REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO

AÑO XLV TOMO LXXIX

Números 427 - 428

SEGUNDO SEMESTRE

1970

RELATORES:

Dra. CLARA FORERO DE CASTRO Dr. ANTONIO J. ARCINIEGAS A.

CONSEJO DE ESTADO

SEGUNDO SEMESTRE

1970

SALA PLENA

PRESIDENTE: DR. CARLOS PORTOCARRERO MUTIS

VICEPRESIDENTE: DR. GUSTAVO SALAZAR TAPIERO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA
Dr. ALFONSO ARANGO HENAO
Dr. HUMBERTO MORA OSEJO
Dr. LUCRECIO JARAMILLO VELEZ
Dr. JORGE DAVILA HERNANDEZ

SECCION SEGUNDA
Dr. RAFAEL TAFUR HERRAN
Dr. NEMESIO CAMACHO RODRIGUEZ
Dr. EDUARDO AGUILAR VELEZ
Dr. ALVARO OREJUELA GOMEZ

SECCION TERCERA
Dr. ALFONSO CASTILLA SAIZ
Dr. CARLOS PORTOCARRERO MUTIS
Dr. GABRIEL ROJAS ARBELAEZ
Dr. OSVALDO ABELLO NOGUERA

SECCION CUARTA
Dr. JUAN HERNANDEZ SAENZ
Dr. MIGUEL LLERAS PIZARRO
Dr. HERNANDO GOMEZ MEJIA
Dr. GUSTAVO SALAZAR T.

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Dr. LUIS CARLOS SACHICA
Dr. ALEJANDRO DOMINGUEZ MOLINA
Dr. ALBERTO HERNANDEZ MORA
Dr. GUILLERMO GONZALEZ CHARRY

FISCALES

PRIMERO
Dr. CARLOS RAMIREZ ARCILA

SEGUNDO
Dr. GILBERTO GARTNER POSADA

TERCERO
Dr. BERNARDO ORTIZ AMAYA

CUARTO
Dra. HAYDEE ANZOLA LINARES

RELATORES:

Dra. CLARA FORERO DE CASTRO
Dr. DIONISIO GOMEZ RODADO

El presente libro hace parte de la admiración y respeto que me unen al Dr. Alfonso Rodríguez B. de quien tengo el honor de ser su amigo. Orlando Cavallo

PRIMERA PARTE

1-IX-84.-

FUNCION CONSULTIVA

CAPITULO UNICO

CONSULTAS DEL GOBIERNO

CONSULTAS DEL GOBIERNO

INSTITUTO COLOMBIANO DE SEGUROS SOCIALES. *Naturaleza jurídica.* **Es una entidad oficial descentralizada, denominada técnica y legalmente "Establecimiento de derecho social", creada y organizada para cumplir la política de seguridad social señalada por el Congreso o por el Gobierno, con facultades suficientes para desempeñarse como empresa privada. Así lo fue desde su fundación y ni entonces ni hoy es un establecimiento público.**

INSTITUTO COLOMBIANO DE SEGUROS SOCIALES. *Vinculación de sus trabajadores.* **Las personas que prestan sus servicios a este instituto se hallan vinculadas a él por un contrato de trabajo y pertenecen al sector oficial. A dichos trabajadores se les aplican las normas pertinentes del contrato de trabajo, pues ello es consecuencia de la naturaleza de su vínculo jurídico con el Instituto.**

SALVEDAD DE VOTO. Del Dr. Alberto Hernández Mora a las anteriores tesis.

Consejo de Estado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Consejero Ponente: **Doctor Guillermo González Charry**

Bogotá, D.E. febrero seis de
mil novecientos setenta.

El señor Ministro del Trabajo ha formulado a la Sala, la consulta que se contiene en el siguiente escrito:

"ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA CONSULTA

"1o. *Ley 90 de 1946.*

"*ARTICULO 8o.* 'Para la dirección y vigilancia de los Seguros Sociales, créase como entidad autónoma con personería jurídica y patrimonio propio un organismo que se denominará Instituto Colombiano de Seguros Sociales, cuya sede será Bogotá'.

"Es conveniente anotar en este primer punto, que en la exposición de motivos que dió origen a la Ley 90 de 1946, presentada ante el Honorable Senado de la República por el Doctor Adán Arriaga Andrade el 31 de julio de 1945, se lee lo siguiente: 'Para dirigir los Seguros Sociales se crea un Instituto privado, no oficial, no sujeto a las interferencias y vaivenes de la política partidista, puramente técnico . . . '

"2o. *Decreto-Ley No. 2324 de 1948*

"*ARTICULO 1o.* 'El Instituto Colombiano de Seguros Sociales es una entidad autónoma de Derecho Social, con personería jurídica y patrimonio propio, distinto de los bienes del Estado'.

"*ARTICULO 4o.* 'Los empleados y obreros del Instituto y de las Cajas Seccionales serán trabajadores particulares y gozarán de los consiguientes derechos y prestaciones sociales. No les serán aplicables las normas legales sobre incompatibilidades, sobre carrera administrativa, ni ninguna otra referencia a los trabajadores del Estado y demás entidades de Derecho Público.

'El Instituto y las Cajas afiliarán al régimen del Seguro Social Obligatorio a todos sus trabajadores, cualquiera que sea su ocupación con la sola excepción del personal a que se refiere el inciso segundo del artículo 4o. de la Ley 90 de 1946'

" 3. *Decreto Legislativo No. 3850 de 1949.*

"*ARTICULO 2o.* 'El artículo 16 de la Ley 90 de 1946, quedará así:

'*ARTICULO 16.* Los recursos necesarios para cubrir las prestaciones en especie y en dinero correspondientes a los seguros obligatorios y los gastos generales de los mismos serán obtenidos, salvo en los casos expresamente exceptuados, por el sistema de triple contribución forzosa de los asegurados, de los patronos y del Estado. Cuando a éste último le corresponda contribuír, su cuota no será inferior a la mitad de la cuota del patrono . . . . '.

"4. *Decreto Ejecutivo No. 183 de 1964* (Por el cual se aprueban los Estatutos del Instituto Colombiano de Seguros Sociales Acuerdo No. 150 del 19 de noviembre de 1963 del Consejo Directivo del ICSS);

ARTICULO 1o. "El Instituto Colombiano de Seguros Sociales, es una entidad autónoma de Derecho Social, con personería Jurídica y patrimonio propio, distinto de los bienes del Estado e independiente del mismo, con domicilio en la ciudad de Bogotá'.

"5. *Decreto-Ley No. 1732 de 1960 (Julio 18).*

ARTICULO 1o. 'Se consideran funcionarios o empleados de la Rama Ejecutiva del Poder Público, para los efectos previstos en los artículos 4o. y 5o. de la Reforma Constitucional que recibió su aprobación en el Plebiscito del 1o. de Diciembre de 1957, todas las personas que presten de manera regular sus servicios en funciones o empleos permanentes no adscritos a rama distinta, creados o autorizados por la Ley y remunerados por el Estado en cualquiera de sus administraciones centrales o seccionales y en los establecimientos públicos, bien que estos empleados estén frente a la Administración en una situación estatutaria o vinculados a élla por un contrato de trabajo'.

"Con ocasión de la expedición de esta norma legal, el señor Ministro de Salud Pública de ésa época, formuló la correspondiente consulta a la Sala de Negocios Generales del Honorable Consejo de Estado, el día 4 de julio de 1963, consulta que correspondió al Consejero Ponente doctor Jorge de Velasco Alvarez, cuyo concepto fué considerado y discutido por la Sala en su sesión del día 16 de agosto de 1963, habiendo sido aprobado por unanimidad.

"El concepto mencionado termina con la siguiente conclusión:

'La conclusión para el caso consultado en este punto, es pués, la de que los trabajadores del Instituto de Seguros Sociales lo son de un establecimiento de Derecho Social encargado de prestar un servicio público, y están vinculados a él por un contrato de trabajo.

"De lo anterior resulta, con respecto al punto primero de la consulta que los trabajadores del Instituto no pertenecen a la Rama Ejecutiva del Poder Público para los efectos de que trata el artículo 1o. del Decreto No. 1732 de 1960. Por lo tanto, esta disposición no derogó el artículo 4o. del Decreto No. 2324 de 1948'.

"6. *Ley 65 de 1967 (diciembre 28)*

ARTICULO 1o. 'De conformidad con el numeral 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional, revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias, por el término de un año contado a partir de la vigencia de esta Ley, para los efectos siguientes:

'g. Modificar las normas que regulan la clasificación de los empleados, las condiciones que deben llenarse para poder ejercerlos, los cursos de adiestramiento y el régimen de nombramiento y ascensos dentro de las diferentes categorías, series y clases de empleos;

'h. Fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos nacionales, así como el régimen de prestaciones sociales;

'i. Suprimir, fusionar y crear dependencias y empleos en la Rama Ejecutiva del Poder Público, y en los institutos y empresas oficiales y acordar autonomía o descentralizar el funcionamiento de oficinas de la Administración que así lo requieran para el mejor cumplimiento de sus fines.

'j. Establecer las reglas generales a las cuales deben someterse los institutos y empresas oficiales en la creación de empleos y en el señalamiento de las asignaciones y prestaciones sociales de su personal y el régimen del servicio'.

"7. *Decreto No. 1050 de 1968 (julio 5) (Dictado en uso de las facultades conferidas por la Ley 65 de 1967).*

ARTICULO 1. 'DE LA INTEGRACION DE LA RAMA EJECUTIVA. La Rama Ejecutiva del Poder Público, en lo nacional se integra con los siguientes organismos:

"a. Presidente de la República;

"b. Ministerios y Departamentos Administrativos;

"c. Superintendencias; y

"d. Establecimientos Públicos'.

"ARTICULO 5. 'DE LOS ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS. Son organismos creados por la Ley, o autorizados por ésta, encargados principalmente de atender funciones administrativas, conforme a las reglas del Derecho Público y que reúnen las siguientes características:

'a. Personería Jurídica;

'b. Autonomía administrativa; y

'c. Patrimonio independiente, constituído con bienes o fondos públicos comunes o con el producto de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial'.

"ARTICULO 35. 'DEL CUMPLIMIENTO DE LA REORGANIZACION. Con base en las normas de carácter general consignadas en el presente Decreto, el Gobierno reestructurará los Ministerios y Departamentos Administrativos y los Establecimientos Públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado, que a cada uno de ellos estén adscritos o vinculados. Hasta ese momento dichos organismos continuarán funcionando de acuerdo con las normas actuales'.

"8. *Decreto No. 3130 de 1968 (diciembre 26. Expedido en uso de las facultades conferidas por la Ley 65 de 1967.)*

"*ARTICULO 38. 'DEL ESTATUTO DEL PERSONAL.* Las Juntas o Consejos Directivos de los Establecimientos Públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado, dentro de los doce meses siguientes a la fecha de expedición del presente Decreto, elaborarán para aprobación del Gobierno el proyecto de Estatuto de su personal en el que se determinen las condiciones para la creación, supresión y fusión de cargos y de acceso al servicio; las situaciones administrativas y el régimen disciplinario; el campo de aplicación de la carrera administrativa y los correspondientes procedimientos; lo mismo que todo lo referente a la clasificación y remuneración de los empleos, primas o bonificaciones, gastos de representación, viáticos, horas extras, prestaciones sociales y requisitos para el otorgamiento de comisiones en el interior o en el exterior del país".

"*ARTICULO 39. 'DE LAS NORMAS ACTUALES SOBRE PERSONAL.* Las normas vigentes sobre las materias de que trata el artículo 38 del presente Decreto, continuarán rigiendo en cada organismo hasta la aprobación por el Gobierno de los proyectos a que se refiere el artículo anterior'.

"9. *Decreto No. 3135 de 1968 (diciembre 26) (Dictado en uso de las facultades conferidas por la Ley 65 de 1967).*

"*ARTICULO 5o. 'EMPLEADOS PUBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES.* Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sinembargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los Estatutos de los Establecimientos Públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo'.

"10o. *Decreto Reglamentario No. 1848 de 1969.*

"*ARTICULO 1o. 'EMPLEADOS OFICIALES, DEFINICIONES.*

"1. Se denominan genéricamente EMPLEADOS OFICIALES las personas naturales que trabajan al servicio de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos, Unidades Administrativas Especiales, Empresas Industriales o Comerciales de tipo oficial y Sociedades de Economía Mixta, definidos en los artículos 5o., 6o. y 8o. del Decreto Legislativo 1050 de 1968.

"2. Los empleados oficiales pueden estar vinculados a la Administración Nacional por una relación legal y reglamentaria o por un contrato de trabajo.

"3. En todos los casos en que el EMPLEADO OFICIAL se halle vinculado a Entidad empleadora por una relación legal y reglamentaria, se denomina EMPLEADO PUBLICO. En caso contrario, tendrá la calidad de Trabajador Oficial, vinculado por una relación de carácter contractual laboral'.

"11o. *Ley 48 de 1968 (Diciembre 18)*

"*ARTICULO 3o.* 'Los Decretos Legislativos números 2351 de 1965 y 939 de 1966, seguirán rigiendo como Leyes después de levantado el estado de sitio, con las modificaciones y adiciones siguientes:

"... 5. No obstante lo dispuesto en el artículo 26 del Decreto Legislativo 2351 de 1965, cuando el 75% o más de los trabajadores de una misma profesión, oficio o especialidad al servicio de una empresa estén afiliados a un sólo Sindicato gremial, el pliego de peticiones que éste le presente a la empresa deberá discutirse directamente con ése Sindicato, y el acuerdo a que se llegue formará un capítulo especial de la respectiva Convención Colectiva de Trabajo.'

"CONSIDERACIONES

"Teniendo en cuenta las normas legales citadas, y, además, la circunstancia de que hasta la fecha los trabajadores al servicio del Instituto Colombiano de Seguros Sociales han sido considerados como trabajadores particulares, reputándose su tiempo de servicio a este Instituto como un tiempo de servicio de carácter particular, no acumulable para los efectos legales a que en virtud de ese régimen y por lo ordenado en la Ley 48 de 1968, el Instituto actualmente tiene suscritas Convenciones Colectivas de Trabajo con el Sindicato de Base y sus trabajadores y con las siguientes Asociaciones gremiales:

"Asociación Médica Sindical "ASMEDAS",

"Asociación Odontológica Sindical Colombiana "ASDOAS",

"Asociación de Bacteriólogos o Laboratoristas Clínicos Sindicalizados. "ASBAS",

"Asociación Nacional de Enfermeras de Colombia "ANEC",

"Asociación Sindical de Fisioterapeutas de Colombia "ASFICO",

"Asociación Médica del Valle del Cauca "ASOMEVA", y

"Asociación Médica de Antioquia"AMDA",

en las cuales, lógicamente, se encuentran pactadas prestaciones y beneficios extralegales, según la característica de cada uno de estos grupos de trabajo, se formulan las siguientes:

"CONSULTAS:

"1. ¿Cuál es la naturaleza jurídica del Instituto Colombiano de Seguros Sociales? Conserva aún su característica de establecimiento de Derecho Social encargado de prestar un servicio público, o se puede considerar como un Establecimiento Público Descentralizado? En el último supuesto, a partir de qué fecha y con fundamento en qué norma legal.?

"2. ¿Si se considera al Instituto Colombiano de Seguros Sociales como un Establecimiento Público Descentralizado, cuál es la situación jurídica de sus trabajadores?

"3. ¿Mientras se expide el Estatuto de personal previsto en los artículos 38 y 39 del Decreto 3130 de 1968, qué normas laborales le son aplicables a los trabajadores de la Institución? . Continuarán rigiéndose, mientras se expide ese Estatuto y hasta la fecha de esa expedición, por las normas contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo y por las convencionales vigentes? , o les son aplicables las referentes a los empleados públicos y trabajadores oficiales?

"4. ¿Los derechos y beneficios consagrados en las Convenciones Colectivas de Trabajo vigentes debe considerarse y tratarse como derechos adquiridos para los efectos de las consultas que anteceden?

"5. ¿En el supuesto de que el Instituto Colombiano de Seguros Sociales se considere como un Establecimiento Público Descentralizado, el tiempo servido por sus trabajadores, que antes se calificaba como servicio particular, se tomaría automáticamente como tiempo de servicio público para todos los efectos prestacionales, o debe considerarse que ese tiempo en ningún caso podría acumularse a los tiempos de servicio oficial?

"6. ¿En su carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, si éste fuere el concepto de esa Honorable Corporación, los trabajadores del Instituto Colombiano de Seguros Sociales estarían sujetos al régimen del Seguro Social Obligatorio, o por el contrario pasarían a ser afiliados forzosos de la Caja Nacional de Previsión? En esta última hipótesis, se perderían las cotizaciones patrono-laborales pagadas al Instituto Colombiano de Seguros Sociales? "

Para resolver las cuestiones anteriores, la Sala formula las consideraciones siguientes:

La antigua Sala de Negocios Generales del Consejo, en auto de 11 de diciembre de 1959 consideró en los términos siguientes la naturaleza jurídica del Instituto Colombiano de Seguros Sociales:

"Del Instituto Colombiano de Seguros Sociales y de sus Cajas –que uno y otras gozan de autonomía directiva y técnica– no puede afirmarse con entera propiedad que sean establecimientos públicos en el sentido clásico que a tal expresión da el derecho administrativo, ni que en su formación y funcionamiento concurran los elementos que particularizan dichas instituciones.

"Las leyes sociales que previeron su creación (6a. de 1945) establecieron un régimen prestacional para la industria, que no está a cargo del Estado sino de los patronos y empresas de carácter privado, siguiendo el principio según el cual quien celebra un contrato de trabajo debe asumir las obligaciones que de él se derivan. Pero tal régimen se ha concebido como transitorio mientras en su totalidad lo asume el Instituto Colombiano de Seguros Sociales. Este, a través de su organización, va cumpliendo paulatinamente tales obligaciones, o más técnicamente hablando, asumiendo los riesgos que ellas supone, para dar paso así a una forma nueva y mejor de cumplir ante las clases trabajadoras las obligaciones derivadas de su situación salarial subordinada. (Ley 90 de 1946). Se incurre, por tanto en confusión acerca de los fines del Instituto, cuando se afirma, como lo hace el apelante, que éste cumple funciones del Estado, que tanto vale como decir que el Estado, en principio, se encuentra obligado a responder por los gravámenes de carácter social que el legislador ha señalado a los particulares. Ciertamente en su funcionamiento y propósito que persigue, hay un interés general, pues que, encargado como está de un importante aspecto de la seguridad social, el Estado no puede descuidarlo como que le corresponde en toda ocasión y por todos los medios velar porque las garantías constitucionales y legales del trabajo tengan cumplido desarrollo. Sólo en este sentido puede afirmarse que el Instituto y sus Cajas cumplen una función estatal y que expresión de la misma es, entre otras, la presencia en la dirección del Instituto de elementos oficiales, algunos de los cuales son legalmente agentes del poder ejecutivo.

"En atención a esta particularidad, y por revestirla, es por lo que se explican los principios contenidos en los artículos 69 y 71 de la ley orgánica, invocados por el apoderado del apelante, conforme a los cuales el seguro social obligatorio se considera de utilidad pública, y el organismo que lo dirige y orienta, esto es, el Instituto demandado, "tiene fines de servicio social y no de lucro para el Estado o para la misma institución". De donde resulta que por este aspecto el Instituto es un establecimiento *sui generis*, que sin estar conformado como un verdadero establecimiento público, por cumplir funciones de carácter social, goza de privilegios propios de aquel y se encuentra restringido en sus actividades a la órbita adecuada para el logro de sus fines . . . "

"De otro lado, no es rigurosamente exacto que el Instituto y sus Cajas tengan un patrimonio derivado del estatal u oficial o que sus bienes hayan sido separados del patrimonio oficial para afectarlos a su funcionamiento. Fundamentalmente el capital del Instituto está constituído por el valor de las cuotas que patronos, trabajadores y Estado (cuando actúa como patrono) deben aportar en su carácter de

afiliados forzosos dentro del criterio de triple aporte establecido por la ley orgánica. Y al lado de ellos, pueden señalarse dos formas genéricas de contribución del Estado: la de aportes iniciales para facilitar su instalación (ya cumplida) y la de auxilios mediante la destinación de determinadas rentas o sumas, permanentes unas y transitorias otras, pero que, con todo, no guardan proporción considerable con lo que realmente constituye el capital del Instituto, derivado de los aportes referidos, de los bienes y servicios que con él haya adquirido y de las operaciones que legalmente está autorizado a realizar de acuerdo con sus fines.

"Este tipo de auxilios difiere de la constitución de un patrimonio para un establecimiento público, o empresa oficial, en que mientras que en éstos, los bienes o fondos que lo constituyen, se encuentran legal y técnicamente separados del patrimonio del Estado, pero continúan siendo oficiales hasta el extremo de que al sobrevenir su disolución o supresión, regresan a su fuente primigenia, en aquellos se trata de simples aportes o subvenciones que una vez salidos del patrimonio oficial dejan de pertenecer a él y corresponden a la entidad o personas que la ley ha señalado como destinatarias. Es decir, no sólo se separan, sino que contribuyen a formar un todo patrimonial distinto del patrimonio y de los bienes del Estado. Notoria similitud, hay entre los auxilios que los artículos 29 y 30 de la Ley 90 de 1946 destinan al Instituto y los que con harta frecuencia concede el legislador a entidades docentes, académicas o técnicas, que no por beneficiarse de ellos, se transforman en entidades oficiales o en establecimientos públicos. De aquí por qué, el ejemplo traído por el apelante, al comparar el Instituto con los Ferrocarriles Nacionales, y con la Universidad Nacional, sea inadecuado, pues sabido es que el patrimonio de esos dos establecimientos públicos, así clasificados ya por la doctrina y la jurisprudencia nacionales, representan una desmembración del patrimonio nacional; son bienes oficiales en su integridad, aunque técnicamente se encuentran separados de aquél para efectos de su mejor administración y para mayor eficacia del servicio que prestan. Y porque el patrimonio del Instituto es privado y no público, es por lo que se explica su régimen de control, que no es el mismo a que están sometidos los establecimientos públicos ordinarios, como lo dispone con entera claridad el artículo 2o. del Decreto 2324 de 1948 en sus incisos 2o. y 3o.

"Lo anterior permite deducir que por este nuevo aspecto, la compleja estructura legal del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, determina la existencia de una entidad técnica de tipo organizacional privado, para cumplir funciones de carácter público y social, intervenida y auxiliada por el Estado, pero sin llegar a confundirse con lo que es y se entiende por establecimiento público. En cuanto a sus funciones, en la acepción citada atrás, es una modalidad de la intervención del Estado en la realización y desarrollo de las garantías constitucionales y legales del trabajo asalariado, representada por el sistema de seguridad social".

En concepto contenido en la decisión transcrita, y que fué corroborada más tarde en el emitido por la Sala el 16 de agosto de 1963, como lo anota el Ministro consultante, responde a una situación de derecho que no fue alte-

rada por los Decretos de la actual reforma administrativa expedidos a partir de 1968, como pasa a verse a través de las razones siguientes:

1. El criterio sobre lo que es un establecimiento público en la doctrina administrativa, no se hallaba consignado en ley alguna, pero de tiempo atrás la jurisprudencia nacional lo definió como un ente descentralizado, de creación o autorización legal, dotado de personería jurídica y patrimonio propio distinto del de la Nación, el Departamento o el Municipio, según el caso, y encargado de la prestación de un servicio público. Sus elementos distintivos fueron siempre apreciados con entera claridad, y especialmente fue definido el concepto de patrimonialización del servicio como una desafección de los bienes o fondos del Estado para asignarlos de modo expreso al funcionamiento de la entidad desmembrada de la de la administración central. La reforma de 1968, y en especial el artículo 5o. del Decreto 1050 de ese año, al definirlo y señalar sus elementos, no hizo cosa distinta de elevar a la categoría de ley, lo que ya estaba consagrado en la jurisprudencia.

2. Al lado del establecimiento público clásico, y de otras formas de administración descentralizada, tales como las entonces denominadas "empresas oficiales" y "semioficiales", dentro de las cuales cabían las sociedades de economía mixta, aparecieron en la reforma social implantada a partir de 1945 unas entidades diferentes, *sui generis*, que se denominaron "establecimientos de derecho social", para señalar bajo este rubro unas entidades específicamente destinadas a cumplir todos o algunos de los aspectos de la política social del Estado. Tal la razón para que la ley 90 de 1946 en su artículo 1o. y el Decreto Extraordinario No. 2324 que la desarrolla. También en su artículo 1o., al crear el Instituto Colombiano de Seguros Sociales como entidad rectora de la seguridad social, y al señalar su naturaleza, lo hubieran calificado (la última norma) como "una entidad autónoma de derecho social, con personería jurídica y patrimonio propio distinto de los bienes del Estado". Y también la razón para que posteriormente el Código de Procedimiento en los Juicios del Trabajo, expedido en 1948, se hubiera referido a los "establecimientos de derecho social" como entidades especiales dentro del cuadro de la administración descentralizada (arts. 6o. y 11). La finalidad perseguida al crear estos establecimientos, y particularmente el Instituto objeto de esta consulta, como lo anota el señor Ministro, se consignó por el Gobierno de entonces en la exposición de motivos del proyecto que después fue la Ley 90, presentada por el Ministro del Trabajo de 1945, Dr. Adán Arriaga Andrade, al expresar que se trataba de crear "un instituto privado, no oficial, no sujeto a las interferencias y vaivenes de la política partidista, puramente técnico . . . "

3. En el campo teórico y jurídico, estos establecimientos especiales pueden coincidir o no con la noción (hoy con la definición) del establecimiento público clásico, según que el legislador, al crearlos o autorizarlos, los dote de

los elementos que les son característicos o los aleje de ellos. En el caso presente, como se observó en las providencias transcritas, esas características no coinciden; pues si bien es cierto que el Instituto fue dotado de autonomía y personería jurídica, su patrimonialización no se hizo como en los establecimientos públicos, mediante la adscripción de bienes o rentas especiales tomadas del patrimonio nacional, sino por un sistema especial, propio además de los sistemas conocidos de seguridad social, como es el de aportes tripartitas provenientes de los empleadores, de los afiliados y del Gobierno Nacional como patrono de sus propios trabajadores afiliados. Basta observar a este respecto que el artículo 29 de la ley 90, que inicialmente dió la apariencia de que el Estado, a más de simple aportante por razón de sus trabajadores vinculados por un contrato de trabajo, afectaba bienes especiales del presupuesto ordinario al funcionamiento del Instituto, fue modificado completamente por el artículo 10 del Decreto Extraordinario 2324 de 1948, según cuyas voces, tales bienes "se imputarán a cuenta de las cotizaciones del Estado y de su contribución al pago de las de los patronos y trabajadores en los casos y en el orden previsto en los artículos 16 y 23 de la Ley 90 de 1946 . . . ". Como este precepto continúa vigente, hoy el Estado, o mejor, la Nación, es un simple aportante del Instituto desde el punto de vista financiero. El hecho de que le haya dado auxilios especiales ocasionalmente, tomados del presupuesto Nacional, no lo convierte en un establecimiento público, como no convierte en oficial una entidad privada, por ejemplo, de carácter docente, por asumir con ella igual desempeño. Agrégase a lo anterior que para acentuar más aún su carácter de entidad especial, se facultó para administrar sus bienes y rentas con criterio comercial y rentable, de modo que facilitara sus fines, y se le sustrajo del control ejercido por la Contraloría General de la Nación para sujetarla al de la Superintendencia Bancaria, como se hace con las empresas de esta índole (arts. 15 y 70 Ley 90 de 1946 y 2o. y 21 decreto 2324 de 1948).

El punto de vista expresado, encuentra respaldo en la doctrina administrativa, que trata el punto de los "Establecimientos de derecho social" en los siguientes términos:

> "La noción de 'servicio público social' es empleada cada vez con mayor frecuencia. Se entiende por servicios publicos sociales, aquellos organismos encargados de auxiliar o ayudar a los administrados en sus obligaciones familiares, o de permitirles hacer frente a los riesgos de la enfermedad, la desocupación, la indigencia o la vejez. Se trata, por consiguiente, del aspecto moderno de los tradicionales institutos de asistencia social".
>
> "Al lado de la empresa o del establecimiento público, forma clásica dentro de la cual los servicios públicos sociales son ordinariamente organizados, se hallan organismos privados encargados de dirigir estos servicios públicos (cajas de Seguridad Social, centros de transfusión sanguínea, etc.)"

"El régimen jurídico aplicable a estos servicios y las jurisdicciones competentes para conocer de sus litigios, presentan aspectos complejos."

"Se aplicará el derecho privado y la competencia judicial ordinaria para todo lo que concierne a la organización y al funcionamiento interno de estos organismos. Y habrá aplicación del derecho público y de la competencia contencioso administrativa en los casos de recursos contra los actos reglamentarios de estos organismos y la mayor parte de las relaciones entre ellos y la autoridad de tutela". (traducción de la Sala). "Institution Administratives" –Jean Marie Auby et Robert Ducós Ader–. (Dalloz. Paris, 1966, pág. 63).

4. Conviene, sinembargo despejar un equívoco. Cuando la exposición de motivos de la Ley 90 de 1946 y el Decreto Extraordinario 2324 de 1948, hablan del Instituto como de una empresa "privada" y de sus trabajadores como "particulares", no deben entenderse como queriendo crear una entidad ajena a la Administración, a la manera de cualquier empresa fundada, sostenida y manejada por personas privadas y para beneficio de sus propios intereses. La seguridad social en el derecho moderno y en el estado actual del desenvolvimiento de los pueblos, es una de las mayores responsabilidades del Estado, y a ella provee de distintas maneras, siendo la más conocida y eficaz la creación de organismos sujetos a su orientación que paulatinamente substituyan la actividad privada. Tales organismos, por consiguiente, al menos en el caso consultado, son parte integrante de la Administración, pero estructurados bajo criterios especiales que a todo trance les permiten desempeñarse con la agilidad y ventajas de la empresa privada, aunque sea, como es evidente, y como lo dijo la Sala de Negocios Generales en el concepto atrás mencionado, "un establecimiento de derecho social encargado de prestar un servicio público". Esta afirmación se comprueba, fuera del hecho mismo de su creación y de la finalidad que cumple, por la circunstancia, contemplada tanto en la ley orgánica como en los estatutos, de que su Consejo Directivo tiene representantes del Gobierno; de que su Gerente General es nombrado por el Presidente de la República, y de que actualmente se halla adscrito al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, no para privarlo de su independencia legal sino para que conserve siempre las directrices del Gobierno y del Congreso en materia de seguridad social. Más como el "establecimiento de derecho social" y el contrato de trabajo con quienes lo sirven, no son excluyentes, las normas orgánicas del Instituto determinaron expresamente este género de relaciones jurídicas desde un principio y las ha mantenido hasta la actualidad.

Las consideraciones que preceden contribuyen a afirmar la creencia de que esta categoría especial de entidades descentralizadas, no quedó incluída dentro de la reforma administrativa que llevó a cabo el Gobierno en desarrollo de la Ley 65 de 1967. Dicha reforma, cuyo propósito fue sistematizar y ordenar toda la administración, la dividió en central o "principal" y descentralizada. Dentro del primer grupo quedaron comprendidos los Ministerios,

los Departamentos Administrativos, las Superintendencias y las llamadas "unidades administrativas especiales" (art. 1o. decreto 1050 de 1968). Dentro del segundo quedaron comprendidos los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta, las "entidades descentralizadas indirectas" y las instituciones de utilidad común (arts. 1o., 4o., 5o. y 7o. Decreto 3130 de 1968). Un estudio comparativo cuidadoso entre la estructura del Instituto Colombiano de Seguros Sociales y las entidades que integran los dos grupos citados, no permite su incorporación a ninguno. Obviamente, no puede ser clasificado dentro de la llamada "administración principal" o "central", porque lo impiden su funcionamiento autónomo y el hecho de gozar de personería jurídica. Dentro de la administración descentralizada, no puede equiparse a las empresas industriales o comerciales del Estado (art. 6o. Decreto 1050), porque uno de sus elementos esenciales lo constituye un capital "constituído totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de éllos, o el rendimiento de impuesto, tasas o contribuciones de destinación especial". Tampoco a las sociedades de economía mixta, (art. 8o. *ibídem*) porque es condición esencial de su naturaleza, el que desarrollen "actividades de naturaleza industrial o comercial", finalidades que no son del Instituto que se estudia. No es una entidad descentralizada indirecta (art. 4o. Decreto 3130 de 1968) porque éstas se forman entre la Nación y entidades descentralizadas territorialmente o por servicios, bien sea asociadas entre éllas o con particulares, caso que no es el que motiva la consulta. Y tampoco a las instituciones de utilidad común (art. 5o. *ibídem*), que el texto identifica con las fundaciones, porque estas son personas jurídicas que tienen origen en la iniciativa privada, y además no están adscritas ni vinculadas a la administración; y tampoco corresponderían a las contempladas en el artículo 7o., por cuanto son establecimiento públicos comunes y corrientes, y habría que repetir, respecto de éstas lo que se viene diciendo en relación con aquéllos. Quedaría, finalmente, el establecimiento público como modalidad adaptable al organismo de seguridad social, pero ya se vió que en su estructura típica o clásica, no coincide con una característica que le es esencial, como es la patrimonialización del servicio. Y aún adoptando como punto de comparación el tipo de establecimiento señalado por el literal b) del art. 3o. del Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto Extraordinario 3135 de 1968, es decir, el "organizado con carácter comercial o industrial", la analogía sería incorrecta, no sólo por el aspecto ya anotado respecto de la formación del establecimiento típico, sino porque este último prevé una finalidad extraña a la del Seguro Social, aunque el organismo que lo dirige pueda dar a sus bienes, en determinadas circunstancias, un giro comercial o una destinación rentable.

Finalmente conviene llamar la atención acerca del hecho de que el Gobierno, en el proyecto de Ley presentado a la consideración del Congreso en sus sesiones ordinarias de 1969, que se encuentra señalado con el número 30 y que tiene por objeto introducir modificaciones y adiciones a la Ley 90

de 1946, intentó encuadrar el Instituto de Seguros Sociales dentro de la nomenclatura de la reforma administrativa, para lo cual, en el artículo 1o., modificativo del 8o. de la Ley citada, decía:

> "En adelante el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, establecimiento público descentralizado, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, distinto de los bienes del Estado, se denominará Instituto Colombiano de Seguridad Social". (Anales del Congreso No. 64 Oct. 22 de 1969, Pág. 977).

En esta forma el Instituto quedaría convertido en un establecimiento público típico, no obstante las deficiencias estructurales para el caso, que se anotaron. En el curso de los debates ocurridos en el senado, el artículo transcrito fué modificado a petición del ponente, Senador Alberto Mendoza Hoyos, quien propuso para el segundo debate, y obtuvo la aceptación del texto siguiente:

> "Art. 1. En adelante el Instituto Colombiano de Seguro Social, CONSERVANDO SU ACTUAL NATURALEZA JURIDICA, se llamará Instituto Colombiano de Seguridad Social" (Mayúsculas de la Sala). (Anales del Congreso –No. 85– Dic. 11 de 1969. Pág. 1316).

El nuevo texto se justificó con una explicación que dice:

> "En las modificaciones se puso especial cuidado, en evitar inconvenientes paralelismos de funciones, ASI COMO AMBIGUEDADES QUE PUDIERAN PERJUDICAR EL ESTATUTO JURIDICO PROPIO DEL PERSONAL AL SERVICIO DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE SEGURIDAD SOCIAL, que es la denominación dispuesta por este proyecto de Ley" (Mayúsculas de la Sala). (Anales del Congreso –No. 85– Dic. 11 de 1969. Pág. 1316).

Aunque lo transcrito y comentado últimamente es un mero proyecto de ley con trámite cumplido en una de las Cámaras del Congreso, contribuye a sostener que la estructura del Instituto es, como ya se dijo, *sui generis,* y que se gobierna por sus propias reglas vigentes.

Como consecuencia de todo lo anterior, resulta que el Instituto es autónomo para organizar su personal dentro de su propia naturaleza y atendiendo a las normas legales que les son propias, dentro de las cuales es básica la del artículo 4o. del Decreto Extraordinario 2324 de 1948 que dice: "Los empleados y obreros del Instituto y de las Cajas Seccionales serán trabajadores particulares y gozarán de los consiguientes derechos y prestaciones sociales. No les serán aplicables las normas legales sobre incompatibilidades, sobre carrera administrativa, ni ninguna otra referente a los trabajadores del Estado y demás entidades de derecho público". Lo que se quiso significar con este precepto, no fue cosa distinta de que quienes prestaran sus servicios al Insti-

tuto, estarían vinculados a él por un contrato de trabajo y no por una relación de derecho público. Si se tiene en cuenta que cuando se expidió la ley 90 de 1946, las únicas normas vigentes sobre carrera administrativa estaban contenidas en la Ley 165 de 1938, se comprende fácilmente —para examinar este sólo aspecto incorporado a la consulta—, que a las excepciones que ese estatuto contenía, pudiera agregarse la de los trabajadores del seguro social, como una afirmación más de la autonomía y tecnicismo del Instituto. Más tarde, el Decreto Extraordinario 1732 de 1960, que incorporó a todos los trabajadores de la administración central y descentralizada dentro del concepto de "servicio civil", lo hizo aún cuando estuvieran vinculados a élla por un contrato de trabajo o por una relación de derecho público, según los términos del primer inciso del artículo 1o.; dió competencia a la jurisdicción especial del trabajo para el conocimiento de las controversias en los casos de contrato de trabajo, según el artículo 176, y, finalmente, el artículo 12 del Decreto 1678 del mismo año, dió autonomía a los organismos descentralizados para organizar su personal siguiendo las pautas generales indicadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil. Como éstas nunca se dictaron, tales organismos continuaron rigiéndose por sus propias normas. Y como las dictadas posteriormente en desarrollo de las facultades extraordinarias que otorgó al Presidente de la República la Ley 65 de 1967, se refieren, entre otras entidades, a los establecimientos públicos comunes, que contemplan y definen los artículos 1o. y 5o. del Decreto 1050 de 1968, y el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, por las razones expuestas, no es un establecimiento de esta clase, forzoso es concluír que sus normas propias no han sido alteradas y que, por lo mismo, sus trabajadores continúan vinculados a él por un contrato de trabajo de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 4o. del Decreto 2324 de 1948.

TERCER ASPECTO – DERECHO COLECTIVO

En este punto, la consulta plantea el problema del llamado "sindicato representativo" para efecto de negociaciones colectivas. La Sala carece de elementos de juicio para emitir un concepto sobre la situación real del Instituto en este punto y sus relaciones con asociaciones sindicales, y por lo mismo, se limita a opinar de acuerdo con el sentido de los textos. El artículo 5o. de la Ley 48 de 1968, que dió carácter permanente al Decreto Legislativo No. 2351 de 1965, señala las condiciones básicas de negociación con un sindicato. De consiguiente si en atención a éllas o al Decreto que sirvió de base a su expedición, el Instituto tiene celebradas convenciones colectivas con las entidades gremiales citadas en la consulta, con ellas debe entenderse en lo concerniente a la representación de sus afiliados para renovar o mantener las convenciones colectivas vigentes, sin perjuicio de los derechos que sobre el particular tengan los trabajadores no científicos o el sindicato de base, si lo hubiere, con arreglo a las leyes vigentes.

En desarrollo de lo expresado anteriormente, la Sala responde así a las preguntas contenidas en la parte final de la consulta que se estudia.

PRIMERA. El Instituto Colombiano de Seguros Sociales, es una entidad oficial descentralizada, denominada técnica y legalmente "Establecimiento de derecho social", creada y organizada para cumplir la política de seguridad social señalada por el Congreso o por el Gobierno, con facultades suficientes para desempeñarse como empresa privada. Así lo fue desde su fundación y ni entonces ni hoy es un establecimiento público ordinario o clásico.

SEGUNDA. Las personas que prestan sus servicios al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, se hallan vinculadas a él por un contrato de trabajo, y pertenecen al sector oficial.

TERCERA. A dichos trabajadores se les aplican las normas pertinentes del contrato de trabajo, pues ello es consecuencia de la naturaleza de su vínculo jurídico con el Instituto. Mientras una ley no disponga otra cosa, continúa rigiendo lo dispuesto por el artículo 4o. del Decreto 2324 de 1948, que es consecuencia necesaria de la organización, estructuración y condiciones especiales en que y para qué fué creado el Instituto.

CUARTA. No puede decirse, en rigor jurídico, que todo beneficio consignado en una convención colectiva de trabajo tenga el carácter de derecho adquirido. Puede haber algunos que lo tengan, por ejemplo, las pensiones de todo orden en cuanto superen los mínimos legales. Pero otros no lo tienen. Una respuesta categórica sólo podría darse cuanto respecto de cada uno, se tuviera un conocimiento exacto de las condiciones de su creación, de su adquisición y de su establecimiento. Pero debe tenerse en cuenta que muchas ventajas económicas que son propias de la contratación colectiva, son susceptibles de revisión para mejorarlas, mantenerlas bajo modalidades distintas, substituírlas o eliminarlas. Debe tenerse en cuenta también como principio general, que la contratación colectiva, cuya principal razón de ser es la defensa económica de la clase trabajadora, debe ser siempre, en términos particulares, una solución de equilibrio entre la situación económica de la empresa y las necesidades de los trabajadores, y en términos generales, un reflejo de la situación económica del país. De otro modo, en vez de ser un instrumento de progreso económico, podría desfigurar peligrosamente su función social.

QUINTA. Cuando las disposiciones citadas en la consulta y en este estudio hablan de "trabajadores particulares", no han querido decir "trabajadores privados", como los del Consorcio de Cervecerías Bavaria, Colombiana de Seguros, etc., para poner un ejemplo. El sentido de los textos, como se deja dicho, es el de que se trata de personas vinculadas por contrato de trabajo con este organismo especial de la Administración. Sí, como también se dijo, desde su fundación el Instituto fue un instrumento del Estado para realizar la

política de seguridad social, pertenece al sector oficial. De consiguiente sus trabajadores, no obstante tener contrato de trabajo con él, también han pertenecido al sector público y su tiempo de servicios es computable con el servicio en otras entidades oficiales, centrales o descentralizadas, para los efectos legales pertinentes. Así se disponía desde las leyes 6a. de 1945 y 65 de 1946 y sus Decretos reglamentarios, un poco antes de la creación del Instituto, y se dispone hoy por los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 para todas las prestaciones inherentes a una relación de trabajo con la Administración, que exijan un lapso especial para su adquisición.

