códigos para el Distrito en materia de policía, fiscal, de tránsito y transporte, de construcción y administración;

"17. Dictar, a iniciativa del alcalde, las reglamentaciones urbanísticas y restricciones administrtivas para las diversas zonas del dis-

el dictado de normas de carácter general que cobraron vigencia a través de la publicidad que se le debió dar y está compuesto de reglas técnicas sobre desarrollo urbano que se inspiran indudablemente, en el principio de la función social de la propiedad y el interés común, el cual implica obligaciones según el artículo 30 de la Constitución, como la de someterse los propietarios a los ordenamientos urbanísticos dictados en beneficio de la localidad. Y los ciudadanos que hubieren tomado conocimiento de ese estatuto, aún sin hallarse notificados, pueden solicitar su aplicación, posibilidad que no se da con relación a actos de contenido particular y concreto. Además, es apenas obvio, que el acuerdo cuestionado en modo alguno modificó directamente la situación jurídica de la sociedad actora.

Como consecuencia de lo expresado, se entrará entonces al análisis de fondo de la cuestión planteada en el libelo demandador.

Sostiene el actor que las disposiciones edilicias que acusa, se han producido sin amparo jurídico superior pues, en lo que hace al artículo 219 del Acuerdo Nº 7 de 1979, el Concejo obró por fuera de sus atribuciones constitucionales y legales puesto que ni la Constitución ni las leyes lo autorizan para crear la pena o sanción de demolición. Sobre el particular se extiende el señor apoderado de la actora en amplios análisis en torno a los artículos 16, 20, 30, 55, 58, 63, 187 y 197 de la Carta, y apoyado en citas de profesores extranjeros de Derecho Administrativo, afirma que las normas sobre urbanismo y construcción pueden acarrear para sus violadores penas y sanciones, pero su aplicación o competencia corresponde por su naturaleza a ramas distintas, siendo unas del conocimiento de la Policía y otras de los Jueces, y así, dice, si se le diera aplicación al artículo 219 acusado, la competencia le correspondería en Bogotá a un Inspector de Policía, autoridad ejecutiva y no judicial que podría tomar una decisión que no tiene apelación y hacer demoler un edificio por carecer el propietario de un papel que llaman permiso de construcción.

Y en cuanto a las violaciones legales, dice el distinguido profesional, que si bien el Concejo Distrital puede dictar reglamentaciones urbanísticas conforme el artículo 17 del Decreto 3133 de 1968, no tiene autorización para establecer sanciones y penas tan graves como la demolición. Que el artículo 169 del C. de Régimen Político y Municipal indica en forma general las atribuciones de los Concejos, no figurando en ellas la de ordenar demoliciones. Y en cuanto a las disposiciones del Código Nacional de Policía que cita, manifiesta que el artículo 219 demandado se refiere a una obra terminada cuya sanción es demolerla porque se terminó sin haber obtenido una licencia que opera dentro del formalismo burocrático, modalidad que no contempla dicho Código para justificar la intervención en la propiedad privada, que sólo está prevista en tres casos: a). Seguridad, b). Salubridad y c). Estética pública, no estando comprendida la licencia. Solamente, anota, en casos de urgencia extrema como los señalados en los artículos 11 y 216 del C. Nacional de Policía se autoriza la demolición y eso para evitar catástrofes que impactarían gravemente sobre la ciudadanía.

La Sala se aparta del parecer del señor apoderado de la sociedad actora.

El auto impugnado

Esa providencia considera que el gravamen del 10% sobre el valor de cada entrada para los espectáculos públicos es del orden nacional y ya existe, por lo cual se impondrían con el acto acusado un doble gravamen, contrariando la prohibición de la Ley 4ª de 1913, artículo 171, numeral 9º.

Considera la Sala

Efectivamente, del cotejo simple y perceptivo entre la norma acusada —en cuanto se refiere a la actividad cinematográfica— y las citadas como violadas se deduce que está contrariando ostensiblemente la prohibición de establecer gravámenes sobre objetos ya gravados.

La circunstancia de que haya sido la ley la que los haya gravado inicialmente, no implica que ahora desaparezca el gravamen, ni tampoco porque ahora sean de propiedad de los municipios.

En consecuencia, el auto debe ser confirmado. Pero se advierte que el auto apelado suspendió provisionalmente la totalidad del numeral 01 del artículo 7º del Acuerdo 55 de 1979, cuando la demanda sólo se ha dirigido contra tal norma en cuanto grava con impuesto de Espectáculos Públicos a la actividad cinematográfica. Por lo tanto, en este aspecto debe ser modificada la decisión.

En mérito de lo expuesto, la Sección Cuarta, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

Resuelve:

Confírmase el auto apelado, ordenando la suspensión provisional de los efectos del numeral 01 del artículo 7º del Acuerdo número 55 de 1979, emanado del Concejo Municipal de Cúcuta, pero únicamente en cuanto grava con impuesto de espectáculos públicos a la actividad cinematográfica, consiste en la exhibición de cine en teatros abiertos al público.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Se deja constancia que este auto se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Gustavo Humberto Rodríguez, Bernardo Ortiz Amaya, Enrique Low Murtra, Carmelo Martínez Conn.

Jorge A. Torrado., Secretario.

CAPITULO IV

ACTOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN MUNICIPAL

LICENCIAS PARA CONSTRUCCION. URBANIZACIONES Y EDIFICACIONES. COMERCIANTES. SERVICIOS FUNERARIOS. (ES UNA ACTIVIDAD COMERCIAL).

1. *Estudios previos a la concesión del permiso de construcción.* 2. *La decisión tomada debe notificarse a los interesados. Los actos que concedan licencias o permisos deben ser conocidos por todas las personas que en forma concreta puedan sufrir perjuicios con la decisión de la administración, decisión que es susceptible de recursos en la vía gubernativa. URBANIZACIONES Y EDIFICACIONES. Finalidad de la construcción. COMERCIANTES*: 1) *Son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles* (*Código de Comercio artículo* 10); 2) *Cuándo una persona ejerce el comercio?* (*Código de Comercio, artículo* 13). *SERVICIOS FUNERARIOS*: 1) *Es una actividad eminentemente comercial sujeto al control a la higiene pública.* 2) *Las CONSTRUCCIONES para servicios funerarios se encuentran dentro de la "NOCION DE EDIFICIOS COMERCIALES" contenida en el literal a) de la Sección Primera del artículo* 3º *del Decreto* 563 *de* 1969. 3) *Para su construcción se requiere en el Distrito Especial de Bogotá, de la licencia por parte del Departamento de Planeación.* 4) *El control de su funcionamiento corre a cargo de las entidades sanitarias del mismo Departamento de Planeación.*

APELACION DE SENTENCIAS POR AMBAS PARTES Y/O CUANDO UNA APELA Y LA OTRA SE ADHIERE.