SEXTA. Las personas que prestan sus servicios al Instituto, deben ser afiliados forzosos al mismo, conforme al artículo 4o. de la Ley 90 de 1946, para el personal científico y el 4o. del Decreto 2324 de 1948 para todos, "cualquiera que sea su ocupación". No se aprecia la razón legal por la cual algunos servidores del Instituto estuvieron o estén, por mérito de sus servicios, afiliados a la Caja Nacional de Previsión Social. Si tal afiliación proviene de que prestaron o prestan también servicios a esta institución, aquella no releva al Instituto de sus obligaciones provenientes del Contrato de Trabajo que con ellos tuvo o tiene celebrado. Pero si la afiliación se ha hecho por cuenta del Instituto Colombiano de Seguros Sociales y como un desarrollo de sus obligaciones sociales de carácter legal, debe corregirse, porser contraria a las normas citadas, que hacen a los trabajadores de todo orden afiliados forzosos, y al Instituto responsable de las consecuencias de los contratos de trabajo.

Atentamente,

Guillermo González Charry

Alejandro Domínguez Molina

Luis Carlos Sáchica

Alberto Hernández Mora
Con salvamento de voto

Edné Cohen Daza
Secretaria

EXPLICACION DEL VOTO

– I

El concepto mayoritario de la Sala se fundamenta en la jurisprudencia del Consejo de Estado, de la antigua Sala de Negocios Generales, que en auto de 11 de diciembre de 1959 sintetizó su pensamiento sobre la naturaleza jurídica del Instituto Colombiano de Seguros Sociales así:

"Lo anterior permite deducir que por este nuevo aspecto la compleja estructura legal del Instituto Colombiano de Seguros Sociales determina la existencia de una entidad técnica de tipo organizacional privado para cumplir funciones de carácter público y social, intervenida y auxiliada por el Estado, pero sin llegar a confundirse por lo que es y se entiende por Establecimiento Público. En cuanto a sus funciones, en la acepción citada atrás, es una modalidad de la intervención del Estado en la realización y desarrollo de las garantías constitucionales y legales del trabajo salarial, representada por el sistema de seguridad social".

Igualmente el concepto mayoritario de la Sala acoge la aseveración hecha en la exposición de motivos al presentarse el proyecto que después se convirtió en la ley 90 de 1946, cuando el Ministro de Trabajo de entonces expresó que se trataba de crear "un Instituto privado, no oficial, no sujeto a las interferencias y vaivenes de la política partidista, puramente técnico . . ."

Considera la mayoría de la Sala que el concepto del Consejo de Estado "responde a una situación de derecho que no fue alterada por los decretos de la actual reforma administrativa expedidos a partir de 1967".

No obstante el concepto transcrito, advierte la mayoría de la Sala:

"Conviene, sinembargo, despejar un equívoco.

"Cuando la exposición de motivos de la ley 90 de 1946 y el decreto extraordinario 2324 de 1948, hablan del Instituto como de una empresa privada y de sus trabajadores como particulares, no deben entenderse como queriendo crear una entidad ajena a la administración a la manera de cualquier empresa fundada, sostenida y manejada por personas privadas y para beneficio de sus propios intereses. La seguridad social en el derecho moderno y en el estado actual del desenvolvimiento de los pueblos, es una de las mayores responsabilidades del Estado, y a ella provee de distintas maneras, siendo la más conocida y eficaz la creación de organismos sujetos a su orientación que paulatinamente sustituyen la actividad privada. Tales organismos, por consiguiente al menos en el caso consultado, son *parte integrante de la administración, pero estructurados bajo criterios especiales que a todo trance les permite desempeñarse con la agilidad y ventaja de la empresa privada,* aunque sea, como es evidente, y como lo dijo la Sala de Negocios en el concepto atrás mencionado, un establecimiento de derecho social encargado de prestar un servicio público. Esta afirmación se comprueba, fuera del hecho mismo de su creación y de las finalidades que cumple, por la circunstancia contemplada tanto en la ley orgánica como en los estatutos, de que su Consejo Directivo tiene representantes del Gobierno, de que su Gerente General es nombrado por el Presidente de la República, y de que actualmente se halla adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, no para privarlo de su independencia legal sino para que conserve siempre las directrices del Gobierno y del Congreso en materia de seguridad social. Más como el "Establecimiento de derecho social" y el contrato de trabajo con quienes lo sirven,

no son excluyentes, las normas orgánicas del Instituto determinaron expresamente éste género de relaciones jurídicas desde un principio y las ha mantenido hasta la actualidad".

– II –

1. Con el respeto y consideración que me merecen todas las opiniones de mis eminentes colegas de Sala, me he visto obligado a apartarme de los anteriores razonamientos porque en ellos se advierte, en mayor y menor medida, confusión entre la naturaleza jurídica de la persona creada por la ley para la prestación descentralizada de un servicio público y el régimen legal a que se someten algunas de sus actividades.

Por las razones que expondré adelante, creo que el I. C.S.S. ha sido un establecimiento público desde su origen en 1946, pero con un régimen legal de excepción para el personal a su servicio.

2. Por otra parte considero que la reforma administrativa de 1968, tiene significación jurídica de gran trascendencia, que implica el ordenamiento de todos los servicios descentralizados en las nuevas categorías establecidas por el decreto 1050 de 1968, su reorganización interna y la definición de su régimen legal, de acuerdo con lo dispuesto por el decreto 3130 de 1968, que establece el estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional.

No comparto por lo tanto la afirmación de la Sala de que la situación de derecho del Instituto Colombiano de Seguros Sociales no fue alterada en forma alguna por los decretos dictados para reorganizar la administración pública.

La reforma representa un gran avance legislativo que debe complementar el Consejo de Estado con cuidadosa y precisa jurisprudencia, para que se obtengan las finalidades perseguidas de clara reestructuración jurídica del sector público descentralizado.

– III –

1. Históricamente el establecimiento público es una resultante del desarrollo y perfeccionamiento de las técnicas administrativas de gestión, de una parte, y de otra, de las nuevas y más amplias responsabilidades y funciones del Estado moderno.

La noción de establecimiento público encierra un procedimiento técnico para la descentralización de servicios y un concepto jurídico.

En el derecho administrativo, la teoría jurídica del establecimiento público ha sido ideada como un medio de gestión de los servicios públicos, como un "servicio público" dotado de personalidad jurídica, característica que lo distingue de los otros medios de gestión de los servicios públicos (Laubedere –Tratado de Derecho Administrativo– Tomo I, pág. 170). "Persona moral administrativa creada para la gestión de un servicio público", según la definición adoptada por la jurisprudencia francesa desde principios de siglo.

El establecimiento público aparece entonces como un procedimiento técnico de descentralización de servicios que en lo jurídico permite dotar ciertas actividades del Estado de personería propia, de patrimonio independiente y de autonomía administrativa, rasgos que lo caracterizan y lo identifican como medio de gestión administrativa.

Así el establecimiento público en este aspecto se define por su origen legal, por su estructura jurídica y no por su actividad que puede variar según el servicio público prestado, y ser meramente administrativa, o industrial, económica o financiera, o de cualquiera otra índole compatible con las finalidades de la administración.

Esta noción jurídica del establecimiento público parece ser la acogida por la legislación colombiana en el decreto 1707 de 1960, reorgánico de la Corporación Autónoma Regional del Cauca. Dice su artículo 1o.:

> "La Corporación Autónoma del Cauca . . . continuará funcionando como un establecimiento público, o sea como entidad dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio . . . "

En la concepción clásica al establecimiento público se le tiene como una desmembración de la administración, forma parte de los organismos, públicos, es una persona moral de derecho público, y en consecuencia está sometido a un régimen enteramente administrativo.

2. La clara imagen jurídica que el derecho administrativo había dado al establecimiento público fue perdiendo algunos de sus contornos clásicos a medida que la actividad del Estado invadió nuevos dominios, principalmente en los campos financieros y económicos, y el Estado liberal evolucionaba hacia el Estado intervencionista y el Estado empresario.

El establecimiento público ofrecía forma adecuada a la nueva gestión estatal, capacidad civil, autonomía financiera, administración técnica, especializada, estable y apolítica, condiciones que le hicieron gozar del favor general de legisladores y gobernantes como medio para tecnificar la administración. Pero al mismo tiempo fue surgiendo la tendencia de aprovechar la autonomía administrativa para someter en dosis variables ciertas actividades

de estos organismos a las normas del derecho privado. Es un largo proceso de descentralización que se cumple prestándole al derecho administrativo sus formas del establecimiento público y al derecho privado los procedimientos de gestión.

Esta tendencia de escapismo jurídico al derecho público, encuentra un poderoso impulso en la sindicalización del sector oficial en su propósito de evadir la investidura del empleado público para abrir las puertas al pliego de peticiones y a la convención colectiva, propios de la empresa privada.

Así fueron surgiendo en el país una serie de organismos descentralizados, apelando al concepto tradicional del establecimiento público, pero con las más variadas denominaciones y asimilándolos en su orden interno, en proporciones diversas, a la empresa privada, para someterlos a su régimen legal.

Esta distorsión jurídica es la que ha originado en los Tribunales jurisprudencia inestable, confusa y a menudo contradictoria.

No obstante esta variedad, los principios de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, característicos del establecimiento público, dominan en general todos los institutos o entidades descentralizados, ya se trate de funciones propiamente administrativas o de actividades diferentes como son las industriales y comerciales del Estado.

3. Dentro de este marco histórico la ley 90 de 1946 crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, "como entidad autónoma, con personería jurídica y patrimonio propio".

La nueva entidad es una persona de derecho público creada por la ley, para prestar un servicio público de carácter social, asegurando y facilitando el cumplimiento de obligaciones privadas de los patronos para con sus trabajadores, persona que por haber sido creada para descentralizar un servicio público, con personería jurídica propia, patrimonio independiente y autonomía administrativa, es un establecimiento público.

> "... La noción de establecimiento público, dice Waline, es una noción genérica, y no específica, en otros términos, hay diversas clases de establecimientos públicos y tantos regímenes jurídicos diferentes como categorías de establecimientos públicos. Una cámara de comercio, una oficina de beneficencia, un hospital, una facultad, 'un establecimiento, como por ejemplo la Oficina Nacional de Navegación, la Electricidad de Francia, etc., he ahí establecimientos Públicos. Muy diferentes, no sólo por el objeto de su actividad, sino también por su régimen jurídico. El legislador (ley 17 de agosto de 1948) también ha distinguido para aplicarles ciertas disposiciones (imsibilidades de supresión por decreto) los establecimientos públicos de carácter industrial o comercial" (Droit Administratif, pág. 35).

La calificación del Instituto Colombiano de los Seguros Sociales como un establecimiento público, a pesar de que el personal a su servicio esté sometido a contrato de trabajo y al mismo régimen jurídico de los empleados particulares, encuentra apoyo jurídico en la siguiente jurisprudencia de la Corte:

"En derecho administrativo no son una novedad los entes públicos; creados por razones técnicas del servicio oficial, y llamados establecimientos públicos.

"Cuando el Estado para la mayor eficiencia de la administración organiza bajo bases técnicas y especiales una dependencia oficial, dotándola de un patrimonio que debe manejar con independencia y autonomía, crea un establecimiento público, al cual queda así privativamente reservada la administración de ese patrimonio, con la función de velar por él.

"El establecimiento público, es, pues, un organismo del servicio oficial, pero con patrimonio propio, especial y permanente, distinto de los ingresos generales de la nación que administra e invierte con autonomía.

"Hauriou dice que establecimiento público es un servicio incorporado al Estado, dotado de personalidad jurídica, en lo cual se diferencia de ciertos centros de servicio público con autonomía aparente.

"Marcel Waline dice del establecimiento público que es una persona administrativa encargada de dirigir un servicio público o grupo de servicios públicos determinados. De lo cual resulta que el establecimiento público hace parte de la administración y es una persona de derecho administrativo."

Y la Sala Plena de la misma Corte, en fallo de 10 de agosto de 1937, dijo lo siguiente que no es más que el resumen de la doctrina contemporánea:

'Los establecimientos públicos son desmembraciones del Estado, emanaciones de un servicio público o autoridad pública, o creaciones del Estado' (Gaceta Judicial, T. 45, pág. 212).

"Como el Estado no puede atender directamente todo los servicios de la administración o conexionados con ella, en muchos casos debe apelar a la creación de entidades autónomas con capacidad jurídica y técnica, suficientes para cumplir satisfactoriamente un determinado fín de interés público.

"Cuando la ley, con el fin de atender a una determinada función, separa de la organización general administrativa un conjunto de medios, de tal manera que estos deban llevar una existencia independiente desde el punto de vista técnico y una personalidad jurídica propia, aparecen entonces los llamados establecimientos públicos.

"En esta clase de instituciones se encuentra la más grande variedad de regímenes, desde las que por autonomía e independencia se asemejan a las personas privadas en cuanto llevan una vida absolutamente propia, sin sujeción ninguna a la administración, hasta las entidades que están tan subordinadas a esta que casi se confunden con un servicio sin autonomía, prestado directamente por el Estado" (NESTOR PINEDA. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Tomo I, págs. 207 y 208)."

– IV –

En lo relacionado con la situación de derecho de los organismos descentralizados, frente a los decretos de la reforma administrativa de 1968, debo hacer en forma muy breve las siguientes observaciones:

1. El decreto-ley 1050 de 1968, "por el cual se dictan normas generales para la reorganización y el funcionamiento de la administración nacional", clasifica las entidades descentralizadas así:

– Establecimientos públicos,
– Empresas industriales y comerciales del Estado, y
– Sociedades de economía mixta.

2. Según la definición legal los establecimientos públicos son organismos creados por la ley o autorizados por ésta, encargados principalmente de atender funciones administrativas, conforme a las reglas del derecho público, y que reúnen las siguientes características:

a. Personería jurídica,
b. Autonomía administrativa; y
c. Patrimonio independiente, constituído con bienes o fondos públicos comunes o con el producto de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial.

La definición vuelve a la noción clásica de establecimiento público, como persona administrativa caracterizada por sus elementos orgánicos de personería civil, autonomía administrativa y patrimonio independiente, este último como concepto de recursos propios, que pueden provenir de fondos públicos o de fuentes que le autoriza el Estado, como impuestos, tasas, o de contribuciones forzosas, que técnicamente se asimilan a los impuestos.

En cuanto a su actividad la definición legal señala *principalmente* a los establecimientos públicos la de atender funciones administrativas, conforme a las reglas del derecho público, lo que significa que puede desarrollar actividades diferentes a las administrativas, como las industriales y comerciales, pero siempre conforme a las reglas del derecho público.

3. Las empresas industriales y comerciales del Estado las define el decreto 1050, como "organismos creados por la ley, o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial, conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley", y que reúnen por lo demás las mismas características anotadas para los establecimientos públicos.

La definición contempla las actividades industriales o comerciales que se desarrollen conforme al derecho privado, lo que está en armonía con la posibilidad de los establecimientos públicos de atender actividades de la misma naturaleza, pero conforme a normas de derecho público.

4. La diferencia de régimen jurídico en las dos categorías comentadas, se explica fácilmente.

Obedece a la necesidad de que cierta clase de actividades de la administración que se descentralizan por razones técnicas estén sometidas a normas de derecho público y se cumplan con criterio de prestación de servicio público, en el que ante todo se impone la protección de los intereses generales.

La administración no obra con ánimo de lucro de servicio a la comunidad. Esta actividad es la que se confía a los establecimientos públicos. Por razones de técnica administrativa y jurídica se descentraliza el servicio pero el ordenamiento legal que rige sus actividades continúa siendo el mismo de la administración central.

Un concepto distinto gobierna las empresas industriales y comerciales del Estado.

Aunque su origen y funcionamiento responden a una conveniencia colectiva de desarrollo económico y social, la intervención del Estado en este campo no trata de asegurar la existencia y funcionamiento de servicios esenciales al bienestar de la comunidad, sino principalmente de suplir la deficiencia de la iniciativa privada.

Es la razón de que estas empresas se manejen a la manera que lo harían los particulares y se les somete al régimen de derecho privado, salvo en aquellas zonas en que se opera su coyuntura o entronque con la administración pública, como son las funciones de dirección o confianza en que el Estado está presente como gestor.

5. En Francia, a raíz de la nacionalización de grandes empresas industriales que siguió a la segunda guerra mundial, el legislador se enfrentó a la necesidad de adoptar un estatuto legal de los organismos descentralizados.

El profesor Burdeau, en su Traité de Science Politique, Tomo II, pág. 371, señala la significación jurídica de algunos de los proyectos presentados:

"El proyecto de ley presentado el 30 de mayo de 1947 por los señores Schifer y et Pfimlin tiene en cuenta esta necesidad distinguiéndo dos categorías de empresas públicas: las unas que están destinadas a asegurar una actividad económica cuya supresión provocaría la parálisis de la vida del país (minas de carbón, gas, electricidad, ferrocarriles), las otras no correspondiendo a actividades esenciales. Estas últimas podrían estar sometidas a un régimen normal de concurrencia. En los dos casos, como se trata de empresas comerciales o industriales, su buena marcha impone una actividad técnica para la cual la administración general, con sus lentitudes inherentes al sistema jerárquico, no está calificada. Si bien cierta descentralización se impone, ella misma no podría tener el mismo grado en las dos categorías de empresas. Así lo observa el señor Blaevoet, en la hipótesis correspondiente a la primera categoría, la empresa está llamada a administrar un servicio, cuya responsabilidad, en definitiva, le incumbe al Estado: la función del Consejo de Administración deberá entonces ser limitada, y por el contrario la preponderancia corresponderá a un director escogido por el Gobierno; las decisiones más graves deberán estar homologadas por un comisario del gobierno; la autonomía financiera reducida porque la gestión del servicio debe ser desinteresada".

6. Las sociedades de economía mixta las define el decreto 1050 "como organismos constituídos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, creados por la ley o autorizados por esta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley.

El grado de tutela, y, en general, las condiciones de la participación del Estado en esta clase de sociedades se determinan en la ley que las crea o autoriza y en el respectivo contrato social".

En principio parece que esta es una categoría que registra la participación del Estado en el capital de la empresa privada. En su forma más simple el Estado sería un accionista más en igualdad de condiciones a los accionistas particulares. Sinembargo la ley puede señalar las condiciones para la participación del Estado en estas empresas y reservarle ciertos privilegios en la administración o en la protección de su aporte.

7. En cuanto al cumplimiento de la reorganización administrativa el artículo 35 del decreto 1050 de 1968, dispuso:

"Con base en las normas de carácter general consignadas en el presente decreto, el Gobierno reestructurará los Ministerios y Departamentos Administrativos y los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado, que a cada uno de ellos estén adscritos o vinculados. Hasta ese momento dichos organismos continuarán funcionando de acuerdo con las normas actuales".

Por su parte el decreto 3130 de 1968, contentivo del estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional, dispone:

"Artículo 1. *De las entidades descentralizadas.*, Los Institutos y empresas oficiales a que se refiere la ley 65 de 1967, son conforme al decreto extraordinario 1050 de 1968, de tres tipos: Establecimientos Públicos, empresas industriales y comerciales del Estado, y sociedades de economía mixta. Las expresiones instituciones, entidades o empresas oficiales o semioficiales, empleadas para designar personas jurídicas del orden nacional, equivalen, igualmente, a esas tres categorías jurídicas, las cuales se designarán con el nombre genérico de "entidades descentralizadas".

. . . . . .

"Artículo 45. El Gobierno Nacional conforme a los principios del decreto 1050 de 1968 y del presente estatuto, clasificará y adscribirá o vinculará aquéllas entidades descentralizadas que carezcan de disposición legal sobre el particular.

"Los Establecimientos Públicos y las Empresas Industriales y Comerciales del Estado continuarán funcionando de acuerdo con las normas generales vigentes y las particulares que los rigen; pero los representantes del Gobierno en sus Juntas o Consejos Directivos promoverán las reformas necesarias y los respectivos proyectos de modificaciones serán presentados a la consideración del Gobierno Nacional dentro de los seis (6) meses siguientes . . . "

8. Considero que las disposiciones transcritas implican una reestructuración completa de todas las "entidades descentralizadas" en las tres categorías establecidas por la ley, y el Instituto Colombiano de Seguros Sociales no está exceptuado de este mandato legal.

En principio debe estarse a la clasificación hecha por el legislador, pero a falta de ésta el Gobierno debe señalar la denominación propia de cada entidad según los patrones establecidos por la ley y en consideración a la importancia que le conceda a cada entidad descentralizada para someterla o no al régimen de servicio público.

Si el Instituto Colombiano de Seguros Sociales no es una empresa industrial o comercial del Estado, ni empresa de economía mixta, necesariamente tendrá que considerársele un establecimiento público conforme a la definición legal como persona administrativa creada por la ley para atender la prestación de un servicio público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, condición, que a mi juicio, ha tenido desde su origen.

– V –

1. En desarrollo de la facultad extraordinaria que la Ley 65 de 1937 dió al Presidente de la República "para establecer las reglas generales a las cuales deben someterse los institutos y empresas oficiales en la creación de empleos y en él señalamiento de las asignaciones y prestaciones sociales de su personal y el régimen del servicio", el decreto 3130 de 1968 en su artículo 38 dispuso que las Juntas o Consejos Directivos de los establecimientos y de las empresas industriales y comerciales del Estado, dentro de los doce meses siguientes a la fecha de expedición del decreto, elaborarían para aprobación del Gobierno el proyecto de estatuto de su personal para reglamentar todos los aspectos propios de un estatuto de esta naturaleza y entre ellos las condiciones de acceso al servicio y las prestaciones sociales.

El decreto 3135 de 1968, en su artículo 5o, preceptúa que "las personas que prestan sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos" son "empleados públicos" con excepción de "los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas", que son "trabajadores oficiales"; pero la misma disposición faculta a los establecimientos públicos para precisar en sus estatutos "qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo". Agrega la disposición:

> "Las personas que presten sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sinembargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos".

2. Con el mismo criterio que gobierna la administración central, la norma transcrita establece la presunción de "empleados públicos" para todas las personas que prestan sus servicios en los establecimientos públicos, con la excepción señalada.

Pero en virtud de la autonomía administrativa que es principio esencial a las entidades descentralizadas, dispone el mismo precepto que sean los estatutos del establecimiento los que determinan en definitiva el régimen legal del personal y qué servidores se consideran trabajadores oficiales.

Esta clasificación se hará teniendo en cuenta la naturaleza de las actividades del establecimiento y las excepciones legales, una expresa, la de los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas, y otra implícita relativa a las actividades de dirección o confianza que deben ser desempeñada por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

Dentro de estos dos topes que señala la Ley, considerando las conveniencias del servicio, y teniendo en cuenta que la actividad del establecimiento es de servicio público, el estatuto puede establecer las excepciones que las

circunstancias exijan o las conveniencias aconsejen, en desarrollo de la autonomía administrativa. Esta calificación es discrecional del establecimiento público con la aprobación del Gobierno (Art. 39 Dto. 3130 de 1968), dentro de los marcos que señala la ley, por ser la entidad descentralizada la responsable de la prestación del servicio y la que mejor conoce sus necesidades y conveniencias.

Debe observarse además que la descentralización se justifica fundamentalmente, dentro de la técnica jurídica, como un medio de adaptar el régimen interno del servicio a las circunstancias particulares de cada actividad.

3. Un principio distinto rige para las empresas industriales y comerciales del Estado, en los que todas las personas que prestan sus servicios se presumen "trabajadores oficiales"; sinembargo, dispone el artículo comentado: "los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos".

Debe observarse, comparando el régimen legal de una y otra categoría de entidades descentralizadas, que mientras en las empresas industriales o comerciales del Estado las excepciones que pueden establecer los estatutos están limitadas a las actividades de dirección y confianza, en los establecimientos públicos, excluidas estas mismas funciones de dirección y confianza, la excepción, en principio, es posible, en todos los demás sectores de la relación laboral.

4. Dentro del régimen legal establecido por la reforma administrativa de 1968, la distinción entre trabajadores oficiales y empleados públicos no obedece hoy a la naturaleza del trabajo, criterio esencialmente confuso y subjetivo, sino a la calificación jurídica de la persona administrativa a la que se está vinculado laboralmente, salvo dos excepciones: actividades de dirección o confianza y la de los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas.

Un ascensorista, por ejemplo:

– si presta sus servicios a la administración central es un empleado público y no puede ser sino empleado público;

– si a un establecimiento público, es en principio empleado público, pero el estatuto de personal puede darle la calidad de trabajador oficial y someterle al régimen contractual;

– si a una empresa industrial o comercial del Estado, será siempre trabajador oficial, porque sólo las actividades de dirección o confianza pueden ser desempeñadas por empleados públicos;

si a una empresa de economía mixta, será trabajador particular, porque allí no puede haber empleados públicos ni trabajadores oficiales, salvo mandato legal expreso.

Por último, debo advertir, que a mi juicio, algunas de las disposiciones del decreto 1848 de 1969, reglamentario del decreto-ley 3135 de 1968, relativas a la clasificación jurídica de las personas que prestan su servicio a la administración pública, resultan en oposición con el decreto 3135 y extralimitan la potestad reglamentaria.

–VI–

Las razones expuestas, me hacen llegar a las siguientes conclusiones, en relación con las preguntas formuladas en la consulta, consideradas en su orden:

1a. El establecimiento público en el derecho colombiano no se define por su actividad sino por su origen legal, su estructura jurídica, y el régimen administrativo de su funcionamiento. Es un procedimiento técnico, un medio de la administración, para cumplir diferentes actividades de interés social.

El Instituto Colombiano de Seguros Sociales, es un establecimiento público de acuerdo con la clasificación legal y lo ha sido desde su creación; la denominación de "entidad autónoma de derecho social" que emplea el decreto 2324 de 1948, no define su naturaleza jurídica, sino su actividad como establecimiento público; en consecuencia, el I. C. S. S. está sometido a las normas que para esta clase de entidades descentralizadas consagra el decreto 3130 de 1968.

2o. El Instituto Colombiano de Seguros Sociales, como establecimiento público, es autónomo para definir la situación de su personal, respetando las excepciones legales. En desarrollo de esta atribución puede determinar qué personal no está sometido a situación legal y reglamentaria en la prestación de sus servicios, sino a normas contractuales de tipo individual o colectivo.

El estatuto de Personal puede autorizar que continúen celebrándose convenciones colectivas con el personal que actualmente las tiene celebradas o cambiar el sistema dejando subsistir las actuales convenciones hasta su terminación.

3o. Mientras el Instituto Colombiano de Seguros Sociales expide el estatuto de personal, las relaciones laborales continuarán rigiéndose por las normas contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo y por las convencionales vigentes.

4o. En relación con el punto 4o. de la Consulta del Señor Ministro de Trabajo, sobre el alcance jurídico de las convenciones colectivas y la naturaleza de los derechos que de ellas surgen para los empleados, coincide con la respuesta dada por la mayoría de la Sala, que acoje en todas sus partes.

5o. Si el I. C. S. S. ha sido siempre un establecimiento público, parece forzoso concluír, en virtud de lo dispuesto por los decretos de la Reforma Administrativa de 1968, que todo tiempo de servicio pueda acumularse "AUTOMATICAMENTE", como trabajo oficial, para efectos de las prestaciones sociales.

Sin embargo, siendo esta conclusión lo más obvia, no es, a mi entender, la más jurídica.

A la misma solución, que es de equidad y acorde con los hechos, puede llegarse, pero por camino distinto que tenga en consideración la existencia del decreto-ley 2324 de 1948.

El Instituto Colombiano de Seguros Sociales ha sido un establecimiento público desde su creación, pero su personal, por disposición del decreto 2324 de 1948, ha estado sometido a un régimen de excepción, de derecho privado. El artículo 4o. de este decreto dispuso:

> "Los empleados y obreros del Instituto y de las Cajas Seccionales serán trabajadores particulares y gozarán de los consiguientes derechos y prestaciones sociales. No les serán aplicables las normas legales sobre incompatibilidades, sobre carrera administrativa, ni ninguna otra referente a los trabajadores del Estado y demás entidades de derecho público".

En principio, en razón de esta norma, solamente al cambiar la situación jurídica de los trabajadores del Instituto "de trabajadores particulares" a la "empleados oficiales", el tiempo de servicio puede acumularse para el pago de prestaciones sociales con cargo a la administración pública, pero los estatutos del Instituto al determinar las prestaciones sociales pueden disponer que se tome en cuenta todo el tiempo de servicio al Instituto, dada la calidad de establecimiento público desde su origen.

6a. La situación planteada la puede definir y reglamentar en la forma que mejor convenga al estatuto de personal.

Alberto Hernández Mora.

Bogotá, D. E. febrero de 1970.

CONSULTAS DEL GOBIERNO

CONTROL FISCAL. *De la Corporación Financiera del Transporte.* **Corresponde a la Superintendencia Bancaria.**

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Bogotá, D.E., agosto treinta y uno mil novecientos setenta.

Consejero Ponente: **Dr. Luis Carlos Sáchica**

RADICADO No. 440

El señor Ministro de Desarrollo Económico consulta, en Oficio sin fecha, "si el control fiscal de la Corporación Financiera del Transporte corresponde a la Contraloría General de la República, o a la Superintendencia Bancaria", haciendo las siguientes observaciones:

"1o. El Decreto reglamentario 558 de 1964, dictado en virtud del mandato que para intervenir en la industria del transporte dió la Ley 15 de 1959, creó la Corporación Financiera del Transporte "como entidad autónoma de economía mixta".

"1o. El Decreto reglamentario 558 de 1964, dictado en virtud del mandato que para intervenir en la industria del transporte dió la Ley 15 de 1959, creó la Corporación Financiera del Transporte "como entidad autónoma de economía mixta".

"El Art. 16 del citado Decreto estableció que "la Auditoría de la Corporación será ejercida por la Contraloría General de la República".

"Sobre el procedimiento para elegir el auditor, el Art. 5o. de la Ley 151 de 1959 señala: "El Auditor o Revisor Fiscal de las empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, otra u otras personas jurídicas de derecho público de carácter nacional, distintas de los establecimientos bancarios a que se refiere el parágrafo del Art. 1o., será elegido por la Asamblea General de Accionistas o de Socios, de terna que al efecto pase el Contralor General de la República".

"2o. El Decreto Ley 3130 de diciembre 26 de 1968, "por el cual se dicta el estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional", dispuso en su Art. 41: *"Del Control Fiscal.* La vigilancia de la gestión fiscal de los organismos descentralizados corresponde a la Contraloría General de la República, en los términos establecidos por la Ley 151 de 1959 y demás normas que la adicionan, sin perjuicio de las funciones de vigilancia señaladas por la Ley a la Superintendencia de Sociedades Anónimas".

"La vigilancia y control de los *establecimientos de crédito* y de las compañías de seguros corresponde a la superintendencia Bancaria" (las subrayas no son del texto).

"En el inciso segundo del citado artículo se estableció, como es frecuente, una regla especial frente a la norma general que sobre el control fiscal consigna el primer inciso. Se amplió la excepción que para los establecimientos bancarios consagraba el parágrafo del Art. 1o de la Ley 151 de 1959, ahora para los establecimientos de créditos y compañías de seguros, buscando quizá un control más acorde con el género de actividades que desarrollan estas entidades.

"Este artículo 41 como parte integrante que es del estatuto de las entidades descentralizadas, regula íntegramente el control fiscal de los organismos descentralizados, y en especial, de los establecimientos de crédito y compañías de seguros. En los términos del Art. 3o. de la Ley 153/87, deroga las normas anteriores referentes a la materia, en cuanto no las incorpora.

"Y por definición legal según se expresa en el Art. 1o. del Decreto Ley 2369/6).
"Corporación financiera es el establecimiento de crédito . . . "

Para resolver la consulta, la Sala hace las siguientes consideraciones:

1a. El artículo 59 de la Constitución establece el principio de que "la vigilancia de la gestión fiscal de la Administración corresponde a la Contraloría General de la República y se ejercerá conforme a la Ley", principio que concreta el numeral segundo del artículo 60 del mismo estatuto, al decir que el Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones: "
. . . . . .

2a. Prescribir los métodos de contabilidad de la Administración y sus entidades descentralizadas, y la manera de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes nacionales".

Tales preceptos crean el sistema de fiscalización del recaudo, manejo e inversión de los fondos públicos y de la administración de los bienes nacionales, tanto cuando tales operaciones corresponden directamente a los organismos principales de la administración como cuando son efectuadas por entidades descentralizadas, facultando para la determinación de los procedimientos para su registro contable y la rendición de cuentas, en guarda del patrimonio y recursos del erario.

Sientan también tales preceptos la regla de que tal vigilancia es de competencia de la Contraloría General de la República pero, como según su texto "tal vigilancia será ejercida conforme a la Ley", la aplicación de aquélla regla es susceptible de excepciones por disposición legal, como las que se reseñarán adelante, conclusión que se justifica por la necesidad de adecuar los sistemas de control fiscal a las hoy tan variadas formas de organización y operación administrativa que ha tenido que adoptar el Estado, a través de mecanismos que descentralicen sus servicios.

Y así, habiendo tenido el Estado que acoger para sus servicios los procedimientos de la empresa privada y aplicar a su prestación reglas de Derecho Privado, parece natural que existan diferentes sistemas y organismos de control fiscal que correspondan mejor a la naturaleza de las funciones cumplidas por los entes de administración descentralizada, especialmente cuando éstos tienen que operar en los sectores industrial y comercial.

2a. Paralelamente a la función fiscalizadora del patrimonio público atribuída a la Contraloría, en su artículo 120, ordinal 15, la Constitución asigna al Presidente de la República, como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa, la facultad de ejercer la inspección necesaria sobre los establecimientos de crédito y las sociedades mercantiles, conforme a las leyes. Atribución que no implica dualismo, ni colisión o interferencia con la fiscalización ejercida por la Contraloría, pues ha de entenderse que mientras ésta se refiere a los organismos del Estado que administran bienes y rentas oficiales, la inspección encomendada al Presidente se refiere a entidades de carácter privado, en orden a defender la legalidad, la confianza pública y el interés social envueltos en las operaciones mercantiles y de crédito, y el interés particular vinculado a tales establecimientos, como lo indica el ordinal 14 del mismo artículo 120 al dar intervención al Presidente en las actividades de personas naturales y jurídicas dedicadas al manejo, aprovechamiento o inversión de fondos provenientes del ahorro privado. Vigilancia e inspección administrativas que no se confunden con el control fiscal, establecido para proteger el patrimonio estatal.

Pero no parece ilógico admitir que las entidades estatales de crédito que operan como las privadas que se dedican a esta clase de actividades queden bajo este control especializado, más acorde con sus fines y procedimientos.

3a. Igualmente, ha de tenerse en cuenta el criterio de la diversificación de regímenes legales que aplicó la reforma administrativa de 1968 al estructurar y clasificar las entidades administrativas descentralizadas. Según ese criterio, mientras los establecimientos públicos son organismos adscritos a los Ministerios o a los Departamentos Administrativos y su régimen es de Derecho Público, las empresas comerciales e industriales del Estado y las sociedades de economía mixta están simplemente vinculadas a uno de aquellos organismos principales y su régimen legal es de derecho Privado, como lo exige la naturaleza de sus funciones.

Siendo ello así, no resulta descaminado tampoco pensar que el sistema de vigilancia fiscal pueda ser diferente para ambos grupos de entidades descentralizadas, de modo que se acomode a las técnicas y régimen operativo de cada uno.

4a. La Ley 151 de 1959, sobre empresas y establecimientos públicos descentralizados, confirma, al desarrollarlos, los principios constitucionales de que se ha hecho mención. Su artículo 2o. dispone que la vigilancia fiscal de aquellas empresas y establecimientos y la de las instituciones y organismos que "reciban, manejen o inviertan fondos provenientes de impuestos, tasas, contribuciones de carácter especial, o cuotas forzosas creadas por la Ley", corresponde a la Contraloría. Según el artículo siguiente, las personas naturales o jurídicas que por mandato de la Ley o por arreglos contractuales administren o exploten bienes o rentas nacionales, o recauden o manejen rentas del erario, están sujetas al mismo control. El artículo 4o. de la Ley define qué se entiende por empresas o instituciones "en que tiene parte principal el Estado", y el 5o. determina cómo se designa el auditor o revisor fiscal de tales instituciones, con base en ternas pasadas a las asambleas generales de accionistas por el Contralor, exceptuando los establecimientos bancarios de propiedad del Estado.

Se advierte en todos los preceptos de la Ley 151 de 1959 la tendencia a sujetar a la fiscalización de la Contraloría todos los organismos que, bajo cualquier forma, manejen bienes o rentas nacionales. Por esto, en su artículo 1o. determina que las empresas y establecimientos públicos descentralizados, cualquiera que sea su forma, hacen parte de la administración, y que sus bienes y rentas son desmembración del patrimonio público, por aporte directo o indirecto del Estado, conexión administrativa y patrimonial que los somete a la fiscalización de la Contraloría.

Sin embargo, en el parágrafo de dicho artículo 1o. está contenida una excepción: los establecimientos bancarios de propiedad del Estado no se

consideran, para los efectos de esa Ley, es decir, en lo tocante a su fiscalización, establecimientos públicos y, por tanto, se regirán por normas especiales de control estatal que determinará el legislador. Lo que está indicando la posibilidad de establecer legalmente otro tipo de supervigilancia distinto al que ejerce la Contraloría para organismos que por su origen harían parte de la administración y por la procedencia oficial de sus recursos también caerían bajo tal control, pero que por la naturaleza de sus servicios exigen otra técnica y otro criterio para su fiscalización.

La razón de este tratamiento de excepción dado a los bancos estatales no puede ser otra que la de su dedicación a operaciones comerciales, de crédito y demás operaciones bancarias, en competencia e igualdad de condiciones con las empresas privadas que ejercen la misma actividad, asimilándolos por ello la Ley a los establecimientos particulares, y asignando su control al organismo que supervigila a éstos. La eficacia en la prestación de sus servicios justifica esta excepción.

5a. El Decreto 558 de 1964 creó la Corporación Financiera del Transporte, a la cual se refiere esta consulta. Le dió el carácter de "entidad de economía mixta", el cual no ha sido modificado, atendiendo a que su patrimonio se forma con recursos estatales y aportes de las empresas transportadoras.

Ese Decreto, en sus artículos 15 y 16, dispone que la Corporación está sometida a la vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria y que la Auditoría será ejercida por la Contraloría General de la República. Debe anotarse que el Decreto orgánico reconoció la naturaleza especial de las operaciones de la Corporación y, por ello, lo sujetó al control de la Superintendencia especializada que existe para la vigilancia de las entidades de crédito.

De otra parte, el Decreto 2369 de 1968, artículo 1o., define a las corporaciones financieras como "establecimientos de crédito", encargados de la promoción, reorganización y transformación de empresas, de participar en su capital y de gestionar la participación de terceros, otorgándoles empréstitos; el artículo segundo les atribuye naturaleza de sociedades comerciales, y otorga su control y vigilancia a la Superintendencia Bancaria, dentro de las prescripciones de la Ley 45 de 1923, asimilándolas así a las entidades bancarias. Caracteres éstos que no pueden ser distintos porque las corporaciones sean de creación estatal, pues esta circunstancia no puede variar su naturaleza.

6a. El Decreto 3130 de 1968, estatuto organico de las entidades descentralizadas del orden nacional, en su artículo 41 encomienda el control fiscal de las mismas a la Contraloría General de la República, de conformidad con la Ley 151 de 1959, con lo cual confirma el sistema de control vigente anteriormente.

Pero trae una norma especial o de excepción: "La vigilancia y control de los establecimientos de crédito y de las compañías de seguros corresponde a la Superintendencia Bancaria", ampliando con ello la excepción del parágrafo del artículo 1o. de la Ley 151 de 1959 aplicable sólo a los bancos del Estado.

7a. Resumiendo: el control de las entidades descentralizadas, por tener participación en su patrimonio y rentas el Estado, es de competencia de la Contraloría General de la República. La Ley sólo exceptúa las compañías de seguros y las entidades de crédito, para asignar su vigilancia fiscal a la Superintendencia Bancaria.

La Corporación Financiera es, evidentemente, una entidad de crédito. Lo indica así su misma denominación. Resulta también de la definición legal de tales corporaciones como establecimientos de crédito que da el Decreto 2369 de 1960, en su artículo 1o., y la enumeración de las operaciones que puedan realizar, como sociedades comerciales que son, contenida en su artículo 3o. Y lo confirma el propio Decreto 558, en sus artículos 3o. y 4o., cuando determina el objeto de la Corporación, que es el de fomento y financiación de las empresas de transporte automotor por carretera en todas sus modalidades, y lo dispuesto en las letras e), f) y g), del artículo 4o., especialmente, que se refieren a importaciones, inversión en construcciones y otorgamiento de empréstitos, que ratifican el carácter crediticio de esta entidad.

Además, debe entenderse que el Decreto 3130 de 1968, estatuto orgánico de las entidades descentralizadas de la administración, con su artículo 41 modificó el 16 del Decreto 558 de 1964, en cuanto a control fiscal, modificación que se ajusta al criterio de aplicar un régimen legal diferente a las sociedades de economía mixta, con la salvedad del caso en que el Estado posea en éstas el 90% o más de su capital social, pues entonces su régimen es el de las empresas industriales y comerciales del Estado, según el artículo 3o. del Decreto 3130 de 1968.

En consecuencia, el control fiscal de la Corporación corresponde a la Superintendencia Bancaria.

Esta conclusión es la más jurídica y conveniente para la operación de estas entidades y, además, unifica el control de las mismas. Pues, a la vigilancia administrativa que ya ejerce la Superintendencia Bancaria sobre los establecimientos de crédito, se agrega el control de la gestión fiscal de los mismos. Tanto más cuanto que el Artículo 8o. del Decreto 1050 de 1968 define a las sociedades de economía mixta como sociedades comerciales que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial.

Tenemos, entonces, que si la Corporación, como entidad descentralizada de la administración, y por manejar bienes y rentas del patrimonio público

debería estar bajo el control fiscal de la Contraloría, según la regla general, la naturaleza específica de su función como entidad crediticia al servicio de las empresas de transporte automotor por carretera, la coloca dentro del régimen excepcional de control ejercido por la Superintendencia Bancaria, que resulta más acorde con su naturaleza de economía mixta y con el giro de sus operaciones que la asemejan a la empresa privada.

En esta forma queda absuelta la anterior consulta.

Guillermo González Charry
Presidente

Alejandro Domínguez Molina

Alberto Hernández Mora

Luis Carlos Sáchica

Edné Cohen Daza
Secretaria

El anterior concepto fue aprobado por la Sala en sesión del día 18 de los corrientes.