De conformidad con el artículo 357 *del Código de Procedimiento Civil, aplicable en el presente asunto por remisión del artículo* 282 *del Código Contencioso Administrativo, esta Sala no está sometida al principio de la* REFORMATIO IN PEJUS *y, en consecuencia, se podrá decidir sin limitación.*

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS.— Es inaceptable desde todo punto de vista, que los particulares señalen una suma determinada para que sobre ella se les liquiden los impuestos, para que luego, fijen una suma muy superior, para obtener una indemnización.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., dieciocho de agosto de mil novecientos ochenta y tres

(Consejero ponente: *Doctor Mario Enrique Pérez*)

Referencia: Expediente número 3471

Actor: Inversiones Gaviria Limitada

Se decide el recurso de apelación interpuesto tanto por la parte demandante como por los impugnadores contra la sentencia de 23 de septiembre de 1980 dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por la cual se declaró nula la Resolución número 22 de 1976, del Director del Departamento Administrativo de Planeación del Distrito Especial, y se hicieron otras declaraciones.

El acto acusado

Es la Resolución número 22 de 24 de septiembre de 1976, "por la cual se resuelve un recurso de reposición, expedida por el Director del Departamento Administrativo de Planeación del Distrito Especial de Bogotá con invocación de sus facultades legales y, en especial, de las que le confiere el Acuerdo número 1 de 1975, del Concejo Distrital.

Por medio de la anterior resolución se dispuso: 1º) Revocar la licencia número 1090 de 14 de julio de 1976, del citado Departamento Administrativo, concedida a la sociedad actora para la construcción de un edificio de tres pisos, con seis salas de velación, dos locales comerciales y cinco establecimientos internos, según los respectivos planos, en la carrera 10 número 96-29 y calle 96 números 10-02|26|28 y 30 de la nomenclatura de Bogotá, correspondiente a los lotes 8 y 11 de la manzana 27 (antes 32) de la Urbanización Chicó Reservado, I Sector. 2º) Comunicar a la Inspección de Obras y Ornato de la zona de ubicación del inmueble, a efecto de que ordenara la suspensión de la obra; 3º) Declarar agotada la vía gubernativa, y 4º) Ordenar que se notificara la Resolución en la forma prevista en el artículo 11 del Decreto 2733 de 1959, lo que en efecto se hizo, pues fue notificada por edicto que se fijó a las 8 a. m. del 5 de octubre de 1976 y se desfijó a las 6 p. m. del 11 de los mismos.

Entre los considerandos de la resolución figuran los siguientes:

"Que mediante memorial de fecha 24 de agosto de 1976, presentado el día de los mismos mes y año, los ciudadanos Leonor García, Bertha de Camacho, Carlos Torres Noriega y otros, invocando su condición de vecinos de la referida Urbanización Chicó Reservado, interpusieron recurso de reposición y, en subsidio el de apelación ante la Junta de Planeación, contra la licencia de construcción 1090 de 1976.

"Que los recurrentes manifiestan en su escrito de petición que se dan por notificados de la providencia, razón por la cual debe entenderse como surtida la notificación en la fecha de presentación del recurso.

"Que el escrito se sustenta en que conforme al Decreto 0563 de 1969, por el cual se reglamentó la urbanización, este tipo de servicios o uso complementario (se refieren a las salas de velación) no está autorizado para que pueda establecerse en el Sector y, además, en que 'no sería competencia del señor Director del Departamento de Planeación expedir tal autorización' ".

Para decidir en la forma indicada el recurso de reposición de que habla la resolución se tuvieron en cuenta, entre otros aspectos, los que se resumen a continuación:

Que en la sentencia de 26 de octubre de 1973 el Consejo de Estado dijo que los habitantes del sector en donde se va a levantar una construcción son interesados directos y que se les debe notificar la correspondiente licencia.

Que el Decreto municipal 0563 de 1963 contempla un reglamento especial para el sector comercial de la aludida urbanización, el que prevé un uso comercial para la manzana 27, antes 32. En este sentido se afirma que según el parágrafo del artículo 3º le corresponde al Departamento Administrativo de Planeación Distrital expedir las licencias para los proyectos especiales, previo concepto favorable de la Junta de Zonificación, y entre los usos comerciales señala, de manera simplemente enunciativa, los siguientes: Establecimientos de educación; clubes sociales y deportivos; bibliotecas y centros cívicos culturales; edificios religiosos; subestaciones de servicios públicos; edificios para la administración pública; hoteles y centros de salud, clínicas, ancianatos, orfelinatos y casas de reposo. Concluye la resolución expresando que el servicio funerario no está enmarcado dentro de la categoría de establecimiento comercial, "ya que no se trata de una actividad comercial corriente de las que requieran los habitantes de la urbanización como serían los establecimientos de venta de alimentos, o drogas, de servicio de banco, oficinas de correo, etc.". Agrega que "Es indudable que sólo en excepcionales ocasiones los vecinos del sector necesitarán de la prestación de servicios funerarios, como serían igualmente raros los eventos en que requieran de hotel, centros de salud, ancianatos, orfelinatos y casas de reposo, que al establecerse en la urbanización no sólo prestarán servicios a los habitantes de la misma, sino a los de otros sectores".

La demanda

1. En acción de plena jurisdicción y por conducto de mandatario judicial, la sociedad "Inversiones Gaviria Limitada" demandó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad de la Resolución de que se ha hecho mérito, y como restablecimiento del derecho pide que se declare que la licencia de construcción número 1090 de 1976 es perfectamente válida y que la actora puede construir el edificio en ella contemplado y, además, del Distrito Especial de Bogotá y/o el Departamento Administrativo de Planeación Distrital deberán pagarle de manera concreta el valor de los perjuicios de todo orden que el acto impugnado les haya causado o, en forma genérica, conforme al artículo 68 del Código de Procedimiento Civil.

2. Como fundamento de hecho la demanda relaciona, en síntesis, los siguientes:

Que la accionante obtuvo la licencia de construcción citada y con bastante posterioridad se presentaron algunas personas que dijeron ser "vecinos y propietarios de la Urbanización Chicó Reservado" e interpusieron un recurso de reposición y solicitaron la revocación de la licencia, sin acreditar su personería, en precisar el número del per-

miso, haciendo referencia a la sociedad "Funeraria Gaviria Limitada", sin ser abogados titulados y haciendo uso del recurso después de un mes de expedida la licencia.

Que no obstante que los recurrentes basan el recurso en que los servicios para los cuales se autorizó la construcción no están comprendidos para ese Sector en el Decreto 563 de 1969 y en la falta de competencia del organismo administrativo que concedió la licencia, al resolver el recurso éste fue más allá y se fundamentó en haberse omitido el concepto previo y favorable de la Junta de Zonificación, siendo que la Junta, en la sesión del 26 de agosto de 1976, celebrada un día antes de haberse interpuesto el recurso, que fue presidida por el propio Director de Planeación Distrital, se ocupó de una proposición en tal sentido y que el acta respectiva registra lo siguiente: "Aprobada la proposición y en desarrollo del análisis del mencionado memorial, *la Junta precisó que se trata de un servicio comercial que por no estar calificado como 'especial' podía ser autorizado directamente por el Departamento, sin necesidad de consulta a la Junta*" (se destaca en la demanda). Refuerza lo anterior diciendo que el artículo 3º del Decreto 563, al enumerar los usos de la urbanización, se refiere a edificios comerciales en la manzana, 32, hoy 27, y que el artículo 5º del Acuerdo Distrital número 1 de 1975 le asigna al Director de Planeación esta función: "9. Autorizar con su firma licencias de urbanizaciones, agrupaciones y construcciones".

Finalmente expresa que el artículo 4º de la resolución acusada, que agotó la vía gubernativa, es opuesto al artículo 6º del Acuerdo Distrital 51 de 1963, que reglamentó aspectos sobre zonificación urbanística y creó la Junta de Zonificación, porque él instituyó que contra las decisiones del Departamento Administrativo de Planeación procede el recurso de reposición ante el Departamento o División que haya adoptado la decisión y el de apelación ante la Junta de Planificación.

3. La sociedad actora señala como violados por el acto enjuiciado los artículos 3º —Sección I— del Decreto Distrital 563 de 1963, por falta de aplicación; 305 del C. P. C.; 40 de la Constitución Nacional; 24 del Decreto Ley 2733 de 1959, y 6º —parágrafo 3— del Acuerdo Distrital 51 de 1963, al igual que las otras normas de este Acuerdo, por haber sido invocado como fundamento de la Resolución acusada.

La violación del artículo 3º del Decreto 563 la sustenta reiterando lo dicho al exponer los hechos. La del artículo 305 del C. P. C., la hace consistir simplemente en "que por vacío en normas administrativas le es aplicable al caso del recurso presentado por quienes alegaron ser vecinos". La transgresión del artículo 40 de la Carta la concreta en haber aceptado y oído el Departamento de Planeación Distrital el recurso de reposición interpuesto por quienes que no eran abogados inscritos. La del artículo 24 del Decreto 2733 radica en que la demandante no dio consentimiento expreso y escrito para la revocatoria de la licencia de construcción número 1090 y por fuera de los argumentos de los "vecinos" que recurrieron en reposición. Finalmente, la infracción del artículo 6º —parágrafo 3— del artículo 51 la expone de manera análoga a lo que dijo al hacer el recuento de los hechos.

La impugnación

Aduciendo el carácter de vecinos del barrio "Chicó Norte Reservado", los señores Víctor Rodríguez Romero y otros impugnaron la acción por intermedio de apoderado.

Los opositores atacan la pretensión de la demanda sobre el restablecimiento del derecho, en lo tocante a que se declare la validez de la licencia de construcción 1090 de 1976, toda vez que lo procedente es ver si es anulable la que es objeto de acusación. Sobre el particular agregan que la actora no ha determinado el agente presuntamente responsable de los perjuicios.

Sobre los fundamentos de hecho expresan los mismos que los habitantes del sector en donde se va a hacer una construcción son interesados en ella y que se les debe notificar el permiso, conforme lo reclama la sentencia del Consejo de Estado que cita la resolución demandada. Agregan que pueden hacerlo en ejercicio del derecho de petición que consagra el artículo 45 de la Carta y que el artículo 2º del Acuerdo Distrital 51 de 1063 prevé que la Sección de Zonificación del Departamento Administrativo de Planeación debe realizar audiencias públicas de consulta "cuando el 60% o más de los propietarios de predios situados dentro de determinadas áreas o zonas de la ciudad, soliciten la reconsideración de las disposiciones municipales sobre la zonificación correspondiente".

Recuerdan los impugnadores que durante la etapa gubernativa varios grupos de vecinos de la urbanización en referencia solicitaron la revocación de la licencia, algunos de ellos por conducto de apoderado.

En general, los impugnadores atacan a fondo la acción, en forma pormenorizada y reiterando los diversos argumentos de los vecinos del sector aledaño al predio en cuyo favor se otorgó la licencia de construcción.

De otra parte, desde un principio el Distrito Especial de Bogotá, por conducto de la Personero Delegado en lo Administrativo, se constituyó en parte impugnadora y actuó en el proceso en el citado carácter. La posición jurídica del Distrito, que es análoga a la de quienes actuaron en su condición de vecinos, aparece concretada en el alegato de conclusión de la segunda instancia, al cual se hará referencia posteriormente.

La sentencia apelada

Por medio de la sentencia recurrida el Tribunal accedió a las pretensiones de la demanda, con base en la motivación que se resume, así:

En primer lugar, estimó que estaba bien agotada la vía gubernativa contra el acto acusado, por encontrar que les había sido notificado personalmente a varios de los vecinos de la urbanización en referencia (folio 73 vto., cuaderno 1) y por medio de edicto a la sociedad titular de la licencia revocada (folio 74 *ibídem*). También comenta que a folios 55 y siguientes del cuaderno principal aparece la copia de un memorial del apoderado de la sociedad actora, en el que interpone el recurso de apelación, y que al folio 62 corre la nota por la cual el

Departamento de Planeación le dice que dicho recurso no cabe, lo cual equivale al rechazo de ese medio de impugnación, que posee la virtualidad de agotar la etapa administrativa.

En cuanto al análisis de fondo, el fallador de primer grado hizo el estudio de los cargos, el que se sintetiza a continuación:

a) Para desechar el cargo contra el artículo 24 del Decreto Ley 2733 de 1959 transcribe en extenso la sentencia de 26 de octubre de 1963, de esta Sala, según la cual "para que surja la protección del artículo 24 del citado decreto es menester que las providencias administrativas se encuentren ejecutoriadas, es decir, no quepa recurso alguno por la vía administrativa... Mas si la providencia llega a una autoridad superior en virtud de la facultad de aprobación del acto de un inferior o su nuevo estudio es el resultado de un recurso interpuesto por el opositor, no puede en ningún momento en incurrir en violación del artículo 24 si se revoca el derecho concedido por una providencia no ejecutoriada". Concluye el Tribunal diciendo que como en el caso de autos la resolución acusada no fue proferida en uso de la facultad del artículo 21 del anotado decreto, sino en virtud de un recurso de reposición interpuesto por personas directamente interesadas, no puede hablarse de la violación del artículo 24.