CONSULTAS DEL GOBIERNO

Ministerio de Gobierno

CITACION DE LAS CAMARAS A LOS MINISTROS DEL DESPACHO. En ausencia de una Ley que reglamente la reforma de la Constitución, y cumpla a la vez lo dispuesto por el artículo 76 numeral 6o. de la misma, que manda expedir un reglamento com-un para las Cámaras, debe precisarse a la luz del texto constitucional y teniendo en cuenta que sus preceptos son reformatorios y derogatorios de la legislación anterior, cómo debe aplicarse el nuevo artículo 103 y en qué aspectos es compatible con él lo dispuesto en la Ley 100 de 1960.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Bogotá, D.E., septiembre primero de mil novecientos setenta.

Consejero Ponente: **Dr. Guillermo González Charry**

El señor Ministro de Gobierno, atendiendo una solicitud del señor Presidente de la Cámara de Representantes, ha formulado la siguiente consulta:

"En la interpretación que las Corporaciones Legislativas han dado al inciso final del artículo 103 de la Constitución Nacional, sobre citación a los Ministros para que

concurran a las Cámaras, se ha incurrido, en mi concepto, en un error por cuanto se ha regresado, en la práctica, a los vicios parlamentarios anteriores que la disposición quiso corregir, criterio claramente expuesto por el H. Senador Angulo Gómez, según puede apreciarse en los Anales del martes 28 de julio pasado, página 303.

"Por lo tanto, la Presidencia de la Corporación desea saber el sentido y alcance de la disposición citada y la forma en que conforme a su texto deban desarrollarse las citaciones a los Ministerios en el campo de la práctica parlamentaria".

Uno de los principios que fundan el Gobierno democrático representativo, consiste en el sistema de relaciones entre las distintas ramas del poder público, para que, enteradas mutuamente de su funcionamiento, se cumpla en la medida de lo posible el postulado de que ejercen funciones separadas pero cooperan recíprocamente en los fines del Estado. En cuanto a las ramas legislativa y ejecutiva se refiere, aquél sistema prevé, de una parte, la colaboración e intervención del Gobierno a través de los Ministros en las tareas del Congreso para la elaboración de las leyes (134 inciso 1o.) asistiendo a los debates de las mismas en las Comisiones Constitucionales y en las sesiones plenarias, y en el suministro permanente de todo informe o dato que se considere necesario para el mismo fin. De otro lado el Congreso ejerce, y es natural y necesario que lo haga, una vigilancia constante sobre la labor administrativa para que no se desborde de los límites legales y cumpla las finalidades supremas de actuar siempre en beneficio de la comunidad.

Cuanto a este último aspecto, una de las formas de la vigilancia mencionada se prevé por la Constitución Nacional a través de la facultad que se otorga a las Cámaras Legislativas, de solicitar a los Ministros del Despacho informes escritos o verbales para mejor cumplir las tareas que le son propias, o para conocer determinados aspectos de las cuestiones administrativas sometidas a la órbita de su competencia respectiva. Para estos efectos, y para otros, el artículo 134 del estatuto citado erige a los Ministros en "órganos de comunicación del Gobierno con el Congreso" Cuando se trata de informes escritos, el mecanismo de su tramitación no ofrece dificultades, pues basta que la Cámara respectiva, mediante proposición regularmente aceptada, así lo exija, para que el Ministro proceda a suministrarlos. En tratándose de informes verbales, la Constitución no ha querido dejar a la libre interpretación del Gobierno ni del Congreso el mecanismo en referencia, para procurar que la finalidad buscada con éllos, se cumpla por un método racional y ordenado que, a la vez, represente un desempeño normal en las tareas de las dos ramas del Poder, sin que ninguna de ellas resulte indebidamente interferida en las suyas.

Así, el antiguo artículo 103 de la Constitución, correspondiente al 22 del Acto Legislativo No. 1 de 1945, se expresaba así:

"Son facultades de cada Cámara: . . . 5a. Pedir al Gobierno los informes escritos o verbales que necesite para el mejor desempeño de sus trabajos, o para conocer los actos de la administración, salvo lo dispuesto en el artículo 78 ordinal 4o.

"La citación de los Ministros para que concurran a las Cámaras a rendir los informes verbales que éstas les soliciten, deberá expresar concretamente el tema del informe, y el debate no podrá extenderse a asuntos ajenos a él".

En correspondencia con lo dispuesto en la norma transcrita, el artículo 134, ya citado, que erige a los Ministros en órganos de comunicación del Gobierno con el Congreso, facultó a las Cámaras, en su último inciso, para "requerir la asistencia de los Ministros", asistencia que bien puede ser para una simple labor colegisladora, pero que también puede serlo de tipo informativo, viniendo por este aspecto a ser concordante y consecuente con lo dispuesto en el artículo 103.

A raíz de la expedición del Acto Legislativo No. 1 de 1945 (febrero 16), se expidió la Ley 7a. del mismo año sobre reglamento común para las Cámaras del Congreso, cuyo artículo 42, que trató de desarrollar el 22 de aquél Acto (103 de la Codificación), se expresó así:

"Corresponde privativamente a la Comisión de la mesa la elaboración y fijación del orden del día de las sesiones, con sujeción a las normas del reglamento. El orden del día no podrá modificarse durante las dos primeras horas de las sesiones.

"Se exceptúan de esta disposición las proposiciones que entrañen citación o interpelación a los Ministros o a otros funcionarios, las cuales se ceñirán a lo que sobre este particular dispone el ordinal 5o. del artículo 103 de la Constitución".

Esta norma, en realidad, no reglamentó el artículo 22 del Acto Legislativo, pues, aparte de referirse a él para exceptuar de las facultades ortorgadas en el primer inciso a la comisión de la mesa, las proposiciones de citación a los Ministros, guardó absoluto silencio sobre el método parlamentario a seguir en tales casos. De ahí se explica porqué, entre 1945 y 1960, hubiera hecho carrera una costumbre parlamentaria irregular que, en términos generales, se limitó a utilizar la facultad otorgada a las Cámaras de citar a los Ministros del Despacho, pero con notable detrimento tanto de las tareas legislativas como de las labores de la administración. En efecto, dicha práctica se caracterizó por:

1o. Una proposición de cita a uno o varios Ministros, subseguida de una larga exposición de los proponentes para justificar la misma, que en ocasiones ha durado más de una o varias sesiones;

2o. La citada proposición no contenía cuestiones concretas y precisas, susceptibles de ser contestadas por el respectivo Ministro en forma igual, sino

enunciados generales sobre ciertas cuestiones de administración, o sobre temas de carácter político, que hacían difícil la preparación de los Ministros para la respuesta o informe requerido;

3o. La imposibilidad de que el Ministro fuera oído en la fecha para la cual había sido citado, bien porque en ella se concediera en primer término el uso de la palabra al autor o autores de la proposición, y éste se prolongara indefinidamente en su uso, o bien porque simplemente se permitía tratar otros temas en la citada sesión. De una de estas dos maneras los Ministros se vieron obligados a permanecer indefinidamente a las órdenes de las Cámaras del Congreso y en sus recintos a la espera de que se les permitiera referirse a la materia de la citación, o bien éstas se acumulaban en forma inconveniente de manera que a la postre el debate perdía actualidad o utilidad. Mientras tanto, ni el Congreso podía dedicarse a su tarea legislativa, ni los Ministros atender sus respectivos Despachos. Esta práctica hubiera podido evitarse, aun sin texto legal reglamentario del artículo 103 de la Carta, mediante una moderada práctica parlamentaria extraída de él, pues al decir su texto que "la citación . . . deberá expresar concretamente el tema del informe, y el debate no podrá extenderse a asuntos ajenos a él", se ofreció materia suficiente para que las directivas de las Cámaras hubieran abierto paso a un sistema consistente en exigir siempre en las proposiciones respectivas, precisión y claridad en la materia o actuación administrativa motivo del informe, y en haber mantenido el debate necesario y exclusivamente dentro de dicho tema.

La expedición de la Ley 100 de 1960 señala un intento de remedio a los vicios anotados ya que en sus artículos 1o. a 4o. estableció por primera vez un mecanismo parlamentario para desarrollar la facultad contenida en el artículo 103 de la Carta. Los artículos en cuestión dicen así:

> "Artículo 1o. El artículo 42 de la Ley 7a. de 1945 quedará así: Corresponde privativamente a la Comisión de la Mesa la elaboración y fijación del orden del día de las sesiones con sujeción a las normas del reglamento. El orden del día no podrá modificarse durante las dos primeras horas de la sesión. Se exceptúan de esta disposición las proposiciones que entrañen citación a los Ministros o a otros funcionarios, las cuales se ceñirán a lo que sobre éste particular prescriben el ordinal 5o. del artículo 103 de la Constitución Nacional y las normas contenidas en la presente Ley".
>
> "Artículo 2o. Las proposiciones de citación a los Ministros o a los otros funcionarios del Gobierno para que rindan informes verbales que se les soliciten, no podrán estar suscritas por más de dos parlamentarios, y deberán precisar los temas sobre los cuales versan los informes verbales de los Ministros o funcionarios que estuvieren citados".

"Solamente uno de los parlamentarios firmantes de la moción de citación podrá hablar en la discusión de la misma, exclusivamente para sustentarla, y por una sola vez, durante 10 minutos improrrogables. Otro podrá hablar para impugnarla, con sujeción al mismo término. La presentación extensa de los temas a que la interpelación se refiera, deberá ser reservada para la fecha de la citación cuando los Ministros o funcionarios se hallen presentes.

"Artículo 3o. Tales citaciones podrán proponerse inicialmente durante la primera media hora de las sesiones. Cumplido dicho término se volverá al orden del día.

"Artículo 4o. Llegados el día y la hora fijados por la proposición de citación, tendrán la palabra en primer término los representantes que la suscriben e inmediatamente después se deberá conceder la palabra al Ministro o funcionario que haya sido citado, para que informe sobre el tema de citación.

"Si en el curso de la sesión el Ministro o funcionario que haya sido citado no ha alcanzado a dar respuesta, el debate continuará a primera hora de la sesión siguiente, con prelación sobre cualquiera otros debates que hayan quedado pendientes, para que la interpelación pueda ser contestada por los miembros del Gobierno".

No obstante lo dispuesto en la Ley transcrita, se continuó la práctica parlamentaria anterior, lo cual dió origen a la reforma Constitucional contenida en el Acto Legislativo No. 1 de 1968, suscitada por el Gobierno Nacional, y cuyo artículo 24 primitivo, modificatorio del 103 de la Carta, decía en lo pertinente así:

"La citación de los Ministros para que concurran a las Cámaras a rendir los informes verbales que éstas le solicitan, deberá hacerse con anticipación no menor de cinco días y formularse en cuestionario escrito. Los Ministros deberán concurrir y serán oídos precisamente al dar comienzo a la sesión para la cual se haya señalado el cumplimiento de la citación, y el debate no podrá extenderse a asuntos ajenos al cuestionario".

En el curso de las deliberaciones éste texto sufrió una modificación consistente en el cambio del término de cinco días por uno de 48 horas, y en el cambio de la locución "oídos precisamente al dar comienzo a la sesión" por la que quedó en el texto final y que dice, "serán oídos precisamente en la sesión para la cual fueron citados . . . ". En la ponencia para el primer debate del Senado, de los Actos Legislativos Nos. 46 de 1966, 63 del mismo año y 251 de 1967, que integran la reforma, en la segunda vuelta, suscrito por el Senador Ponente Dr. Raúl Vásquez Vélez, fechado el 28 de septiembre de 1968, se encuentra expuesta de la siguiente manera la razón de los cambios anotados:

"Respecto a las citaciones a los Ministros se establecía (inciso final) que éstas deberían hacerse 'con anticipación no menor de cinco días' y que serían 'oídos precisamente al dar comienzo a la sesión'. El término se reduce a 48 horas, considerado como suficiente para conciliar la necesidad de que el Congreso se entere del asunto específico de la citación, y al mismo tiempo, tampoco se tome de sorpresa al Ministro citado".

"Los Senadores Angulo Bossa y Pardo Parra patrocinaron la idea de cambiar la frase en que se advertía que los Ministros deberían ser 'oídos precisamente al dar comienzo a la sesión'. Vuestro ponente compartió la iniciativa y por eso en la parte final del inciso se dice que 'los Ministros deberán concurrir y serán oídos precisamente en la sesión para la cual fueron citados'. En esta forma no se desvirtúa el 'debate' que se hace en las plenarias de las Cámaras, pero al mismo tiempo se corrige la que ya parece entronizada costumbre parlamentaria de citar Ministros y ponerlos a esperar turno para hablar durante semanas y, a veces, hasta meses". (Historia de la Reforma Constitucional de 1968 –Presidencia de la República– Secretaría Jurídica Edición Imprenta Nal. 1969).

Como puede observarse de la sutíl redacción de la ponencia transcrita, el cambio introducido al proyecto del Gobierno no se motiva en la inconveniencia de oír al Ministro citado al comenzar la sesión respectiva; y por otra parte en los demás antecedentes de la reforma no se encuentran objeciones de orden práctico, político o lógico para que ello ocurra. La exposición se limita a afirmar que dicho cambio no desvirtúa el debate, es decir, la discusión o controversia. Puede por lo mismo el texto ser susceptible de diferentes interpretaciones, siempre que conduzca al cumplimiento del precepto Constitucional que manda perentoriamente que el Ministro sea oído en la sesión para la cual fue citado. La Sala considera, no obstante, que debe darse algún valor interpretativo al hecho de haber suprimido la frase que contenía el proyecto del Gobierno, según la cual el Ministro debía oírse al comienzo de la respectiva sesión.

En ausencia de una Ley que reglamente la reforma de la Constitución, y cumpla a la vez lo dispuesto por el artículo 76 numeral 6o. de la misma, que manda expedir un reglamento común para las Cámaras, debe precisarse a la luz del texto constitucional y teniendo en cuenta que sus preceptos son reformatorios y derogatorios de la legislación anterior, cómo debe aplicarse el nuevo artículo 103 y en qué aspectos es compatible con él lo dispuesto en la Ley 100 de 1960. Un cuidadoso estudio de la finalidad del nuevo texto Constitucional, del contenido de la Ley 100 de 1960, y de la conveniencia de adoptar un método razonable que defienda el derecho del Congreso a vigilar la administración y el deber de los Ministros de responder a esta vigilancia sin abandono de sus tareas ni desmedro de la labor legislativa, lleva a la Sala a concluír que de acuerdo con aquellas normas, deben adoptarse las siguientes reglas en la citación de las Cámaras a los Ministros del Despacho:

a. Que las proposiciones de citación no sean suscritas por más de dos Parlamentarios. En este aspecto la primera parte del artículo 2o. de la Ley 100 de 1960 es compatible con la Reforma Constitucional de 1968;

b. La proposición debe contener necesariamente el cuestionario que va a ser sometido al Ministro citado. Así se cumple lo prescrito en la primera parte del inciso final del artículo 103, cuando dispone que "la citación . . . deberá formularse en cuestionario escrito". En este aspecto el texto Constitucional sustituye la parte final del artículo 2o. de la Ley 100 de 1960 que, hablaba de "precisar los temas sobre los cuales versarán los informes verbales de los Ministros . . . ". Es mucho más precisa la Constitución que este texto legal. "Cuestionario, (según el Diccionario de la Real Academia), es lista de cuestiones o preguntas que se proponen con cualquier fin"; "Tema" supone una cuestión más general e imprecisa. Es según el mismo Diccionario, "proposición o texto que se toman por asunto o materia de un discurso". Lo que la Reforma Constitucional quiso, fué que el objeto de las citaciones a los Ministros se concretara en aspectos determinados, precisos y claros, que aquellos pudieran exponer al Congreso con igual claridad y precisión.

c. En la discusión de la proposición pueden intervenir, como lo dispone la primera parte del segundo inciso del artículo 2o. de la Ley mencionada, un Parlamentario para sustentarla, y otro para impugnarla, por no más de 10 minutos improrrogables cada uno. No se opone en nada esta intervención al nuevo texto Constitucional y es importante que se cumpla para que la Cámara respectiva se entere del texto del cuestionario que se va a someter al Ministro, de las razones que lo fundan y de la justificación de la cita. Además, es útil para que la Corporación, al momento de votar la proposición, decida si acoge todo el cuestionario o parte de él.

d. Si la respectiva Cámara aprueba total o parcialmente la proposición y el cuestionario, ambos deben ser comunicados al Ministro respectivo por el Presidente de aquélla, con no menos de 48 horas de anticipación a la fecha de la sesión en que debe ser oído el informe.

e. En la sesión de la fecha citada es preciso oír al Ministro. No resulta incompatible con el texto Constitucional la primera parte del artículo 4o. de la Ley 100 precitada, que ordena el debate comenzando por oír al proponente o proponentes de la citación, siempre que la aplicación del texto se haga por la Mesa Directiva en tal forma que la intervención sea limitada en el tiempo lo suficiente para que el Ministro disponga, para rendir su informe, de un lapso por lo menos igual al que se ha concedido al proponente para iniciar el debate. La sesión de cada día es una sola; no puede confundirse o identificarse con la que tenga lugar en otro u otros días, aunque el tema tratado sea el mismo, y su duración es de 4 horas. Así resulta claramente de los artículos 94 y 96 de la Codificación actual sobre funcionamiento de la Cámara, corres-

pondiente el primero al artículo 1o. del Acto reformatorio del 14 de diciembre de 1935 (Título XIII pág. 43–Imprenta Nal. 1969). Por lo tanto una forma práctica de aplicar la mutua colaboración indicada en el párrafo anterior, sería, por ejemplo, que si el proponente o proponentes intervinieren durante dos horas, las dos restantes correspondan al Ministro para responder el cuestionario. Lo esencial del texto Constitucional reside no sólo en la precisión del cuestionario sino en que el Ministro sea oído "precisamente en la sesión para la cual fue citado", la parte final del artículo 4o. de la Ley no es aplicable por ser contraria al espíritu de la Constitución. De consiguiente, si el Ministro no es oído en la sesión de la fecha para la cual fue citado, no está obligado a continuar pendiente de la citación; su misión Constitucional ha concluído en este aspecto, y será necesaria una nueva proposición de cita con el trámite atrás indicado, para que esté obligado a comparecer nuevamente a la Cámara.

f. Concluída la intervención del Ministro, lo que según el texto Constitucional debe ocurrir en la misma sesión de su informe, se tendrá por agotado el objeto de la citación.

Transcríbase al señor Ministro de Gobierno en respuesta a su consulta.

Guillermo González Charry
Presidente

Alejandro Domínguez Molina

Alberto Hernández Mora

Luis Carlos Sáchica

Edné Cohen Daza
Secretaria

CONSULTAS DEL GOBIERNO

Ministerio de Comunicaciones

FACULTAD DEL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA. *Para modificar la organización interna de los Ministerios.* El ejercicio de las funciones atribuídas al Presidente de la República por el ordinal 1o. del artículo 120 de la C.N. está condicionado a lo que en relación con la estructura de cada organismo establezca la respectiva ley orgánica, teniendo en cuenta, además, que no pueden afectarse los derechos derivados de la carrera administrativa.

TRASLACION PERMANENTE DE FUNCIONES. *Entre organismos principales de la administración.* Siendo la Administración una sola, el Presidente puede, con base en el artículo 132 de la Constitución, trasladar en forma permanente el conocimiento de negocios administrativos de un Ministerio a otro, o a un Departamento Administrativo, respetando la afinidad de los asuntos que distribuye, determinada por la naturaleza de la función global asignada a tales organismos por el legislador en el acto de su creación.

VINCULACION DE ENTIDADES DESCENTRALIZADAS. *A quién corresponde su variación.* Siendo estas entidades de creación legal directa o por autorización, debe concluirse que el Gobierno carece de facultad para variar esa conexión, pudiendo intentarlo solo por la vía legislativa.

TRASLACIONES Y CONTRACREDITOS PRESUPUESTALES. Al crear, suprimir o fusionar empleos, el Gobierno puede trasladar y contracreditar, llenando los requisitos de la Constitución y de la Ley orgánica del presupuesto, las apropiaciones iniciales destinadas para gastos de funcionamiento den-

tro del mismo organismo, sin exceder el monto global asignado al respectivo servicio.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Bogotá, D.E., octubre trece de mil novecientos setenta.

Consejero Ponente: **Dr. Luis Carlos Sáchica**

RADICADO No. 475

El señor Ministro de Comunicaciones, en Oficio del 7 de septiembre del presente año, ha formulado la siguiente consulta:

"El Gobierno Nacional tiene interés en modificar la organización y las funciones de varios Ministerios para adecuarlas a necesidades urgentes de la Administración Pública. La estructura interna de los Ministerios fue fijada por normas legales expedidas, en desarrollo del Decreto 1050 de 1968. Concretamente, en el caso del Ministerio de Comunicaciones, es el Decreto 3049 de 1968 el que señala su organización y sus funciones. El Decreto 3055 de 1968 contempla los cargos que, en su oportunidad, se consideraron necesarios para el cumplimiento de las funciones asignadas en el Decreto orgánico del Ministerio de Comunicaciones.

"Por otra parte, se considera que existen razones técnicas poderosas para modificar, en determinados casos, la tutela gubernamental que el Gobierno ejerce sobre entidades descentralizadas de orden nacional en el sentido de distribuírla, según las afinidades propias de la administración, entre los diferentes Ministerios creados por la Ley".

"El Presidente de la República tiene facultades constitucionales para crear, suprimir y fusionar empleos y para distribuír los negocios administrativos entre Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos. Sin embargo, se ha presentado duda sobre el alcance de estas facultades en cuanto a la posibilidad de que el Presidente de la República pueda modificar la organización interna de los Ministerios y en cuanto a la posibilidad de que pueda adscribir o vincular, según el caso, entidades descentralizadas a Ministerios diferentes de los indicados en la llamada Reforma Administrativa.

"Las normas constitucionales y legales que el Gobierno considera aplicables al problema expuesto son las siguientes:

"El artículo 120 de la Constitución Nacional, en su ordinal 21, expresa que corresponde al Presidente de la República: 'Crear, suprimir y fusionar los empleos que demande el servicio de los Ministerios, Departamentos Administrativos y los subalternos del Ministerio Público y señalar sus funciones especiales, lo mismo que fijar sus dotaciones y emolumentos, todo con sujeción a las leyes a que se refiere el ordinal 9o. del artículo 76. El Gobierno no podrá crear a cargo del Tesoro, obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la Ley de apropiaciones iniciales".

"El artículo 76 de la misma Constitución Nacional, en su ordinal 9o. establece como atribución del Congreso de la República la siguiente: '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'.

"El artículo 132 de la Carta Fundamental dispone: 'El número, nomenclatura y precedencia de los distintos Ministerios y Departamentos Administrativos serán determinados por la Ley'. 'La distribución de los negocios según sus afinidades, entre Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos, corresponde al Presidente de la República'.

"Los Decretos 3049 y 3055 de 1968, señalan la organización y funciones del Ministerio de Comunicaciones y los cargos correspondientes a dichas funciones.

"Por lo expuesto, con toda atención, me permito consultar al Honorable Consejo de Estado lo siguiente:

"1o. Si de conformidad con el ordinal 21 del artículo 120 de la Constitución Nacional, el Presidente de la República puede modificar la organización interna de los Ministerios con la creación, supresión o fusión de nuevas Oficinas, Divisiones, Secciones o Grupos y con la determinación de los cargos correspondientes a estas modificaciones.

"2o. Si de acuerdo con los artículos 132 y 120, de la misma Constitución, el Presidente de la República puede trasladar, en forma permanente, los negocios administrativos de un Ministerio a otro o a un Departamento Administrativo.

"3o. Si, con base en las facultades constitucionales antes citadas, el Presidente de la República puede adscribir o vincular, por razones de afinidad, entidades descentralizadas a diferentes Ministerios de los señalados por las reglas actuales y orgánicas de la administración nacional".

Para absolver la anterior consulta. que se refiere al ejercicio de algunas funciones constitucionales que corresponden al Presidente de la República

como suprema autoridad administrativa y a la definición de los límites o alcance de tales atribuciones, lo que implica un problema de separación de funciones entre las ramas legislativa y ejecutiva del poder público, la Sala considera pertinente revisar los antecedentes de la reforma constitucional de 1968, en los aspectos que tocan con la materia y las disposiciones de cuya aplicación se trata en aquella, ya que las tres cuestiones que plantea son consecuencia directa de dicha enmienda.

I NECESIDAD DE UNA REDISTRIBUCION DE COMPETENCIAS ENTRE LAS RAMAS LEGISLATIVA Y EJECUTIVA DEL PODER PUBLICO.

Uno de los propósitos principales de la reforma constitucional de 1968 fue el de obtener un adecuado reparto de competencias entre legislativo y ejecutivo, acorde con la nueva concepción de esas funciones. Para esto y, a fin de evitar que el primero mantuviera inertes atribuciones en asuntos que por su naturaleza eran de índole administrativa, o en los cuales no podía ejercerla con la agilidad indispensable en estas materias, tal reforma las trasladó a la rama ejecutiva en unos casos y, en otros, le dió iniciativa legislativa que le permita promover la decisión oportuna y acertada del Congreso sobre determinados proyectos, pues la rigidez resultante de aquella situación no era compatible con la movilidad que requiere una administración eficaz.

En relación con el asunto de la consulta, la "exposición de motivos" del proyecto de reforma constitucional de que se está haciendo mención dijo: "Los cambios propuestos parten de la idea básica de que en materias económicas, fiscales y administrativas *el Legislador debe limitarse a señalar pautas generales al Ejecutivo, dictando únicamente la orientación política en dichas materias*"; y agregó: "Las modificaciones introducidas a las facultades 9a., 10a. y 22a. (se refiere al artículo 76 de la Constitución, 7o. del proyecto) establecen, conforme a lo explicado atrás, que *el Congreso debe limitarse a dictar leyes-cuadros en materias administrativas* (9a. y 10a.), fiscales y económicas (22a.), *dentro de las cuales puede el Ejecutivo tomar las medidas necesarias para organizar en detalle la estructura de la Administración Nacional* (Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos), de las sociedades de economía mixta y de las empresas industriales y comerciales del Estado . . . " (Se ha subrayado el texto, tomado de las páginas 44 y 45 de la Historia de la Reforma Constitucional de 1968. Imprenta Nacional, 1969).

En la obra citada, (página 84), se encuentra una explicación coincidente con las anteriores y que hace parte de la ponencia para el primer debate del proyecto en el Senado de la República: " . . . b) El Congreso determina la estructura de la Administración Pública nacional, es decir, *la forma general y*

los medios orgánicos para el servicio público: Ministerios, Departamentos Administrativos, establecimientos públicos y decide "las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos". A cargo del Ejecutivo queda la atribución de "crear, suprimir y fusionar los empleos que demande el servicio de los Ministerios, la Contraloría General de la República, el Ministerio Público y los subalternos de la administración de justicia, y señalar sus funciones especiales, lo mismo que fijar sus dotaciones y emolumentos, todo con sujeción a las leyes a que se refiere el numeral 9o. del artículo 76", según el texto de la reforma propuesto. En el concepto moderno del Estado, *las mencionadas son competencias inequívocamente gubernamentales,* y la que hoy existe en el ordinal 9o. del artículo 76 de la Constitución Política sobre "creación de empleos", (como facultad del Congreso) a más de un arcaísmo constituye un escollo grave para la necesaria y urgente racionalización de la Administración Pública". (Se subrayó el texto).

En el mismo sentido, el autorizado comentarista Dr. Hernán Toro Agudelo en su "EXAMEN DE LOS PROYECTOS SOBRE REFORMA CONSTITUCIONAL" (Martel, Editor, Medellín, 1968, Págs. 45, 47 y 95), trae estos conceptos sobre los puntos que se analizan:

"La reforma constitucional contempla aparte las leyes ordinarias para el ejercicio de casi todas las atribuciones del art. 76, una nueva clase de leyes, a las que no se dió nombre especial, pero que pueden denominarse como orgánicas, normativas o leyes cuadros, a la manera francesa, mediante las cuales el legislador señalará pautas, directrices generales, cuadros de una política, para que con base en las mismas el ejecutivo ejercite, como atribución constitucional propia, con poderes que naturalmente comprenden la derogación o modificación de las Leyes que queden dentro de su órbita, la función de dictar normas que aunque conceptualmente sean próximas a una potestad reglamentaria ampliada, no son ya reglamentos particulares y de detalle, para la simple ejecución de la Ley como los del artículo 120, numeral 3o. del orden actual . . . "

" . . . Además, es otra finalidad primordial la innovación de que sea por leyes cuadros u orgánicas como se ejerza por el legislador la potestad de señalar la estructura de la administración pública, en vez de dictar a cada momento leyes ordinarias sobre creación o supresión de cargos o fijación de remuneraciones, disposiciones que quedan así en la órbita constitucional del Presidente de la República, conforme a tales leyes normativas, según lo prevé el numeral 21 del nuevo art. 120 (35 del primer proyecto). De hecho, hace muchos años que el Congreso abandonó la facultad de crear o suprimir directamente cargos o de fijarles asignaciones y al menos desde 1958, al establecerse el Depto. de Servicio Civil por autorización expresa de la Ley, esas funciones se vienen ejerciendo por el ejecutivo" . . .

" . . . Los numerales 21 y 22 son nuevos, y entrañan una de las modificaciones más sustanciales de la reforma constitucional a las facultades del Presidente, pues

esas atribuciones, antes reservadas al Congreso, pasan ahora a la órbita constitucional del Gobierno, aunque condicionadas a leyes muy generales, normativas o leyes cuadros, cuya naturaleza y alcance expusimos brevemente al tratar de los correlativos numerales 9 y 22 del art. 76, según queda conforme al art. 11 del primer proyecto . . . "

II LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1968

Atendiendo estas atinadas observaciones, se aprobó el texto del proyecto en la forma como se transcriben el ordinal 9o. del artículo 76 y el 21 del artículo 120 en la consulta.

Para fijar mejor el sentido de la reforma se transcriben en lo pertinente, los textos modificados:

"ARTICULO 76. Corresponde al Congreso hacer las leyes.
Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:

9o. Crear todos los empleos que demande el servicio público y fijar sus respectivas dotaciones"

"ARTICULO 120. Corresponde al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa:

"5o. Nombrar las personas que deben desempeñar cualesquiera empleos nacionales cuya provisión no corresponda a otros funcionarios o corporaciones, según esta Constitución o leyes posteriores. En todo caso, el Presidente tiene facultad de nombrar y remover libremente sus agentes".

De la confrontación de los textos vigentes antes de 1968 con los de la reforma constitucional de ese año, así como de la consideración de las finalidades perseguidas por ésta según los antecedentes citados, resulta:

1o. Una distinción nítida entre el campo propio de la función legislativa y el de la administración. A la primera corresponde, en relación con la segunda, fijar en leyes orgánicas o leyes-cuadros, como las llaman los doctrinantes, la orientación, es decir, formular la política que debe administrar la rama ejecutiva en cuanto a la organización de los servicios administrativos. Aquélla es una función creadora, de impulsión e iniciativa, de carácter normativo, que postula soluciones generales y nuevas para situaciones aún no reguladas por el orden jurídico. La función administrativa es cumplimiento y desarrollo de esa política, o aplicación de la política contenida en la ley-cuadro. Es una función dinámica. Más no puramente mecánica, pues el de-

sarrollo de toda política comporta su reinterpretación constante para, manteniendo su dirección, su sentido, su espíritu, adecuarla a los cambios de la realidad que se pretendió regularizar en la ley-cuadro;

2o. Se precisan y amplían las funciones del Congreso y del Ejecutivo en esta materia. Mientras, antes de 1968, la constitución se limitaba a preveer la creación de empleos, facultad que asignaba al Congreso y la provisión de los mismos, mediante el nombramiento de funcionarios, que era competencia del segundo, estas atribuciones fueron ensanchadas en el orden técnico con aspectos como la determinación de la estructura administrativa con la creación de los órganos que la integran, enumerando sus distintos tipos, el señalamiento de las escalas de remuneración de los empleos, la clasificación de los cargos en categorías y el régimen de seguridad social de los empleados, en el plano legislativo; y en el de la administración, con el señalamiento de las funciones especiales de cada cargo, la fijación de sus emolumentos y la determinación de las dotaciones de aquellos organismos.

3o. Fue trasladada la competencia para la creación, supresión y fusión de empleos del Congreso al Presidente de la República, como consecuencia de la diferenciación entre la función legislativa y la administrativa, ya que tal facultad, junto con la de fijación de dotaciones de los organismos y de los emolumentos de los empleos, que también fueron traspasados al ejecutivo, tienen naturaleza preferencialmente administrativa y no normativa, por el carácter circunstancial inherente a los servicios públicos;

4o. Redistribuídas así estas competencias, el constituyente delimitó con exactitud el ámbito para el ejercicio de las nuevas funciones presidenciales, que no es otro que el de las pautas generales contenidas en las respectivas leyes-cuadros que definan la estructura de la administración nacional y las restricciones de orden presupuestal a que se refiere el ordinal 21 del artículo 120 de la Constitución, quedando también condicionadas las facultades del legislador, tanto por la materia de la Ley orgánica, que no puede ser distinta de la estructura administrativa misma, las escalas de remuneración, las categorías de empleos y el régimen de prestaciones sociales de los empleados, cuyos detalles y funcionamiento concreto corresponde determinar al ejecutivo, sino en cuanto la iniciativa legislativa de los proyectos sobre tales asuntos está reservada al Gobierno por el inciso segundo del artículo 79 de la carta constitucional. Es claro que tampoco puede crear organismos de tipo distinto a los previstos por el constituyente.

III ALCANCE DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1968

Admitidas las conclusiones generales anteriormente expuestas, han de examinarse en particular las consecuencias de la última reforma constitucional, frente al primer interrogante de la consulta que se estudia.

Se pregunta si, a la luz de las nuevas normas constitucionales transcritas, el Presidente de la República puede variar la organización interna de los Ministerios, mediante la creación, supresión o fusión de Oficinas, Divisiones, Secciones o Grupos, y la determinación de los empleos que deba hacerse en virtud de tales cambios. De otro modo: ¿Invadirá el ejecutivo, rebasando su competencia constitucional, el campo del legislador, al adoptar medidas como las enunciadas? . ¿Son esos actos propios de la ley-cuadro, o pertenecen a la órbita administrativa? .

Veámoslo. El ordinal 9o. del artículo 76 enuncia la facultad del Congreso para "determinar la estructura de la administración" señalando globalmente algunos de los actos en que consiste su ejercicio, y que son: la creación de Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos, la fijación de las escalas de remuneración, es decir, señalar una política salarial, lo cual implica el establecimiento de las distintas categorías de empleos, como lo indica la misma disposición comentada, y la determinación del régimen de prestaciones sociales de los funcionarios administrativos.

Es evidente que esta facultad para estructurar la administración y definir los demás aspectos enumerados, comprende asimismo la de determinar las funciones generales que se asignan a cada una de las entidades creadas, es decir, organizar las distintas ramas de la administración nacional, lo que equivale a establecer cuáles son los servicios a cargo de la misma, pues de otro modo tal facultad carecería de sentido. Como se desprende también de la atribución conferida al Presidente en el numeral 21 del artículo 120 citado para señalar "las funciones *especiales*" de cada cargo, o sea, las específicas, por redistribución entre el personal de que dota a cada organismo de la función global o de conjunto para que fue creada la entidad, facultad que no podría ejercitarse si no están prefijadas las funciones globales de los entes administrativos, fijación que compete al legislador y que condiciona tal atribución presidencial. Limitar en este sentido la competencia del Congreso, no es lógico.

Además, el Congreso al crear las grandes estructuras de la administración ha de entenderse que determina qué servicios debe tener, qué tipo de órganos de los previstos en la Constitución atenderá cada servicio y el género de dependencias internas que integrarán cada órgano.

"Estructurar la administración" es crear los elementos que la integran, determinar su disposición dentro del órgano de que son parte y regular sus mecanismos de relación, en orden al cumplimiento de la función para la cual existen.

Tal facultad de "estructurar" comprende todos los aspectos orgánicos de la administración, separándolos de los de su funcionamiento, que son del resorte de ella misma.

Con ello, se repite, el legislador crea la parte estática, permanente, de la administración, le da sus principios estables; y al ejecutivo corresponde poner en acto esa estructura, hacerla dinámica, "administrarla". El ejecutivo, por eso, crea cargos, distribuye el personal entre las dependencias creadas por el legislador, señala funciones específicas a los empleos, cuestiones que tienden todas a poner en movimiento la estructura. El legislador no puede descender a estos detalles en una Ley normativa, pues rebasaría su competencia constitucional.

El legislador, pues, no solo da nacimiento a las entidades administrativas nacionales, al crearlas, sino que las dota de una estructura u organización.

Ese debe ser el contenido de una ley-cuadro en esta materia, pues al establecer los servicios administrativos nacionales (expresión que hubiera sido más adecuada en el texto constitucional que la de "determinar la estructura de la administración", ya que ésta alude tan solo al aspecto orgánico), los órganos y los tipos de órganos que los sirven, las categorías de empleos, las escalas de remuneración correlativas y el régimen prestacional, el legislador no hace cosa distinta a trazar las pautas de la administración.

Al ejecutivo corresponde luego poner en funcionamiento el aparato administrativo creado por el legislador. Para ello, crea los cargos que requiera cada servicio, suprime o fusiona los existentes, los agrupa en los distintos tipos de dependencias internas que exija la naturaleza del organismo respectivo, las dota haciendo la destinación de empleos para cada una de tales dependencias, asigna las funciones específicas de cada empleo, les señala su remuneración y nombra a quienes deben ejercerlos. Todo dentro de las normas de la ley-cuadro y las limitaciones derivadas del presupuesto. La serie de operaciones descritas es de naturaleza administrativa, extraña a la función normativa del Congreso.

En consecuencia, el ejercicio de las funciones atribuídas al Presidente de la República por el ordinal 21 del artículo 120 de la Constitución está condicionado a lo que en relación con la estructura de cada orgnismo establezca la respectiva Ley orgánica.

Además: Las normas jurídicas analizadas aisladamente carecen de sentido. Valen por su referencia y conexiones con las demás normas que integran el sistema. Por esto, debe tenerse en cuenta que el artículo 5o. del Plebiscito de 1957 creó la carrera administrativa, con el objeto de dar estabilidad a los funcionarios y tecnificar los servicios. Disposición que estatuye que el Presidente de la República y, en general, todos los funcionarios que tengan facultad de nombrar y remover empleados administrativos, "*no podrán ejercerla sino dentro de las normas que expida el Congreso*, para establecer y regular las condiciones de acceso al servicio público, de ascenso por mérito y antigüedad, y de jubilación, retiro o despido".

Además, el numeral 20 del artículo 76 de la Constitución atribuye al Congreso facultad para "*regular los otros aspectos del servicio público* (distintos a los que enumera el ordinal 9o.), tales como los contemplados en los artículos 62, 132 y demás preceptos constitucionales . . . "

De estas normas se infiere que la facultad a que se refiere la consulta *debe ejercerse de manera que no se afecten los derechos derivados de la carrera administrativa,* creada también por disposición constitucional.

IV TRASLACION PERMANENTE DE FUNCIONES ENTRE ORGANISMOS PRINCIPALES DE LA ADMINISTRACION.

El segundo aspecto de la consulta se concreta a la posibilidad de que el Presidente de la República, con fundamento en las facultades del ordinal 21 del artículo 120 y del artículo 132 de la Constitución, traslade en forma permanente el conocimiento de los negocios administrativos de un Ministerio a otro o a un Departamento Administrativo.

En relación con este interrogante debe observarse lo siguiente:

En nuestro sistema de gobierno, que es de tendencia presidencialista, los Ministros no tienen funciones constitucionales directas o propias. Las que ejercen son de origen legal o derivadas de una delegación presidencial. La Constitución define a los Ministros como órganos de comunicación del Gobierno con el Congreso (Artículo 134), y como Jefes Superiores de la Administración (artículo 135), en cuanto coordinan una de sus ramas o servicios. Consideraciones éstas que son igualmente aplicables a los Jefes de los Departamentos Administrativos, con una variante en sus relaciones con el Congreso.

El Presidente de la República es, al mismo tiempo, jefe del Estado y jefe del Gobierno, en su calidad de suprema autoridad administrativa, según lo califica el artículo 120. Es a él a quien, por aquellas calidades, la constitución le asigna la función administrativa. Pero su ejercicio debe realizarlo conjuntamente con el Ministro o Ministros, Jefe o Jefes de Departamentos Administrativos, ya que en cada negocio particular, al tenor del artículo 57 de la Carta, el Gobierno está constituído por el Presidente y aquellos funcionarios, y sus actos solo son válidos con la refrendación de éstos.

Por lo mismo, la capacidad decisoria en asuntos administrativos es del Presidente, pero en sus decisiones debe estar asistido por sus asesores inmediatos, que son los Ministros y Jefes de los Departamentos Administrativos, aunque tal participación en el ejercicio de las funciones presidenciales no tiene el carácter de atribución permanente de cooperación en la solución de determinada clase de negocios administrativos.

Es necesario también advertir que, por ese carácter de asesores que tienen tales funcionarios, tanto cuando actúan en ejercicio de funciones propias de origen legal, como cuando ejercitan funciones presidenciales delegadas, lo hacen bajo la dirección del Presidente y sujetos al control del mismo. De esta manera se obtiene la unidad de la administración, dentro de la pluralidad de organismos que exige su especialización funcional.

Sentados estos principios, parece natural que sea el Presidente quien, de acuerdo con el artículo 132 que se ha citado, distribuya entre aquellos organismos, según sus afinidades, los negocios de su competencia. Correspondiéndole a él la suprema dirección de la rama ejecutiva, es lógico que defina qué organismo atiende cada grupo de asuntos, de acuerdo con su especialidad funcional.

Sin embargo, esta función no es incondicional. Tiene estas limitaciones:

a. Esa facultad no puede referirse sino a asuntos de carácter administrativo, los que competen al Presidente como autoridad administrativa, pero no a los negocios que le corresponden como jefe del Estado que son intraspasables;

b. No comprende tampoco las funciones presidenciales que la Ley no ha autorizado expresamente delegar, según el artículo 135 de la Constitución;

c. Ese reparto no puede romper o desvirtuar la estructura de la administración, entendida como creación de los servicios, determinada por el legislador, y como lo indica el artículo 57, al emplear las expresiones "*Ministro del ramo respectivo y Jefe del Departamento Administrativo correspondiente*", para definir como se integra el Gobierno;

d. La distribución debe hacerla por afinidad de materias.

La afinidad entre varios negocios resulta de la naturaleza de los mismos. Pero, es obvio, que al crearse los organismos de la administración estos se individualizan no solo por su estructura, sino por la clase de asuntos cuyo conocimiento les adscribe el acto de su creación, al atribuírles una función global, que es la razón de su existencia. Luego esa especialidad funcional determina y condiciona la facultad presidencial de distribuír los asuntos administravos. de distribuir los asuntos administrativos.