b) Expresa el Tribunal que de conformidad con el artículo 3º numeral 27, del Acuerdo Distrital número 1 de 1975, le compete al Departamento de Planeación conceder licencias sobre urbanizaciones, agrupaciones y edificaciones, y al Director del mismo, según el artículo 5º —numeral 9— *ibídem,* autorizar con su firma esos permisos, y que esta función no es discrecional sino reglada. Lo anterior le permite plantear que se debe examinar si la licencia en comento se ajustó a las exigencias pertinentes.

c) En el anterior sentido el Tribunal se adentra en el estudio del artículo 3º del Decreto Distrital 563 de 1969, que reglamentó la Urbanización "Centro Comercial Chicó Reservado I Sector" —manzanas 25, 26 y 28, antes 30, 32 y 33—, que permite usos principales, como construir edificios comerciales en la manzana 32, hoy 27, y especiales con licencia del ameritado Departamento y concepto previo y favorable de la Junta de Zonificación, tales como establecimientos de educación, clubes sociales y deportivos, bibliotecas y centros cívicos culturales, etc. Repara el *a quo* en que para los usos principales las licencias son expedidas únicamente por el Departamento de Planeación, mientras que para las especiales se requiere el aludido concepto de la Junta de Zonificación.

d) En lo tocante con la indemnización de perjuicios, el Tribunal analiza los dictámenes periciales y las objeciones a los mismos, y después de declarar administrativamente responsable al Distrito Especial de Bogotá, encontró que no existen bases suficientes para condenar en concreto, por lo cual hizo una condena en abstracto.

El concepto fiscal

El señor Agente del Ministerio Público ante esta Sala emitió concepto de fondo, en el sentido de que se debe revocar la sentencia re-

currida y, en su lugar, denegar las pretensiones de la demanda. Para ello se basa especialmente en que la actividad de la sociedad "Inversiones Gaviria Limitada" no puede considerarse propiamente como comercial.

Opina el señor Fiscal que en el artículo 1º del Acuerdo Distrital 51 de 1963, que creó la Junta de Zonificación y dictó disposiciones sobre zonificación urbanística, facultó al Alcalde Mayor para expedir decretos sobre la materia, previo concepto favorable de la Junta de Planeación..., y que fue en ejercicio de esa atribución que el Alcalde expidió el Decreto 164 de 1967, cuyos considerandos dicen que las agencias mortuorias cumplen una función esencialmente vinculada a la higiene pública, por lo cual las autoridades deben controlar sus actuaciones.

Expresa que las funerarias se pueden clasificar como empresas de servicio, "habida consideración de que en su gran mayoría los bienes que ofrecen son inmateriales (servicios), como salas de velación, servicio de transporte funerario dentro y fuera del país, inhumaciones, carteles y avisos, etc., y sólo podría considerarse como un bien final, las cajas y ataúdes, pero priman los servicios". Agrega al respecto que "el uso que se le iba a dar a la edificación cuya licencia de construcción primero fue concedida, y luego, a raíz de un recurso de reposición, derogada, era mixto, pues una parte (dos locales) sería comercial y el resto (seis salas de velación y parqueaderos) para servicios fúnebres, dicha edificación estaría encasillada dentro del parágrafo del artículo 3º del Decreto (563 de 1969) y no en el punto I, a) del mismo".

De otro lado, el señor Fiscal advierte cómo después de revocada la resolución que concedió la licencia de construcción puede hablar de normas violadas la sociedad actora, si dándole la razón a la Administración optó por solicitar una nueva licencia.

Consideraciones de la Sala

I. Advertencia preliminar

Habida cuenta de que la sentencia mediante la cual el Tribunal del conocimiento le puso término a la primera instancia fue recurrida en apelación tanto por la parte actora como por la impugnadora, de conformidad con el artículo 357 del C. P. C., aplicable en el presente asunto por remisión del artículo 282 del C. C. A., esta Sala no está sometida al principio de la *reformatio in pejus* y, en consecuencia, podrá decidir sin limitaciones.

Al respecto se anota que el fallo recurrido dispuso en su parte resolutiva: por el punto primero decretó la nulidad del acto impugnado; por el segundo declaró que se halla vigente la Resolución número 1090 de 14 de julio de 1976, del Departamento Administrativo de Planeación Distrital, mediante la cual le concedió a la accionante la licencia de construcción que revocó la anterior; por el tercero declaró administrativamente responsable al Distrito Especial de Bogotá, por intermedio del referido Departamento, de los perjuicios causados por dicha revocatoria a la titular de la licencia, y lo condenó en abstracto al pago de los daños, debiendo observarse al efecto el trámite del artículo 308 del C. P. C., con sometimiento para su cuantificación a las bases

allí fijadas, y por el punto cuarto se declaró no probada la objeción por error grave a un dictamen pericial.

II. La impugnación de los vecinos

Conviene dilucidar si los habitantes vecinos del predio para el cual se concedió la licencia de construcción podían oponerse a dicho permiso en la etapa gubernativa, primero, y dentro de este proceso de plena jurisdicción, posteriormente.

Algunos de ellos, como los señores Víctor Rodríguez Romero y Martha Uribe de Rodríguez, demostraron su interés jurídico allegando copia autenticada de la escritura pública, debidamente registrada, mediante la cual adquirieron un inmueble aledaño (carrera 9ª B entre las calles 96 y 97 A), y un certificado de la División de Catastro Distrital en el que se afirma que el predio edificado número 97-20 de la carrera 9ª A de esta ciudad figura inscrito a nombre de los citados ciudadanos. Estos documentos, aunque no demuestran por sí mismos, en estricto sentido, el carácter de propietarios de los impugnadores por no estar complementados con el folio de la matrícula inmobiliaria, sí acreditan la condición de vecinos.

En un proceso en el que se debatió un caso análogo al de autos, esta Sala pronunció la sentencia de 26 de octubre de 1973 (Anales, números 439-440, página 339. Ponente: Doctor Alfonso Arango Henao), citada en los considerandos de la resolución cuestionada, que definió la situación jurídica de los colindantes. En ella apoyó en gran parte el *a quo* su decisión y a la misma pertenecen los siguientes apartes:

"Mas en relación con los actos concretos que conceden una licencia o permiso de construcción se tiene que para darlos, la administración municipal estudia si la edificación que se proyecta construir, según los planos y proyectos arquitectónicos que a ella se le presentan, se ciñe en un todo a las disposiciones limitativas de la propiedad que se han dictado, si considera que se cumplen todos los requisitos legales y si la futura construcción estará acorde en un todo con el ordenamiento respectivo, otorgará la licencia. En este evento fácilmente se ve que se trata de la aplicación a un caso concreto de los ordenamientos generales. Por ello cualquier resolución que se tome al respecto deberá notificarse al interesado y contra ella cabrán los recursos de la denominada vía gubernativa. Y como se ha expresado en otro lugar de esta providencia, el objeto de las normas sobre urbanizaciones y edificaciones además de la finalidad de delimitar hasta donde pueden las autoridades prestar los servicios públicos a los particulares y garantizar ciertos derechos de los vecinos o colindantes del peticionario de una licencia, es lógico concluir que los actos que concedan esas licencias o permisos deben ser conocidos por todas las personas que en forma concreta puedan sufrir perjuicios con la decisión de la administración, la que podrán atacar en la etapa gubernativa utilizando los recursos administrativos de ley. La razón de tal manifestación se encuentra en los artículos 16, 26 y 30 de la Carta que consagran la obligación que tienen las autoridades de proteger los bienes de las personas y sus derechos, así como garantizar el derecho de defensa de los ciudadanos contra todos los ataques a los mismos. Si las licencias de

construcción solamente tuvieran como única finalidad el interés del Estado de que sus ciudades sean armónicas y las edificaciones gocen de todos los servicios que el mismo debe prestar, se impediría que la misma administración tuviera medios para defender y garantizar la propiedad inmueble en toda su extensión".

"Como puede deducirse, es la jurisprudencia de la Corporación la que se ha encargado de reconocer que los vecinos de los sectores urbanos —en los que se haya concedido licencias para levantar edificaciones pueden oponerse a ellas si estiman que se perjudican por uno u otro motivo. Esto es rigurosamente lógico y se inspira no solamente en la garantía de los derechos de los asociados, sino también en las obligaciones o limitaciones que implica el principio de la función social de la propiedad privada, establecido en la Carta Política.

Corolario de lo que antecede es el de que los vecinos de la Urbanización Chicó Reservado, I Sector, sí podían intervenir, para impugnar la licencia, en la etapa gubernativa y en el proceso contencioso administrativo.

Ahora bien, como a los vecinos no se les notificó la resolución por la cual el Departamento Administrativo de Planeación Distrital le otorgó la licencia de construcción a la sociedad actora, si fue procedente que aquéllos, considerándose como terceros afectados, se dieran por notificados de ese acto administrativo e interpusieran contra el mismo el recurso de reposición, el cual fue desatado por la resolución acusada, en el sentido de revocar el acto que había concedido la licencia en cuestión.

Lo hasta aquí expuesto sirve para concluir que la resolución demandada se generó a través del recurso de reposición interpuesto por los vecinos impugnadores.

III. Análisis de los cargos por violación de normas positivas de derecho

a) *Artículo 24 del Decreto 2733 de 1959*:

No puede sostenerse, como lo hace la Personero Delegado Distrital en lo Administrativo en su alegato de conclusión (folio 10 cuaderno del Consejo), que la resolución acusada fue expedida para cumplir el literal a) del artículo 21 del citado decreto, referente a la revocación directa de los actos administrativos por los motivos que él señala, porque del texto de dicha resolución se desprende lo contrario, al decir en sus considerandos: "Finalmente este Despacho manifiesta que no puede accederse a la petición de revocatoria directa por cuanto el artículo 24 del Decreto 2733 de 1959, no lo autoriza para hacerlo".

Evidentemente, como lo expresan el enunciado y los considerandos y se deduce del contenido y lo dispuesto por la resolución atacada, ella es el resultado de la decisión del recurso de reposición interpuesto por los vecinos contra el acto que concedió la licencia de construcción y en ningún caso en uso de la facultad que tiene la Administración para revocar los actos administrativos. Precisamente en la sentencia

de que ya se hizo mérito, por la cual fue resuelto un caso similar al *sub lite,* se dijo:

" 'Mas aunque se ha expresado que el artículo 24 del Decreto 2733 de 1959 es susceptible de violación cuando se revoca una licencia de construcción, se tiene que en el presente caso no sucedió tal evento por cuanto la administración no revocó la licencia en uso de la facultad del artículo 21 del Decreto 2733 sino al decidir un recurso administrativo interpuesto por un tercero directamente interesado.

" 'Es decir, en esa oportunidad la Administración Distrital no desconoció una situación individual reconocida por un acto administrativo ejecutoriado, sino que al volver sobre una providencia que dictó, al desatar un recurso de reposición interpuesto contra la misma, consideró que se había equivocado al expedir el acto contra mandatos que estaba en la obligación de cumplir y de hacer cumplir' ".

En virtud de lo dicho no puede tener prosperidad el anterior cargo.

b) *Artículo* 3º *del Decreto Distrital* 563 *de* 1969:

Dice la actora que la transgresión de esta disposición obedece a su no aplicación y en relación con ella el *a quo* hace el siguiente desarrollo, que la Sala acoge:

"El Decreto 563 de 1969 expedido por el señor Alcalde Mayor de Bogotá y 'por el cual se reglamenta la urbanización denominada 'Centro Comercial Chicó Reservado I Sector', manzana 25, 27 y 28 antes 30, 32 y 33' dispuso en su artículo 3º:

"Artículo Tercero. Usos:

"1. Principales

"a) Edificios comerciales en la manzana 32 hoy 27.

"....

"....

"Parágrafo. Especiales con licencia:

"El Departamento Administrativo de Planeación Distrital previo concepto favorable de la Junta de Zonificación, autorizará la expedición de licencias para el desarrollo de proyectos necesarios para el buen funcionamiento de la vivienda tales como:

"a) Establecimientos de educación.

"b) Clubes sociales y deportivos.

"c) Bibliotecas y centros cívicos culturales.

"d) Edificios religiosos.

"e) Subestaciones de servicios públicos.

"f) Edificios para administración pública.

"g) Hoteles.

"h) Centros de salud, clínica, ancianatos, orfelinatos y casas de reposo.

"Todas las construcciones quedarán sujetas a las normas distritales vigentes que las regulan".

"Significa la norma parcialmente transcrita que cuando se trata de los usos denominados 'principales', la licencia de construcción la expide directamente el Departamento de Planeación con la firma de su Director, y que en tratándose de las llamadas por su parágrafo 'especiales con licencia' es preciso obtener el concepto previo y favorable de la Junta de Zonificación, como requisito indispensable para que el mencionado organismo pueda proceder a su expedición. Veamos, pues, en cuál de las hipótesis comentadas encaja la solicitud de la sociedad demandante.

"A este respecto, el señor apoderado de los impugnadores, en memorial que obra a folios 112 y siguientes, del cuaderno 1, sostiene que 'la actividad de velar cadáveres no puede calificarse como comercial, sino como 'función esencialmente vinculada a la higiene pública' que las autoridades deben controlar 'para la protección de la comunidad', como lo dice el Decreto 164 de 1967 de la Alcaldía Mayor de Bogotá ...por más que sea un negocio muy lucrativo para inversiones Gaviria' y, agrega, que al no ser comercial requería el concepto previo y favorable de la Junta de Zonificación.