De otra parte, la redacción del inciso segundo del artículo 132, sugiere que esta facultad se refiere al poder para determinar, en cada caso, qué Despacho es el competente para determinado asunto, según resulte de su materia o naturaleza, es decir, para establecer su afinidad con las competencias pertenecientes a cada dependencia, de modo que aquella norma constitucional esta-

blece la regla que debe seguir el Presidente en esa distribución. Por tanto, tal distribución no es discrecional, pues debiendo hacerla por la identidad de materias sobre que versan los negocios por repartir, ha de entenderse que es para asignarlos al órgano especializado, con capacidad para estudiarlo, tramitarlo o decidirlo.

De no ser así, los Ministros y Jefes de Departamento Administrativo no serían efectivamente jefes superiores de la Administración que dirigen como tales una rama de ésta, pues escaparían a su control actos que por su naturaleza pertenecen a su sector administrativo.

En consecuencia, siendo la administración una sola, el Presidente puede, con base en el artículo 132 de la Constitución, trasladar en forma permanente el conocimiento de negocios administrativos de un Ministerio a otro, o a un Departamento Administrativo, respetando la afinidad de los asuntos que distribuye, determinada por la naturaleza de la función global asignada a tales organismos por el legislador en el acto de su creación.

V VARIACION DE LA ADSCRIPCION Y VINCULACION DE LAS ENTIDADES DESCENTRALIZADAS.

La tercera cuestión planteada en la consulta se refiere a la facultad presidencial para modificar las conexiones entre los organismos principales de la administración y las entidades descentralizadas, o al cambio de los organismos que ejercen sobre éstas el control de tutela.

Debe anotarse, en primer término, que las normas que establecieron las adscripciones y vinculaciones vigentes son las dictadas con fundamento en las facultades extraordinarias de la Ley 65 de 1967, las que vencieron el 12 de diciembre de 1968, por lo cual no sería admisible que la variación se pudiera fundar en el artículo 45 del Decreto 3130 de 1968.

En segundo lugar, la Ley en mención, en su artículo 5o. , creó una Comisión Constitucional Permanente en cada Cámara Legislativa, cuyas funciones son:

"... a. Conocer en primer debate de los proyectos de Ley que creen, supriman o *reformen* establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales del Estado;

"b. Estudiar los presupuestos de los establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales del Estado y *el funcionamiento* de los mismos establecimientos y empresas; presentar al Congreso y al Gobierno informes

en relación con ellos, formulando las observaciones a que haya lugar, y *preparar los proyectos de Ley que considere necesarios para la mejor marcha de esas entidades . . .*"

De acuerdo con la disposición trascrita los proyectos de reforma de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado y la preparación de los proyectos de Ley necesarios para el mejoramiento de tales entidades, son de la competencia de dicha Comisión. Es entendido que esta disposición no afecta la iniciativa que la Constitución otorga al Presidente de la República para presentar los proyectos de Ley sobre estructura de la administración según el artículo 79 de ese estatuto. Pero aquella norma es indicativa de que las modificaciones en el régimen o estatuto legal de estos entes, y como la variación de sus conexiones con los organismos administrativos principales es una reforma de tal régimen, es materia legislativa, aunque de iniciativa exclusivamente gubernamental.

Asimismo, el Decreto 1050 de 1968, artículo 7o., al regular la autonomía y la tutela administrativa de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado, estatuye que ella *"se ejercerá conforme a los actos que los rigen"*, y que la tutela gubernamental tiene por objeto el control y coordinación de sus actividades con la política general del Gobierno; y, en su artículo 8o., respecto de las sociedades de economía mixta, dispone que "el grado de tutela y, en general, las condiciones de la participación del Estado en esta clase de sociedades *se determinan en la Ley que las crea o autoriza y en el respectivo contrato social*".

El artículo 30 del Decreto 1050 confirma lo dispuesto en los artículos citados, cuando prescribe que la actividad de estos organismos se ceñirá a la Ley que los creó y a sus estatutos.

Siendo, pues, los tres tipos de entidades descentralizadas de creación legal directa, o creadas con autorización legal, debe concluírse que si su adscripción o vinculación a un Ministerio o Departamento Administrativo fue determinada en la Ley respectiva, el Gobierno carece de facultad para variar esa conexión, pudiendo intentarla solo por la vía legislativa.

En el plano constitucional, que es en el que se mueve la consulta, el ordinal 10o. del artículo 76 confiere facultad al Congreso para " . . . expedir los estatutos básicos de las corporaciones autónomas regionales y otros establecimientos públicos, de las sociedades de economía mixta, de las empresas industriales y comerciales del Estado . . . "

Por consiguiente, en relación con las entidades descentralizadas nacionales al legislador compete no solo darles nacimiento y estructurarlas, sino también fijar las reglas fundamentales de su funcionamiento, dentro de las cuales

es esencial determinar su adscripción o vinculación a uno de aquellos organismos principales de la administración, pues no se concibe que sus normas estatutarias no comprendan las reglas sobre dirección, coordinación y tutela del respectivo ente que se crea.

Y, como tampoco puede aceptarse que las facultades presidenciales para distribuir los negocios administrativos entre los Ministerios y Departamentos Administrativos, comprendan a las entidades descentralizadas que, por ser tales, gozan de autonomía, no es admisible que con base en ellas pueda el Presidente variar las conexiones establecidas por la Ley con los organismos principales o centrales de la administración.

Por esto, debe concluírse que el Presidente no puede modificar las adscripciones y vinculaciones que con los organismos administrativos principales tengan las entidades descentralizadas, en virtud de lo dispuesto en el acto de su creación o en los estatutos básicos que les dió la Ley.

VI TRASLACIONES Y CONTRACREDITOS PRESUPUESTALES.

Mediante Oficio No. 04065, el señor Ministro de Comunicaciones adicionó las anteriores consultas con la siguiente:

> "Si de acuerdo con el texto del ordinal 21 del artículo 120 de la Constitución Nacional, el Presidente de la República, al crear, suprimir o fusionar empleos puede trasladar y contracreditar, entre sí mismas, todas y cada una de las apropiaciones iniciales, que figuran bajo el rubro general de funcionamiento o si, en el mismo caso, puede trasladar y contracreditar, entre sí mismas, todas y cada una de las apropiaciones de inversión y funcionamiento, todo sin exceder los límites del monto inicial de los gastos fijados por Ley".

La facultad otorgada al Presidente de la República por el ordinal 21 del artículo 120 de la Constitución, como se anotó antes, tiene no solo las limitaciones que se indicaron, sino la expresa contenida en la misma disposición citada de que, al ejercitar tal facultad, "el gobierno no podrá crear a cargo del Tesoro obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la Ley de apropiaciones iniciales", precepto que es aplicación de las normas sobre equilibrio presupuestal.

Pero dicha facultad sería teórica sino se pudieran hacer reajustes u operaciones presupuestales que permitieran hacerla efectiva, pues naturalmente toda reorganización interna de un organismo administrativo conlleva modificaciones en la ejecución del respectivo presupuesto. Ademas, la restricción constitucional se refiere exclusivamente al monto de las apropiaciones globa-

les del servicio, y no a las partidas en que se subdivide, esto es, a los programas, capítulos y artículos de la misma.

Por esto, se responde la primera parte de la consulta afirmativamente, en el sentido de que al crear, suprimir o fusionar empleos y, como consecuencia de ello, el Gobierno puede trasladar y contracreditar, llenando los requisitos de la Constitución y de la Ley orgánica del presupuesto, las apropiaciones iniciales destinadas para gastos de funcionamiento dentro del mismo organismo, sin exceder el monto global asignado al respectivo servicio.

No así respecto de la segunda, en cuanto a los traslados y contracréditos entre las apropiaciones para inversión y funcionamiento, pues la disposición constitucional que se comenta se refiere a las apropiaciones para la operación del respectivo servicio, ya que como alude solo a gastos de esa clase, pues se trata de la creación, supresión y fusión de cargos y señalamiento de sus emolumentos, todo lo cual implica únicamente gastos de esa naturaleza, en el tope fijado no se pueden entender involucrados los gastos de inversión. Se reafirma lo anterior, teniendo en cuenta que la Constitución exige que el presupuesto refleje los planes y programas en vigencia, y que el Decreto No. 1675 de 1964 separa los gastos de funcionamiento de los de inversión y define los programas como los grupos de actividades homogéneas que debe adelantar cada organismo. Y es obvio, que si se pudieran afectar las apropiaciones de inversión a gastos de funcionamiento, se dejaría de cumplir la respectiva programación, desacatando la Constitución y la Ley.

En esta forma queda absuelta la anterior consulta.

Guillermo González Charry
Presidente

Alejandro Domínguez Molina

Alberto Hernández Mora

Luis Carlos Sáchica

Edné Cohen Daza
Secretaria

CONSULTAS DEL GOBIERNO

JUNTAS DIRECTIVAS *De los Institutos Descentralizados Departamentales y Municipales.* **Cómo debe hacerse su elección después de la reforma constitucional de 1968.**

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Bogotá, D.E., octubre diez y siete de mil novecientos setenta.

Consejero Ponente: **Dr. Guillermo González Charry**

En oficio No. 684 de 8 de los corrientes, el señor Ministro de Gobierno ha consultado a la Sala los siguientes puntos, que se presentarán y considerarán separadamente, a saber:

1o. "Si las Juntas Directivas de los Institutos Descentralizados Departamentales y Municipales son paritarias".

La Reforma Constitucional de 1968 inició lo que en el lenguaje político ha venido denominándose el "desmonte del Frente Nacional", comenzando por las Asambleas y Concejos, mediante la eliminación en éllos de la paridad política que debían guardar los partidos Liberal y Conservador en todas las Corporaciones Públicas, según el artículo 2o. de la Reforma Constitucional Prebiscitaria del 1o. de diciembre de 1957 y el 6o. del Acto Legislativo No.

1. de 1959. La Reforma se encuentra contenida en el 2o. inciso del parágrafo transitorio del artículo 172 de la Codificación actual, según cuyas voces "en las elecciones para Asambleas Departamentales y Concejos Municipales que se verifiquen a partir del 1o. de enero de 1970... dejará de regir la regla transitoria sobre composición paritaria de dichas corporaciones y, en consecuencia, se aplicará en toda su plenitud el sistema del cuociente electoral para asegurar la representación proporcional de los partidos políticos". Esta norma corresponde al artículo 50 del Acto Legislativo No. 1 de 1968.

Si se tiene en cuenta que la composición paritaria de las corporaciones mencionadas, debía tener como resultado necesario, la elección, también paritaria, de funcionarios de su competencia, cuando fueren dos o más, forzoso es concluir que eliminada dicha paridad y substituída por el sistema de cuociente electoral, que, dicho en otros términos, no es sino el mecanismo de representación proporcional de los partidos, las elecciones que hagan estas Corporaciones deben necesariamente reflejar su composición, y por lo mismo, ya no puede decirse que las elecciones de dos o más representantes suyos, deban ser paritarias, si no que, de acuerdo con el propio texto transcrito, en tales elecciones se debe aplicar el sistema de cuociente electoral, que se encuentra minuciosamente detallado en los seis primeros incisos del artículo 172.

Pero como hay que tener en cuenta la naturaleza y composición de las Juntas a que la Consulta se refiere, existen varias hipótesis:

a. Que la Junta se encuentre totalmente integrada por elementos elegidos por la Asamblea o el Concejo. En este caso es de obligatoria aplicación el cuociente electoral, y como principio general, puede afirmarse que no existe la regla de la paridad.

b. Que la Junta sea mixta, es decir que haya elementos elegidos por la Asamblea o el Concejo, y elementos designados por la Administración. En este caso, respecto de los primeros se aplica el cuociente electoral, según el artículo 172 como se determina en el punto anterior; respecto de los segundos, la entidad nominadora está sometida al mandato del artículo 120, parágrafo del numeral 1o., parte final, conforme al cual la paridad entre los partidos Liberal y Conservador debe mantenerse en todos los cargos que no pertenezcan a la carrera administrativa hasta el 7 de agosto de 1978. Por consiguiente en este aspecto los Gobernadores y Alcaldes, al nombrar sus representantes en las Juntas Directivas, si son dos o más en una sola, deberán hacerlo paritariamente; y si es uno en cada una, deberán hacerlo en personas de distinta filiación política de los dos partidos tradicionales, de modo que por el solo aspecto del ejercicio de su competencia de nombrar, se cumpla el precepto Constitucional. Pero debe observarse que este sistema, arreglado estrictamente a la Ley, no garantiza la paridad en las Juntas Directivas,

porque debiendo aplicar los Concejos y Asambleas el cuociente electoral, sus resultados pueden arrojar una composición diferente.

c. Que la Junta Directiva esté compuesta íntegramente por funcionarios administrativos nombrados por el Gobernador o el Alcalde, como representantes; o que ellos sean señalados por el estatuto orgánico respectivo. En el primer caso, el nominador debe mantener la paridad de acuerdo con lo dicho anteriormente, a menos que de alguna de esas Juntas hagan parte una o varias personas pertenecientes a la carrera administrativa. En el segundo, puede que la composición no sea paritaria.

d. Hay Juntas Mixtas que ofrecen otra modalidad consistente en que de ellas hacen parte personas elegidas por Asambleas o Concejos, personas nombradas por Gobernadores o Alcaldes, y personas designadas por entidades o Corporaciones privadas, como ocurre, por ejemplo en el plano nacional, con el establecimiento público denominado "IDEMA". Para los dos primeros grupos se aplican las reglas ya vistas en puntos anteriores. Para el último la elección debe resultar de lo que dispongan los respectivos estatutos, y por consiguiente, no es posible afirmar que tales Juntas deban ser partidarias, aunque coincidencialmente puedan llegar a serlo.

Respecto de las dos últimas hipótesis propuestas, aunque en ellas no resulta establecida la paridad, la circunstancia de que interviene el poder ejecutivo para designar algunos representantes, haría deseable un esfuerzo por mantener el equilibrio entre los dos partidos con el objeto de garantizar la cordialidad, el orden en la administración y el buen funcionamiento de la respectiva institución, cuyo centro directivo es la Junta.

2o. "Si en la elección de Juntas Directivas de organismos descentralizados Departamentales y Municipales se aplica el artículo 172 de la Constitución, o si por el contrario éstas elecciones se hacen por simple mayoría".

La cuestión quedó comprendida en la respuesta anterior, donde se precisa en qué casos y por qué sistema pueden y deben ser elegidos los Miembros de las Juntas Directivas mencionadas. Basta agregar que es necesario distinguir, dentro del término genérico que trae la consulta, "organismos descentralizados Departamentales y Municipales", entre las diferentes clases que de ellos ha establecido la Constitución Nacional, es decir, establecimientos públicos, empresas oficiales y sociedades de economía mixta. En todos ellos, es preciso atenerse en primer lugar a lo que dispongan sus estatutos orgánicos, pues son ellos los que, de acuerdo con la Ley, deben determinar la integración y el sistema de hacerlo de la Junta Directiva. Pero en tratándose de sociedades de economía mixta, cuyas actividades están sujetas a las reglas del Derecho Privado, no puede decirse que sea aplicable el artículo 172 de la Constitución, en los desarrollos que se han venido examinando, pues sus

estatutos son la regla primordial de la organización, y a ellos, y por lo mismo a los resultados de su aplicación, debe estarse en cuanto a la constitución de Juntas Directivas.

Es conveniente advertir aquí que, tratándose de establecimientos públicos y empresas oficiales, aún en la hipótesis de que sus actuales estatutos dispusieran que la Junta Directiva debe ser paritaria, la norma correspondiente sería inconstitucional, porque ya se ha visto que cuando aquella se elige en todo o en parte por la Asamblea o el Concejo, deben aplicarse las normas electorales establecidas en la Carta. Debería, pues, procederse a cambiar tales estatutos en lo pertinente o a dar aplicación prevalente al sistema constitucional, que no sólo no es optativo, sino que es reformatorio y derogatorio de la legislación anterior.

Ni la Constitución Nacional, ni la Ley, en parte alguna, autorizan a que en un municipio haya número plural de personeros, tesoreros y contralores. Solo hay uno en cada municipio (y no en todos) y un Contralor en cada Departamento. Por consiguiente, desde el punto de vista electoral no hay lugar a la aplicación de la paridad; en primer término, porque ella exige un número plural de personas a elegir, y porque como se ha visto, el sistema dejó de existir en Asambleas y Concejos a partir de las elecciones que tuvieron lugar después del 1o. de enero de 1970; en segundo lugar, no pudiéndose elegir sino uno de cada una de las categorías señaladas, la elección debe hacerse por mayoría de dos tercios de los votos de los asistentes, como lo dispone el segundo inciso del parágrafo transitorio del artículo 83 de la Constitución, que obliga en estos casos a todas las "Corporaciones de elección popular", y no mediante la aplicación del cuociente electoral, que supone pluralidad de elegidos.

Cuanto a los Secretarios se concluye así: en el primer caso, si se trata de uno, el general de la Corporación, y debe ser elegido por ésta, la elección debe producirse por el voto de los dos tercios de los asistentes, aplicando la regla Constitucional mencionada en el punto anterior; si son dos o más deben serlo mediante el sistema de cuociente electoral, dando aplicación al artículo 172 de la Carta. En el primer caso, no habrá paridad por sustracción de materia; en el segundo, puede haberla si hay acuerdo de los partidos en cuanto a la elección; si no lo hubiere, el resultado del cuociente electoral no asegura paridad sino mayoría.

4o. "¿Cuál es la mayoría requerida para el nombramiento de representantes de los Concejos (incluído el Distrito Especial de Bogotá), en las Juntas de las empresas dependientes de los municipios".

En realidad, aún cuando este punto quedó resuelto al conceptuar sobre las cuestiones precedentes, se repite: si se trata de elegir uno en cada empresa, la

elección debe hacerse por mayoría de los dos tercios de los votos de los asistentes, de acuerdo con el artículo 83 de la Constitución; si son dos o más en cada una no hay mayoría prefijada para elegir, como en el caso anterior, sino una mayoría resultante de la misma elección que debe hacerse mediante la aplicación del sistema del cuociente electoral, señalado por el artículo 172; si se trata de elegir en un sólo acto a todos los representantes del Concejo en todas las Juntas de las Empresas dependientes del Municipio, debe procederse igualmente por el sistema de cuociente electoral, pues se trata de una situación igual a la anterior, y un principio de derecho enseña que donde hay la misma razón, debe aplicarse la misma disposición.

Estas reglas son aplicables al Distrito Especial de Bogotá, pues los preceptos que las rigen provienen de la Constitución y comprenden a todas las Corporaciones públicas, sin excepción. Bien es cierto que el artículo 199 de la Codificación Constitucional, dispone que "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". Pero esta norma en concepto de la Sala, se refiere a la posibilidad de establecer una organización de funciones y una estructuración de organismos de servicio en forma distinta a la de los restantes Municipios; pero no alcanza hasta alterar un régimen electoral especial, establecido como regla política entre todos los partidos y grupos políticos del Congreso, que no previó excepciones distintas a las de los miembros de las mesas Directivas, y para alterar el cual se dispuso categóricamente una votación especialmente calificada en el Congreso, según el artículo 83.

Transcríbase este concepto al señor Ministro consultante, como respuesta al oficio de la referencia.

Guillermo González Charry
Presidente

Alejandro Domínguez Molina

Alberto Hernández Mora

Luis Carlos Sáchica

Edné Cohen Daza
Secretaria

CONSULTAS DEL GOBIERNO

Ministerio de Gobierno

DERECHO DE PROPIEDAD. *Restricciones.* **Si las restricciones a la propiedad son consustanciales al ejercicio de este derecho, las limitaciones de carácter general establecidas por leyes o reglamentos en interés de la comunidad no pueden dar lugar a indemnizaciones por parte del Estado, que al establecerlas, hace uso de poderes constitucionales y atiende a su obligación de garantizar el derecho haciéndolo socialmente viable.**

URBANISMO. *Efectos de la derogación de reglamentos.* **El comprador de solar o edificación en un sector urbano adquiere el derecho de propiedad sobre los inmuebles negociados y el de que éstos permanezcan en su estado actual, que determinan en su tiempo los reglamentos vigentes, pero en manera alguna derecho a que por razones de interés social no se cambien para el futuro las leyes o los reglamentos aplicables al desarrollo urbano de la ciudad. Las situaciones jurídicas que proteje la Ley son las autorizadas en las disposiciones reglamentarias y creadas regularmente bajo su amparo. Los nuevos reglamentos o disposiciones distintos deben respetar estas situaciones creadas en el pasado, pero para el futuro obligan plenamente en cuanto los antiguos o nuevos propietarios actúen bajo su imperio.**

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Bogotá, D. E., octubre veintiocho de
mil novecientos setenta.

Consejero Ponente: **Dr. Alberto Hernández Mora.**

El señor Ministro de Gobierno formula a la Sala la siguiente consulta relacionada con la aplicación de normas reglamentarias del desarrollo urbano en el Distrito Especial de Bogotá:

"Con la mayor atención me permito solicitar de esa H. Sala su concepto relativo a la siguiente cuestión planteada a este Despacho por el señor Director del Departamento Administrativo de Planeación Distrital, quien en Oficio No. 6691 del 14 de agosto en curso, expresa: "Las situaciones a que se refiere el escrito en cuestión son de absoluta importancia definirlas de una vez por todas para la Administración, so pena de que por una equivocada aplicación de normas relacionadas con el urbanismo y especificaciones de construcción se lesionan intereses de la ciudadanía, en forma tal que posteriormente puedan dar lugar a cuantiosas reclamaciones indemnizatorias contra el Distrito Especial de Bogotá".

El escrito a que se refiere el mencionado funcionario se halla concebido en los siguientes términos:

"El Artículo 52 del Acuerdo 65 de 1967 expedido por el Concejo de Bogotá, dispuso bajo el epígrafe *Reglamentación interna* que "toda urbanización deberá tener una reglamentación interna que prescriba las normas de la zonificación correspondiente, las especificaciones urbanísticas y los reglamentos particulares sobre voladizos, alturas, aislamientos, avances, conjuntos y los demás que estén comprendidos en el reglamento de zonificación. El artículo 53 agregó: En las promesas de venta y en las escrituras públicas de venta deberá incluírse una cláusula en la cual se precise el Decreto que establece la reglamentación interna de la urbanización, conjunto arquitectónico, o agrupación de vivienda, con la manifestación expresa de que el prometiente comprador o el comprador, según el caso, conocen dicha reglamentación, la cual le ha sido proporcionada por el vendedor, y que se obliga a cumplirla tanto él como su causahabientes. El artículo 54 prescribe el trámite para la aprobación por el Alcalde del proyecto de reglamentación, y según el 55, la vigencia del Decreto se cuenta desde la expedición de la licencia de obras para la urbanización. De dicha reglamentación, dice el artículo 56, hace parte el plano del proyecto general del loteo aprobado y el plano definitivo de la urbanización y cualquier modificación de éstos, implica la modificación del respectivo decreto. A continuación el artículo 57 dispone que "cuando la Administración Distrital o la Junta de Planificación considere que por razones de interés de la comunidad se justifique una modificación a la reglamentación o zonificación existente en cualquier área de la ciudad, ésta podrá llevarse a cabo siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 2o. del presente acuerdo", es decir, mediante autorización del Alcalde y previo concepto de la Junta de Planificación". Pero cuando el cambio de reglamentación provenga de entidades o personas privadas, además de la autorización del Alcalde, previo concepto de la Junta de Planificación, se requiere que la modificación propuesta no constituya un cambio de zonificación por uso o densidad y que

el área neta del terreno para el cual se solicita la modificación no sea inferior al 60% del área fijada por el Departamento Administrativo de Planeación.

"Posteriormente a las normas transcritas del Acuerdo 65 de 1967, la Alcaldía Mayor en uso de sus facultades que le otorga el Concejo del Distrito Especial de Bogotá en el Acuerdo 51 de 1963 dictó el Decreto 1119 de 1968 (27 de diciembre) por el cual adoptó el Plano Oficial de Zonificación General de la ciudad, elaborado por el Departamento Administrativo de Planeación Distrital, señaló nuevo perímetro urbano y dictó normas sobre urbanismo, como las concernientes a zonificación, usos, índices, alturas, aislamientos, áreas mínimas, estacionamientos, etc. y en el art. 86 dispuso: "deróganse todas las disposiciones que sean contrarias a las normas contempladas en este Decreto".

"Las disposiciones del Acuerdo 65 de 1967 y las del Decreto de la Alcaldía 1119 de 1968 han planteado en el seno de la Junta de Zonificación, entidad con función interpretativa de las normas sobre zonificación, una discrepancia de interpretación sobre la disposición que debe preferirse, la cual se ha manifestado en las siguientes tesis:

"*1a.-Tesis:* El Decreto 1119 de 1968 reglamentó íntegramente la materia de zonificación y en su artículo 86 derogó todas las disposiciones que sean contrarias a las normas en él contenidas tanto generales como especiales, por lo cual todos los decretos reglamentarios de las urbanizaciones anteriores a su vigencia se agotaron y dejaron de regir, quedando sujetas las urbanizaciones a las normas sobre urbanismo contenidas en el Decreto 1119. Respecto a los Decretos Reglamentarios de las urbanizaciones posteriores al 1119, conceptúa la misma tesis, deberán sujetarse a las disposiciones de este Decreto.

"*2a. Tesis:* Los Decretos Reglamentarios específicos de las urbanizaciones anteriores al Decreto 1119 continúan vigentes y solo pueden modificarse en las condiciones establecidas en los artículos 57 ó 58 del Acuerdo 65 de 1967. Los fundamentos de esta segunda tesis son los siguientes:

"a. El Decreto de reglamentación interna de la urbanización adquiere carácter de cláusula contractual en la promesa o contrato de compraventa al estipular el comprador que conoce dicha reglamentación y se obliga a cumplirla tanto él, como sus causahabientes (Artículo 53 Acuerdo 65 de 1967). Además, toda reglamentación de una urbanización se protocoliza con el plano correspondiente en una escritura pública otorgada entre otras personas por el Personero del Distrito Especial de Bogotá a nombre de la ciudad.

"b. La Ley aplicable a los contratos, es la vigente al momento de su celebración. (Artículo 38 Ley 153 de 1887).

"c. Los derechos perfeccionados bajo el Acuerdo 65 de 1967, o normas a las cuales reemplazó, subsisten bajo el Decreto 1119.

"d. El estatuto de zonificación, compuesto de reglas técnicas sobre desarrollos urbanos se inspira en el principio de la función social de la propiedad y el interés común, el cual implica obligaciones, según la Constitución (Art. 30), como la de someterse los propietarios a los ordenamientos urbanísticos dictados en beneficio de la localidad, pero esta reglamentación general no es suficiente a restringir los derechos de particulares amparados en Ley anterior y en normas urbanísticas vigentes al momento de constituírse. Solo la Ley tiene la fuerza para restringir derechos legalmente adquiridos y únicamente por motivos de utilidad pública, determinados por el legislador (art. C.N.). La reglamentación interna de la urbanización a la vez que prescribe normas para el desarrollo razonado del sector, consulta al factor humano de sus habitantes, por lo cual solo puede modificarse por la Administración cuando lo justifiquen razones de interés de toda la comunidad y sea autorizado por el Alcalde Mayor, previo concepto de la Junta de Planeación, (Art. 57 Acuerdo 65) o cuando se haga a instancia de entidades o personas privadas en las condiciones prescritas en el artículo 58.

"f. El Decreto 1119, al disponer que quedan derogadas todas las disposiciones que le sean contrarias, se refirió a las normas de carácter objetivo general, dictadas por la Alcaldía; no a los decretos específicos de reglamentación interna de una urbanización.

"Respecto a los Decretos específicos de reglamentación, posteriores al Decreto 1119, es claro que deben conformarse al estatuto general de zonificación que reglamenta íntegramente la materia y que se presume consulta todos los factores futuros relativos a uso, densidad, etc.

"A. Los decretos de reglamentación interna de las urbanizaciones anteriores al Estatuto de Zonificación General contenida en el Decreto 1119 de 1968, quedaron derogados, o continúan vigentes y solo pueden modificarse en las condiciones requeridas en los artículos 57 ó 58 del Acuerdo 65 de 1967. En otros términos; ¿es aplicable el Decreto 1119 de 1968 a zonas ya desarrolladas o con reglamentación propia, o rige solamente para desarrollos futuros? . ¿En el primero de los casos, la aplicación de 1119 es automática, o requiere que se revoque la reglamentación interna original y se produzca una nueva de conformidad con el Decreto 1119?

CONTENIDO JURIDICO DE LA CONSULTA

El contenido jurídico de la consulta se relaciona con la derogación de actos reglamentarios del Distrito Especial de Bogotá que regulan el desarrollo urbano, el efecto que ésta produce cuando de la aplicación del reglamento y con autorización expresa de éste se han desprendido reglamentaciones de carácter particular para sectores de la ciudad y la aplicación de los nuevos estatutos.

Se plantea igualmente en los considerandos de la consulta la posibilidad de que los reglamentos expedidos para las diferentes urbanizaciones del Distrito configuren derechos adquiridos de los propietarios que impiden a la Administración modificar los reglamentos y que además el decreto contentivo de la reglamentación interna de la urbanización adquiera carácter de cláusula contractual en las promesas o contratos de compraventa que suscriban los urbanizadores.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Al analizar las actividades de la Administración Pública deben distinguirse los actos creadores de situaciones jurídicas individuales de los actos reglamentarios que definen situaciones jurídicas de carácter general.

En concepto de 11 de marzo de 1968, con ponencia del mismo Consejero que conoce de esta consulta, dijo la Sala:

"Los primeros crean, determinan, condicionan o modifican el derecho objetivo, son actos-reglas según la nomenclatura de Duguit, o Leyes en sentido material; los segundos crean, modifican, suprimen o reconocen una situación subjetiva, particular y concreta.

"En derecho administrativo reviste particular importancia la distinción entre las dos situaciones, las legales y las individuales, porque cada una de ellas tienen un régimen propio que se desprende de la naturaleza misma de la relación jurídica y de la clase de derechos y obligaciones que origina.

En las situaciones generales o impersonales su contenido es necesariamente el mismo para todos los individuos titulares de esta situación jurídica y no dan lugar al nacimiento de derechos subjetivos individuales, sino al ejercicio de ciertos poderes dentro del marco de la Ley, iguales para todas las personas colocadas en las mismas circunstancias de hecho (situación de las personas en relación con su edad o su estado civil, competencia de funcionarios, etc.).

En las situaciones jurídicas individuales o subjetivas su contenido se determina individualmente y puede variar de un titular a otro. Los poderes jurídicos a que dan lugar se originan de manera particular en favor o en contra de una persona (contratos, liquidaciones de impuestos, etc.).

Las situaciones jurídicas generales derivan su contenido de la Ley o reglamento, y son por esencia modificables por la administración para que ésta, dentro de las competencias legales pueda encaminar su actividad al beneficio del interés público.

La situación jurídica individual o subjetiva deriva su contenido, no de una norma legal o reglamentaria, sino del acto individual, (contrato, liquidación de impuestos,

etc.) que a la vez crea la situación jurídica y la confiere a su titular, en desarrollo de competencias o capacidad que el derecho objetivo establece para la administración o reconoce a los particulares.

Las situaciones individuales o subjetivas no se afectan por las modificaciones de las leyes y reglamentos, salvo el caso contemplado en el artículo 30 de la C.N. Principios jurídicos como la no retroactividad de las leyes y la intangibilidad de los efectos individuales de los actos administrativos las amparan de modificaciones por vía general. Pueden sí ser modificables por nuevos actos administrativos de alcance individual que se adopten en ejercicio de competencias legales. (Declaración administrativa de nulidad de una patente por ejemplo).

Para distinguir cuándo se está frente a situaciones jurídicas legales o individuales, debe tenerse en cuenta la finalidad y alcance del acto administrativo el propósito que con él se persigue. Si éste contiene en sí mismo una disposición que no desaparece por 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, abstracto, impersonal y reglamentario. 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".

Si en derecho administrativo la teoría de los actos individuales está dominada por la estabilidad de las situaciones adquiridas, en cambio la teoría de los actos reglamentarios se gobierna por la necesidad de adaptar los reglamentos a las nuevas circunstancias del medio social. Es la razón de que la facultad reglamentaria de la administración que establece nuestra Carta constitucional, no se agote con su ejercicio y que ella conlleve, necesariamente, el derecho y el deber del ejecutivo de introducir a los primitivos reglamentos las modificaciones que la experiencia y nuevas circunstancias indiquen como necesarias "a la cumplida ejecución de la Ley"

Estos principios determinan los efectos de la derogación de los actos administrativos.

La autoridad que ha dictado un reglamento tiene el poder de derogarlo. La derogación pone fin para el futuro a los efectos del reglamento. Pero las situaciones jurídicas individuales autorizadas durante su vigencia, deben respetarse.-Se dice en la doctrina que los efectos del reglamento son adquiridos para el pasado. Sin embargo no deben confundirse el reglamento mismo y sus efectos, porque uno y otro extremo se rigen por principios jurídicos diferentes.

Si en ciertos casos los reglamentos pueden dar lugar a la adquisición de derechos en el pasado por aplicación de sus normas a casos concretos, jamás pueden adquirirse derechos sobre el reglamento mismo y éste puede en todo

momento ser derogado o modificado. La administración que al dictarlo ejerce una competencia de derecho público tampoco podría obligarse a mantener el reglamento en el futuro, porque estas competencias no son susceptibles de estipulación contractual.

Si en interés de la seguridad jurídica deben tenerse por definitivas las situaciones consolidadas al amparo de una norma legal desaparecida o los actos de la administración que hayan conferido derechos, nadie en cambio podría alegar derecho alguno a que se mantenga un reglamento ni oponerse válidamente a su derogatoria.

Definidos los principios anteriores que gobiernan el derecho positivo colombiano, la Sala concreta así su respuesta a la consulta formulada:

1. Al Distrito Especial de Bogotá en ejercicio de facultades legales, Ley 88 de 1947, le compete reglamentar el desarrollo urbano de la ciudad, en general, y en particular determinar las normas que rijan para cada uno de los sectores de la ciudad.

2. El Acuerdo 65 de 1967, del Concejo del Distrito Especial de Bogotá es un estatuto de esa naturaleza. Su contenido normativo señala disposiciones de carácter general y faculta al Alcalde para aplicarlas en particular a los diferentes sectores de la ciudad y expedir los decretos reglamentarios correspondientes a cada urbanización (artículo 2o.).

3. El reglamento especial de cada urbanización es igualmente estatuto de carácter general que obliga a los urbanizadores y a los propietarios futuros del sector.

Dice el artículo 52 del Acuerdo 65 de 1967:

> "Toda urbanización deberá tener una reglamentación interna que prescriba las normas de la zonificación correspondiente, las especificaciones urbanísticas y las reglamentaciones particulares sobre voladizos, alturas, aislamientos, avances, conjuntos y las demás que no están comprendidas en el reglamento de zonificación".

4. Si en los contratos de venta debe incluírse (artículo 52), la cláusula en que el adquirente declara conocer el reglamento y se obliga a cumplirlo, esto no quiere decir que el reglamento pierda su naturaleza jurídica de Ley en sentido material, de norma de carácter general, para convertirse en una mera estipulación contractual, de derecho privado, sólo modificable por voluntad de las partes contratantes. Por el contrario, el reglamento como estatuto de derecho público, es conjunto normativo superior al contrato y obliga a las partes contratantes aunque nada se dijera en el convenio.

Tampoco tiene este significado la protocolización que haga el personero de planos y reglamentos urbanísticos, cuyo alcance no es otro que el de confiar al archivo notarial la guarda de éstos documentos que en forma particular afectan la propiedad inmueble de un sector y para permitir su fácil consulta en todo tiempo a los interesados.

5. El comprador de solar o edificación en un sector urbano adquiere el derecho de propiedad sobre los inmuebles negociados y el de que éstos permanezcan en su estado actual, que determinan en su tiempo los reglamentos vigentes, pero en manera alguna derecho a que por razones de interés social no se cambien para el futuro las leyes o los reglamentos aplicables al desarrollo urbano de la ciudad.

Las situaciones jurídicas que proteje la Ley son las autorizadas en las disposiciones reglamentarias y creadas regularmente bajo su amparo. Los nuevos reglamentos o disposiciones distintas deben respetar estas situaciones creadas en el pasado, pero para el futuro obligan plenamente en cuanto los antiguos o nuevos propietarios actúen bajo su imperio.

6. El acuerdo 65 de 1967, era y es modificable en cualquier tiempo por autoridad distrital competente.

El Alcalde mayor del Distrito Especial de Bogotá, "en uso de facultades especiales otorgadas por el Decreto Nacional No. 0693 de 1951 y el acuerdo No. 51 de 1963", dictó el Decreto 1119 de 1968 "por el cual se adopta el plan Oficial de Zonificación de la ciudad, se señala un nuevo perímetro urbano y se dictan unas normas sobre urbanismo", decreto que según se desprende de la consulta introduce sustanciales modificaciones al acuerdo 65 de 1967.

Desde la vigencia del nuevo estatuto el desarrollo urbano de la ciudad quedó sometido a las regulaciones del decreto 1119 de 1968 y a las normas de reglamentos anteriores que no resulten contrarias con las del mencionado decreto (artículo 86).

7. Si el decreto 1119 de 1968 modificó el acuerdo 65 de 1967, los decretos contentivos de reglamentos sectoriales o de urbanización, que no eran sino un desarrollo o aplicaciones del anterior estatuto, deben considerarse igualmente modificados en todo aquello que resulte contrario a las disposiciones del decreto 1119, pero subsisten en lo demás, como subsistentes quedaron las disposiciones del Acuerdo 65 de 1967 que no sean contrarias a las nuevas normas.

8. Con arreglo a los principios que consagra la Constitución y que rigen todo el ordenamiento jurídico nacional, los derechos individuales no son

absolutos (Arts. 16 y 30 C.N.). Su limitación y reglamentación, como igualmente sucede con las libertades públicas, son condiciones necesarias a su ejercicio que impone la convivencia social.

El derecho de usar, gozar y disponer de la propiedad está limitado por las leyes que lo reglamentan. Su extensión no solamente se encuentra delimitada por las normas del derecho privado, sino igualmente en las leyes y reglamentaciones que regulan la propiedad por motivos de interés público en desarrollo del Texto de la Carta que la define como función social.

Las limitaciones a que se somete la propiedad en consideración inmediata del interés privado se encuentran primordialmente en el Código Civil, cuya expedición, como la de los demás códigos, corresponde al legislador (art. 76, ord. 2o. C.N.) y son en consecuencia iguales en todo el territorio nacional.

No pasa lo mismo con las limitaciones impuestas por interés público que caen dentro de la órbita del derecho administrativo. Siguiendo la división territorial que establece la Carta, y las competencias propias de estas entidades, las limitaciones pueden ser las mismas en todo el país, o circunscribirse a un sector del territorio, según que la reglamentación atienda un interés público nacional, departamental o local.

En todos los casos las limitaciones emanan directamente de la Ley, o se adoptan según la Ley, como en los reglamentos de ejecución, o por autorización de esta (Ley 88 de 1947). Resulta así incuestionable que las restricciones al ejercicio del derecho de propiedad, encuentran siempre su soporte jurídico en la Ley.

9. Las limitaciones o regulaciones del derecho de propiedad deben originarse en razones de interés público que según anota la doctrina pueden ser de orden social, económico, cultural, militar o relacionadas con el ejercicio del poder de policía para el mantenimiento y tutela de la seguridad, moralidad y salubridad pública.

10. Si las restricciones a la propiedad son consustanciales al ejercicio de este derecho, las limitaciones de carácter general establecidas por leyes o reglamentos en interés de la comunidad no pueden dar lugar a indemnizaciones por parte del Estado, que al establecerlas, hace uso de poderes constitucionales y atiende a su obligación de garantizar el derecho haciéndolo socialmente viable.

La restricción administrativa en sí misma no causa daño jurídico porque se asienta en el principio de la igualdad del ciudadano ante las cargas públicas, sin desconocer el ejercicio del derecho de propiedad.

Las restricciones a la propiedad en interés público encuentran su medida en el texto constitucional que si bien define la propiedad como función social que implica obligaciones igualmente la reconoce como derecho privado.

En los términos anteriores se ABSUELVE la consulta formulada por el señor Ministro de Gobierno. Transcríbase.

Guillermo González Charry
Presidente de la Sala

Alejandro Domínguez Molina

Luis Carlos Sáchica

Alberto Hernández Mora

Edné Cohen Daza
Secretaria.

CONSULTAS DEL GOBIERNO

Ministerio de Hacienda

DECLARACION DE RENTA. *De personas residentes en el exterior.* **La supresión del requisito de la declaración de renta no implica reforma alguna al régimen impositivo ni a las tarifas aplicables. Habiendo pues obligación de tributar y de retener y no existiendo la información personal del contribuyente, puede procederse a la liquidación por aforo total o parcial para comprobar la exactitud de los pagos y abonos, ya que lo contrario impediría al Estado comprobar la equivalencia de lo pagado con lo que debe recaudarse.**

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Bogotá, D. E., noviembre veinte de mil novecientos setenta.

Consejero Ponente: **Dr. Luis Carlos Sáchica**

RADICADO No. 480

El señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, en Oficio No. 081109 del 15 de octubre del presente año, sometió a la consideración de este Consejo, la consulta contenida en los siguientes términos:

"De conformidad con la sentencia del 30 de octubre de 1969, ha quedado definitivamente anulado el inciso segundo del artículo 67 del Decreto reglamentario 154 de 1968.

"Por providencia de junio 25 de 1970, fue suspendido el inciso 3o. del artículo 69 del Decreto 154 de 1968.

"El inciso anulado, al igual que el inciso suspendido y el artículo 70 del decreto en mención, son el desarrollo reglamentario del Artículo 1o. del Decreto Ley 1651 de 1961, que impuso a todos los beneficiarios de rentas originadas en el territorio nacional y gravables en Colombia, la obligación de presentar declaración de renta y patrimonio.

"El inciso anulado se refería a la obligación de declarar, a cargo de las personas jurídicas u otras entidades domiciliadas fuera del país que fueran beneficiarias de rentas distintas de dividendos y participaciones gravables en Colombia.

"El inciso suspendido, se refiere a la obligación de declarar, a cargo de las personas jurídicas (compañías) u otras entidades domiciliadas fuera del país que sean beneficiarias de participaciones gravables en Colombia.

"El Artículo 70, actualmente vigente, se refiere a la obligación de declarar, a cargo de las personas naturales no residentes en Colombia a quienes se paguen o abonen en cuenta dividendos, participaciones u otras rentas gravables en el país, tales como intereses, arrendamientos, comisiones o regalías.

"Por último, el inciso segundo del Artículo 68 exoneró de la obligación de declarar a las personas jurídicas (compañías) u otras entidades extranjeras que sólo reciban dividendos y no los distribuyan a su vez en el país, por considerar que el doce por ciento (12%) retenido en la fuente constituye el único impuesto a cargo de dichas sociedades extranjeras y que, en consecuencia, no se justifica la presentación de una declaración de renta y patrimonio, como quiera que el impuesto total ya ha sido liquidado y retenido en la fuente.

"Todas las disposiciones relacionadas tienen un único fundamento legal, o sea el Artículo 1o. del Decreto Ley 1651 de 1961 que impone la obligación formal y hasta cierto punto accesoria de presentar una declaración de renta y patrimonio.

"Los fallos aludidos anularon y suspendieron, respectivamente el inciso segundo del Artículo 67 y el inciso tercero del Artículo 69, y dejaron vigente el Artículo 70 que impone igual obligación, en iguales circunstancias y con igual fundamento legal, a las personas naturales, obviamente para ceñirse al contenido de la demanda.

"Ahora bien, la consulta se orienta en dos (2) sentidos:

"1. A saber si la sentencia y auto respectivo sólo tienen por objeto exonerar a las sociedades extranjeras de la simple obligación de presentar declaración de renta y patrimonio, manteniéndose la vigencia de las normas sustantivas contenidas en los Artículos 6o., 57, 91 y 101 de la Ley 81 de 1960, que señalan los gravámenes y tarifas a cargo de tales compañías beneficiarias de rentas gravables en Colombia; o si, por el contrario, la sentencia lleva implícita la declaración de que tales normas han sido derogadas, modificados los gravámenes a cargo de tales sociedades extranjeras y las correspondientes tarifas.

"El Gobierno no cree que la sentencia tenga este segundo alcance, por las siguientes razones:

"a. En ellas no se hace referencia a la derogatoria de las normas sustantivas que en la Ley 81 señalaban los gravámenes y las tarifas a cargo de las sociedades extranjeras.

"b. El inciso cuya anulación se produjo en la sentencia sólo se refería a la obligación de declarar, en ningún caso a los gravámenes y tarifas a cargo de las sociedades extranjeras.

"c. Pudiera pensarse que el Decreto Ley 1366 de 1967 en sus artículos 27, 28 y 29 modificó la estructura impositiva de las sociedades extranjeras y que en adelante éstas sólo están obligadas en Colombia a un solo impuesto con tarifa única. Sin embargo, tal suposición no se compadece:

"I Con la estructura general del Decreto, que contiene precisamente normas contra la evasión y el fraude al impuesto sobre la renta y complementarios.

"Al respecto conviene observar que, suponer que el Decreto 1366 de 1967 haya eliminado los impuestos y tarifas a cargo de las sociedades extranjeras que en muchos casos sobrepasan el cincuenta por ciento (50%) de la renta, para dejar sólo un impuesto único del doce por ciento (12%), equivaldría a suponer la consagración de la mayor elusión fiscal.

"II Con el principio de equidad, pues equivaldría a romper por sus bases la equidad horizontal, ya que colocaría en una monstruosa posición de privilegio a los contribuyentes del exterior frente a los nacionales, en tratándose de rentas originadas por igual dentro del territorio nacional.

"III Con el texto mismo del Artículo 85 del Decreto. Si se hubiera querido introducir una modificación tan significativa, la derogatoria de las normas anteriores hubiese sido expresa.

"IV Con el Artículo 17 de la Ley 63 de 1967, el cual refiriéndose al impuesto complementario de remesas, supone el mantenimiento de la estructura general impositiva de las sociedades extranjeras, con impuesto básico de renta, impuestos complementarios e impuestos especiales. De lo contrario, no tendría sentido alguno la disposición de la Ley que habla de un *'complemento del impuesto básico de renta'*. (Se subraya), para referirse al impuesto a las remesas, cuyo único sujeto pasivo lo constituyen los contribuyentes sin residencia ni domicilio dentro del territorio.

"V Con las explicaciones dadas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pocos días después de la expedición del Decreto Ley 1366 de 1967, por insinuación del señor Presidente de la República. En la parte pertinente de tales explicaciones se lee:

" 'Con el Decreto 1366 de 1967 se aclararon e hicieron operantes las disposiciones dispersas y confusas que regulaban estas materias.

'Por lo dispuesto en el Artículo 27, los pagos a personas residentes en el exterior por concepto de arrendamiento, comisiones, regalías, intereses, etc., *siguen el régimen anterior,* al pagar solamente el doce por ciento (12%) a título de impuesto sobre la renta.

'Por el artículo 28, *se continúa* pagando el doce por ciento (12%) a título de impuesto de renta sobre el valor del pago o abono de dividendos a favor de compañías extranjeras que no los distribuyan en el país.

'En virtud del artículo 29, a las sociedades de personas, cuando parte de sus derechos sociales corresponda a compañías extranjeras que no distribuyan las utilidades en el país, o a personas naturales no residentes en Colombia, se les obliga a retener el dieciocho por ciento (18%) a título de impuesto sobre las participaciones que les correspondan a tales socios'. (El subrayado es del Despacho).

"1. Como se ve el Decreto 1366 de 1967 no cambió el régimen anterior sino que continuó el establecido en la Ley 81 de 1960, que consiste en hacer retenciones a título del impuesto sobre la renta, como anticipo de los impuestos que corresponden a los pagos al exterior que constituyan rentas gravables en Colombia, las cuales están sujetas a las tarifas previstas en el artículo 57 de la Ley 81 de 1960, al complementario de exceso de utilidades, al recargo por fraccionamiento de que tratan los artículos 59 de la Ley 81 de 1960 y 191 del Decreto 437 de 1961, y a los impuestos especiales de fomento eléctrico e ICSS y de vivienda, previstos por los artículos 91 y 101 de la Ley 81 de 1960.

"El capítulo de 'Rentas de contribuyentes en el exterior' de que trata el Decreto 1366 de 1967 sólo se refiere al régimen de retención en la fuente sobre tales rentas, jamás a las tarifas e impuestos a que se encuentran sujetos los contribuyentes

beneficiarios de tales pagos. Si como se dijo en las explicaciones dadas por el Ministerio el Decreto 1366 de 1967 continuó el régimen anterior, se debe concluir que no introdujo la modificación sustancial que se supone y que, en consecuencia, para las sociedades extranjeras rigen los gravámenes y las tarifas señaladas en la Ley 81 de 1960.

"2. Una vez absuelta la primera parte de la consulta y, en el supuesto de que ésta lo fuera en el sentido de que las normas sustantivas sobre gravámenes y tarifas a cargo de los contribuyentes del exterior quedaron modificadas mediante los artículos 27, 28 y 29 del Decreto Ley 1366 de 1967, y que tal interpretación se encuentra implícita en el texto de la sentencia, este Ministerio desea saber lo siguiente:

"a. ¿No debe aplicarse por manifiestamente contrario a la Ley, el Artículo 70, que impone la obligación de presentar declaración de renta y patrimonio a cargo de las personas naturales sin residencia en el país que reciben cualquier clase de rentas de fuente colombiana, aunque su anulación no se haya producido por el órgano competente?

"b. Por el contrario, ¿debe aplicarse este artículo mientras se produce su anulación definitiva? .

El Ministerio a mi cargo cree más ajustada a derecho la primera solución por las siguientes razones:

"a. La redacción de los Artículos 27, 28 y 29 del Decreto Ley 1366 de 1967 es idéntica, sólo que cada uno de ellos se refiere a diferentes clases de rentas originadas en Colombia.

"Ahora bien, si se establece que el sentido de la sentencia de la Sección Cuarta del Honorable Consejo de Estado consiste en afirmar que para las rentas distintas de dividendos y participaciones que perciban las sociedades extranjeras se cambió de régimen general contenido en la Ley 81 de 1960 por uno excepcional de impuesto único global con retención en la fuente, lógicamente debe concluírse cosa igual para las participaciones de utilidades que correspondan a personas jurídicas u otras entidades del exterior, así como para las rentas de cualquier naturaleza que perciban las personas naturales no residentes en Colombia.

"b. Si, de acuerdo con la sentencia, aparece ostensible la oposición entre el reglamento y el texto del Decreto Ley 1366 de 1967, en tratándose del inciso segundo del artículo 67 del Decreto 154 de 1968, no podría afirmarse cosa diferente respecto del inciso tercero del artículo 69 y del artículo 70 del mismo Decreto.

"Por último, en el supuesto de que la consulta fuera absuelta en el sentido que lo ha entendido el Gobierno, o sea que las sociedades extranjeras están sujetas a los impuestos y tarifas señalados en la Ley 81 de 1960 y en virtud

del fallo que exonera a las sociedades extranjeras beneficiarias de rentas distintas a dividendos o participaciones de la obligación de presentar declaración de renta y patrimonio. se desea saber si podría practicarse liquidaciones de aforo para tasar dichos impuestos, de conformidad con el artículo 28 del Decreto 1651 de 1961".

Sin entrar a interpretar las sentencias de que se hace referencia en la comunicación transcrita, cuestión que no es de la competencia de esta Sala, ésta ha llegado a las siguientes conclusiones sobre los varios puntos de la misma:

PRIMERA. Mediante providencias de 30 de octubre de 1969 y 16 de octubre de 1970, originarias de este Consejo, se declaró la nulidad de los incisos segundo del artículo 67 y 3o. del artículo 69 del Decreto reglamentario No.154 de 1968, que disponían respectivamente:

"ARTICULO 67. Quien efectúe pagos o abonos en cuenta a personas naturales residentes en el exterior o a personas jurídicas u otras entidades domiciliadas fuera del país, por concepto de rentas gravables en Colombia diferentes de dividendos y participaciones, tales como intereses, arrendamientos, comisiones, regalías, asistencia técnica, etc., está obligado a retener un impuesto sobre la renta del doce por ciento (12%) del valor nominal del pago o abono.

(Texto del inciso anulado). Las personas jurídicas beneficiarias de estos pagos o abonos deberán presentar declaración de renta y patrimonio y en su liquidación privada podrán deducir del total del impuesto de renta y complementarios el valor que les haya sido retenido de acuerdo con los artículos 15, 27 y 35 del Decreto 1366 de 1967".

"ARTICULO 69.

(Inciso anulado)... Las compañías o entidades extranjeras a las cuales deba hacerse la retención de que trata este artículo, están obligadas a presentar la declaración de renta y patrimonio y en su liquidación privada podrán deducir del total del impuesto de renta y complementarios el valor que por este concepto les haya sido retenido". Por otra parte, continúa vigente el artículo 70 del mismo Decreto, el cual establece la obligación de presentar declaración de renta y patrimonio para las personas naturales no residentes en Colombia a las cuales se hagan pagos o abonos de rentas gravables, pudiendo hacer las correspondientes deducciones de lo retenido, de conformidad con los artículos 27, 28, 39 y 35 del Decreto 1366 de 1967 y 35 de la Ley 63, también de 1967. Igualmente, está vigente el artículo 68 del Decreto en mención, el cual no exige el requisito de la declaración a las compañías u otras entidades extranjeras que sólo reciban dividendos y no los distribuyan,

a su vez, en el país, pues el 12% retenido sobre el valor nominal de los abonos o pagos se aplica como tarifa única por concepto de impuesto sobre la renta, lo que hace superflua la declaración, ya que lo retenido en la fuente equivale al total de dicho impuesto.

En verdad, en el orden lógico, la obligación de presentar declaración de renta y patrimonio exigida a los contribuyentes, es una obligación adjetiva, consecuencial o accesoria de la del pago del impuesto. Ella es, apenas, un medio de información directa, no el único, para facilitar la liquidación del impuesto que debe pagarse, pero su omisión puede suplirse con informaciones obtenidas indirectamente por el Estado de fuentes distintas al propio contribuyente, como se procede por ejemplo en el caso de la liquidación por aforo, prevista en el artículo 28 del Decreto 1651 de 1961, ante la abstención o renuencia a presentar tal declaración, es decir, generalizando, a falta de ésta.

La supresión del requisito de la declaración, como consecuencia de las nulidades decretadas, respecto de las personas jurídicas no domiciliadas en Colombia y obligadas al pago de impuestos sobre rentas obtenidas en el país, no puede implicar, por consiguiente, modificación del régimen tributario a que están sujetas, ni en cuanto a la obligación misma de tributar ni a las tarifas aplicables para determinar la cuantía del gravamen.

Asimismo, la retención ordenada por la ley de determinadas cantidades sobre pagos de rentas gravables, es un simple mecanismo tendiente a la efectividad y oportunidad en la satisfacción del tributo debido, cuya cuantía puede no coincidir con el monto del impuesto definitivo, salvo el caso en que son equivalentes el porcentaje retenido y la tarifa del impuesto que debe ser aplicada, lo que da a dicha retención, en aquellas circunstancias, el carácter de anticipo o abono al valor del impuesto, susceptible de reajustes en favor o en contra del contribuyente.

La retención en la fuente no es más, pues, que una forma anticipada de pago, parcial o total, según el caso, del valor de un impuesto.

De lo que se desprende que, las normas legales sobre la obligación de declarar la renta y las que versan sobre la "retención en la fuente" de determinados valores destinados al pago de tal impuesto, no se deben confundir con las referentes a la obligación de tributar y a las que establecen la tarifa misma del impuesto.

Además, la anulación de un reglamento, que es el caso de la consulta, como se concluye sin ningún esfuerzo, no afecta la vigencia y alcances de las normas por él reglamentadas, como tamposo las puede modificar la derogatoria de las mismas.

Por tanto, en el caso que se considera, subsisten la obligación de tributar y la estructura de las tarifas aplicables por concepto del impuesto sobre las rentas obtenidas en el país por las sociedades extranjeras no domiciliadas en Colombia, contenidas en normas legislativas diferentes a las reglamentaciones anuladas por este Consejo en los artículos 67 y 69 del Decreto 154 de 1968.

SEGUNDO. El otro aspecto de la consulta se endereza a saber si se debe continuar aplicando el artículo 70 del Decreto últimamente citado, que establece para las personas naturales no residentes en el país una obligación semejante a la suprimida para las personas jurídicas no domiciliadas en Colombia, con la anulación referida antes.

Dejando de lado el hecho de que esta disposición fue objeto de suspensión provisional, según auto del 16 del presente mes, se observa que:

a. Tal aplicación parece contradictoria, porque donde existe la misma razón jurídica debe aplicarse la misma disposición; b) en estricto derecho, las normas deben aplicarse mientras no hayan sido derogadas, suspendidas o anuladas, ya que las ampara una presunción de legalidad, y ni su inobservancia ni el desuso afectan su vigencia; c) pero, también es principio general el de que el funcionario puede dejar de aplicar aquellas disposiciones que considere contrarias a las de grado superior, prefiriendo por ello las que estime violadas, y, si tiene competencia, como en el caso de normas meramente reglamentarias, puede derogarlas para subsanar la incompatibilidad normativa que exista a su juicio, y d) de otra parte, la ley 28 de 1967, artículo lo., letra g), contra la evasión y fraude al impuesto sobre la renta, revistió de facultades extraordinarias al Gobierno para: "Gravar hasta con un 40% con retención en la fuente, los dividendos pagados o abonados en cuenta por sociedades anónimas domiciliadas en Colombia a favor de sociedades de cualquiera índole o de personas domiciliadas en el Exterior. Para que esta facultad pueda ejercerse de una manera tal que impida la evasión fiscal sin entrabar el aporte de la inversión extranjera para el desarrollo económico del país, el Gobierno podrá establecer tarifas diferenciales, según la clase de inversionistas, dictar normas para evitar recargos provenientes de la tributación múltiple y celebrar acuerdos internacionales sobre esta materia, los cuales requerirán para su validez la aprobación del Congreso; y establecer los casos en que las personas naturales y jurídicas extranjeras queden sometidas a un impuesto único con retención en la fuente, *sin la obligación de presentar declaración de renta y patrimonio*".

El Gobierno desarrolló esa facultad en los artículos 27, 28, 29 y 30 del capítulo sobre "renta de los contribuyentes en el exterior", del Decreto-Ley 1366 de 1967, estableciendo los casos en que las personas naturales y jurídicas extranjeras quedaron sometidas a un impuesto sobre la renta con retención en la fuente, *sin la obligación de presentar declaración de renta y*

patrimonio, disposiciones que son las aplicables al caso consultado. Y, aunque en los artículos referidos nada se dijo sobre la declaración, ello no era necesario, porque en el sistema que se autorizó establecer para tales rentas y personas, la retención es un dispositivo que sustituye la declaración, como se desprende de la disposición transcrita.

TERCERA. Finalmente, en cuanto a la posibilidad de practicar liquidaciones por aforo para la tasación de los impuestos de las personas que no quedaron obligadas a presentar declaración por virtud de los fallos mencionados, como éstos no eximen del pago del impuesto y esas personas continuarán siendo contribuyentes, teniendo el aforo el carácter de un procedimiento que suple la falta de declaración, de necesario empleo cuando el Estado carece de la información directa del contribuyente, su aplicación es correcta para verificar la exactitud de los abonos y pagos, cuando quiera que la liquidación hecha por el obligado a efectuar la retención no se ajuste a la ley o la retención no se haya practicado.

Habiendo, pues, obligación de tributar y de retener y no existiendo la información personal del contribuyente, puede procederse a la liquidación por aforo total o parcial, para comprobar la exactitud de los pagos y abonos, ya que lo contrario impediría al Estado comprobar la equivalencia de lo pagado con lo que debe recaudarse. Pues, el alcance del artículo 28 del Decreto 1651 de 1961, prescindiendo de su mera literalidad, no pudo ser otro que el de crear un mecanismo general, sustitutivo de la declaración, en cualquier caso en que se carezca de otros medios para hacer efectivos los tributos, armonizando su aplicación con las medidas que se autorizaron y expidieron contra las posibles evasiones, entre las cuales está la retención, en la Ley 28 de 1967 y en el Decreto 1366 del mismo año.

En esta forma queda absuelta la consulta.

Guillermo González Charry
Presidente

Alejandro Domínguez Molina **Alberto Hernández Mora**

Luis Carlos Sáchica

Edné Cohen Daza
Secretaria

CONSULTAS DEL GOBIERNO

Ministerio de Agricultura

EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO. Régimen legal de sus actos. Inclusión de la cláusula de caducidad en los contratos que celebren. Estipulaciones sobre reclamaciones diplomáticas.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Bogotá, D. E., diciembre once de mil novecientos setenta.

Consejero Ponente: **Dr. Luis Carlos Sáchica**

RADICADO No. 487

En Oficio No. 11252 del nueve del presente mes, el señor Ministro de Agricultura plantea la siguiente consulta:

ANTECEDENTES

"1. Por medio del Decreto 2420 de 1968 (Septiembre 24/68) reorgánico del Sector Agropecuario, el Instituto Zooprofiláctico Colombiano se transformó en Empresa Industrial y Comercial del Estado, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente bajo la denominación de Empresa Colombiana de Productos Veterinarios.

"2. Por Decreto 811 de 1969 (Mayo 23/69) el Gobierno Nacional aprobó los Estatutos de la Empresa. (Anexo No. 1).

"3. El régimen jurídico de los actos y contratos que celebre la Empresa, se definió en los artículos 27, 28 y 29 del citado Decreto, que textualmente dicen:

" '*Artículo 27.* Los contratos que celebre la Empresa para el desarrollo de sus actividades, no están sujetos, salvo disposiciones en contrario, a las formalidades que la Ley exige para los del Gobierno. Las cláusulas que en ellos se incluyan, serán las usuales para los contratos entre particulares, pero la Empresa podrá, en los términos del Artículo 254 del Código Contencioso Administrativo, pactar el derecho a declarar administrativamente la caducidad y deberá incluir, cuando fuere el caso, las prescripciones pertinentes sobre reclamaciones diplomáticas'.

" '*Artículo 28.* Los actos y hechos que realice la Empresa para el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales, estarán sujetos a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, conforme a las normas de competencia sobre la materia. Aquellos que realice para el cumplimiento de las funciones administrativas que le haya confiado la Ley, son actos administrativos'.

" '*Artículo 29. Controversias relativas a los contratos.* De acuerdo con lo ordenado en el Decreto 528 de 1964 y demás normas pertinentes, de las controversias relativas o contratos administrativos que celebre la Empresa, en que se hubiere pactado la cláusula de caducidad, conocerá la justicia administrativa, y la ordinaria, de las originadas en los demás contratos'.

"4. Con fecha octubre 13 de 1970, la Empresa suscribió un contrato de Asistencia Técnica con la Fundación Wellcome Ltd. de Inglaterra, copia del cual se adjunta a la presente. (Anexo No. 2).

CONSULTA

¿"El contrato en referencia puede considerarse legalmente válido en la forma como fué suscrito, ó requiere para su validez incluir la cláusula de caducidad administrativa, que de acuerdo con el artículo 27 del Decreto 811 ya citado, es facultativa de la Empresa? ".

Aunque esta Sala no puede pronunciarse sobre situaciones concretas como la referida en la consulta, generalizando sus términos, y para absolverla en abstracto, hace las siguientes consideraciones:

El Estado actúa, según las necesidades y naturaleza de los servicios que atiende, de acuerdo con las reglas del Derecho Público o del Privado, a través de sociedades de economía mixta, cuando lo hace en colaboración con el

capital privado, o por intermedio de empresas totalmente oficiales, cuando opera únicamente con sus propios recursos.

Entre los caracteres que tipifican, por disposición de la Ley, las entidades descentralizadas que se organizan como empresas industriales y comerciales del Estado, está el de que desarrollan sus actividades conforme a las reglas del Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la Ley, subordinando sus actividades a uno u otro, según los términos del artículo 6o. del Decreto 1050 de 1968, y el de que son organismos vinculados a la administración.

De estas características se desprende que su régimen legal es mixto, en parte de Derecho Público y en parte de Derecho Privado, con primacía del segundo, según lo establezcan el acto de su constitución y los estatutos que rijan su funcionamiento. El criterio para definir los dos sectores es el de que, en general, la creación, organización y algunos aspectos de su funcionamiento, control fiscal, inspección técnica y relaciones con la administración, están sometidos a disposiciones de Derecho Público, por ser entes vinculados a la administración central, por razón de la consiguiente tutela que sobre ellos ejercen los organismos principales de ésta, o por que prestan en algunos casos servicios públicos, en coordinación con la política general del Gobierno, en tanto que las actividades específicas de naturaleza industrial y comercial que tienen como objeto están reguladas por el Derecho Privado, con las excepciones de la Ley. Este régimen complejo las diferencia precisamente de los establecimientos públicos, junto con el grado de tutela a que están sometidas, más laxo que el de aquéllos.

La justificación de este régimen doble es bien clara: Se trata de facilitar la actuación de estos entes descentralizados, autorizándolos para actuar por modos idénticos a los que emplea la empresa privada, procedimientos que impone y exige la índole comercial o industrial de sus actividades, y requeridos muchas veces por la circunstancia de que deben obrar en un plano de competición y eficiencia igual al de organizaciones similares de carácter privado. De ahí que, entre otras, existan estas diferencias: a) el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 declara que quienes prestan sus servicios a estas entidades son trabajadores oficiales, con las salvedades que establezcan los estatutos sobre actividades que deban desempeñar personas que tengan la calidad de empleados públicos, en cargo de dirección y confianza; b) que su sistema de contratación sea también especial, como se verá a continuación, y c) que el manejo de sus bienes y recursos se ejerce por procedimientos adecuados a la naturaleza de sus funciones, según el artículo 37 del Decreto 3130.

El Decreto 3130 de 1968, estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional, en su capítulo VI, contiene el régimen jurídico de los actos y contratos de dichos organismos.

Acorde con la definición legal de las empresas de que se viene hablando, el artículo 31 del citado Decreto dispone que los actos y hechos que realicen para el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales, están sujetos a las reglas del Derecho Privado y a la jurisdicción ordinaria conforme a las normas de competencia sobre la materia, mientras que los que ejecuten para el cumplimiento de funciones administrativas que les haya asignado la Ley son actos administrativos, disposición que pone en claro el desdoblamiento de su régimen legal.

Sobre el punto concreto de la consulta, o sea, el régimen de las estipulaciones de sus contratos, el artículo 34 del mismo Decreto 3130 estatuye que los contratos que celebren las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta para el desenvolvimiento de sus actividades "no están sujetos, salvo disposición en contrario, *a las formalidades* que la Ley exige para los del Gobierno", precepto que se ajusta al principio de que el régimen ordinario de aquellas es el de derecho privado. Por lo mismo, dicho artículo concluye diciendo que las estipulaciones de tales convenios "serán las usuales para los contratos entre particulares", no obstante lo cual, en los contratos de estas empresas, más no en los de aquellas sociedades, "*podrán* pactar el derecho a declarar administrativamente la caducidad, y *deberán* incluir, cuando fuere el caso, las prescripciones pertinentes sobre reclamaciones diplomáticas".

Debe observarse, también, que el artículo 36 del estatuto que se comenta, precisa que, con base en el Decreto 528 de 1964, de las controversias que versen sobre "los contratos de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado en que se hubiere pactado la cláusula de caducidad (al igual que de las que se susciten en relación con los contratos administrativos de los establecimientos públicos, a los que asimila los de las empresas en este aspecto), conocerá la justicia administrativa", en tanto que compete a la justicia ordinaria el de los litigios sobre los demás contratos, y el de los de las sociedades de economía mixta, consecuencia de la distinción entre los dos tipos de contratos.

Estas normas están reproducidas en lo sustancial por los artículos 27, 28 y 29 de los Estatutos de la Empresa Colombiana de Productos Veterinarios aprobados por Decreto No. 811 de 1969.

Del estudio de las disposiciones referidas se puede deducir que:

1o. El régimen legal de los actos de las empresas industriales y comerciales del Estado, se puede determinar así:

a. Los actos referentes a su creación organización, control fiscal y relaciones con la administración central, es decir, los que realizan como parte del Estado y en razón de su vinculación con los organismos principales de aquél-

lla, son de carácter administrativo y, como tales, están regidos por normas de derecho público, contenidas en el acto de su constitución, los estatutos, y las leyes y reglamentos especiales que regulen estas actividades;

b. También, con iguales razones, son actos administrativos regidos por el Derecho Público, los que las empresas realicen en desarrollo de funciones puramente administrativas, distintas a las enunciadas en el literal anterior, que les hayan sido asignadas por leyes especiales, y

c. Los demás actos de las empresas, esto es, aquellos mediante los cuales adelantan las operaciones de explotación industrial y comercial específicas señaladas por su objeto son, en principio y, como regla general, actos sometidos al derecho privado, con dos excepciones:

1a. Que la Ley haya dispuesto lo contrario, como en el caso del artículo 36 del Decreto 3130 de 1968, respecto de la contratación de empréstitos, internos o externos, los cuales deben celebrarse de conformidad con las leyes especiales que regulan esta clase de operaciones para todos los entes del Estado, siendo por ello, actos administrativos, y

2a. Que la propia empresa, con base en la autorización del artículo 34 del mismo Decreto, pacte la cláusula de caducidad administrativa, atendiendo a las conveniencias del respectivo organismo, caso en el cual tal relación es de naturaleza administrativa y las controversias a que den ocasión son de competencia de la justicia contencioso-administrativa.

De donde, concluyendo, el régimen legal de los actos y hechos de las empresas estatales de naturaleza industrial y comercial no depende exclusivamente del carácter de la función que se desarrolle a través de los mismos, pues en algunos casos, aunque por excepción, la propia Ley determina su régimen, como de Derecho Público, y, en relación con los demás, de que el organismo de que se trate escoja uno u otro sistema legal, cuando la Ley consagra esta alternativa. O sea, que para algunos actos, los de los literales a) y b), la Ley prefija su régimen de Derecho Público, en tanto que para los del literal c), la Ley da opción para escoger el estatuto que quiera aplicarse con las excepciones indicadas antes. Todo esto responde a que tales empresas tienen una naturaleza intermedia entre el establecimiento público y la sociedad de economía mixta, pues aunque sean descentralizadas y autónomas, forman parte del Estado y son entes de Derecho Público y, a la vez, la índole de sus fines les impone la actuación por los modos y reglas del derecho común.

2o. Siendo esto así, y en relación con los contratos que celebran estas empresas para la ejecución de sus actividades de índole comercial o industrial, en principio y como regla general, se rigen por el derecho privado (civil

y comercial) y, en consecuencia, a menos que la Ley disponga lo contrario, su perfeccionamiento no requiere las formalidades exigidas por la Ley para los contratos administrativos, su contenido será idéntico al de los contratos de la misma clase convenidos entre particulares, y de las controversias que puedan presentarse en relación con ellos conoce la justicia ordinaria;

3o. Por lo mismo, tales contratos están regulados por el principio de la igualdad entre los contratantes, sin que en ellos deban estipularse cláusulas de las consideradas "exorbitantes", características de los contratos administrativos mediante las cuales se reconocen privilegios al Gobierno, de ejercicio unilateral, rompiendo el equilibrio de las contraprestaciones que acuerdan las partes, sistema que, omitidos los aspectos formales, ha permitido distinguir y clasificar separadamente los contratos administrativos de los comunes;

4o. Sinembargo, y por excepción, el artículo 34 del Decreto 3130, autoriza a las empresas del Estado para que, y esta es una cuestión de conveniencia que deben resolver los respectivos organismos, en guarda de los intereses públicos que representan, puedan celebrar contratos en que se incluya el derecho a declarar su caducidad administrativa, cláusula exorbitante cuya inclusión transforma los convenios en administrativos, siendo entonces su régimen el de derecho público y atribuyéndose la competencia para conocer de sus controversias a la justicia contencioso administrativa.

5o. La estipulación de la cláusula de caducidad administrativa es opcional, facultativa de las empresas, es decir, atribución dejada a su discreción y buen juicio por la Ley, y no de obligatoria incorporación en todos sus contratos. O sea, que para las empresas estatales la Ley otorga la alternativa de escoger las reglas de derecho, privado o público, a que quiera someter cada contrato y, en el caso de los que se refieran a su actividad comercial o industrial, de que opte por el segundo, deberá ceñirse a lo previsto en el artículo 254 y siguientes del C. C. A.;

6o. En cambio, las estipulaciones sobre reclamaciones diplomáticas son de obligatoria inclusión en los contratos en los casos previstos en la Ley, al tenor del artículo 34 del Decreto 3130, sean ellos administrativos o no, sin que su incorporación en los no administrativos cambie su naturaleza;

7o Las precisiones anteriores están condicionadas, para cada empresa, a lo que el acto de su constitución, sus estatutos o leyes especiales dispongan en materia de contratación, pues aquellas son deducciones de las reglas generales sobre este tipo de entes;

8o. Cabe advertir que la contratación de empréstitos tanto internos como externos de todas las entidades descentralizadas, tienen definido su régimen expresamente, pues deben someterse a las leyes especiales que rigen esta clase de operaciones, según el artículo 35 del Decreto 3130 de 1968 y,

9o. Habiendo establecido en sus estatutos la Empresa Colombiana de Productos Veterinarios un sistema de contratación igual al del Decreto 3130 de 1968, las conclusiones de esta consulta son aplicables a sus contratos.

En estos términos queda absuelta la anterior consulta.

Guillermo González Charry
Presidente

Alejandro Domínguez Molina

Alberto Hernández Mora

Luis Carlos Sáchica

Edné Cohen Daza
Secretaria

SEGUNDA PARTE

FUNCION JURISDICCIONAL

TITULO I

Orden Nacional

CAPITULO PRIMERO:
Decretos del Gobierno

DECRETOS REGLAMENTARIOS

ALMACENES GENERALES DE DEPOSITO. Es nulo el parágrafo del artículo 1o. del decreto 402 de 1968 "por el cual se reglamenta el artículo 1o. del decreto legislativo 356 de 1967", en cuanto a la frase "el descascaramiento, la trilla, la molienda y análogos".

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Bogotá, D.E., Agosto veinticuatro de mil novecientos setenta.

Consejero Ponente: **Dr. Alfonso Arango Henao**

REF.: Expediente 1253

Decide la Sala las demandas promovidas por los abogados JAIRO GARCES LUQUE y HELMER ZULUAGA VARGAS, en escritos de fechas abril 6 y mayo 28 de 1969, respectivamente, sobre nulidad del Decreto 402 de marzo 22 del mismo año "por el cual se reglamenta el Artículo 1o. del Decreto Legislativo No. 356 de 1957".

Como la naturaleza y finalidades de tales acciones daban lugar a decretar su acumulación, así se resolvió a solicitud del señor Fiscal Primero del Consejo de Estado, según auto de fecha enero 30 del presente año.

Los trámites de rigor se cumplieron estrictamente, sin que se advierta causal alguna que impida decidir en el fondo, por lo que se procede a ello.

ANTECEDENTES:

El artículo primero del Decreto legislativo número 356 de 1957, al cual se refiere para su reglamentación el acto acusado, dice:

> "Las Empresas de Almacenes Generales de Depósito ya constituídas o que se constituyan en el futuro tienen por objeto el depósito, la conservación y custodia, el manejo y distribución, la compra y venta *por cuenta de sus clientes* de mercancías y productos de procedencia nacional o extranjera, y si así lo solicitaren los interesados, la expedición de certificados de depósito y bonos de prenda, transferibles por endoso y destinados a acreditar, respectivamente, la propiedad y depósito de las mercancías y productos, y la constitución de garantía prendaria sobre ellos". (Subraya la Sala).

Y al Decreto No. 402 de 1969 "por el cual se reglamenta el artículo 1o. del Decreto Legislativo No. 356 de 1957", establece:

> "ARTICULO PRIMERO. Los Almacenes generales de Depósito, *previa autorización del cliente*, podrán realizar sobre las mercancías que le sean depositadas, las operaciones que se consideren técnicamente convenientes para conservarlas adecuadamente hasta el momento de su restitución al depositante, *o de su entrega al tercero a quien las distribuya o venda por su cuenta, o para efectuar las funciones de mercadeo de las mismas.* (Vuelve a subrayar la Sala).
>
> Parágrafo. En relación con los productos agropecuarios se consideran operaciones técnicas para su conservación y mercadeo, la limpieza, el secamiento, el reempaque, la desinfección, la fumigación, el descascaramiento, la trilla, la molienda y análogos.
>
> ARTICULO SEGUNDO. Cuando se trate de *operaciones distintas* de las contenidas en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 356 de 1957, los Almacenes Generales de Depósito deberán solicitar el permiso al Superintendente Bancario para practicarlas.
>
> ARTICULO TERCERO. El Superintendente Bancario, a fin de resolver las peticiones *que en tal sentido* le formulen los Almacenes Generales de Depósito, cuando éstas se refieran a operaciones de conservación *o transformación* de productos agropecuarios, podrá solicitar el concepto técnico del Instituto de Mercadeo Agropecuario, IDEMA.
>
> ARTICULO CUARTO. La Superintendencia Bancaria señalará las tarifas que los Almacenes Generales de Depósito pueden cobrar por la realización de las operaciones a que se refiere este Decreto".

En la demanda formulada por el doctor Garcés Luque, se acusa de nulidad el artículo primero, con su parágrafo, del decreto reglamentario No. 402 del 22 de marzo de 1969, por "el cual se reglamenta el artículo 1o. del Decreto Legislativo No. 356 de 1957", como petición principal, y en subsidio, pide se declare que es nula la expresión *"o para efectuar las funciones de mercadeo de las mismas"* que aparece en la parte final del inciso del artículo PRIMERO; lo mismo –agrega– que es nula la expresión y palabras *"El descascaramiento, la trilla, la molienda y análogos"* que aparecen al final del PARAGRAFO.

Por su parte, el demandante Dr. Zuluaga Vargas, con las mismas finalidades, pide "la nulidad del decreto 402 del 22 de marzo de 1969 en sus artículos 1o., 2o., 3o. y 4o. reglamentario del decreto legislativo 356 de 1957, así: nulidad parcial de los artículos 1o. y 3o. y nulidad integral de los artículos 2o. y 4o.

Como fué solicitada la suspensión provisional, al admitir la demanda se accedió en parte así:

> "SUSPENDESE PROVISIONALMENTE el artículo 1o. y su correspondiente parágrafo, del Decreto 402 de 22 de marzo de 1969, 'por el cual se reglamenta el Artículo 1o. del Decreto Legislativo 356 de 1957'. "

Por virtud del recurso de súplica que se interpuso contra esta determinación, la Sala de Decisión *modificó* el auto respectivo para decretar "la suspensión provisionalmente de las siguientes locuciones correspondientes al artículo 1o. y su parágrafo, del Decreto 402 de 1969:

> "o para efectuar las funciones de mercadeo de las mismas" (Inciso 1o.)
> "y mercadeo";
> "el descascaramiento, la trilla, la molienda y análogos"
> (Parágrafo).

El Ministerio Público, representado por el señor Fiscal 1o. de la Corporación, acoge estos planteamientos pero discrepa en cuanto a la frase que contiene el vocablo "mercadeo", con fundamento en estas consideraciones:

> " . . . El mercadeo, término acogido dentro de los estudios contemporáneos de la economía, es concepto que abarca todo el campo de la compra y venta de las mercancías o productos. Dijérase que corresponde la fase final del proceso de producción, aquélla que solamente atiende a la colocación del producto dentro del estrato consumidor; supone que el proceso de elaboración del artículo o mercancía ya ha finalizado, y únicamente atiende y analiza lo referente a la distribución del mismo. Términos enteramente afines a mercadeo, consubstanciales con él, son por lo tanto los de *compra y venta*. Estos términos se hallan expresamente consignados

en el Decreto 0356 de 1957. Luego no puede sostenerse que la expresión "mercadeo" usada en el acto acusado conlleva un desbordamiento de los mandatos del legislador extraordinario del 57".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

No obstante que el decreto acusado es muy explícito y concreto en su primera parte o encabezamiento, al expresar su objetivo o finalidades, o sea "reglamentar *el artículo 1o. del* Decreto legislativo No. 356 de 1957", en el artículo segundo aparece refiriéndose a "operaciones distintas de las contenidas en el artículo 15 del Decreto legislativo 356 de 1957", que nada tienen que ver con la reglamentación del mencionado artículo 1o. de este estatuto y, por consiguiente, las pretendidas disposiciones reglamentarias consignadas en el citado decreto 402 de 1969(acusado)con posterioridad al parágrafo de su artículo primero, resultan totalmente extrañas a la finalidad u objetivo que se enuncia de manera específica en primer término, como ya se anotó.

Ahora con relación a las finalidades de las Empresas o Almacenes de Depósito ya constituídos o que se constituyan en lo futuro, según el artículo primero del citado Decreto legislativo 356 de 1957, o sea, las operaciones concernientes al depósito, conservación y custodia, manejo y distribución, compra y venta (o "mercadeo"), están condicionadas a que lo sean "por cuenta de sus clientes", es decir, los depositantes; y el decreto reglamentario de ese *artículo primero,* y exclusivamente de esa disposición según los precisos términos de aquel estatuto, se repite, al hacer alusión a los objetivos de los mencionados Almacenes o Empresas de Depósito, también condicionan sus operaciones a la "previa autorización del cliente", o del "tercero a quien las distribuya o venda por su cuenta" (la del cliente). Luego, de la comparación de tales textos, materia de la controversia, no surgen sobre este aspecto las violaciones alegadas por desbordamiento de la facultad reglamentaria, puesto que se advierte cierta armonía en sus términos.

Pero como el mismo artículo primero del decreto impugnado, en su parágrafo, al expresar que en relación con los productos agropecuarios "se consideran operaciones técnicas para su conservación. . ., entre otras, el descascaramiento, la trilla, la molienda y análogos", sí se coloca en abierta y palmaria oposición con el sentido y alcance de la norma superior o la que se pretende reglamentar, porque operaciones de esa índole implican ya un proceso de transformación de los mencionados productos.

Por eso anota con acierto el señor Fiscal en su vista de fondo, después de referirse a algunos antecedentes registrados en el Consejo de Estado sobre estas materias:

"No les está permitido a los almacenes generales de depósito, por lo que acaba de reproducirse, realizar trabajos destinados a transformar los bienes recibidos en depó-

sito. Sus atribuciones son, en esencia, las comunes y ordinarias del depositario. De ahí que, consecuentemente, el H. Consejo de Estado decretara la suspensión de las locuciones del decreto acusado "el descascaramiento, la trilla, la molienda y análogos", pues aquéllas no hacen referencia alguna con la conservación o custodia de las mercancías, sino que dicen relación a procesos reales de transformación industrial".

En resumen, por este solo aspecto habrán de prosperar las peticiones de las demandas; no así en los demás, puesto que la pretendida reglamentación que contienen las otras disposiciones del Decreto acusado, están fuera de la órbita de la función enunciada en su primera parte, en cuanto precisa que se trata de reglamentar "el artículo 1o. del Decreto legislativo No. 356 de 1957", y no la totalidad de su articulado, que es cuestión sustancialmente distinta en su esencia y finalidades.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, de acuerdo con el concepto fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Primero. Es NULO el parágrafo del artículo primero del Decreto 402 de 1969 "por el cual se reglamenta el artículo 1o. del decreto legislativo No. 356 de 1957", en cuanto a la frase "el descascaramiento, la trilla, la molienda y análogos".

Segundo. En lo demás, no hay lugar a declaratoria de nulidad por las razones consignadas en la parte motiva de este fallo.

El proyecto de esta providencia se leyó, discutió y aprobó en la sesión del día 21 de agosto del año en curso, según consta en el acta correspondiente.

Cópiese y Notifíquese.

Alfonso Arango Henao **Enrique Acero Pimentel**

Jorge Dávila Hernández **Lucrecio Jaramillo Vélez**

Jorge Restrepo Ochoa
Secretario

DECRETOS DEL GOBIERNO

VIGILANCIA PRIVADA. No aparece que el decreto 250 de 1969 viole las normas contenidas en los artículos 17 y 39 de la Constitución Nacional, el primero de los cuales ofrece especial protección del Estado al trabajo, protección que en manera alguna se afecta en este caso, y el segundo que garantiza la libre escogencia de profesión u oficio y que desde luego tiene las restricciones que allí mismo se consagran, más severas y minuciosas en tratándose de un servicio público a cargo del Estado que debe ejercerse bajo su control y vigilancia. Quien escoge libremente profesión u oficio sabe de antemano que deberá hacerlo con sujeción a reglamentos preestablecidos de ineludible observancia.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

(Sesión del día veintiuno de agosto de mil novecientos setenta).

Bogotá, D. E., agosto veinticinco de
mil novecientos setenta.

Consejero Ponente: Dr. Enrique Acero Pimentel

REF.: Expediente No. 1234

Las acciones que persiguen obtener la declaratoria de nulidad del Decreto 250 de 1969, "Por el cual se suspende el permiso concedido a organizaciones particulares para coadyuvar con las autoridades en la prestación del servicio público de vigilancia", y que fueron propuestas por los abogados César Castro Perdomo y Pablo José Pérez como mandatarios de varias sociedades de vigilancia particular, (expedientes números 1234 y 1261) fueron acumuladas, a solicitud del Agente del Ministerio Público, por medio de providencia de dos de febrero de 1970.