"La Sala no comparte las anteriores apreciaciones por las siguientes razones:

"De conformidad con el artículo 10 del Código de Comercio, 'son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles', y el artículo 13 *ibídem* preceptúa que 'para todos los efectos legales, se presume que una persona ejerce el comercio en los siguientes casos: 1º Cuando se halle inscrita en el registro mercantil. 2º Cuando tenga establecimiento de comercio abierto, y 3º Cuando se anuncie al público como comerciante por cualquier medio'.

"De suerte, pues, que quien se dedique profesionalmente a la prestación de servicios funerarios (venta de ataúdes, velación de cadáveres, etc.), como es el caso de la sociedad Inversiones Gaviria, y, además, se encuentre inscrito en el registro mercantil (folio 80, cuaderno número 1), tenga establecimiento abierto al público, etc., ejerce sin lugar a dudas, una actividad eminentemente comercial. Por otra parte, si bien es cierto, como lo afirman los impugnadores, que este tipo de actividades se encuentra vinculada a la higiene pública y que, como tal, los establecimientos que prestan esos servicios deben ser controlados por las autoridades para protección de la comunidad (Decreto 164 de 1967 del Alcalde Mayor de Bogotá, folio 164 y siguientes, cuaderno número 1), no lo es menos que dicha disposición se refiere es al funcionamiento de esa clase de establecimientos, lo cual es lógico, y no a la construcción del edificio o local donde han de funcionar; además de que lo anterior no le quita el carácter comercial a tal actividad.

"En consecuencia, para la Sala es claro que si la prestación de servicios funerarios es una actividad eminentemente comercial, como lo es, la construcción proyectada por la sociedad actora para la prestación de esos servicios encaja, sin necesidad de acudir a complicados criterios de interpretación, dentro de la noción 'edificios comerciales' contenida en el literal a), de la Sección I, del artículo 3º del Decreto 563 de 1969. Tan evidente es esto, que el mismo Departamento Administrativo de Planeación Distrital llegó a igual conclusión, como puede apreciarse de las declaraciones que obran a folios 300 a 301 vto., y 346 a 437 del cuaderno número 2.

"En efecto, el doctor Roberto Angel Reyes, Jefe de la Unidad de Desarrollo Urbanístico del Departamento de Planeación Distrital para la época de la resolución acusada, afirma (folios 300 a 301 vto., cuaderno número 2):

" 'Bueno, inicialmente la sociedad Inversiones Gaviria solicitó un concepto al Departamento de Planeación Distrital, donde pedía se le informara dónde podía llevar a cabo la construcción de una funeraria o sala de velación. El Departamento de Planeación, tal vez a mediados del año del setenta y seis (1976), expidió un concepto favorable para los lotes ubicados en la Urbanización Chicó Norte Reservado zona comercial... Posteriormente comenzó por parte de Inversiones Gaviria los trámites para obtener la licencia de construcción respectiva, trámites que se ajustaron a las normas urbanísticas del Decreto Reglamentario de la Urbanización Chicó Norte Reservado, y para lo cual el Departamento de Planeación consideró que el uso que se daba era comercial. De esta forma se expidió la licencia de construcción correspondiente, firmada por el Director del Departamento y por mí como Jefe de la Unidad de Desarrollo Urbanístico en ese momento' ".

"Por su parte, el doctor Sergio Arboleda Casas, para entonces Director de Planeación Distrital afirma (folios 346 a 347 vto.):

" '...El proceso empieza, en mi conocimiento, cuando Inversiones Gaviria solicita licencia de construcción para unas salas de velación en la calle noventa y seis, tal vez arriba de la carrera once, y se tienen, o tengo yo las primeras inquietudes sobre la licencia por cuanto en mi concepto una construcción de tales características debe reunir un número de parqueaderos suficientes para no presentar incomodidades al vecindario y la aprobación previa que se le ha dado antes de la licencia no reune en mi concepto el número de parqueaderos adecuados, razón por la cual se hace un nuevo estudio de los planos y, finalmente, reunidos los requisitos en materia de parqueos, se hace la aprobación final de los planos en la unidad respectiva del Departamento de Planeación Distrital. Dentro del procedimiento normal de aprobación de licencias, se completan el resto de pasos para finalmente expedir una licencia de construcción a favor de Inversiones Gaviria, con el propósito de construir las salas de velación mencionadas anteriormente...' ".

"Ahora bien: habiendo quedado definida la calidad de 'edificio comercial' de la construcción planeada por la sociedad demandante, la Sala considera importante determinar si, a pesar de lo anterior, pueda entenderse que se trata también de un 'proyecto necesario para el buen funcionamiento de la vivienda' al tenor de lo preceptuado por el pa-

rágrafo del artículo 3º del Decreto 563 tantas veces citado, ya que, por una parte, ambas nociones o hipótesis no se excluyen entre sí, es decir, que el hecho de que un edificio sea comercial no puede significar siempre y en todos los casos que no pueda tratarse de un proyecto de aquella naturaleza, y por la otra, la enumeración del mencionado parágrafo no es taxativa sino meramente enunciativa.

"Pero como lo anterior es un problema más técnico que jurídico, por cuanto entran en juego multiplicidad de factores de tal índole, para la Sala es incuestionable que él debe ser dilucidado por un organismo de esa misma naturaleza, es decir, por el Departamento Administrativo de Planeación Distrital, en consecuencia se procede a examinar cuál fue el criterio o posición de la citada entidad respecto de la solicitud de la sociedad actora, a la luz de las pruebas allegadas al plenario.

"Está plenamente demostrado que una vez le fue autorizada la licencia de construcción a la sociedad Inversiones Gaviria, los vecinos del sector en varios memoriales (ver, entre otros, folios 125 a 129 y 130 a 137, cuaderno número 1) manifestaron su oposición arguyendo, principalmente, el hecho de que faltaba el concepto previo y favorable de la Junta de zonificación ordenado por el parágrafo del artículo 3º del Decreto 563 de 1969, reglamentario de la urbanización; que ante esta situación, el Director de Planeación llevó el caso ante la Junta de Zonificación, la que en sesión del 23 de agosto de 1976 y según consta en Acta número 23 (folios 97 a 108 cuaderno número 2), determinó que la licencia no requería de dicho concepto y que, por lo tanto, podía ser expedida directamente por el Director del Departamento. Dice, en lo pertinente, la mencionada acta (folio 100, cuaderno número 2):

"3º Proposiciones:

" '3.1. El doctor Arboleda presentó una proposición en el sentido de estudiar un memorial enviado a los miembros de la Junta suscrito por los propietarios y vecinos del sector Chicó Reservado en relación con el establecimiento de una funeraria en el citado sector.

" 'Aprobada la proposición y en desarrollo del análisis del mencionado memorial, la Junta precisó que se trata de un servicio comercial que por no estar calificado como 'especial' podía ser autorizado directamente por el Departamento, sin necesidad de consulta a la Junta' ".