El Decreto dispone que a partir de su vigencia no podrán funcionar en el territorio nacional empresas o sociedades privadas que tengan por objeto prestar servicios de vigilancia en calles o lugares públicos; que, como consecuencia, quedan canceladas las licencias concedidas; y que los denominados celadores particulares sólo podrán ejercer la función de vigilancia dentro de las residencias o edificios, o dentro de las instalaciones del respectivo negocio o empresa comercial o industrial.

I Sus considerandos expresan que conforme a lo dispuesto en el Art. 16 de la Constitución, corresponde exclusivamente a las autoridades proteger a las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes; que al Gobierno por medio de normas contenidas en los Decretos 2872 de 1953, 2670 de 1954 y 1717 de 1960 permitió la coadyuvancia por parte de organizaciones particulares para prestar ese servicio bajo reglamentación y control de las autoridades; y que, como esta coadyuvancia resultó inoperante y desviadas en los objetivos previstos en aquellas normas, se suspendió en los Decretos Extraordinarios *2727 de 1958 y 3169 de 1968* que *derogaron* expresamente los anteriores.

— II Se afirma en las demandas aludidas que el acto acusado viola los Arts. 17 y 39 de la Carta; el 16 del Decreto Legislativo 1667 de 1966 y la Ley 48 de 1967. Resumidamente los conceptos de quebrantamiento dicen que el trabajo goza en la Constitución de especial protección; que el Gobierno otorgó licencias de funcionamiento a las sociedades de vigilancia y al prohibir que continúen funcionando, se desprotege el trabajo en esta actividad. Que con este Decreto se quita a la autoridad pública la competencia para vigilar una actividad lícita; que mientras la Ley fomenta la actividad lícita de vigilancia y ordena fomentarla, estimularla y auxiliarla, el Decreto incumple estas obligaciones contra la voluntad del Congreso que la protegió y la estimuló ordenando que se fomentara.

El Dr. Pablo José Pérez agrega que si bien es cierto que el Ejecutivo está autorizado para reglamentar las leyes, no lo está para revocarlas y ello constituye abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profiere.

En la vista Fiscal opina el Dr. Joaquín Caro Escallón, agente del Ministerio Público, que el servicio de vigilancia en las vías públicas por lo mismo que no es sino una actividad de la policía preventiva, debe, por ende, de modo ordinario y normal, ser prestado por los agentes públicos, esto es, por los servidores del Estado. Que por evidentes dificultades en que se halla en la época presente el servicio oficial de vigilancia, el legislador extraordinario de 1966, Decreto 1667, y el ordinario del 67, Ley 48, dispusieron que la Policía fomentara las organizaciones particulares de auto-defensa y cooperación con el servicio de vigilancia y supervigilara el desarrollo de sus actividades. Que la Ley ha querido, pues, que se apoye a esas organizaciones particulares y que aunque la vigilancia sigue siendo función primordialmente desarrollada por el Estado, se prevé y aún se desea que exista una cooperación en ese importante servicio por parte de los particulares o personas de derecho privado. Y si ello es así, resulta un tanto excesiva la prohibición total de las organizaciones dedicadas a colaborar en la vigilancia. Si, como lo invoca el Decreto, la coadyuvancia ha resultado inoperante y desviada de sus objetivos, el remedio no está en la abolición definitiva de esas entidades, sino en una regulación completa y estricta sobre su funcionamiento.

La Sala de Decisión, al revocar la providencia que no accedió a decretar la suspensión provisional, en el negocio No. 1234 dispuso suspender los tres primeros artículos del Decreto *sub-judice* razonando de la siguiente manera:

"Para la Sala el acto acusado quebranta ostensiblemente esta norma superior (D.L. 1667 acogido en la Ley 48 de 1967), pues, no sólo no cumple con el mandato del legislador de fomentar las organizaciones de vigilancia privada, sino que, llevándose de calle el precepto legal, que la demanda indica como infringido, prohibe dentro del territorio nacional el funcionamiento de las empresas que colaboran con la policía nacional en la vigilancia de los sectores urbanos, "con el fin de prevenir la comisión de delitos y contravenciones" como textualmente reza el numeral 6o. del artículo 15 del Decreto 1667".

En el expediente No. 1261 fue negada la suspensión provisional por el Consejero sustanciador Dr. Jorge de Velasco y contra la negativa no fue interpuesto recurso de súplica.

Para resolver se considera:

Si bien es cierto que la Sala Decisoria halló configurado el quebrantamiento de la norma del Decreto 1667, que ordenó fomentar este tipo de organizaciones particulares, también lo es que un estudio más hondo y minucioso del problema puede conducir a conclusiones opuestas que den prevalencia a tesis diferente. En efecto: Conviene destacar como premisa el carácter comercial de la vigilancia particular que ha venido prestándose como servicio privado que se cobra comercialmente por las sociedades dedicadas a

ello. La garantía de la Constitución a la libertad de empresa no puede llegar al punto de entregar a la actividad privada la defensa de la vida y de los bienes de los asociados como que es obligación del Estado mismo que no puede declinar en vigilantes particulares a quienes se dota y permite el porte de armas y, consecuencialmente, su uso eventual. Porque además de ser ello una cuestión de principios recogidos en las legislaciones modernas democráticas o no, sería a la luz de ellos inconcebible que empresas privadas tengan, con miras comerciales, la responsabilidad de vigilar la integridad física de los habitantes y sus propiedades u hogares.

A los vigilantes se entrega por este sistema un poder extra constitucional y excesivo y armas que pueden ser bien o mal empleadas sin directo control de las autoridades. Por otra parte, repugna a la cultura cívica que oficio esencial de la Policía pagada con la contribución ciudadana, se desempeña por sociedades particulares como si se tratara de oficios o menesteres comunes u ordinarios.

Por lo demás, la reconocida inseguridad reinante tiene maneras de combatirse por medios diferentes, como serían los de fortificar los recursos de la Policía, complementar su dotación y aumentar su personal, capacitándole convenientemente. Aparecería en verdad contradictorio que se hayan realizado esfuerzos muy notables nacionalizando empresas de servicio público como teléfonos, acueductos y energía eléctrica, y sin embargo continúe en manos privadas la prestación del elemental y más caracterizado servicio público como es el de velar por la integridad de la persona humana y la seguridad de sus propiedades o residencias.

Ciertamente, el citado Decreto de 1966, adoptado como Ley, expresa en su artículo 16 que "La Policía Nacional fomentará las organizaciones particulares de auto-defensa y cooperación con el servicio de vigilancia y supervigilará al desarrollo de sus actividades". Más nótese primeramente que esta norma no impuso al Estado la obligación de prestar el servicio de vigilancia en cooperación con los particulares, sino a la Policía Nacional la de fomentar organizaciones de auto defensa y cooperación con tal servicio. Y la diferenciación, por el aspecto constitucional, es importante y no escapa al sentido crítico. ¿Qué es fomentar? En la acepción pertinente del Diccionario de la Real Academia, es "excitar, promover o proteger una cosa". Entonces, ¿qué alcance tiene el mandato del Art. 16 del Decreto aludido? Ninguno otro diferente para la Policía Nacional y no para el Estado mismo, de fomentar las organizaciones particulares "de auto defensa y cooperación" con el servicio de vigilancia, como lo rezan sus voces. Muchas maneras habrá de fomentar esas organizaciones, diferentes a la que tanto la demanda como el auto de suspensión provisional interpretan como manera excluyente. Está v.gr. la Defensa Civil de amplia resonancia en el país y algunas otras.

Pero lo que si no podrá hacerse será interpretar ese mandato del Decreto 1667 en el sentido de obligación para el Estado contrariando la norma constitucional del Art. 16 de la codificación, vigente en las Cartas fundamentales de la República desde tiempos pretéritos. Fomentar tampoco implica tolerar aquellas organizaciones que no se ajusten a la finalidad perseguida. Es cierto, como lo apunta la vista Fiscal que "la vigilancia sigue siendo función primordialmente desarrollada por el Estado; pero se prevé y aún se desea que exista una cooperación en ese importante servicio por parte de los particulares o personas de derecho privado". ¿Pero qué clase de cooperación, se pregunta la Sala? ¿Lo dice acaso la norma que se estima violada? Lo dice con precisión alguna otra? No será, desde luego, una cooperación que tienda a trasgredir y de hecho quebrante el mandato constitucional

Por otra parte, el acto acusado que lo es el Decreto 250 de 1969 afirma en sus considerandos que el Gobierno Nacional permitió por medio de varios actos la coadyuvancia por parte de organizaciones particulares para prestar servicios de vigilancia y que esa coadyuvancia "resultó inoperante y desviada de los objetivos previstos". Y forzoso será dar crédito a semejantes afirmaciones del Gobierno porque el acto que las contiene está amparado por la presunción de legalidad y por la de veracidad, sin que en este juicio haya elemento probatorio de ninguna clase que las desvirtúe. El Decreto *sub-judice* estimó inoperante y desviada de sus objetivos la coadyuvancia ya dicha, lo cual se ratifica en la nota No. 001568 del Jefe del DAS al Consejo y en el memorando acompañado en ella visible a los folios 20 y siguientes del juicio No. 1261 acumulado. Ante afirmaciones tales, no desvirtuadas en los expedientes que se estudian, ¿podrá continuar afirmándose que debe fomentarse una actividad contra el bien común, contra las conveniencias públicas y de contra la Constitución Nacional? No lo cree así la Sala.

Para la Fiscalía resulta un tanto excesiva la prohibición total del Decreto demandado y considera que el remedio no está en la abolición definitiva de esas entidades sino en una regulación completa y restricta de su funcionamiento. Decir, por una parte, que resulta un tanto excesivo, no es afirmar que resulta ilegal ni trasgresora de norma superior, sino más o menos rigurosa en apreciación personal. E insinuar el remedio y cómo puede aplicarse, no está dentro de la órbita jurisdiccional, y sólo compete discrecionalmente al Gobierno hallar el remedio y aplicarlo.

No sobra, aludir a algunos de los razonamientos que sustentaron el auto de 22 de mayo de 1969 y que en la providencia de suspensión provisional dejaron de examinarse. Expresaron ellos que doctrinantes y tratadistas se acuerden en considerar los servicios de la justicia, la defensa y la policía como esenciales dentro de los cuales está excluída la coparticipación de particulares y que nuestra Carta acoge. El poder de policía pertenece al Gobierno y es un hecho necesario por las exigencias del orden público, la

seguridad, la vigilancia, etc. Por otra parte, los servicios públicos esenciales, la policía entre otros, se prestan ajenos a la mira utilitaria o comercial y se sostienen con la contribución ciudadana. Por mandato de la Constitución las autoridades, y la policía es una de ellas, están instituídas para proteger a todas las personas en su vida, honra y bienes y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. En desarrollo de este principio y tomada por su aspecto más amplio, la función de policía es la potestad del Estado para el ordenamiento de las actividades individuales a fin de garantizar el conjunto de elementos sociales necesarios al bienestar y desarrollo de la actividad ciudadana. Estos principios excluyen la participación privada en la prestación de los servicios esenciales. Y, si como la demanda lo reconoce, y aparece claro en el expediente las sociedades actoras son entidades comerciales de vigilancia privada, cabe aplicarles la norma constitucional y decir que su interés privado debe ceder al interes público o social, superior a cualesquiera otras consideraciones.

Si el Decreto acusado considera que la coadyuvancia resultó inoperante y desviada de los objetivos previstos en ordenamientos anteriores, bien puede, invocando la norma constitucional superior suprimirla o restringirla sin que quepa decir que con ello se afectan situaciones jurídicas establecidas, ni derechos económicos de los particulares. El fomento de esta clase de actividades auxiliares y su estímulo, previsto en el Decreto 1667, no implica en manera alguna que se hayan concedido derechos a personas que a la fecha de ese decreto no existían y que para su constitución debían anteladamente someterse a las reglamentaciones que hubieran de dictarse. De ahí por qué no se encuentra la violación que se predica.

Por lo demás, aludiendo a la denominación que los actores dan al servicio que dicen de vigilancia privada, debe expresarse que el concepto de privada, por oposición al de pública, indica que la tal vigilancia cuyo fomento se dispuso en las normas analizadas, se reduce a su prestación con límite en residencias e interiores, no en calles y lugares públicos y así se tiene que el Decreto acusado no la desestimula, antes bien ordena que se continúe fomentando como lo previene su artículo tercero y solamente la suprime en calles o lugares públicos.

Finalmente, fluye con toda claridad que no aparece que el Decreto en juicio viole las normas contenidas en los Arts. 17 y 39 de la Constitución Nacional el primero de los cuales ofrece especial protección del Estado al trabajo protección que en manera alguna se afecta en este caso, como es obvio; y el segundo que garantiza la libre escogencia de profesión u oficio y que desde luego tiene las restricciones que allí mismo se consagran, más severas y minuciosas en tratándose de un servicio público a cargo del Estado que debe ejercerse bajo su control y vigilancia. Quien escoge libremente profesión u oficio sabe de antemano que deberá hacerlo con sujeción a reglamentos preestablecidos de ineludible observancia.

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 en desacuerdo con su colaborador Fiscal,

FALLA:

NO SE ACCEDE A DECRETAR LAS NULIDADES SOLICITADAS EN LAS DEMANDAS CONTENIDAS EN LOS JUICIOS ACUMULADOS, DE QUE SE HA HECHO MERITO.

Levántase la suspensión provisional decretada en el juicio radicado bajo el No. 1234 iniciado por el Dr. César Castro Perdomo como mandatario de las sociedades actoras.

Cópiese y Notifíquese.

Enrique Acero Pimentel

Alfonso Arango Henao
Con Salvamento de Voto

Jorge Dávila Hernández

Lucrecio Jaramillo Vélez

Jorge Restrepo Ochoa
Secretario

SALVAMENTO DE VOTO DEL

CONSEJERO DR. ALFONSO ARANGO HENAO

Lamento no estar de acuerdo con la ponencia que, por el querer de la mayoría, se ha convertido en fallo de esta Sala.

Mi criterio aparece muy claramente establecido en la providencia de 26 de agosto de 1969, de la que fuí ponente, y por medio de la cual la Sala de Decisión de esta Sección Primera, resolvió decretar la suspensión provisional de los tres primeros artículos del Decreto 250 de 1969. La situación de esa fecha para acá no ha cambiado, quizá porque este asunto trata exclusivamente de puntos de derecho.

Que la vigilancia corresponde al Estado, es una verdad de Perogrullo, como también lo es que, por razones que no vienen al caso, el Estado Colombiano no la presta satisfactoriamente, por lo cual el fallo reconoce que hay otras maneras distintas a la vigilancia particular, para combatir la inseguridad en que se vive en Colombia, trayendo como ejemplo la defensa civil, cuyos resultados han dejado mucho que desear.

Ciertamente el artículo 16 del Decreto 1667 de 1966 no impone obligación al Estado de prestar el servicio de vigilancia en cooperación con entida-

des particulares, pues, simplemente se limitó esta norma a ordenar a la Policía Nacional que fomentara organizaciones de auto-defensa y cooperación con el servicio de vigilancia, dejándole a esta institución gubernamental la supervigilancia de tales actividades particulares. Pero también es cierto, como se dijo anteriormente por la Sala de Decisión, que el decreto acusado, en sus tres primeros artículos, "no sólo no cumple con el mandato del legislador de fomentar las organizaciones de vigilancia privada, sino que, llevándose de calle el precepto legal que la demanda indica como infringido, prohibe dentro del territorio nacional, el funcionamiento de las empresas que colaboran con la policía nacional en la vigilancia de los sectores urbanos 'con el fin de prevenir la comisión de delitos y contravenciones', como textualmente reza el numeral 6o. del artículo 15 del Decreto 1667.".

Estimo que el enfoque del problema planteado debe hacerse con sujeción a las pautas trazadas en la demanda, y por ello nada tienen que ver los considerandos del acto impugnado, pues, no se ha formulado acusación alguna por falsa motivación. Ciertos o no los considerandos, y eficaz y conveniente o ineficaz e inconveniente el acto acusado, ello no interesa al Juez, quien debe limitarse a buscar la violación indicada en la demanda para efectos de su fallo.

Por lo anotado, con todo el respeto que merecen mis compañeros de Sala, no estoy de acuerdo con la sentencia que firmo con las salvedades anotadas, pues, estimo que el decreto 250 de 1969 si quebranta las normas superiores de derecho invocadas por los demandantes.

Con toda consideración,

Alfonso Arango Henao

DECRETOS REGLAMENTARIOS

DECLARACION DE RENTA. *De Sociedades Extranjeras.* **Es nulo el inciso 3o. del artículo 69 del Decreto Reglamentario 154 de 1968.**

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Bogotá, D. E., octubre diez y seis de mil novecientos setenta.

Consejero Ponente: **Dr. Juan Hernández Sáenz**

Demandó el doctor Bernardo Herrera Molina la declaración de nulidad del inciso tercero del artículo 69 del Decreto Reglamentario 154 de 1968 por encontrar que contradice lo estatuído en los artículos 29 del Decreto Ley 1366 de 1967, 10 y 120, ordinal 3o., de la Constitución, 18 del Código Civil y 57 del Código de Régimen Político y Municipal.

Lo primero porque cuando el inciso impugnado les exige que presenten declaración de renta y patrimonio a las personas morales extranjeras que no distribuyan utilidades en Colombia pero reciben participaciones o dividendos por aportes hechos en empresas locales, viene a imponerles a esas entidades una obligación no prevista por la norma que se intenta reglamentar, o sea el artículo 29 del decreto Ley 1366 de 1967, que se limita a ordenar que a esa

especie de contribuyentes se les retenga el 18% de sus participaciones o dividendos por conceptos del impuesto sobre la renta. Cree así el demandante que dicho inciso, además de violar el aludido artículo 29, infringe también el artículo 120, ordinal 3o., de la Constitución, por cuanto implica un claro desbordamiento de la potestad reglamentaria atribuida por esa norma al Presidente de la República.

Y lo segundo porque, en concepto del actor, aquel inciso desconoce el principio de la aplicación territorial de la Ley colombiana, que está consagrado por los artículos 10 de la Constitución, 18 del Código Civil y 57 del Código de Régimen Político y Municipal.

Tramitado el juicio, la parte demandante se abstuvo de alegar. Pero el Fiscal 3o. del Consejo, doctor Eduardo Aguilar Vélez, conceptúa que debía accederse a las súplicas de la demanda.

Se considera:

Dicen así las normas reglamentadas y reglamentarias a que el proceso se refiere:

> "Decreto Ley 1366 de 1967 –Artículo 29–. Las sociedades diferentes de las anónimas y en comandita por acciones, cuando parte de sus derechos sociales corresponda a compañías u otras entidades extranjeras que no distribuyan los dividendos o las utilidades en el país, o a personas naturales no residentes en Colombia, están obligadas a retener un impuesto sobre la renta del dieciocho por ciento (18%) de las participaciones que a tales sociedades correspondan en la renta líquida gravable, previa deducción del impuesto liquidado a la sociedad".
>
> Decreto Reglamentario 154 de 1968.
>
> "Artículo 69 – Inciso Tercero – Las compañías o entidades extranjeras a las cuales deba hacerse la retención de que trata este artículo, están obligadas a presentar declaración de renta y patrimonio y en su liquidación privada podrán deducir del total del impuesto de renta y complementarios el valor que por este concepto les haya sido retenido".

Con la simple lectura de los dos textos anteriores sencillo resulta encontrar la conducencia de los argumentos expuestos en la demanda, pues mientras el artículo 29 del Decreto Ley 1366 apenas exige que se haga una retención en la fuente del 18% sobre el monto de las participaciones o dividendos que les correspondan en sociedades colombianas a las firmas extranjeras que menciona esa norma, el inciso 3o., acusado, les impone también el deber de presentar declaración de renta y patrimonio y liquidación privada del impuesto a su cargo, requisito adicional que para el cumplimiento de sus obligaciones tribu-

tarias en Colombia no puede exigírseles a aquellas firmas por vía de simple reglamentación de ese texto legal, porque, según lo enseña el artículo 120, ordinal 3o. de la Carta, el fin de todo reglamento es conseguir apenas una cumplida ejecución de las leyes, sin variar su sentido, alcances o propósitos, ni ampliar o restringir la voluntad expresa del legislador, finalidad que, como es claro, no se cumple en el caso *sub-judice,* conforme acaba de analizarse.

Estas razones que, por lo demás, no son nuevas pues la Sala ya las ha expuesto extensamente en otras oportunidades, como aquella en que fue declarado nulo el inciso 2o. del artículo 67 del mismo decreto Reglamentario 154 de 1968 por contener una provisión semejante a la que ahora es acusada, hacen supérfluo examinar los otros argumentos contenidos en la demanda, desde luego que con ellas basta para acceder a lo impetrado.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, de acuerdo con el concepto del señor Fiscal 3o. de la Corporación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Es nulo el inciso tercero del artículo 69 del Decreto Reglamentario 154 de 1968, materia de la presente acción.

Cópiese, Notifíquese, Comuníquese y Archívese oportunamente.

Se deja constancia de que la providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión del 15 de octubre de mil novecientos setenta.

Gustavo Salazar T. **Juan Hernández Sáenz**

Miguel Lleras Pizarro **Hernando Gómez Mejía**

Angel M. Camacho Ramírez
Secretario

DECRETOS REGLAMENTARIOS

RENTAS EXENTAS. *Por enajenación de bienes inmuebles. Requisitos*

Una simple comparación entre el artículo 47 de la Ley 81 de 1960 y el 171 del decreto 437 de 1961, deja en evidencia que mientras la Ley declara renta exenta la ganancia lograda con la enajenación de inmuebles poseídos durante más de dos años por contribuyentes con patrimonio que no exceda de cien mil pesos. el reglamento sólo permite esa gracia cuando aquel bien haya tenido la calidad de activo inmovilizado para el enajenante. Restringe pues el reglamento, sin base alguna, el beneficio especial que concedió el legislador en el artículo 47, ordinal 16 de la Ley 81 de 1960 para propiciar el incremento de los pequeños patrimonios y trata de acomodarlo al principio general establecido en los artículos 39 y siguientes de la misma Ley 81, que hacen susceptibles de gravamen sobre la renta las utilidades realizadas en la enajenación de bienes raíces, en los términos y condiciones que tales preceptos señalan.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Bogotá, D.E., octubre treinta de
mil novecientos setenta

Consejero Ponente: **Dr. Juan Hernández Sáenz**

El doctor Jorge E. Paniagua Lozano pide que se declare nulo el artículo 171 del Decreto Reglamentario 437 de 1961 por encontrar que infringe lo estatuído en los artículos 47, ordinal 16, de la Ley 81 de 1960 y 120, ordinal 3o., de la Constitución.

Sostiene que el texto acusado restringe los alcances de la norma que intenta reglamentar, pues mientras ésta última declara renta exenta la utilidad lograda en la enajenación de inmuebles poseídos durante cierto lapso por contribuyentes con patrimonio líquido hasta de cien mil pesos, aquel texto sólo permite gozar de la exención cuando el inmueble objeto de la transacción haya tenido el carácter de activo inmovilizado para el enajenante.

Asevera también que este desbordamiento de la potestad reglamentaria implica quebranto del precepto constitucional citado en la demanda.

Por auto del 28 de agosto pasado fue suspendido provisionalmente el aludido artículo 171, a instancias del doctor Paniagua.

Durante la tramitación del juicio, insistió el actor en sus argumentaciones iniciales y el doctor Eduardo Aguilar Vélez, Fiscal 3o. del Consejo, rindió concepto favorable a lo impetrado en la demanda.

Se considera:

Son tan claros los planteamientos hechos en este juicio, que para resolverlo basta transcribir ahora los razonamientos hechos en el auto del 28 de agosto pasado. Dicen así::

"Para mayor claridad, conviene transcribir los textos reglamentado y reglamentario a que alude el demandante. Dicen así:

"Ley 81 de 1960, Artículo 47. Son rentas exentas del impuesto las siguientes:

. . . 16 – Las utilidades obtenidas en la enajenación de bienes inmuebles, rurales o urbanos, siempre que el respectivo bien haya sido adquirido con más de dos años de anterioridad, y que al patrimonio líquido del contribuyente, en 31 de diciembre del año anterior al de la enajenación, no exceda de $ 100.000."

"Decreto 437 de 1961 – Artículo 171.

Las utilidades realizadas en la enajenación de bienes inmuebles, rurales o urbanos, que tengan el carácter de activos inmovilizados, están exentas siempre que el respectivo bien haya sido adquirido con más de dos años de anterioridad, y que el patrimonio líquido del contribuyente, en 31 de diciembre del año anterior al de la enajenación, no exceda de cien mil pesos ($ 100.000)"

"Una simple comparación de los textos transcritos deja en evidencia que mientras la Ley declara renta exenta la ganancia lograda con la enajenación de inmuebles

poseídos durante más de dos años por contribuyentes con patrimonio que no exceda de cien mil pesos, el reglamento sólo permite esa gracia cuando aquel bien haya tenido la calidad de activo inmovilizado para el enajenante.

Restringe pues el reglamento, sin base alguna, al beneficio especial que concedió el legislador en el artículo 47, ordinal 16, de la Ley 81 de 1960 para propiciar el incremento de los pequeños patrimonios y trata de acomodarlo al principio general establecido en los artículos 39 y siguientes de la misma Ley 81, que hacen susceptibles de gravamen sobre la renta las utilidades realizadas en la enajenación de bienes raíces, en los términos y condiciones que tales preceptos señalan.

Queda así en claro que el artículo 171, acusado, varía el sentido y los alcances del texto legal que intenta reglamentar, lo cual está vedado por el artículo 120, ordinal 3o., de la Constitución."

Ante razones tan evidentes, resulta imperioso acceder a las súplicas de la demanda, conforme al concepto fiscal.

Por 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:

Es nulo el artículo 171 del Decreto Reglamentario 437 de 1961, materia de la presente acción.

Cópiese, publíquese, notifíquese, comuníquese y archívese oportunamente.

Se deja constancia de que la Sala consideró y aprobó esta providencia en la sesión del 29 de octubre de mil novecientos setenta.

Gustavo Salazar T. **Juan Hernández Sáenz**

Miguel Lleras Pizarro **Hernando Gómez Mejía**

Angel M. Camacho Ramírez
Secretario

DECRETOS REGLAMENTARIOS

RETENCION EN LA FUENTE. *Sobre comisiones que no constituyen salario.* **Son nulos los artículos 1o. y 2o. del Decreto 949 de 1969, originario del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.**

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Bogotá, D.E., Noviembre trece de mil novecientos setenta

Proponente: **Dr. Miguel Lleras Pizarro**

REF.: Radicación 1268. Nulidad de los artículos 1o. y 2o. del Decreto número 949 de 1969 del Ministerio de Hacienda. Demandante James W. F. Raisbeck.

El demandante pidió la nulidad de las disposiciones citadas en la referencia por considerar que contrarían el artículo 6o. del Decreto Ley No. 3190 de 1963 y por tanto exceden los límites de la potestad reglamentaria contenida en el artículo 120 numeral 3o. de la Constitución.

En el auto que decretó la suspensión provisional de las disposiciones demandadas se transcribió el proferido el 12 de junio de 1969 en negocio

análogo y que dice así: "El sistema de la retención en la fuente se funda en la necesidad no solo y no tanto de ayudar al gobierno en los recaudos sino de obligar al contribuyente a constituír paulatinamente reservas para que en el momento en que se causa el impuesto disponga de dineros para cancelarlo. Esta constitución de reservas se hizo obligatoria de modo que en el momento en que el contribuyente percibe efectivamente la renta, quien hace el pago de ella ha de retener por sí mismo para entregar luego al gobierno aquella parte que teóricamente, y conforme a las tarifas establecidas por la Ley, se presume que ha de corresponder al Estado a título de impuestos sobre la renta y complementarios.

"La Ley o los decretos que en su lugar estatuyeron el sistema no definieron con claridad lo que habría de entenderse por retención en la fuente pero no es difícil deducir de tales preceptos que se trata de esa especie de constitución de reserva facilitar el pago futuro del impuesto exigible como lo dice el art. 6o. del decreto 3190 de 1963 sobre toda *clase de rentas gravables.* La primera condición para que la renta sea gravable es la de que exista tal renta de modo que cuando se hacen los pagos de sueldos, honorarios y otros de análoga naturaleza exista la seguridad de que se está produciendo una renta que según su cuantía originará un impuesto.

"Lo que se establece en el art. 10 y siguientes del decreto 2933 de 1966 no concuerda con el sistema de retención en la fuente porque lo que allí se ordena es pagar por anticipado un impuesto sobre una renta que no se sabe si existirá o no. Es como un recargo sobre el impuesto que se debe por el año anterior y liquidado sobre las rentas conocidas o sea sobre las del año anterior que tiene la peculiaridad de que se abonará a los impuestos correspondientes al año en que se esté haciendo el pago una vez que se conozca la renta efectivamente percibida. Aunque el decreto diga que este aumento del impuesto se hace a título de la retención en la fuente, ello no es cierto porque se está haciendo un pago antes de que exista la condición para que haya rentas gravables o sea que alguien reciba como renta una cantidad de dinero.

"Se ha dicho frecuente y abundantemente que la potestad reglamentaria solo puede ejercerse en cuanto los mandatos legales no pueden aplicarse sin explicaciones adicionales o sin perfeccionar el procedimiento, lo que indica que con el pretexto de expedir reglamentos no pueden crearse preceptos nuevos no previstos en la Ley. En el caso de las leyes relativas a impuestos no podría aceptarse como mandato suficientemente constitucional, aquél que dijera que se establece un impuesto sin indicar quien debe pagarlo ni cual es su tarifa de modo que sería por lo menos discutible la constitucionalidad de una Ley de esa naturaleza que dejara al arbitrio del gobierno el señalamiento de los contribuyentes y la cuantía del tributo. Podría decirse en principio que una Ley así no podría aceptarse como Ley tributaria. Esta materia

sinembargo no habrá de determinar lo que se decide en relación con el presente recurso y habrá de ser objeto de reflexiones prolongadas cuando se dicte la sentencia.

"Con las normas acusadas no se aspira solo aplicar las tarifas adoptadas para rentas que provengan de fuente distintas de sueldos, dividendos, etc. lo que ya de por sí implica adicional gravamen, sino que se traslada la obligación de retener parte de la comisión pagada de quien hace el pago, en el momento de hacerlo, a quien lo recibe. Con la peculiaridad de que tales supuestas retenciones se liquidan no cuando se pagan las comisiones sino con referencia a las rentas devengadas en el año anterior y como sobretasa al impuesto que se está pagando en el presente año.

"A lo anterior debe agregarse hoy que los artículos 12 y siguientes del decreto No. 320 de 1969 a los cuales se remiten las disposiciones ahora acusadas están suspendidos y por consiguiente no pueden ser aplicadas sus reglas.

"Con el pretexto de ejercer la potestad reglamentaria, nuevos decretos no pueden remitirse a disposiciones cuya vigencia ha sido válidamente suspendida porque hacerlo es procedimiento sutil que conduce a la violación del artículo 99 del Código Contencioso Administrativo según el cual ningún acto anulado o suspendido por los tribunales o por el Consejo de Estado podrá ser reproducido por la corporación o funcionario que lo dictó si conserva la esencia de las mismas disposiciones anuladas o suspendidas".

En el concepto del fiscal tercero del Consejo doctor Eduardo Aguilar Vélez se lee lo siguiente:

"Las disposiciones acusadas son del siguiente tenor:

"Artículo 1o. La retención en la fuente sobre comisiones que no constituyan salario se hará, a partir de la vigencia del presente decreto, según el sistema señalado en los artículos 12 y siguientes del Decreto 320 de 1969".

"Artículo 2o. La cantidad retenida hasta la fecha sobre comisiones que no constituyan salario, de conformidad con el sistema señalado en los artículos 2 al 11 del decreto 320 de 1969, se abonará en la liquidación privada correspondiente al año gravable de 1969 al monto de la retención que deba efectuarse según el segundo sistema, de acuerdo con el porcentaje que se señale para dicho ejercicio".

"El juicio se ha tramitado adecuadamente y a la Fiscalía se le ha corrido traslado para emitir concepto. Esto se hace previas las siguientes consideraciones:

"Las disposiciones acusadas estatuyen que la retención en la fuente sobre comisiones que no constituyan salario se hará según el sistema indicado en los artículos

12 y siguientes del decreto 320 de 1969. Pero ocurre que tal sistema ha sido considerado ya como violatorio del artículo 6o. del decreto 3190 de 1963 y del artículo 120, ordinal 3o. de la Constitución Nacional. A este respecto, el H. Consejo de Estado ha razonado así:

"... cualquier sistema de retención del impuesto en la fuente exige la previa existencia de una renta sobre la cual recaiga el impuesto que vaya a retenerse, o sea un enriquecimiento del contribuyente logrado a través de pagos o abonos en cuenta que reciba de terceras personas y sujeto legalmente al gravamen. De otra manera si se exigiere la retención de un tributo con cargo a una renta inexistente todavía, se trataría de conseguir un efecto sin la previa existencia de la causa, intento que es imposible a todas luces".

"... en consecuencia, el sistema llamado de retención en la fuente hecha por el mismo contribuyente en realidad equivale a ordenarle que pague anticipadamente un impuesto sobre renta que esté en potencia, próxima o remota de percibir, sea cual fuere la tasa, cuantía o factor básico que deba tenerse en cuenta para fijar el monto de ese anticipo y esa cual fuere el origen del dinero con que el contribuyente pague".

"... la simple autorización legal para determinar sistemas de retención en la fuente, como forma de recaudo del impuesto sobre la renta, no habilita en modo alguno para establecer, por vía de mero reglamento, la obligación de pagar anticipos a buena cuenta del dicho impuesto que eventualmente se causa en el futuro. Y el intento de establecerle implica un claro desbordamiento de la potestad conferida por el artículo 120, ordinal 3o., de la Constitución, que sólo permite dictar órdenes, decretos y resoluciones para lograr la cumplida ejecución de leyes expedidas de antemano".

"... en consecuencia, el sistema llamado de retención en la fuente hecha por el mismo contribuyente en realidad equivale a ordenarle que pague anticipadamente un impuesto sobre renta que esté en potencia, próxima o remota de percibir, sea cual fuere la tasa, cuantía o factor básico que deba tenerse en cuenta para fijar el monto de ese anticipo y sea cual fuere el origen del dinero con que el contribuyente pague".

"... la simple autorización legal para determinar sistemas de retención en la fuente, como forma de recaudo del impuesto sobre la renta, no habilita en modo alguno para establecer, por vía de mero reglamento, la obligación de pagar anticipos a buena cuenta del dicho impuesto que eventualmente se cause en el futuro. Y el intento de establecerla implica un claro desbordamiento de la potestad conferida por el artículo 120, ordinal 3o., de la Constitución, que sólo permite dictar órdenes, decretos y resoluciones para lograr la cumplida ejecución de leyes expedidas de antemano".

"De tal manera, H,H. Consejeros, que el sistema que se trata de imponer en las normas acusadas, no constituye un sistema de retención en la fuente, sino un sistema de anticipos de pagos del impuesto completamente distinto, pues las retenciones se liquidan no cuando se pagan las comisiones sino con relación a rentas

devengadas en el año anterior y constituyen por tanto una sobretasa al impuesto que se está pagando en el presente año.

"La violación por parte de las normas acusadas del artículo 6o. del decreto 3190 de 1963 y del 120, ordinal 3o. de la Constitución Nacional, es evidente en el presente caso".

No es necesario agregar nuevas consideraciones para llegar a la misma conclusión del fiscal.

Por lo expuesto el Consejo de Estado por intermedio de la sección cuarta de su Sala de lo Contencioso Administrativo administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

FALLA:

Son nulos los artículos 1o. y 2o. del decreto No. 949 de 1969 originario del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Cópiese, publíquese, notifíquese, dése cuenta al Ministro de Hacienda y Crédito Público. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la reunión del trece de Noviembre de mil novecientos setenta.

Gustavo Salazar Tapiero **Hernando Gómez Mejía**

Juan Hernández Sáenz **Miguel Lleras Pizarro**

Angel M. Camacho Ramírez
Secretario

DECRETOS REGLAMENTARIOS

IMPUESTOS. *División de rentas de trabajo entre cónyuges. La renta cedida no puede capitalizarse.* **En ningún caso es admisible el intento de justificar la posesión o la mayor cuantía de un patrimonio con el aserto de que se capitalizaron rentas devengadas por persona distinta del contribuyente dueño de ese patrimonio, desde luego que la Ley establece la individualidad e independencia de los diversos sujetos tributarios y de sus bienes y rentas, aún en tratándose de los esposos unidos por el vínculo matrimonial, individualidad que proscribe cualquier mezcla o confusión de ingresos o de bienes entre distintos contribuyentes y que impone el principio de que solo se enriquece quien obtiene una ganancia con su propio trabajo o con su propio capital.**

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Bogotá, D.E., noviembre catorce de mil novecientos setenta.

Consejero Ponente: **Dr. Juan Hernández Sáenz**

El doctor Marcos Gómez Rodríguez, en ejercicio de la acción que el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, pide que se declare nulo el inciso 2o. del artículo 14 del Decreto 437 de 1961, pues lo reputa contra-

rio a lo estatuído por los artículos 13 de la Ley 81 de 1960, 55, 76, ordinal 1o. y 120, ordinal 3o., de la Constitución.

Asevera que mientras el artículo 13 de la Ley 81 autoriza a los cónyuges para dividir entre ellos las rentas de trabajo hasta por la cantidad de sesenta mil pesos, con la consecuencia de que la renta cedida se acumula a las demás que haya obtenido el cónyuge cesionario para la liquidación personal del impuesto a este último, la norma acusada infringe este principio cuando prohibe al cesionario de la renta de trabajo capitalizarla en su favor, dejando este privilegio para el cónyuge cedente.

Y afirma que el supuesto quebranto del precepto legal acarrea graves consecuencias para el esposo cesionario, como la posibilidad de que le liquide el impuesto sobre la renta por el sistema de la comparación de patrimonios, al no admitírsele como causa justificativa de un incremento de sus activos el valor de la renta cedida, la cual apenas se le tiene en cuenta, como si fuera suya y no del cedente, para gravársela con el impuesto, tesis que el demandante califica como un contrasentido.

Argumenta además que no debe confundirse el conjunto de preceptos civiles que establecen el régimen de bienes dentro del matrimonio con las normas tributarias que regulan lo relativo a la distribución de rentas de trabajo para efectos fiscales, intentando aplicar en este último campo los principios que rigen para el primero, en perjuicio de los intereses fiscales de los cónyuges.

Dice así que nada importa en el ámbito tributario la circunstancia de que el régimen patrimonial en el matrimonio no hubiere sufrido modificaciones con posterioridad a la época en que la Ley 81 de 1960 autorizó la división de rentas de trabajo entre los cónyuges, ya que, para el actor, lo que interesa desde el punto de vista fiscal es el hecho de que la renta cedida radica en cabeza del esposo cesionario para efecto de la liquidación del gravámen a su cargo, lo cual indica, en su sentir, que esa renta cedida debe tenerse como propia del cesionario para todo lo referente al tratamiento fiscal que haya de dársele, inclusive para justificar ante las autoridades de impuestos cualquier aumento patrimonial obtenido, pues cree que no pueden dividirse las consecuencias jurídicas de la ficción que consagró la Ley al admitir que las rentas de trabajo devengadas por uno de los cónyuges radiquen en el otro, como si fueran propias de este, siendo los esposos sujetos tributarios distintos, conforme a la misma Ley 81, hasta el punto de que sólo por excepción, al distribuir entre ellos aquellas rentas,, son solidariamente responsables para el pago del impuesto sobre la renta a cargo de cada uno.

Entiende así el demandante que la norma acusada infringe los preceptos que se citaron al principio y por ello impetra su anulación.

En el auto admisorio de la demanda, proferido el 21 de mayo de 1970, no se accedió a suspender provisionalmente el texto impugnado. Y la Sala de Decisión, en auto del 18 de junio siguiente, confirmó esta providencia al resolver el recurso de súplica que había interpuesto el doctor Gómez Rodríguez.

Por último, el Fiscal 3o. del Consejo, doctor Eduardo Aguilar Vélez, rindió concepto adverso a las súplicas del demandante, luego de analizar los distintos razonamientos hechos en el libelo.

Corresponde ahora decidir a esta Sala y, para ello, considera:

La renta en el derecho tributario colombiano es el enriquecimiento efectivo de un contribuyente en un determinado ejercicio gravable, sea que el ingreso provenga de su propio trabajo, del rendimiento de su capital o de ambas fuentes a la vez.

Naturalmente, estos ingresos efectivos y no virtuales pueden ser capitalizados por su dueño para formar un patrimonio, cuya existencia se justifica por ese solo hecho, siempre que su monto inicial a los sucesivos incrementos que experimente no superen el valor de la renta gravable y, por lo mismo, susceptible de capitalización, obtenida por su titular en la anualidad en que comenzó la formación del patrimonio o en que se logró el respectivo aumento.

De otra suerte, si un patrimonio se denuncia por primera vez y su monto excede al de la renta gravable o si acontece lo mismo con el aumento logrado de una anualidad a otra, la Ley entiende que esos fenómenos obedecen a la capitalización de un enriquecimiento o renta gravable, salvo que el contribuyente demuestre en cabal forma la causa concreta y legítima de la existencia o incremento de sus bienes, como la recepción de una herencia, la valorización nominal de activos poseídos de antemano o el logro de ganancias extraordinarias no gravables, por ejemplo.

Pero en ningún caso es admisible el intento de justificar la posesión o la mayor cuantía de un patrimonio con el aserto de que se capitalizaron rentas desde luego que la Ley establece la individualidad e independencia de los diversos sujetos tributarios y de sus bienes y rentas, aún en tratándose de los esposos unidos por el vínculo matrimonial, individualidad que proscribe cualquier mezcla o confusión de ingresos o de bienes entre distintos contribuyentes y que impone el principio de que sólo se enriquece quien obtiene una ganancia con su propio trabajo o con su propio capital. El esfuerzo o el peculio ajenos rinden fiscalmente para sus autores o dueños y para nadie más.

Es entonces muy claro que si el artículo 13 de la Ley 81 de 1960 permite la división de rentas de trabajo entre los cónyuges no separados, es apenas con el ánimo de aminorar la carga tributaria para esta especie de ingresos que, de otro modo, al quedar en cabeza exclusiva de su dueño único, real y efectivo, es decir la persona que los devengó, serían susceptibles de un gravamen mucho más alto que el que les corresponde al producirse aquella división.