"De manera pues, que si la Junta de Zonificación decidió, para el caso de autos, que la licencia expedida a la sociedad Inversiones Gaviria para la construcción de una funeraria podía ser autorizada directamente por el Director de Planeación (quien hace parte de dicha Junta) por no requerir su concepto, este funcionario, al revocarla con el argumento de que faltaba ese requisito que, se repite, no era necesario, y so pretexto de resolver un recurso de reposición interpuesto al día siguiente de haberse pronunciado la Junta, incurrió en un típico abuso de poder y violó de contera los artículos 3º, numeral 20 y 5º, numeral 9 del Acuerdo número 1 de 1975 así como el 3º, Sección I, literal a) del Decreto 563 de 1969, por lo que se impone la declaratoria de nulidad de la resolución acusada y el consecuencial restablecimiento del derecho, tal como lo solicita la sociedad demandante".

En relación con la afirmación que hace el *a quo*, en el sentido de que la prestación de servicios funerarios es una actividad eminentemente comercial, la Sala agrega que no hay ninguna duda con respecto a los dos locales comerciales y al parqueadero, pues es innegable que el uso que como tal se les dé tendrá que concordar con la destinación asignada en la licencia de construcción concedida a la demandante. Tampoco la hay en cuanto a las salas de velación porque éstas van a prestar un servicio conexo con las actividades mercantiles y otros servicios de las funerarias, como son el transporte de los cadáveres a la funeraria, la preparación de los mismos, las gestiones administrativas encaminadas a la obtención de la licencia de inhumación, la venta de ataúdes, la conducción de los restos mortales al lugar religioso en donde se lleven a cabo las exequias y de éste al respectivo cementerio. Son, pues, actividades relacionadas entre sí que integran un servicio complejo que, a su vez, constituye la actividad funeraria propiamente dicha, de innegable ejercicio comercial. Desde luego estos servicios se prestan con ánimo de lucro, sin desconocer que algunas entidades filantrópicas o de beneficencia los puedan realizar sin interés económico.

Conviene hacer en el caso de autos la distinción de que una cosa es la construcción de un inmueble proyectado para actividades funerarias y otra es el desarrollo de dichas actividades. La primera, la planta física, es la parte anatómica y la segunda, la actividad, es la parte fisiológica. Para la construcción se requiere, en el Distrito Especial de Bogotá, la licencia por parte del Departamento de Planeación. Y el control de su funcionamiento corre de cargo de las entidades sanitarias del mismo Distrito. Entonces como en este proceso se ha impugnado es la licencia de construcción, resulta fuera de lugar ocuparse de un funcionamiento que no existe.

No se equivocó la Junta de Zonificación cuando en su sesión del 23 de agosto de 1976 precisó el criterio de que una funeraria constituye un servicio comercial, razón por la cual le otorgó la licencia para levantar la construcción en una manzana comercial de la urbanización tantas veces mencionada.

Sobre la base de que el edificio proyectado por la actora para el funcionamiento de una funeraria va a tener un uso comercial, por revestir los servicios funerarios el carácter de comerciales, se infiere que los deberá prestar un establecimiento de comercio económicamente organizado para ello, que no puede clasificarse como mixto porque todos son mercantiles, según lo antes expuesto.

En términos generales, quienes han intervenido en este proceso concluyen, de una o de otra manera, en que se trata de una actividad comercial. En efecto: a) Los propios vecinos impugnadores dicen, refiriéndose a las funerarias, que no ejercen una "actividad comercial corriente", esto es, no les niegan por completo el carácter mercantil a sus actividades; b) La Junta de Zonificación, al resolver el recurso de reposición de los vecinos, dice en la proposición aprobada el 26 de agosto de 1976 y a que atrás se aludió, que ella "precisó que se trata de un servicio comercial"; c) En el artículo 3º del Decreto 563 de 1969, la Administración afirma que en la manzana 32 —hoy 27— se pueden construir edificios comerciales y precisamente para edificar en esa manzana otorgó la licencia; d) El señor Agente del Ministerio Pú-

blico estima que la actividad es mixta, es decir, comercial la de los dos locales, y no comercial en lo demás, lo que significa que no rechaza por entero el aspecto mercantil.

Finalmente, se comenta en este punto que no es necesario que la actividad económicamente organizada se realice por parte de los respectivos empresarios por intermedio de un establecimiento de comercio que utilice un inmueble que no sea propio sino, por ejemplo, arrendado.

c) *Las otras normas indicadas como infringidas*:

Habiendo obtenido prosperidad el cargo que antecede, no se hace necesario estudiar los restantes. Además, el relacionado con el artículo 40 de la Constitución Nacional es infundado porque algunos de los vecinos actuaron por intermedio de abogados titulados. Y el vinculado al quebranto del artículo 305 del C. P. C., no guarda relación con el caso aquí controvertido.

Terminado el análisis de los cargos de violación de las normas superiores de derecho indicadas como transgredidas, se hacen algunas acotaciones sobre el concepto del señor Fiscal. Aduce éste el hecho de que la sociedad actora solicitó una nueva licencia de construcción con la misma finalidad, de lo cual parece deducir que esa petición excusa la violación de las disposiciones invocadas al respecto por la demandante. Pero la nueva petición, que según el propio Agente del Ministerio Público no se tradujo en nueva licencia, no tiene ninguna relevancia en este proceso, aún en el evento de que se hubiera otorgado otro permiso. Más aún: la nueva solicitud no tiene poder para invalidar el acto acusado y en ella la interesada advirtió: "...aunque en su oportunidad manifestamos que no compartimos la razón allí expuesta...".

IV. La indemnización de los perjuicios

Atrás se dijo que por no encontrar el Tribunal perjuicios concretos, cuantificados, se vio precisado a condenar al Distrito Especial de Bogotá (Departamento Administrativo de Planeación) al pago, en abstracto, a favor de la sociedad "Inversiones Gaviria Limitada", de los perjuicios irrogados a la misma por el acto acusado.

Para determinar el *quantum* del daño se acudió a los siguientes peritajes:

1º El dictamen pericial, aclarado a solicitud de la parte impugnadora, rendido por los arquitectos Eduardo Angulo y Jaime Falla (folios 341 a 343 y 358 a 359 del cuaderno del *a quo*). De él se derivan varias situaciones, como son el estado en que se encontraba la construcción cuando se practicó la prueba, y las consecuencias que puedan venir sobre la construcción proyectada, en el caso de que se fuera a continuar, y los deterioros que se produzcan en la construcción de no continuarse los trabajos.