No hay tanto motivo para entender que el aludido artículo 13 crea un modo de adquirir el dominio de las rentas cedidas fiscalmente por un cónyuge al otro, a través de la cesión y en favor del esposo cesionario, puesto que una medida de tal índole sólo puede adoptarse por disposición expresa, categórica e inequívoca del legislador, que no aparece ni en el mencionado artículo 13 ni en ningún otro texto de la Ley 81 de 1960.

Si la Ley no prevé en parte alguna que la renta cedida por un cónyuge al otro, dentro de la división permitida por el artículo 13 de la Ley 81 de 1960, pasa a pertenecer al esposo cesionario, como si éste la hubiese devengado realmente y que desaparece para el cedente, quien la obtuvo gracias a su esfuerzo personal, no tiene ningún fundamento sostener que esa renta es capitalizable por el cesionario, aún para los simples efectos fiscales y por obra de una ficción legal, desde luego que esta última no aparece consagrada en texto expreso y que la mera división de rentas permitida por dicho precepto no acarrea en modo alguno consecuencias en el campo jurídico, como el traspaso real y efectivo del dinero ganado por un esposo al patrimonio del otro, lo cual sería evidentemente necesario para que este pudiese capitalizar en su favor ese dinero, antes ajeno y ahora suyo a virtud de aquel traspaso, que en verdad no permite la Ley, según quedó visto.

De otra parte, la solidaridad entre los cónyuges para el pago del impuesto que el artículo 13, Parágrafo 2o., establece para el caso en que hayan dividido rentas de trabajo, no desvirtúa sino antes corrobora las argumentaciones anteriores, ya que si tal división implicara el traspaso verdadero de la renta de un esposo al otro, aquella solidaridad carecería de base justificativa en razón de la individualidad e independencia de los contribuyentes que consagra ese mismo precepto.

Si hay solidaridad entre los cónyuges para el pago de los tributos a su cargo cuando dividen ingresos es porque se trata del gravamen a una misma renta de trabajo, así sea que el cónyuge cesionario sólo denuncie la renta cedida, o que ésta haya de colacionarse con ganancias propias del cesionario para el efecto de su liquidación personal del impuesto, según lo estatuye el Parágrafo 1o. del artículo 13 de la Ley 81, varias veces mencionado.

Los razonamientos anteriores indican a las claras que nada tiene de extraño ni de violatorio de la Constitución o de la Ley que el texto acusado

exprese el principio de que las rentas de trabajo cedidas por un cónyuge al otro no son capitalizables por el cesionario, desde luego que así fluye de los preceptos reglamentados y de la naturaleza misma de las cosas y así debe decirlo un reglamento para que cumpla su tarea de facilitar la aplicación de las leyes.

Las pretensiones del demandante no pueden por lo tanto prosperar.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, de acuerdo con el concepto del señor Fiscal 3o. de la Corporación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

No se accede a las peticiones del libelo.

Cópiese, publíquese, notifíquese, comuníquese y archívese oportunamente.

Se deja constancia de que la providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión del 13 de Noviembre de 1970.

Gustavo Salazar T **Juán Hernández Saénz**

Miguel Lleras Pizarro **Hernando Gomez Mejía**

Angel M. Camacho
Secretario

DECRETOS REGLAMENTARIOS

CUOTA DE FOMENTO ALGODONERO. En ningún momento esta cuota ha dejado de regir como consecuencia de la extinción del Instituto de Fomento Algodonero; y su recaudación fue asignada al Instituto Colombiano Agropecuario.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Bogotá, D. E., diciembre diecisiete de mil novecientos setenta.

Consejero Ponente: **Doctor Gustavo Salazar T.**

REF.: Expediente número 1415
Actor: Jorge López Sanín

En ejercicio de la acción de simple nulidad el Doctor Jorge López Sanín, obrando en su propio nombre, demandó del Consejo de Estado declare la nulidad del artículo 4o. del Decreto Nacional número 1328 de 1969.

La síntesis de los hechos en que se apoya para hacer tal petición es la siguiente:

En virtud de contrato celebrado el primero de septiembre de 1948 entre el gobierno y el Instituto de Fomento Algodonero, éste se obligó a la prestación de varios servicios entre otros la investigación científica sobre todos los

ramos de la técnica en el cultivo del algodón, establecimiento de granjas experimentales, etc.; y el gobierno en cambio le entregó como compensación el producto de los impuestos sobre consumo de algodón en fibra e hilazas que debían pagar las empresas que utilizaran como materia prima el algodón, impuestos creados por los Decretos Legislativos números 2216 de 1948 y 319 de 1949.

Por Decreto Legislativo número 243 de 1957 el gobierno estableció la cuota de fomento sobre consumo de algodón e hilazas a razón de tres centavos por kilo de algodón en fibra y de diez centavos por kilo de hilazas que se importaran y dispuso que tal cuota sería percibida directamente por el Instituto de Fomento Algodonero "por cuenta del gobierno nacional, en cumplimiento del contrato vigente sobre prestación de servicios relacionados con el fomento de la producción de algodón en el país". El mismo Decreto suprimió el impuesto sobre consumo de algodón que antes se mencionó.

El Decreto Legislativo número 188 de 1951 fijó el precio de compra obligatorio por kilo de algodón desmotado. En los considerandos se dice que como en la reciente reunión los productores de algodón "convinieron en pagar al Ifa la suma de veinte centavos por cada arroba de algodón en semilla", en el artículo 4o. del mismo Decreto se dispuso que las personas naturales y jurídicas que compren algodón en el país deberán suscribir acuerdos con dicho instituto para el recaudo del valor mencionado.

Por Decreto-Ley número 1345 de 1959 se crearon cuotas de fomento sobre la importación de algodón en bruto a razón de tres centavos por kilo y de diez centavos por kilo de hilazas.

El día 1o. de julio de 1968 expiró el contrato celebrado entre el gobierno y el Ifa; y la vida de éste terminó el 27 de febrero de 1968, ya que según los estatutos el término de duración fue de veinte años a contar de la fecha en que le fue reconocida la personería jurídica (Diario Oficial número 26.649 de 11 de febrero de 1948). De esta fecha en adelante no quedó quien percibiera la cuota de fomento sobre consumo de algodón e hilazas creada por Decreto número 243 de 1957. "Extinguido el Ifa quedó sin vigencia la cuota de fomento sobre consumo de algodón".

La Ley 65 de 1967 revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias entre otras cosas para suprimir, fusionar y crear dependencias y empleos en la rama ejecutiva y en los institutos y empresas oficiales y acordar autonomía o descentralizar el funcionamiento de oficinas de la administración.

En desarrollo de esas facultades el gobierno dictó el Decreto-Ley número 2420 de 1968, que en su artículo 67 dispone:

"Artículo 67. La totalidad de los bienes que actualmente posee el Instituto de Fomento Tabacalero y el Instituto de Fomento Algodonero, lo mismo que los bienes adscritos al Ministerio de Agricultura para las labores de fomento agropecuario y de conservación de los recursos naturales, serán aportados por el Gobierno Nacional antes del 31 de diciembre de 1968, a los organismos del Sector Agropecuario, de conformidad con el reglamento que se expida. Igualmente, se distribuirán los productos de impuestos y tasas que actualmente perciban los mencionados organismos y se señalará a quien corresponda asumir los pasivos de tales Institutos".

Por Decreto número 2847 de 1968 el gobierno reglamentó parcialmente el artículo 67 transcrito y dispuso que los bienes del Instituto de Fomento Algodonero pasaran a los institutos Colombiano Agropecuario (Ica), de Mercadeo Agropecuario (Idema) y de la Reforma Agraria (Incora). Esto prueba que el Ifa se había extinguido, como lo dispusieron los Decretos 2216 de 1948 y 319 de 1949 y según los estatutos del mismo instituto tales bienes pasarían a ser propiedad de la Nación.

El Decreto número 1328 de 1969 "considerando que por medio del Decreto 2420 de 1968 se reestructuró el sector agropecuario y de conformidad con el artículo 67 del mismo, corresponde al gobierno nacional aportar a los organismos del sector la totalidad de los bienes del Instituto de Fomento Algodonero (Ifa), del Instituto de Fomento Tabacalero (Intabaco) y del Instituto Zooprofiláctico Colombiano distribuir los productos de impuestos y tasas que percibían los mismos y señalar las entidades que deberían asumir sus pasivos". Dispuso por el artículo 1o. que el pasivo que el 31 de diciembre de 1968 arrojara en su balance el Ifa fuera asumido por el Idema y el Ica y textualmente el artículo 4o. prescribe:

"Las cuotas y tasas de supervisión de asistencia técnica –incluída la cuota de consumo algodonero– que venía cobrando y recibiendo el Instituto de Fomento Tabacalero, el Instituto de Fomento Algodonero y el Instituto Zooprofiláctico Colombiano, a partir del 1o. de enero del presente año continuarán siendo cobradas y recibidas por el Instituto Colombiano Agropecuario 'Ica'.

"Asimismo se destinan al Instituto Colombiano Agropecuario 'Ica', los saldos que por tales conceptos existían en 31 de diciembre de 1968, a favor de aquellos institutos".

Según el demandante la última norma transcrita viola: a) el artículo 43 de la Constitución Nacional por cuanto la cuota de fomento de consumo algodonero había dejado de regir con la desaparición del Ifa y el gobierno carecía de facultad para revivirla; b) el artículo 67 del Decreto 2420 de 1968 porque ésta no autorizó distribuir cuotas sino impuestos y "si se considera que es un impuesto ha debido distribuirse antes de finalizar 1968 como lo manda dicho Decreto".

Por último, sostiene que la norma acusada infringe el ordinal 3o. del artículo 120 de la Constitución Nacional por extralimitación de la facultad reglamentaria, ya que el artículo 67 del Decreto 2420 de 1968 limitó el tiempo de distribución del impuesto al día 31 de diciembre de 1968 "y el impuesto sobre consumo de algodón había dejado de regir y el acto acusado vino a crearlo, sin facultad legal y lo destinó sin incluir entre las rentas de la Nación, lo que solo podía hacer el Congreso".

Cumplido el trámite propio del juicio ordinario es oportuno decidir la cuestión planteada.

El Fiscal del Consejo doctor Bernardo Ortíz Amaya hace un análisis muy juicioso y ajustado a derecho, al cual pertenecen los siguientes apartes:

"Como el demandante sostiene que la cuota de fomento de consumo algodonero es un impuesto, pero no es dicha cuota ni su naturaleza la que se está discutiendo en este negocio, por cuanto que dicha imposición fue establecida por el Decreto Legislativo 243 de 1957 y no es ésta el acto cuya nulidad se está solicitando; para los efectos de este estudio, basta afirmar que el Art. 2o. del mencionado Decreto estableció la cuota de fomento sobre consumo de algodón e hilazas, que entró a regir a partir del 1o. de enero de 1958, y hasta el momento no ha sido derogado, suspendido o modificado por ninguna otra disposición.

"Por otra parte se afirma que dicha cuota de fomento dejó de regir por no existir la entidad que debía percibirlo.

"La anterior afirmación es a todas luces gratuita y sin fundamento en el derecho, puesto que la cuota, llámese imposición, tributo, impuesto, tasa o como se quiera, fue decretada con el objeto de que su producto se destinará al fomento de la producción de algodón en el país, y expresamente el Art. 5o. del mismo Decreto Legislativo 243 de 1957, estableció que ella sería recibida por el Instituto de Fomento Algodonero, 'por cuenta del gobierno nacional'; lo que está indicando que dicha contribución, cuota, impuesto o tasa, tenía una destinación específica para el financiamiento de los planes de desarrollo agropecuario que adelanta el Gobierno Nacional en beneficio de la comunidad; y el Instituto de Fomento Algodonero simplemente recibía dicha cuota en nombre del Estado; y con el fin específico de destinarla a las labores de desarrollo que estaba obligado a cumplir el Instituto por virtud del contrato de servicios celebrados desde el año de 1948.

"Sostener, por tanto, que la mencionada cuota ha dejado de tener vigencia por no existir ya la entidad encargada de su recaudo, es contrariar la esencia de la contribución y negar lo sustancial por cambio o desaparición de lo accidental.

"Por último, afirma el demandante que el Gobierno Nacional, no tenía autorizaciones para distribuir la cuota, por haberlo hecho con posterioridad al 28 de diciem-

bre de 1968, fecha en la cual terminaron las facultades extraordinarias concedidas mediante la Ley 65 de 1967.

"En efecto, dicha Ley 65 expiró en la fecha anteriormente anotada, pero es conveniente anotar que las facultades concedidas al Poder Ejecutivo, y relacionadas con el asunto de que se trata, constan en el inciso i) del art. 1o., por medio del cual autorizó al Estado para 'suprimir, fusionar y crear dependencias y empleos en la Rama Ejecutiva del Poder Público, y en los Institutos y Empresas Oficiales y acordar autonomía o descentralizar el funcionamiento de oficinas de la administración que así lo requieran para el mejor cumplimiento de sus fines'. Ahora bien, en desarrollo de esas facultades extraordinarias, el Ejecutivo dictó el Decreto-Ley número 1050 de julio 5 de 1968 por medio del cual creó un estatuto de la Administración Nacional que comprende los Ministerios y Departamentos Administrativos así como los organismos descentralizados; y el art. 5o. del mismo Decreto definió cuáles son dichos organismos que reciben el nombre de establecimientos públicos y las características que deben tener para ser considerados como tales.

"Aún cuando la prestación de servicios por parte del Instituto tuvo como origen un contrato, y la organización del mismo fue generada en el sector privado como entidad de derecho privado, por virtud de las funciones desarrolladas en actividades de carácter nacional, dicha entidad 'se estatizó' convirtiéndose en un Instituto Descentralizado de Derecho Público, como lo definió ya el Consejo de Estado en sentencia de 27 de octubre de 1959, que se halla en firme.

"Por eso, el Decreto-Ley 2420 de 1968 dictado con fundamento en las facultades extraordinarias de la ley 65 de 1967, estableció cuáles eran los organismos adscritos al Ministerio de Agricultura, en su carácter de establecimientos públicos, por medio de su art. 19 y por medio del art. 60 dispuso que el Fondo de Fomento Agropecuario creado por el Decreto 313 de 1959 continuaría funcionando como una unidad de financiamiento para atender el fomento de las materias primas agropecuarias. Como consecuencia de lo anterior, el art. 66 del mismo Decreto-Ley, dispuso que las actividades que desarrollaban en ese entonces el Instituto de Fomento Algodonero y el Instituto de Fomento Tabacalero serían atendidas por el Instituto Colombiano Agropecuario y el Instituto de Mercadeo Agropecuario; y en el artículo siguiente ordenó que antes del 31 de diciembre de 1968 el gobierno nacional aportaría los bienes de propiedad de los institutos de Fomento absorbidos, a los nuevos organismos del sector agropecuario.

"En cumplimiento de esta orden se dictó el Decreto Reglamentario 2847 de 1968 que hizo la distribución de los bienes mencionados.

"Se debe llamar la atención sobre el hecho de que en uso de las Facultades Extraordinarias de la ley 65, el mismo artículo 67 del Decreto 2420 dispuso también que el gobierno nacional distribuiría los productos de impuestos y tasas que perciben los mencionados organismos y que señalaría a quien correspondería asumir los pasivos de los mismos.

"Esta última orden no tiene la limitación en el tiempo que el mismo artículo estableció para el aporte de los bienes de dichos institutos; y como se desprende del texto completo del artículo comentado, correspondía al gobierno nacional tomar dichas decisiones mediante los Decretos Reglamentarios correspondientes, en ejercicio de las atribuciones que le otorga la Constitución Nacional en el inciso 3o. del artículo 120.

"En otras palabras, las Facultades Extraordinarias de la ley 65 fueron ejercidas por el Estado mediante la promulgación del Decreto-Ley 2420 y dentro del término que tenía para ello, pues las demás decisiones, en desarrollo de la norma general establecida por dicho Decreto-Ley fueron fruto solamente de la potestad reglamentaria que tiene el Ejecutivo.

"Así, pues, vemos que el Decreto 2847 de 1968 que hizo la distribución de los bienes de los institutos absorbidos. tiene el carácter de Decreto Reglamentario, dictado dentro del término fijado por el Decreto-Ley 2420; y el Decreto 1328 de agosto 20 de 1969, es otra disposición reglamentaria sobre asuntos, a los cuales no se les fijó limitación en el tiempo, en la norma general. Dichos asuntos son precisamente la designación de los organismos que debían asumir los pasivos de los Institutos absorbidos por la decisión del Decreto-Ley y la distribución de los productos de impuestos y tasas que esos organismos recibían; y esas decisiones son precisamente las que contempla el aparte final del art. 67 del Decreto-Ley 2420 y a las cuales no se les fijó término para cumplirlas.

"Pero además, es necesario tener en cuenta que el art. 4o. del Decreto 2847 de 1968, dispuso que los Institutos absorbidos funcionarían hasta el 31 de diciembre del mismo año de 1968, y por eso con fundamento en los balances consolidados de esos Institutos en la fecha mencionada, se dispuso en el Decreto 1328 la distribución de los pasivos y la facultad de cobrar las cuotas y tasas por parte del Instituto Colombiano Agropecuario, según la voz del art. 4o. de ese Decreto, que es el objeto de la demanda de nulidad.

"El presente análisis lleva a la conclusión de que el Instituto de Fomento Algodonero, entidad pública descentralizada, subsistió hasta el 31 de diciembre de 1968; que en ningún momento la cuota de fomento sobre consumo de algodón ha dejado de regir y que el gobierno nacional, primero en uso de las facultades extraordinarias de la Ley 65 de 1967 y luego mediante su potestad reglamentaria que consagra la Constitución, asignó al Instituto Colombiano Agropecuario, la facultad de continuar recaudando dicha cuota a partir del 1o. de enero de 1969 y de recibir los saldos que por tales conceptos existieran en 31 de diciembre de 1968.

"No se ve por lo tanto que el art. 4o. del Decreto 1328 de 1969 esté violando las normas contitucionales mencionadas por el demandante, pues las decisiones tomadas por el Poder Ejecutivo al reglamentar el Decreto-Ley 2420 de 1968 están ajustadas a sus atribuciones propias que le otorgan la Constitución y la Ley.

"Por lo anterior, la Fiscalía considera que se deben negar las peticiones formuladas por el demandante".

La Sala comparte el análisis y la conclusión a que llega su colaborador fiscal y solo tiene que agregar lo siguiente:

Los términos en que está redactado el Decreto Legislativo número 243 de 1957 son muy claros en el sentido de que por él se creó un impuesto con cuyo producto se incrementaría el cultivo del algodón en Colombia, impuesto que se denominó "cuota de fomento sobre consumo de algodón" y fue también muy claro en que dicho impuesto sería percibido directamente por el Instituto de Fomento Algodonero de las fábricas respectivas pero "por cuenta del gobierno nacional". Tal Decreto se adoptó como Ley por la Ley 141 de 1961 y como ésta no ha sido derogada el impuesto está vigente.

El demandante hace especial énfasis en que por haber dejado de existir el Ifa la cuota de fomento sobre consumo de algodón creada por el Decreto 243 de 1957 desapareció. Sobre esto hay que decir que por virtud del contrato celebrado entre el gobierno y el Ifa a éste se le entregó el producto del impuesto por el término de duración del contrato y que el Decreto 243 dispuso que lo cobrara directamente de quienes lo debían pagar. Pero por el hecho de que hubiese expirado el término del contrato no desapareció el impuesto; simplemente el gobierno recobró el derecho a percibirlo para sí.

Además, el Ifa si bien tuvo su origen como entidad de derecho privado luego se convirtió en un establecimiento público, como lo decidió el Consejo de Estado en fallo de 27 de octubre de 1959, publicado en los anales, tomo LXI bis. Lo que quiere decir que tampoco desapareció el instituto al término de los veinte años fijado en los estatutos de fundación.

Por virtud de las facultades especiales de que fue revestido el gobierno por la Ley 65 de 1967, entre otras para suprimir, fusionar y crear dependencias y empleos en la rama ejecutiva del poder público y acordar autonomía o descentralizar el funcionamiento de oficinas de la administración dispuso que los bienes del Ifa pasarían a otros organismos del sector agropecuario antes del 31 de diciembre de 1968 y según reglamento que se dictaría posteriormente. Y también que los impuestos y tasas vigentes se distribuirían por actos posteriores (Decreto 2440 de 1968).

Por Decreto 2847 de 1968 el gobierno determinó que los bienes del Ifa pasarían al Ica, al Idema y al Incora; y por el Decreto número 1328 de 1969 dispuso en su artículo 4o. que el impuesto sobre consumo de algodón continuaría siendo cobrado por el Ica. Como ya se dijo tal impuesto está vigente y el gobierno podía legalmente prescribir su forma de percepción, por virtud de las facultades de la Ley 65 de 1967.

Además, el Decreto 1328 de 1969, que contiene el artículo 4o. acusado, es característico decreto reglamentario, puesto que tiende a dar vida práctica a las normas del Decreto 2440 de 1968, esto es, que su finalidad fue la de desarrollarlo y hacerlo eficaz. Por lo mismo para dictarlo el gobierno no estaba limitado en el tiempo pudiendo hacerlo después del 31 de diciembre de 1968.

En mérito a las consideraciones que anteceden, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley y de acuerdo con su colaborador fiscal.

FALLA

No se accede a decretar la nulidad solicitada.

Cópiese, notifíquese, publíquese y archívese el expediente.

Se deja constancia que esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en la sesión de hoy.

Gustavo Salazar T. **Hernando Gómez Mejía**

Juan Hernández Sáenz **Miguel Lleras Pizarro**

Angel M. Camacho Ramírez
Secretario

CAPITULO SEGUNDO:

Resoluciones Ministeriales y otros actos de los Ministros

RESOLUCIONES MINISTERIALES

Ministerio de Defensa

REVOCACION DIRECTA. Ni la petición de revocación, ni el acto que sobre élla recaiga, reviven los términos para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas. (Art. 23 del Decreto 2733 de 1959).

HEREDEROS DE MILITARES. *Pensión para las hijas célibes.* **Aunque la Ley otorga el derecho privativamente a la hija célibe, cuando no hay otro beneficiario de mejor derecho, es lógico que la doctrina haga extensivo ese derecho, a la hija que se halle en estado de viudez cuando muere el padre pero no a la hija que siendo casada a tiempo de morir el padre, enviuda posteriormente, porque el derecho en realidad no ha nacido.**

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Bogotá, D. E., agosto catorce de
mil novecientos setenta.

Consejero Ponente: Dr. Andrés Holguín

Las señoras María Emma de Narváez viuda de Peña y Alicia de Narváez viuda de Medina, obrando por medio de apoderado y ejercitando la acción de

plena jurisdicción, instauraron demanda ante el Consejo de Estado, el 20 de agosto de 1969 para que se declare nula la resolución No. 2123 de 17 de abril del mismo año, expedida por el Ministerio de Defensa Nacional, y para que, como consecuencia de esa nulidad, se las restablezca en su derecho, disponiendo que dicho Ministerio revoque la resolución No. 1531 de 1965 y reconozca a las dos demandantes una pensión mensual vitalicia en su condición de hijas viudas del General Juan S. de Narváez.

Los hechos en que se funda la demanda son, en síntesis, los siguientes: el señor Juan S. de Narváez prestó servicios militares por un lapso superior a 33 años, y murió teniendo el grado de general, el 9 de febrero de 1922; había contraído matrimonio con Enriqueta Caicedo, fallecida en 1952, y de ese matrimonio nacieron las dos demandantes, las que, habiendo contraído matrimonio, enviudaron, María Emma el 7 de diciembre de 1956 y Alicia el 21 de octubre de 1966; fundándose en lo dispuesto por el art. 22 de la Ley 75 de 1925, la señora María Emma de Narváez viuda de Peña solicitó al Ministerio de Defensa Nacional el reconocimiento y pago de una pensión mensual vitalicia como hija legítima y ya viuda del General Juan S. de Narváez,pero el Ministerio, por medio de la resolución No. 1531 de 25 de marzo de 1965, negó la pensión impetrada; posteriormente, el Ministerio reconoció el derecho a gozar de pensión a otras hijas viudas de militares pensionados y fallecidos, por lo cual María Emma viuda de Peña, primero, y Alicia viuda de Medina, después, solicitaron el reconocimiento de la pensión, aquella mediante la petición de revocatoria directa de la resolución que se le había denegado; y el Ministerio de Defensa, por medio de la resolución No. 2123 de 1969, acusada en el presente juicio, negó la revocatoria directa de la resolución No. 1531 de 1965 —que como queda dicho, había negado la pensión a María Emma y rechazó la petición sobre pensión de Alicia de Narváez viuda de Medina.

La parte demandante señaló, como normas violadas por el acto acusado, el art. 22 de la Ley 78 de 1925, el art. 7o. del decreto 2036 de 1931, la Ley 2a. de 1945, los arts. 21 y siguientes del decreto 2733 de 1959 y las disposiciones concordantes.

En un capítulo especial de su libelo, la parte demandante expuso el concepto de violación de aquellas normas, insistiendo principalmente en que, por una parte, la regla general es que todas las providencias de la administración son acusables ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, no hallándose exceptuado el acto que niega la revocación directa de otro, por lo cual estima procedente la acción de nulidad intentada contra la resolución No. 2123 de 1969; y, por otra, que según doctrina reiterada del Consejo de Estado, que el propio Ministerio de Defensa Nacional ha acogido en varias oportunidades, la situación de la hija viuda debe asimilarse a la de la hija célibe de un oficial fallecido, por lo cual estima la parte actora que el Minis-

terio ha debido decretar la pensión a favor de las dos hijas viudas del general Juan S. de Narváez.

La demanda fue admitida en auto de 28 de agosto de 1969. El juicio siguió su trámite legal. Debidamente notificado el Ministerio de Defensa Nacional, designó un apoderado que no intervino luego en el proceso. Se decretaron y practicaron las pruebas solicitadas por la parte demandante, y se trajo oportunamente a los autos el expediente administrativo. Al emitir concepto de fondo, la Fiscalía Cuarta estimó que el Consejo de Estado debe negar las peticiones de la demanda, y en respaldo de su solicitud transcribió algunos apartes del fallo dictado el 1o. de julio de 1970 por esta misma Corporación dentro del juicio promovido por Elvira Gómez viuda de Bohórquez. Finalmente, en auto de 11 de julio de 1970 se citó a las partes para sentencia. Ejecutoriado tal auto, sin que se halle causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a dictar sentencia con base en las siguientes consideraciones:

LA SITUACION DE HECHO

La situación de hecho, de que dan cuenta los autos, es la siguiente: el General Juan S. de Narváez, quien había contraído matrimonio con Enriqueta Caicedo en 1889 murió después de más de 33 años de servicios militares, en febrero de 1922; de aquel matrimonio nacieron las dos demandantes, María Emma en 1893 y Alicia en 1907; aproximadamente 30 años después, de su esposo, falleció la señora Enriqueta Caicedo viuda de Narváez en 1952; anteriormente, las dos hijas habían contraído matrimonio, María Emma en 1915 —antes de la muerte de su padre—, y Alicia en 1928, después de la muerte de su padre, o sea que era célibe en 1922 al fallecer el general de Narváez; las dos hijas a su vez enviudaron, María Emma en 1956 y Alicia en 1966, o sea que ambas quedaron viudas después de la muerte del general de Narváez y del fallecimiento de su madre la señora Caicedo viuda de Narváez.

Los hechos anteriores muestran que, a tiempo de morir el general de Narváez en 1922, vivía su esposa quien, de este modo, tenía derecho a la respectiva pensión; su hija María Emma ya estaba casada, y no había enviudado ; y su hija Alicia era aún célibe.

En 1963, cuando María Emma ya era viuda y Alicia estaba todavía casada —pues su esposo murió en 1966—, aquella solicitó al Ministerio de Defensa Nacional (antes, de Guerra), por medio de apoderado, el reconocimiento de la pensión que le correspondía, como hija legítima del general Juan S. de Narváez. Su petición fue negada por el Ministerio en resolución No. 1531 de 25 de marzo de 1965, por estimar aquel Despacho que la peticionaria María Emma de Narváez viuda de Peña tenía la calidad de mujer casada, quedando excluída por consiguiente del grupo de beneficiarias con derecho a percibir

pensión. Al notificarse de esa resolución, el 29 de marzo de 1965 el apoderado de María Emma manifestó solamente que quedaba enterado de esa providencia, pero contra ella no se interpuso ningún recurso por la vía gubernativa. La interesada tampoco acusó esa resolución —ni entonces ni ahora—, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En esta forma, la situación de la señora María Emma viuda de Peña quedó definida por medio de la citada resolución No. 1531 de 1965, no impugnada por ella.

Posteriormente, en mayo de 1966, la misma señora María Emma de Narváez viuda de Peña solicitó al Ministerio de Defensa Nacional que revocara directamente la aludida resolución No. 1531 de 1965, que le había negado la pensión reclamada, y que, en su lugar, decretara a su favor esa prestación. Algún tiempo después, y antes de que el Ministerio se pronunciase sobre esa nueva solicitud, el apoderado de la peticionaria adicionó su reclamo en el sentido de que se tuviera también como beneficiaria de aquella pensión a la señora Alicia de Narváez viuda de Medina, en su condición de hija del general Juan S. de Narváez, y también viuda para esa época.

La doble petición así formulada sobre pensión por las dos hijas viudas del general Juan S. de Narváez fue decidida por el Ministerio de Defensa Nacional por medio de la resolución No. 2123 de 17 de abril de 1969, impugnada por ellas en este juicio; mediante tal acto —como ya se indicó—, el Ministerio decidió no revocar la resolución No. 1531 de 1965, por la cual denegó a María Emma la pensión solicitada; negó la petición elevada por la señora Alicia viuda de Medina; y expresó que "es entendido que la presente resolución no revive los términos legales para el ejercicio de las respectivas acciones contencioso administrativas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 23 del decreto 2733 de 1959".

SITUACION LEGAL DE LAS DOS DEMANDANTES.

Estima la Sala, con base en lo que se deja relatado, que la situación legal de las dos demandantes, frente a la resolución ministerial No. 2123 de 1969, acusada en el juicio, es complemento distinto: por que, respecto de María Emma, se trata de la solicitud de revocatoria directa de la resolución No. 1531 de 1965, que había dejado ya plenamente definida su situación, por lo cual es cierto, como lo dice el numeral 3o. de la resolución acusada, que no revivieron los términos para el ejercicio de la respectiva acción contenciosa; mientras que, por el contrario, la misma resolución 2123 de 1969 decidió por primera vez la situación de la señora Alicia viuda de Medina y, por lo mismo, a ella sí le está abierta la vía contenciosa para impugnar ese acto, en cuanto negó su solicitud sobre pensión como beneficiaria de su padre. Como la resolución anterior, la No. 1531 de 1965, nada decidió respecto de Alicia, no puede oponérsele ni puede producir efecto alguno contra ella.

LA ACUSACION DEL ACTO QUE NIEGA LA REVOCACION DIRECTA.

El señor apoderado de la parte demandante ha sostenido en este juicio que la señora María Emma viuda de Peña puede legalmente impugnar la resolución 2123 ante la jurisdicción contenciosa, pues estima que, en principio, todos los actos de la administración son acusables ante la justicia contenciosa según lo dispuesto por el art. 62 del C. C. A. y normas concordantes, y que el acto administrativo que deniega la revocatoria directa de otro no ha sido exceptuado de ese principio general.

La Sala no está de acuerdo con tal criterio. En efecto: El art. 21 del decreto 2733 de 1959 establece que los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido de oficio o a solicitud de parte, cuando sea manifiesta su oposición con la constitución o la Ley, cuando no están conformes con el interés público o social, o atenten contra él y cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona. El art. 22 del mismo estatuto agrega que la revocatoria directa podrá cumplirse en cualquier tiempo en relación con providencias o actos ejecutoriados. Y el art. 23 de aquel decreto dispone que "ni la petición de revocación de un acto, ni la providencia que sobre ella recaiga reviven los términos legales para el ejercicio de las respectivas acciones contenciosa administrativas". De esta manera, ni la petición de la señora María Emma viuda de Peña ni la resolución que la decidió (la No. 2123 de 1969) revivieron los términos para el ejercicio de la acción contenciosa, que no había sido oportunamente promovida contra la resolución No. 1531 de 1965. Ello significa que la situación ya resuelta definitivamente mediante un acto administrativo, del cual se pide revocación directa sin que prospere, como en el caso *sub-judice,* continúa en firme. Es una situación que no puede ser ya decidida y modificada por esta jurisdicción. Ese es, precisamente, el criterio señalado por el art. 23 del decreto 2733 de 1959 al expresar que, en las circunstancias anotadas, los términos no reviven para el ejercicio de la acción contenciosa; pues si se aceptara la tesis de la parte demandante, según la cual puede acusarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo el acto que niega la revocación directa, estarían reviviendo los términos para que esta rama aprehendiera el conocimiento de la situación con facultad para modificar lo ya definido. Lo que ha querido el legislador es, sin duda, que una petición de revocación directa que da lugar al nuevo acto administrativo, no sea suficiente para que la jurisdicción contenciosa asuma el conocimiento del asunto; porque de lo contrario, nunca quedaría situación alguna definida ya que, una vez agotada la vía gubernativa y sin que se hubiere interpuesto en tiempo el recurso contencioso, el interesado podría siempre solicitar la revocatoria directa e incluso hacerlo en repetidas oportunidades y, mediante ese procedimiento llevar a la justicia contenciosa una situación ya decidida, resuelta por un acto no impugnado por la vía contenciosa. No otro es el sentido claro de la disposición comentada.

Ese aspecto de la cuestión debatida ha sido estudiado en otras ocasiones por el Consejo de Estado, llegando a la conclusión que se deja indicada, como en la sentencia de 8 de junio de 1961 (Anales tomo LXIII, No s. 392, 396 pág. 382) lo mismo que en fallo de 7 de octubre de 1969 dentro del juicio adelantado por María Herrera de Martínez (con ponencia del Consejero doctor Nemesio Camacho Rodríguez).

Se concluye de lo anterior que la situación de la señora María Emma de Narváez viuda de Peña quedó definida por la Administración mediante la resolución No. 1531 de 1965; que su petición de revocación directa y la nueva resolución expedida no reviven los términos a efecto de que el Consejo de Estado pueda ahora entrar a estudiar o decidir lo que ya se resolvió por medio de ese acto administrativo, contra el cual no se interpuso en tiempo oportuno la acción contenciosa; y que, en tales circunstancias el Consejo de Estado no tiene competencia –por carencia de acción– para pronunciarse en lo que dice relación a la señora María Emma viuda de Peña.

Es verdad que en su caso ella lo que solicita es el reconocimiento de una pensión y el Consejo de Estado tiene establecido que la acción para reclamar esa prestación social es imprescriptible. Pero lo cierto es también que la señora María Emma viuda de Peña no ha impugnado la resolución 1531 de 1965. Su acción está encaminada solo a acusar la resolución No. 2123 de 1969, por lo cual el Consejo de Estado no podría, mediante este fallo, alterar o modificar la situación ya definida por el acto administrativo de 1965, que, no impugnado, está por fuera de su control y decisión. También por este aspecto es clara la carencia de acción de la demandante María Emma de Narváez viuda de Peña.

EL DERECHO DE LA DEMANDANTE ALICIA VIUDA DE MEDINA

Ya ha indicado la Sala que el caso de la señora Alicia de Narváez viuda de Medina es bien distinto del que acaba de analizarse. Su situación en relación con la pensión impetrada, sí quedó definida por medio de la resolución No. 2123 de 1969. La acción por ella promovida contra tal acto administrativo es, en principio, perfectamente viable. La Sala debe estudiar ahora si sus pretensiones pueden prosperar.

Su padre el general Narváez murió en 1922. Ella era célibe en tal época, ya que contrajo matrimonio solamente 6 años después, en 1928. Ella habría adquirido el derecho a disfrutar de una parte de la respectiva pensión, pero ocurre que para entonces la madre de la demandante y viuda del general estaba viva y, por consiguiente, fue ella quien adquirió el correspondiente derecho al tenor de lo dispuesto por el art. 22 de la Ley 75 de 1925 que dice:

"Los herederos de los militares que cumplieren o hubieren cumplido más de veinticinco años de servicio y los herederos de los militares que fallezcan en acción de guerra o en actos de servicio militar o por causa del mismo, cuando los causantes tengan más de veinte años de servicio y menos de treinta, tendrán derecho a una pensión cuya cuantía será igual a la tercera parte del sueldo correspondiente al último grado militar del causante, en el orden siguiente:

a. La viuda, mientras no contraiga nuevas nupcias.

b. El grupo de hijos menores y al de las hijas célibes, dividido entre todos a prorrata."

De conformidad con la norma transcrita, tenía derecho preferencial a la pensión la viuda del general de Narvaez, y no su hija célibe, doña Alicia. Y como posteriormente contrajo matrimonio, perdió su carácter de célibe, quedando por consiguiente excluida del grupo a que se refiere el literal b) de la disposición comentada.

El art. 109 de la Ley 126 de 1959 disponía que las pensiones que se otorguen por fallecimiento del oficial en goce de asignación de retiro o de pensión, se extinguirán para la viuda si contrae nuevas nupcias y para los hijos que se emancipen civilmente o lleguen a la mayor edad, exceptuando de este último a las hijas célibes y a los hijos que padezcan de invalidez absoluta y permanente para el trabajo.

De este modo, la legislación ha sido uniforme durante muchos años en el sentido de restringir el derecho a la pensión, respecto de las hijas, a aquellas que permanezcan célibes.

Es claro por lo demás que la viuda no es célibe, pues célibe o soltera es solamente la persona que no ha contraído matrimonio. De consiguiente la viuda por el hecho de haber contraído anteriormente matrimonio, pierde, evidentemente, el derecho que la Ley asigna exclusivamente para la soltera.

La finalidad de la disposición que beneficia a la mujer célibe, hija de un militar fallecido en goce de pensión, es muy clara, pues se busca que la hija célibe de tal oficial no quede desamparada económicamente; y que si el militar retirado o inválido atendía a la subsistencia de la hija célibe con la respectiva pensión, es justo que ella siga disfrutando, al menos en parte, de esa pensión social. Caso muy distinto es el de la mujer casada, que ha fundado un nuevo hogar y que por tanto no depende ya económicamente de su padre, por lo cual seguramente el legislador no ha hecho extensivo a ella el derecho que si otorga a la mujer soltera.

Sin embargo, la viuda hija del militar muerto en goce de pensión, puede llegar a quedar eventualmente en una situación tan desamparada como la de

la hija célibe, en el caso de que, al fallecer su padre, se halle ya en estado de viudez y dependa económicamente de su progenitor. Piensa la Sala por ello que en este supuesto es justo aplicar a la viuda las normas que rigen respecto de la mujer célibe, procediendo por analogía; pero evidentemente esta asimilación de la viuda a la célibe solo puede operar en las circunstancias anotadas, o sea cuando se trate de una hija viuda al morir el padre, porque si la soltera solo tiene derecho a la pensión cuando tiene esa condición al morir el oficial, igual exigencia debe hacerse respecto de la viuda, o sea que se encuentre en estado de viudez al fallecer el oficial pensionado. Esto llevaría a reconocer la pensión a aquella hija que, al morir el padre, es soltera o viuda, pero no a aquella que, en ese instante, está casada

El Consejo de Estado, al estudiar algunos casos similares al presente, ha estimado evidentemente, como lo recuerda la parte demandante, que la situación de la viuda debe equipararse a la de la mujer célibe, para los efectos de la respectiva pensión. Es preciso, sin embargo, estudiar en detalle la doctrina que sobre el particular ha sentado la Corporación.

En sentencia de 18 de abril de 1917, dentro del juicio promovido por Josefina Vásquez viuda de Villaveces, el Consejo analizó el caso de la señora Inés Villaveces viuda de De Brigard. Ella contrajo matrimonio con el señor Santiago de De Brigard "con posterioridad a la muerte del general Villaveces", dice el fallo agregando que "la señorita Inés contrajo matrimonio 9 años después de la muerte de su padre, y enviudó hace más de un año, es decir que ni estaba casada cuando se cumplió el acontecimiento causa del derecho, ni está casada ahora que va a hacerse efectivo ese derecho . . . "

En sentencia de 17 de marzo de 1932, dictada en el juicio de Delia Ruiz viuda de Pereira, el Consejo de Estado decretó la pensión a favor de la demandante por existir prueba de que se hallaba en estado de viudez, sin necesidad de determinar en qué situación se hallaba al morir el causante. La señorita Delia había contraído matrimonio en 1897 con Joaquín Pereira; éste falleció el 11 de diciembre de 1907; y el coronel Luis Laverde, padre de la demandante, había muerto el 3 de junio de 1905; es decir que la demandante se hallaba casada a tiempo de morir su padre y, sin embargo, el Consejo decretó a su favor la pensión reclamada.

En fallo de 19 de abril de 1965, proferido en el juicio de Antonia Julia Vengoechea de Silva, la Corporación estudió la situación de la demandante, quien había contraído matrimonio con el señor Alfredo Silva en 1923; el padre de la actora, general Heriberto Vengoechea, murió en goce de pensión en 1930; pero el marido de la demandante, señor Silva, había muerto con anterioridad en 1946, "o sea —lo subraya el fallo del Consejo de Estado— casi quince años antes del fallecimiento del general Vengoechea". De manera que al concederle la pensión a la demandante, en aquel juicio, el Consejo de Estado tuvo en cuenta que había quedado viuda antes de morir su padre. Dijo, en efecto, el fallo citado:

"Además como la Fiscalía lo anota, "las leyes sociales tienen un sentido amplio y no restrictivo, de tal manera que hay que interpretarlas en forma protectora para darles aplicación' , habiendo contraído matrimonio la actora, pero *habiendo quedado en estado de viudez antes del fallecimiento de su padre, este estado debe asimilarse al de célibe o soltera y, por lo tanto, hay que aceptar que tiene derecho a la pensión que ahora solicita mientras permenezca en tal estado".* (Se subraya).

Más tarde, en fallo de 13 de octubre de 1966, dictado en el juicio de Laura Rodríguez viuda de Cuevas, la Sala analizó el caso de la demandante, que era hija del mayor Jesús Rodríguez; este murió en disfrute de pensión el 28 de febrero de 1938; su hija Laura contrajo matrimonio el 29 de diciembre de 1938 con el señor Enrique Cuevas, o sea con posterioridad a la muerte de su padre y el marido de ella murió en 1961. A su vez, la viuda del mayor Rodríguez a cuyo favor se había decretado la pensión murió en 1962, es decir que al morir la madre que disfrutaba de la pensión, la demandante Laura Helena ya era viuda, por lo cual el Consejo estimó que debía reconocerle su derecho a la pensión.