2º El dictamen de los doctores Rafael Bautista Ortiz y Pedro Gómez Amorocho (folios 394 a 398 *ibídem*), igualmente aclarado a petición de la parte opositora, conforme al cual el valor del contrato celebrado entre la sociedad actora y el arquitecto constructor fue preci-

sado en $ 8.373.648 y el de la obra ejecutada hasta la fecha de la suspensión de la misma fue de $ 1.526.960.91, por lo cual el costo real para la terminación de la obra es la cantidad de $ 6.846.687, es decir, la diferencia entre las anteriores cifras. Pero en la aclaración (folios 427 y 428 *ibídem*) afirman que el valor de las obras llevadas a cabo hasta la fecha de la revocación de la licencia fue de $ 702.016.63. La aclaración de los peritos fue objetada por error grave por la apoderada del Distrito Especial, pero la objeción fue declarada infundada, en vista de que dicha apoderada aceptó esa suma para el caso de que el Distrito sea declarado responsable, con fundamento en que si tal suma resulta aceptada para un efecto, no es razonable que para otro se la objete.

En todo caso el Tribunal se apartó de los dictámenes de los señores peritos y en forma acertada adoptó la siguiente determinación, que esta Sala acoge:

"Ahora bien: A pesar de que la Sala comparte, por encontrarlo bien fundamentado, el dictamen y su posterior aclaración, rendidos por los arquitectos Angulo y Falla, es lo cierto que de él no puede determinarse la cuantía exacta de los perjuicios sufridos por la obra y ocasionados por la suspensión de la construcción, pues tal como ellos mismos lo manifiestan 'la única forma de evaluar estos daños , es la comprobación directa sobre el terreno mediante un nuevo estudio de suelos cuando se quiera continuar con la construcción, e inmediatamente antes de reiniciarla'.

"En cuanto al segundo experticio, esto es, el rendido por los peritos Bautista y Gómez, la Sala no puede aceptarlo por las siguientes razones:

"Como ya quedó visto, los peritos parten de la base de que el presupuesto de la obra asciende a la suma de $ 8.373.648, para de allí concluir, luego de restar la suma invertida en la obra ejecutada que señalan en $ 1.526.960.61, que el costo real para terminar la construcción es del orden de $ 6.846.687.

"Sin embargo, al folio 67 del cuaderno número 1, obra el original de la licencia de construcción número 1090, según la cual para efectos de la liquidación de los impuestos correspondientes se fijó dicho presupuesto en la suma de $ 3.837.922.00 y ésa, en sentir de la Sala, es la base que han debido tener en cuenta los señores peritos al rendir su dictamen y no la de $ 8.373.648, ya que es inaceptable, desde todo punto de vista, que los particulares señalen una suma determinada para que sobre ella se les liquiden los impuestos, para luego, y como en el caso de autos, fijen una suma muy superior para efectos de obtener una indemnización".

En lo que puede denominarse las bases de la liquidación de los perjuicios, el Tribunal expone en la sentencia apelada:

"En otras palabras, si la demandante señaló en la cantidad de $ 3.837.922 el presupuesto de la construcción para efectos fiscales, a ella debe atenerse sin que le sea dado alegar posteriormente y por conveniencia, una cifra superior.

"En lo que respecta a los gastos generales, o sea, a la suma invertida en la construcción hasta el momento en que fueron suspendidas las obras, la Sala considera conveniente hacer las siguientes precisiones:

"Es cierto, como lo afirma la apoderada del Distrito, que los gastos previos a la expedición de la licencia no pueden tenerse como una inversión ya que ellos deben realizarse siempre que se solicite esta clase de licencia, pero sin que ello asegure su concesión o expedición; de suerte que este tipo de gastos no podrá ser incluido dentro de los perjuicios reclamados, así como tampoco las sumas pagadas por concepto de impuestos predial y de delineación lo cual resulta obvio.

"Si bien en el dictamen aparecen debidamente relacionados los pagos correspondientes a compra de materiales, no se determina claramente cuáles de esos materiales y por qué valor se utilizaron o alcanzaron a utilizar en la obra ejecutada y cuáles y por qué valor se perdieron o deterioraron. Lo mismo puede predicarse respecto de las instalaciones sanitarias, eléctricas, etc.

"En resumen: para poder saber a ciencia cierta cuál es el monto exacto de los perjuicios es necesario determinar, en primer lugar, la suma total invertida a partir del 14 de julio de 1976, para lo cual deberán tenerse en cuenta las orientaciones señaladas por la Sala en párrafos anteriores; de la suma así obtenida se descontará el valor de los elementos que se encuentren actualmente aprovechables o en condiciones de servicio (instalaciones eléctricas, sanitarias, etc., materiales empleados y mano de obra utilizada, etc.); la diferencia, si hay lugar a ella, será el valor de la inversión perdida que deberá serle indemnizada a la sociedad demandante.

"Por último y para efectos de determinar el aumento en los costos de construcción, deberán tenerse en cuenta los índices que en tal sentido determine el D.A.N.E., sobre la base de que el presupuesto de la obra es el señalado en la licencia de construcción (folio 67)".

En relación con las bases para la liquidación de los perjuicios, esta Sala adiciona las señaladas por el Tribunal, así:

a) Se deberá indemnizar el lucro cesante del valor de la inversión en la obra desde la fecha en que fue suspendida hasta cuando se le de cumplimiento a este fallo, mediante el pago del interés corriente en la plaza de Bogotá durante ese lapso; b) Lo pagado por concepto de celadores o cuidanderos de la obra, si los ha habido, se sumará el valor de la indemnización; c) Se allegarán copias autenticadas de las declaraciones de renta de la sociedad actora, en lo referente al inmueble en el que se principió a levantar la obra y a la obra misma, por los años gravables siguientes al de la suspensión, tal como lo exige el artículo 10 de la Ley 58 de 1982, y d) En el caso de que dentro del incidente de regulación de los perjuicios se decretase la prueba pericial, los expertos deberán ser contadores públicos y arquitectos.

En el anterior orden de ideas, se confirmará la sentencia recurrida, reformándola en el sentido de darle cabida a las nuevas bases de liquidación de que da cuenta el párrafo inmediatamente anterior.

Con fundamento en todo lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Confírmase la sentencia apelada, con la sola reforma del artículo tercero de su parte resolutiva, en lo referente a la adición de las nuevas bases para la liquidación de los perjuicios.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida en las Salas correspondientes a los días 1º, 9º, 16 y 24 de junio de 1983 y aprobada finalmente en la Sala celebrada el cinco de agosto del mismo año. Se deja también constancia de que aunque el doctor Samuel Buitrago Hurtado no asistió, por calamidad doméstica, a la Sala en la que fue aprobada la ponencia, por haber intervenido en varias de las Salas en que ella se discutió, se le consultó el voto, con el resultado de que la acogió afirmativamente.

Samuel Buitrago Hurtado, Jacobo Pérez Escobar, Mario Enrique Pérez, Roberto Suárez Franco.

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.