Cree la Sala, después de meditar sobre la doctrina que se deja expuesta, que aunque la Ley otorga el derecho privativamente a la hija célibe, cuando no hay otro beneficiario de mejor derecho, es lógico que la doctrina haga extensivo ese derecho, como atrás se dijo, a la hija que se halle en estado de viudez cuando muere el padre pero no a la hija que siendo casada a tiempo de morir el padre, enviuda posteriormente, porque el derecho en realidad no ha nacido. Aplicando el anterior criterio al caso de la demandante, se tiene que ella no adquirió el derecho a la pensión al morir su padre, porque para entonces tenía ese derecho su madre, la señora Caicedo de Narváez; y como posteriormente doña Alicia contrajo matrimonio, dejó de ser célibe sin haber adquirido el correspondiente derecho. Y a la vez, al morir su madre en 1956, doña Alicia estaba casada y por lo mismo, como lo afirma el Ministerio, la pensión se extinguió. En efecto, al morir su madre, doña Alicia no adquirió el derecho por estar casada. El hecho de que posteriormente hubiera enviudado, en 1966, no puede hacer surgir a su favor ese derecho. Este surge, en el momento de morir el causante, que es quien lo transmite, o, en el mejor de los casos, cuando muere su viuda. Pero doña Alicia no adquirió el derecho al morir su padre, porque, siendo soltera, la beneficiaria era la viuda y al morir la madre ella estaba casada. Por tanto, no puede la Sala reconocer a su favor el derecho reclamado.

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 emitido por la Fiscalía,

FALLA:

1o. Declárase la excepción de carencia de acción de la demandante María Emma de Narváez viuda de Peña.

2o. No se accede a lo pedido en la demanda promovida por la señora Alicia de Narváez viuda de Medina.

Se hace constar que el proyecto de este fallo fue discutido y aprobado en la sesión celebrada por la Sección Segunda el día 5 de agosto de 1970.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y archívese el informativo previa devolución del expediente administrativo a la oficina de origen.

Nemesio Camacho Rodríguez **Andrés Holguín**

Alvaro Orejuela Gómez **Rafael Tafur Herrán**

Susana M. de Echeverri
Secretaria

RESOLUCIONES MINISTERIALES

Ministerio de Comunicaciones

LICITACION. Solamente son de la esencia de la licitación las siguientes cosas: Procedimiento administrativo, realizado con intervención de los concurrentes, para seleccionar al contratista y celebrar un contrato.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Sesión del día 4 de septiembre de 1970

Bogotá, D. E., septiembre ocho de mil novecientos setenta.

Consejero Ponente: **Dr. Lucrecio Jaramillo Vélez**

REF.: 1 2 9 9

Nulidad y suspensión provisional de varias disposiciones emanadas del Ministerio de Comunicaciones y de la Junta Directiva del Instituto Nacional de Radio y Televisión y del pliego de cargos correspondientes a la licitación pública No. 14 de 1969 del mismo Instituto.

Actor: Guillermo Cubillos Escobar.

El Dr. Guillermo Cubillos Escobar, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública consagrada por el artículo 66 del C.C.A., pide la declaración de nulidad de los actos que a continuación se especifican, porque los considera violatorios de normas de carácter superior.

Los actos cuya nulidad se demanda son los siguientes:

A. De la *resolución No. 1120, octubre 27/67,* Ministerio de Comunicaciones:

Artículo 1o. en la parte que dice "dentro de las tarifas establecidas".

Artículo 3o. que dice así: "la Junta Administradora del Instituto, mediante acuerdo sujeto a la aprobación del Ministerio de Comunicaciones, fijará las tarifas para el arrendamiento de espacios y servicios auxiliares del Canal Nacional de Televisión. Las tarifas se fijarán de acuerdo con la clasificación de tiempos y tendrán vigencia mientras la Junta Administradora no las modifique".

Artículo 4o. literal h), que dice así: El pliego de cargos contendrá "tarifas que deberán pagar los usuarios determinando claramente la vigencia de las mismas y especificando la reserva que hace el Instituto para su modificación".

Artículo 5o. literal c) primera parte: "que el Instituto no está obligado a adjudicar a los licitantes la totalidad de los espacios propuestos en cada oferta, y, en consecuencia, podrá seleccionar, de cada una de ellas, los programas que más se ajusten a los fines específicos del servicio".

Artículo 5o. literal ch) "que los arrendatarios de otros canales de televisión, distintos del Canal Nacional, no podrán hacer ofertas y por tanto no podrán ser adjudicatarios de espacios en el Canal Nacional".

Artículo 5o. literal e) "solamente podrán ser postores o adjudicatarios los ciudadanos colombianos y las personas jurídicas en las cuales la representación legal, la dirección, el control administrativo y no menos del 75% del capital pagado sea de ciudadanos colombianos".

Artículo 7o. última parte del parágrafo: "la Junta Administradora del Instituto podrá suspender los programas que atenten contra las normas del buen gusto, de la moral o del orden público. En este caso la determinación de la junta no requerirá motivación especial".

B. Del *acuerdo No. 19, de junio 26 de 1969.* Instituto Nacional de Radio y Televisión.

Artículo 3o. "A partir del 1o. de enero de 1970 regirán las siguientes tarifas por concepto de arrendamiento de espacio en el Canal Nacional de Televisión" siguen las tarifas a folios 27).

Parágrafo 1o. Las tarifas señaladas en este artículo para programas nacionales no incluyen los servicios de cámaras, monitores, etc. . . . los cuales están sujetos a tarifas separadas.

Parágrafo 2o. Las tarifas por concepto de arrendamientos de espacios para programas extranjeros incluyen los servicios de telecine y de proyector de transparencias y de opacos".

Artículo 9o. Las tarifas fijadas en el artículo 3o. de este acuerdo regirán hasta el 31 de diciembre de 1970. A partir del 1o. de enero de 1971 y hasta el 31 de diciembre del mismo año regirán las mismas tarifas aumentadas en un 20%. Y en el año de 1972 las tarifas serán las de 1971 aumentadas también en un 20%".

C. Del *acuerdo No. 20, de junio 26 de 1969.* Instituto Nacional de Radio y Televisión:

Artículo 1o. A partir del 1o. de enero de 1970 regirán las siguientes tarifas para los servicios auxiliares en el Canal Nacional de Televisión. (siguen las tarifas a folios 30, 31, 32, 33, 34 y 35).

Artículo 2o. A partir del 1o. de enero de 1970 regirán las siguientes tarifas para los servicios de la sección cinematografía (siguen las tarifas a folios 35, 36, 37 y 38).

Artículo 3o. Las tarifas fijadas en el presente acuerdo podrán ser aumentadas en cualquier momento, pero el aumento no empezará a regir sino después de la fecha del respectivo acuerdo. En caso de reducción, las nuevas tarifas empezarán a regir inmediatamente.

Artículo 4o. Derógase el acuerdo No. 36 de 1968 y las demás disposiciones contrarias.

Artículo 5o. Este acuerdo será sometido a la aprobación del Ministerio de Comunicaciones.

El Ministerio de Comunicaciones por medio de la resolución No. *0858 de 11 de julio de 1969* aprobó los acuerdos del Instituto Nacional de Radio y Televisión Nos. 19, 20, 21 y 22 de 1969.

D. Del *acuerdo No. 23 de junio 26 de 1969.* Instituto Nacional de Radio y Televisión:

Artículo 4o.: "la junta directiva podrá, en el momento de la adjudicación y atendiendo a las ofertas presentadas, unificar o dividir los espacios relacionados en el artículo 1o. del presente acuerdo".

E. Del *acuerdo No. 24 de junio 26 de 1969* Instituto Nacional de Radio y Televisión;

Artículo 6o. numeral 5o.: "Podrán ser postores las personas naturales o jurídicas que reunan los siguientes requisitos: "ser ciudadano colombiano o, en caso de personas jurídicas, que la representación legal, la dirección, el control administrativo y no menos del 75% del capital pagado sea de ciudadanos colombianos. Servirá como prueba al efecto la presentación del documento de identificación, el certificado de la Cámara de Comercio y copia auténtica de la escritura social.

"La propuesta presentada por persona que no haya acreditado la totalidad de los requisitos anteriores, no será considerada en el acto de la adjudicación. Los documentos correspondientes deberán presentarse junto con la propuesta.

"Tampoco serán consideradas propuestas presentadas por agencias de publicidad, o por personas jurídicas en las cuales tengan aquellas participación de capital, o sus directores, representantes legales o funcionarios ejecutivos pertenezcan a agencias de publicidad".

Artículo 10 inciso 2o.: "la Junta Directiva, dentro de los 60 días siguientes al cierre de la licitación adjudicará los espacios guiándose por los anteriores principios y de acuerdo con los siguientes criterios (siguen los criterios a folios 70).

Artículo 10 inciso 3o.: "el Instituto se reserva el derecho de adjudicar o no la licitación y el de hacer adjudicaciones parciales, sin que tenga que explicar o justificar su determinación. En consecuencia, no entrará a adjudicar la totalidad de los espacios relacionados en cada oferta y podrá seleccionar de cada una de ellas los programas que más se ajusten a los fines específicos del servicio".

Artículo 10 inciso 5o.: "los arrendatarios de otros canales de televisión no podrán hacer ofertas y, por tanto, no podrán ser adjudicatarios de espacios en el Canal Nacional".

Artículo 15, segunda parte del literal b: "las determinaciones de la junta (en cuanto inspección y vigilancia) no requerirán motivación especial.

Artículo 15 literal c última parte: "las determinaciones de la junta no requerirán motivación especial (en causa de suspensión por motivos morales o de orden público)".

F. Del *acuerdo No. 25 de junio 26 de 1969:*

Artículo único. La licitación pública para el arrendamiento de espacios de que trata la resolución No. 0755 de 1969 del Ministerio de Comunicaciones, se hará con base en el pliego de cargos que aparece como anexo del presente acuerdo".

G. Del pliego de cargos de la *licitación No. 14 de 1969* del Instituto Nacional de Radio y Televisión:

Artículo 3o. inciso 2o.: "la Junta Directiva podrá, al efectuar la adjudicación y en atención a las ofertas presentadas, unificar o dividir tales espacios, conservando la naturaleza de los programas escritos en el acuerdo 23 de 1969".

Artículo 4o. Tarifas para arrendamiento de espacios.

"Las tarifas para arrendamiento de espacios son las establecidas en el Acuerdo No. 19 de 1969, cuyo texto está contenido en el Anexo No. 3 de este pliego.
"Las modificaciones en las mismas, que afectarán el arrendamiento para el segundo y el tercer año, regirán desde las fechas indicadas en el mismo Acuerdo y sin necesidad de notificación o aviso especial al contratista".

Artículo 5o. Tarifas para servicios auxiliares.

"Los usuarios que deseen utilizar los estudios y demás servicios auxiliares del Instituto deberán pagar las tarifas que para tales servicios rija. El anexo No. 4 de este pliego contiene tales tarifas".

Artículo 6o. literal e) e incisos penúltimo y último.

"Ser ciudadano colombiano o, en el caso de personas jurídicas, que la representación legal, la dirección, el control administrativo y no menos del setenta y cinco (75%) del capital pagado sea de ciudadanos colombianos. Servirá como prueba al efecto la presentación del documento de identificación, el certificado de la Cámara de Comercio y copia auténtica de la escritura social.

"La propuesta presentada por personas que no hayan acreditado la totalidad de los requisitos de que tratan los literales anteriores, no será considerada en el acto de adjudicación. Los documentos correspondientes deberán presentarse junto con la propuesta.

"Tampoco serán consideradas propuestas presentadas por agencias de publicidad, o por personas jurídicas en las cuales tengan aquéllas participación de capital, o sus

directores, representantes legales o funcionarios ejecutivos, pertenezcan a agencias de publicidad".

Artículo 11 primera parte del inciso 2o. y los incisos 3o., 4o. y 6o.:

"La Junta Directiva, dentro de los 60 días siguientes al cierre de la licitación, adjudicará los espacios guiándose por los anteriores principios y de acuerdo con los siguientes criterios (siguen los criterios a folio 84)".

"El Instituto se reserva el derecho de adjudicar o no la presente licitación, y el de hacer adjudicaciones parciales, sin que tenga que explicar o justificar su determinación.

"En consecuencia, no estará obligado a adjudicar la totalidad de los espacios relacionados en cada oferta, y podrá seleccionar de cada una de ellas los programas que más se ajusten a los fines específicos del servicio.

"Los arrendatarios de otros canales de televisión no podrán hacer oferta y, por tanto, no podrán ser adjudicatarios de espacios en el canal nacional".

Artículo 17 segunda parte literal a) y última parte literal b):

"Las determinaciones de la junta no requerirán motivación especial (en lo referente a cambio o suspensión de programa por motivos de moral y orden público)".

Estas numerosas disposiciones, cuya nulidad se pide, pueden dividirse en los siguientes grupos:

a. Disposiciones del Ministerio de Comunicaciones o del Instituto Nacional de Radio y Televisión que permiten fijar o que fijan las tarifas que deben pagar los arrendatarios de espacios en los canales de la televisión nacional.

b. Disposiciones del Ministerio de Comunicaciones o del Instituto Nacional de Radio y Televisión que exigen ciertos requisitos para poder ser licitador de espacios en los canales en la televisión nacional. Según esas disposiciones se excluyen de la licitación los extranjeros, las sociedades cuyo capital y dirección sean en mayoría extranjeras y los arrendatarios de otros canales de la televisión nacional.

c. Disposiciones, según las cuales el Instituto de Radio y Televisión no está obligado a adjudicar a un solo licitador la totalidad de los espacios propuestos, sino que puede dividir dichos espacios entre varios licitadores.

d. Disposiciones, según las cuales el Instituto no está obligado a motivar las decisiones que tome cuando suspenda o modifique un programa por causas de moralidad, buen gusto u orden público.

e. Disposición según la cual la adjudicación de la licitación debe hacerse dentro de los sesenta (60) días y no inmediatamente después de terminada aquella.

Algunas de las disposiciones acusadas son de carácter permanente, como la resolución No. 1120 de 1967, emanada del Ministerio de Comunicaciones, otras son de carácter transitorio y se agotaron con la licitación No. 14 de 1969.

DISPOSICIONES VIOLADAS

Según el actor las disposiciones violadas son las siguientes: En cuanto a la *naturaleza de la licitación:*

Artículo 9 literales a, b, y d) del Código Fiscal;
Artículo 13 literal f) del Código Fiscal;
Artículo 32 literal e) y artículo 36 literal f) del Decreto Ley 3267 de 1963 (folio 4).

En lo que se refiere *al carácter público y la libertad de trabajo:*

Artículo 39 Constitución Nacional;
Artículo 9 literal a y d) Código Fiscal;
Artículo 13 literal f) Código Fiscal;
Artículo 32 literal e) Decreto Ley 3267 de 1963;
Artículo 1o. resolución 1120 de 1967 Ministerio de Comunicaciones;
Artículo 1o. resolución 0755 de 1969 Ministerio de Comunicaciones.

En cuanto *a dividir las adjudicaciones* de espacios, se violan los siguientes artículos:

9 y 13 del Código Fiscal;
32 del Decreto-Ley 3267 de 1963 literal e);
Artículo 1o. resolución 1120 de 1967 Ministerio de Comunicaciones y artículo 1o. resolución 0765 de 1969 del Ministerio de Comunicaciones.

En lo referente a *vigilancia y control de la programación*, señala como violados los artículos 20, 23, 28 y 42 de la Constitución Nacional.

Por fin, en lo referente *a los pliegos de cargo,* señala como violados los artículos 20, 23, 28, 39, y 42 de la Constitución Nacional:

Artículos 9 y 13 del Código Fiscal;
Artículos 32 y 36 Decreto-Ley 3267 de 1963; y los artículos 1o. y 7o. de la resolución 1120 de 1967 Ministerio de Comunicaciones y artículo 1o. resolución 0755 del Ministerio de Comunicaciones.

A folios 12 del expediente el actor hace la síntesis de su demanda así:

"La llamada "licitación pública número 14 de 1969" abierta por el Instituto Nacional de Radio y Televisión restringe en tal forma las cualidades para participar en ella, que a través de "incompatibilidades" de todo orden, pierde su carácter de pública para convertirse en privada; no permite mejorar ofertas por cuanto no se señalan tarifas mínimas sino tarifas únicas; la Junta Directiva del Instituto se reserva la facultad (sin explicación ni justificación de su conducta) de hacer o no la adjudicación y de hacerla total o parcial; la adjudicación no se hará publicamente, pues la Junta se reserva para hacerla sesenta (60) días a partir del cierre de la licitación, lo cual hace imposible la asistencia de quien pudiera estar interesado en hacerse presente; y, una vez adjudicado el contrato, el beneficiario del mismo puede verse sometido a suspensión o cambio de los programas elaborados, por decisión, también unilateral de la Junta, sin explicación de motivos".

Quiere, pues, el actor la invalidación de los actos que configuraron la licitación pública No. 14 de 1969 referente al arrendamiento de espacios en el canal nacional de televisión para el período comprendido entre el 1o. de enero de 1970 y el 31 de diciembre de 1972, por los siguientes motivos:

1o. En concepto del actor, cuando el Instituto Nacional de Radio y Televisión prefijó unas tarifas iguales para todos los licitadores hizo que, al no ser posible mejorarlas, no existiera la licitación que ordena la Ley. Según el pensamiento del actor, la posibilidad de las pujas o mejoras de precio sería de la esencia de la licitación.

2o. El prohibir a los extranjeros, a las sociedades extranjeras y a los arrendatarios de otros canales de la televisión el participar en la licitación hace que ésta no sea pública, como lo dispone la Ley.

3o. Por fin, contribuyen a desvirtuar la licitación el que el Instituto pueda dividirla entre varios licitadores, adjudicarla dentro de un plazo de sesenta (60) días, y, una vez adjudicada, suspender o modificar los programas, sin expresar los motivos para ello.

Pero, antes de entrar a estudiar el fondo del negocio, es preciso considerar la excepción de inepta demanda, propuesta por el dr. José Joaquín Bernal Arévalo.

Ha sido jurisprudencia constante del Consejo de Estado el considerar que la licitación no es un acto complejo en sí mismo, sino un simple medio para llegar a un acto final, que es la adjudicación de un contrato. Licitación y contrato forman un todo indisoluble. De tal manera que quien pretenda la nulidad del acto complejo, formado por la licitación y el contrato o contratos, debe demandar la nulidad del todo y no limitarse a atacar la licitación sin atacar el contrato. Una acción que se encamine únicamente contra uno de

los actos que forman el proceso de la licitación, adjudicación y contrato es incompleta y no puede prosperar.

En sentencia de 27 de junio de 1966 (ponente Dr. Alejandro Domínguez) dijo el Consejo de Estado:

> "Según el "petitum" me parece que el H. Consejo de Estado no puede entrar a resolver en el fondo, por cuanto que la adjudicación de un contrato para la ejecución de una obra pública, por medio de licitación constituye un acto administrativo complejo, lo que no permite demandar uno solo de ellos, dejando vivos los demás, según lo tiene resuelto la reiterada jurisprudencia del H. Consejo de Estado. En efecto: para la ejecución de la obra, por este sistema, el contrato viene a ser la consecuencia de la licitación, y el restablecimiento del derecho violado en la licitación no podría lograrse sin la anulación del contrato adjudicado con desviación de poder o con desconocimiento de las normas que regulan la materia; y la nulidad del contrato no se puede decretar sin que expresamente así se haya pedido en la demanda, omisión que se comprueba con la simple lectura de ella. En el caso *subjudice* al anularse el acto (licitación) por medio del cual se adjudicó el contrato, sin haberse pedido la nulidad de este último, necesariamente subsistiría el referido contrato, que es al fin y al cabo el resultado final de todo el proceso administrativo. Tampoco se puede ordenar restablecer el derecho sin la previa petición de la nulidad del contrato, porque lo primero solo podría ordenarse como consecuencia del vicio encontrado en el susodicho contrato, como lo prevee el Art. 67 del C.C.A. Finalmente, como lo que se demanda es un *acto* de la administración, no es viable la petición de indemnización de perjuicios prevista en el Art. 68 del C.C.A".

En sentencia de 3 de febrero de 1970 (ponente Dr. Alfonso Arango Henao) dijo el Consejo de Estado:

> "Efectivamente, en reiteradas oportunidades, esta Corporación ha sostenido que la adjudicación de un contrato administrativo por medio de la licitación, constituye un acto compuesto en cuya formación se cubren varias etapas dentro de las cuales intervienen distintos funcionarios de la administración y criterios diferentes. Por ello, pretender demandar uno solo de aquellos actos que vienen a formar el compuesto, en caso de que prosperara su nulidad, dejaría con vida jurídica los restantes no impugnados, lo que se prestaría a graves trastornos e irregularidades en la administración".

En el caso subjudice, se debe observar: el actor se limitó a pedir la nulidad de los actos que conforman la licitación pública No. 14 de 1969, más no pidió la nulidad de las adjudicaciones y contratos que preceden a esa licitación. Ni siquiera demandó la nulidad de la resolución No. 0858 de 11 de julio de 1969, emanada del Ministerio de Comunicaciones, acto que dió vida a las resoluciones Nos. 19, 20, 21 y 22 de 1969 del Instituto Nacional de Radio y Televisión, resoluciones que sí fueron acusadas. Por otra parte,

algunas de las disposiciones acusadas ya cumplieron totalmente sus efectos. Si el Consejo de Estado decretara su nulidad, como se le ha pedido, los contratos de ellas derivados permanecerían firmes, por cuanto su nulidad no ha sido pedida. Como bien lo anota el Fiscal Primero de esta Corporación. "Esa declaración del Consejo de Estado resultaría de poca o ninguna trascendencia en la realidad de los hechos, como que quedarían en plena vigencia y efectividad los contratos aludidos".

Se observa, además, que el Dr. Cubillos al formular su demanda contra la Resolución 1120 de octubre 27/67 del Ministerio de Comunicaciones, la cual es de carácter general por ser fundamental para cualquier licitación, demanda también una parte de una determinada licitación que crea derechos subjetivos. Es decir, en su libelo ha incorporado la acción pública con la de plena jurisdicción, lo cual, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Corporación, hace inepta su demanda.

Si esto ya no fuera suficiente, son tan importantes los puntos sustantivos planteados en esta demanda que esta Sección Primera del Consejo de Estado cree necesario examinar tambien el fondo del negocio, por cuanto que hay, como ya se dijo, algunas disposiciones de carácter permanente, como lo es la resolución 1120 de 1967 del Ministerio de Comunicaciones, cuya nulidad o validez es independiente de la licitación No. 14 de 1969, disposiciones que podrían servir de base a otras licitaciones futuras.

En orden a este estudio se hacen las siguientes consideraciones:

A. Son de la esencia de un negocio aquéllas cosas sin las cuales ese negocio es nulo o degenera en otro distinto. Esta Sección piensa que las pujas o mejoras de precio no son de la esencia de la licitación. En efecto, pueden presentarse licitaciones, en las cuales se deban tener en cuenta ofertas mejores en cosas distintas del precio. Por ejemplo, propuestas que ofrecen mayores garantías de solvencia y de seriedad, mejores programas en aspectos culturales, morales y artísticos. De tal manera que la persona o entidad que abrió la licitación pueda adjudicarla a un licitador que haya ofrecido menos dinero y mejores programas de preferencia a otro que haya ofrecido más dinero y programas menos buenos.

El objetivo esencial de la licitación es la selección de la persona más conveniente para contratar y la creación de la relación contractual. En un caso se tratará de obtener un menor costo, en otros, la mejor calidad, la mejor prestación o ejecución de la obra.

Por otra parte, la disposición del artículo 13 literal f) del Código Fiscal, que dispone "que la adjudicación debe hacerse públicamente, tan luego

como haya terminado la licitación, a favor del que ofrezca mayor cantidad de dinero", debe considerarse subrogada, en lo que dice relación a adjudicación de contratos de arrendamiento de espacios en los canales de la Televisión, por el artículo 32 literal e)del Decreto Ley 3267 de 1963, que no solamente permite al Instituto Nacional de Radio y Televisión fijar tarifas que deberá pagar el arrendatario, sino que reglamenta integramente la materia.

Siendo esto así, es evidente que el Instituto de Radio y Televisión puede fijar una tarifa común e invariable para todos los licitadores, los cuales deberán luchar en otros terrenos para demostrar que su propuesta es la mejor y obtener la adjudicación del contrato.

B. En general, la persona o entidad que abre una licitación, puede, en los pliegos de cargos, imponer las condiciones que quiera, desde que no sean contrarias al orden público ni a las buenas costumbres ni desvirtúen la esencia de la licitación.

En el caso *subjudice* el Instituto de Radio y Televisión puso las siguientes condiciones:

1o. Hacer la adjudicación dentro de un plazo de sesenta (60) días y no inmediatamente después de la licitación. La adjudicación inmediata puede verificarse en negocios instantáneos, como una compraventa, en los cuales el precio más alto es el elemento más importante. En el caso que nos ocupa, la adjudicación inmediata era imposible, porque el Instituto de Radio y Televisión tenía que examinar propuestas, en las cuales los competidores luchan a base de mejores programas culturales y artísticos. Por otra parte, ya se vió que el artículo 13 numeral f) del Código Fiscal, en esta materia, está subrogado por el artículo 32 literal e) del Decreto Ley 3267 del 63.

2o. Poder modificar y suspender los programas de los arrendatarios por razones de moral, de buen gusto y de orden público, sin tener que motivar la decisión. Es evidente que el Instituto de Radio y Televisión puede incluir cláusulas que le permitan modificar o suspender los programas por las razones antedichas. Sinembargo, esta Sección del Consejo de Estado cree que el Instituto debe motivar sus resoluciones, para que éstas puedan ser revisadas y evitar así posibles abusos de poder. A pesar de lo cual, la inserción en cualquier acto o contrato de una cláusula de esta clase no hace nula ni la licitación ni el contrato, por que no hay nulidades implícitas. Solamente esa cláusula se tendría por no escrita.

3o. Ser ciudadano colombiano o sociedad en la cual el interés colombiano sea de un 75%.

El art. 11 de la Constitución Nacional consagra la igualdad de derechos civiles entre los colombianos y los extranjeros. Sinembargo, el mencionado artículo agrega que la Ley, por motivos de orden público, podrá negar el ejercicio de ciertos derechos a los extranjeros. Y existe una Ley, la Ley 29 de 1944, que en su art. 13, dice así: "Para ser director, gerente o propietario de periódico que se ocupe de política nacional, se requiere la condición de ciudadano colombiano en ejercicio. Sólo podrán funcionar en el país empresas de publicidad y propaganda comercial, cuando su capital y mayoría de acciones sea de nacionales colombianos".

Este artículo da base para alejar de las licitaciones para el arrendamiento de los canales comerciales de la Televisión Nacional a los extranjeros y empresas extranjeras.

4o. No ser arrendatario de otro canal de la Televisión Nacional. Es verdad que esta disposición aleja a ciertos licitadores, pero, a modo de ver de esta Sección, es una condición lícita y no desvirtúa la naturaleza de la licitación. Esa disposición tiende a evitar monopolios y precisamente a darles oportunidades a más personas y empresas.

En resumen, esta Sección cree que solamente son de la esencia de la licitación las siguientes cosas: procedimiento administrativo, realizado con intervención de los concurrentes, para seleccionar al contratista y celebrar un contrato.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Primera), de acuerdo en parte con la vista fiscal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Declara probada la excepción de inepta demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Alfonso Arango Henao **Lucrecio Jaramillo Vélez**

Enrique Acero Pimentel **Jorge Dávila Hernández**

Jorge Restrepo Ochoa
Secretario

RESOLUCIONES MINISTERIALES

Ministerio de Trabajo

CONVENCIONES COLECTIVAS Y LAUDOS ARBITRALES. *¿Quién tiene facultades para denunciarlos?* **Si la facultad de denunciar la convención o el laudo arbitral no está atribuida expresamente por la Ley o los estatutos del sindicato, a alguno de sus cuerpos de dirección en particular, ella no puede radicar sino en la Asamblea General.**

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Bogotá D. E., septiembre veintiuno de mil novecientos setenta

Consejero Ponente: **Doctor Rafael Tafur Herrán**

El presidente de la Junta Directiva del Sindicato de Trabajadores de Gaseosas Colombianas S. A. y Postobón, señor CONSTANTINO ROJAS AGUIRRE, por medio de apoderado y en acción de plena jurisdicción solicita del Consejo la declaración de nulidad de las siguientes providencias emanadas de funcionarios dependientes del Ministerio del Trabajo:

a. De la Resolución número 0667 en su artículo segundo, de febrero 14 de 1969, proferida por el señor Inspector Sexto de la Sección de Asuntos colectivos de la Regional del Trabajo de Cundinamarca que dispuso:

"ARTICULO PRIMERO. Declarar igualmente que la Denuncia del Laudo Arbitral que ha venido regulando las relaciones de la Empresa Gaseosas Colombianas S. A. con su Sindicato de base (Sindicato de Trabajadores de Gaseosas Colombianas S.A. y Postobón), se hizo por la Junta Directiva de esa organización sin que haya pruebas de que obró así por mandato o autorización expresa de la Asamblea General de ese sindicato.

b. De la Resolución número 1223 de marzo 18 de 1969, emanada del Jefe de la Sección de Relaciones Colectivas de Trabajo de la División Departamental del Trabajo y Seguridad Social de Cundinamarca que dispuso:

"Que por las consideraciones precedentes, este Despacho, RESUELVE: ARTICULO PRIMERO: CONFIRMAR, en todas sus partes la Resolución número 0667 del 14 de febrero de 1969, originaria de la Inspección Sexta de esta Sección".

Y que como restablecimiento del derecho violado "se declare que la Junta Directiva del Sindicato de Trabajadores de Gaseosas Colombianas S. A. legalmente puede denunciar las Convenciones Colectivas de Trabajo, o los Laudos Arbitrales, que regulan las relaciones laborales entre la sociedad Gaseosas Colombianas S.A. y los trabajadores afiliados al Sindicato".

Como disposiciones violadas cita el demandante el artículo 479 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 14 del Decreto 616 de 1954, y el artículo 376 del mismo Código.

Al deducir el concepto de la violación observa que de acuerdo con la primera de aquellas disposiciones (el 479) la denuncia de la convención colectiva o del laudo arbitral puede hacerse por *una de las partes* o por ambas separadamente; que *parte* es el Sindicato en tales convenciones o laudos; que no hay previsión legal expresa en el sentido de que dicha denuncia la haga precisamente el Sindicato, la Asamblea General, la Junta Directiva, el Presidente de la misma Junta; que de consiguiente no ve claro —el demandante— que el derecho a denunciar la convención o laudo haya de ejercitarse con aprobación de la Asamblea General, como lo han entendido los funcionarios que expidieron las resoluciones acusadas; que es necesario también tener presente que si signatarios de la convención colectiva son de una parte el patrono y de la otra la Junta Directiva del Sindicato "autorizada por la Asamblea General" en esta autorización queda implícita la de denunciar la propia convención, resultando de todo esto que en el presente caso los funcionarios del Trabajo expresados se excedieron" en sus funciones al atribuir a la norma un concepto no expresado por ella. Y el artículo 376 del Código Sustantivo del Trabajo ha sido violado —para el acusador— por cuanto sin establecer la disposición como atribución exclusiva de la Asamblea General la de denunciar o autorizar a la Junta Directiva para denunciar la

convención colectiva, las resoluciones acusadas han querido establecer esa nueva función exclusiva de la Asamblea General.

El negocio ha recibido el trámite legal correspondiente; no se advierten vicios que puedan invalidar lo actuado, y por tanto ha llegado el momento de proferir sentencia.

Al proceder a ello el Consejo toma en cuenta, en primer término que la Fiscalía 4a. ha conceptuado favorablemente a la prosperidad de las súplicas del libelo.

En su concepto se manifiesta de acuerdo con el demandante en que siendo del resorte de los Sindicatos celebrar convenciones colectivas, garantizar su cumplimiento y ejercer los derechos y obligaciones que de ellos nazcan (artículo 373, C.S.T) y además presentar los pliegos de peticiones y demás funciones señaladas por el artículo 374 *ibídem*, por una parte, y, no resultando, por la otra, atribuida a la Asamblea General (artículo 376 *ibídem*) la facultad para denunciar la convención colectiva o el laudo arbitral "mal puede concluirse como lo consideraron los funcionarios del Ministerio del Trabajo en los actos acusados, que la facultad de denunciar laudos arbitrales o convenciones colectivas reside únicamente en cabeza de las Asambleas sindicales." Abunda la Fiscalía en consideraciones varias a este mismo respecto, y dice por último:

> "Pero es más, si es la misma ley la que faculta a los sindicatos para celebrar convenciones colectivas, y garantizar su cumplimiento y para representar en juicio ante cualesquiera autoridad u organismo los intereses económicos comunes o generales de los agremiados y por otra parte el sindicato como persona jurídica es el que representa a sus asociados, no queda camino distinto al de concluir que cuando los artículos 478 y 479 se refieren a las partes, dispusieron que es el Sindicato como tal el que debe denunciar la respectiva convención colectiva o laudo arbitral, porque, la asamblea general tiene funciones que le fueron adscritas en forma taxativa por la Ley".

De suerte, que la cuestión a dilucidar radica en saber si es válida y eficaz, hecha como fue por la Junta Directiva, la denuncia del laudo arbitral que regula, las relaciones obrero-patronales entre la Empresa Gaseosas Colombianas S.A. y el Sindicato de Trabajadores de la misma Empresa, o si al contrario esa denuncia es inválida por no aparecer autorizada por la Asamblea General del Sindicato.

Nada en verdad se adelantaría en el particular analizando la cuestión a través de lo que son las finalidades y funciones del Sindicato como Institución, lo que pueda hacer como persona de derecho. Tiene él, como todas las asociaciones organizadas sus cuerpos o estamentos de dirección y ejecución;

una Asamblea General de afiliados, Junta Directiva y Presidente de ésta. Es a través de ellos que actúa. Luego ha de ser también a través de ellos del examen de sus diferentes atribuciones, como podrá juzgarse de la competencia para realizar ciertos actos y consiguiente eficacia de éstos.

Para la Sala, a la inversa del planteamiento que de la cuestión hacen tanto el actor como la fiscalía, si la facultad de denunciar la convención o el laudo arbitral no está atribuida expresamente por la Ley o los estatutos del Sindicato, como aquí es el caso, o a algunos de sus cuerpos de dirección en particular, ella no puede radicar sino en la Asamblea General. En efecto:

La denuncia es una iniciativa de suma importancia que alguna de las partes firmantes en la convención, o ambas, toman en el camino de hacerla cesar. Refluye obviamente en el campo de la estabilidad y regularidad de las relaciones obrero-patronales, por consiguiente. No podrá ser tomada entonces sino por el cuerpo supremo de dirección y gobierno del Sindicato, que lo es la Asamblea General, en la que están representados los afiliados en general, en la que por lo mismo radica el poder de decisión en últimas.

Esto porque si en derecho las cosas se deshacen como se hacen y si, para la celebración de la convención, la iniciativa la tiene la Asamblea general, lo propio ha de ocurrir para denunciarla, para realizar el acto que se dirige a ponerle fin.

En el presente caso los estatutos del Sindicato, en armonía con la ley, contemplan como atribuciones privativas de la Asamblea General la adopción de pliegos de peticiones, elección de negociadores, conciliadores, árbitros, y también, de una manera general, "aprobar o improbar las resoluciones dictadas por la Junta Directiva". (Artículo 13).

La Junta Directiva por su parte, tiene entre otras funciones "celebrar, previa autorización de la Asamblea General, convenciones colectivas de trabajo." (Artículo 26, literal d).

Pero se arguye: si la Asamblea General ha autorizado la celebración de la convención, en esa autorización ya va implícita la de poder denunciarla. Tampoco, porque la convención se celebra por medio de negociadores y se necesitaría que el mandato por ellos recibido se proyectara más allá de la celebración del acto, y ésto no es así. Su mandato termina con el cumplimiemto del cometido. La designación de negociadores, conciliadores y árbitros es atribución exclusiva de la Asamblea General (artículo 376 C.S.T.).

Y a propósito: el hecho de que esta última disposición, el artículo 376, señale como exclusivas de la Asamblea las atribuciones que enumera, no quita que, en el silencio de la Ley y de los estatutos haya otras que por su

naturaleza y trascendencia sean de competencia de la Asamblea, como lo estima la Sala. De ningún modo podría entenderse el precepto legal en sentido limitativo. Ni tampoco aceptarse la hipótesis de que han quedado funciones sin atribuir.

No encuentra, pues la Sala que los actos acusados hayan violado las normas superiores del Código Sustantivo del Trabajo que acaban de transcribirse. Cuanto a la primera de ellas cabe agregar que lo que dispone es la forma en que debe hacerse la denuncia de la convención para que tenga validez. Toca ella por lo mismo con el aspecto formal del acto. Otra cosa muy distinta es, naturalmente, la capacidad o competencia para hacer dicha denuncia. Y esto –repite la Sala– no puede hacerse en casos como el de autos sino por iniciativa o con autorización de la Asamblea General.

Las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo que se dicen violadas son del siguiente tenor:

> Artículo 14 del Decreto 616 de 1954, sustitutivo del artículo 479: "Para que sea válida la manifestación escrita de dar por terminada una convención colectiva de trabajo, si se hace por una de las partes o por ambas separadamente, debe presentarse por triplicado, ante el inspector del trabajo del lugar, y en su defecto ante el alcalde, funcionarios que le pondrán la nota respectiva de presentación, señalando el lugar, la fecha y la hora de la misma. El original de la denuncia será entregado al destinatario por dicho funcionario, y las copias serán destinadas para el Departamento Nacional del Trabajo y para el denunciante de la convención".
>
> Artículo 376. "Son de atribución exclusiva de la asamblea general los siguientes actos: la modificación de los estatutos; la fusión con otros sindicatos; la afiliación a federaciones o confederaciones y el retiro de ellas, la sustitución en propiedad de los directores que llegaran a faltar, y la destitución de cualquier director; la expulsión de cualquier afiliado; la fijación de cuotas extraordinarias; la aprobación del presupuesto general; la determinación de la cuantía de la caución del tesorero; la asignación de los sueldos; la aprobación de todo gasto mayor de mil pesos ($1.000.00); la adopción de pliegos de peticiones que deberán presentarse a los patronos a más tardar dos meses después; la designación de negociadores; la elección de conciliadores y de árbitros; la votación de la huelga en los casos de la Ley, y la disolución o liquidación del sindicato".

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, separándose del concepto fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

NIEGA Las súplicas de la demanda instaurada por el señor Constantino Rojas Aguirre a nombre del Sindicato de Trabajadores de Gaseosas Colombiana S.A.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sus sesiones de fechas 3 y 10 de septiembre del año en curso:

Cópiese y notifíquese.

Nemesio Camacho Rodríguez **Rafael Tafur Herrán**

Alejandro Mendoza Y Mendoza **Alvaro Orejuela Gómez**

Jorge A. Torrado
Secretario Encargado

RESOLUCIONES EJECUTIVAS

INCOMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO. *Para conocer de actos por medio de los cuales el Presidente de la República impone sanciones disciplinarias a quienes le falten al debido respeto y a los que desobedezcan las providencias del Gobierno.*

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

SALA DE DECISION

(Sesión del día veintidos de septiembre de mil novecientos setenta.

Consejero Ponente: **Doctor Enrique Acero Pimentel**

Bogotá, D. E., septiembre veintitres de mil novecientos setenta.

REF.: Expediente No. 1428
Actor: Ignacio Vives Echeverría
Recurso de Súplica

El Dr. José A. Pedraza Picón, en la oportunidad procesal, interpuso recurso de súplica como apoderado del Dr. José Ignacio Vives Echeverría, contra

el auto inadmisorio de la demanda que, con fecha 14 de julio último, pronunció el H. Consejero sustanciador de este negocio.

La demanda acusó de nulas las Resoluciones Ejecutivas números 156 y 160 proferidas por el señor Presidente de la República y su Ministro de Gobierno, la primera de las cuales impone al Dr. Vives Echeverría una sanción correccional de multa de diez mil pesos y seis meses de arresto por faltar al debido respeto al Presidente de la República y la segunda que confirma en todas sus partes la anterior.

El auto suplicado no consideró que el Consejo tuviera competencia para conocer de la acción porque tratándose de "castigar" con "sanción correccional" este acto debe reputarse como jurisdiccional al tenor de lo dispuesto en el Artículo 309 del C. de R. P. y M. y en el 311 siguiente que define lo que entiende por penas correccionales.

Con apoyo en la doctrina de destacados tratadistas franceses, el auto concluye que el Presidente, al expedir las Resoluciones acusadas, obró en función jurisdiccional, como empleado público que tiene jurisdicción en toda la República y por ende el acto no es de carácter administrativo de los que contempla la Ley 167 de 1941, sino un acto jurisdiccional.

En escrito sustentatorio del recurso, el distinguido apoderado del actor, argumenta con razones que pueden sintetizarse así:

Con invocación del Artículo 20 del Decreto 528 de 1964 y del 73 de la Ley 167 de 1941 se deduce que sólo por las excepciones contempladas en los numerales 2o. y 3o. del último de estos ordenamientos, el Concejo no conoce de negocios originados en decisiones de la Administración, de donde se concluye que toda decisión que ella tome, las operaciones que ejecute o los hechos que ocurren con motivo de sus actividades pueden ser conocidas por la jurisdicción contencioso administrativa, salvo los casos expresamente exceptuados en el artículo 73 aludido.

El negocio no tuvo origen en una controversia de policía de naturaleza civil o penal, ni es sentencia proferida en juicio por fraude a las rentas, ni es resolución que tiene origen en un contrato, ni es una corrección disciplinaria impuesta a un funcionario público o por la Ley atribuida a otra jurisdicción. Luego no es dable ni jurídica ni legalmente abstenerse de conocer de esta controversia que tiene su origen en una simple resolución administrativa.

Por excepción no son acusables las correcciones disciplinarias impuestas a funcionarios públicos a menos que impliquen suspención o separación de cargos inamovibles. Luego lo son todas las otras que impongan correcciones disciplinarias a personas distintas a funcionarios públicos y el Dr. Vives no tiene calidad de funcionario público así tenga la de Senador.

Pero tampoco es acto dictado en ejercicio de funciones jurisdiccionables (SIC), aunque sea dictado por un empleado público con jurisdicción. El auto confunde lo que debe entenderse por "empleado con jurisdicción" con el concepto de empleado con funciones "jurisdiccionables". El Artículo 144 del C.P.C., manda que "la jurisdicción sólo puede ejercerse por las diversas autoridades judiciales dentro del respectivo territorio señalado por la Ley". Y el Artículo 142 *Ibídem* ha impuesto que "por medio del poder judicial, la República ejerce permanentemente sobre nacionales y extranjeros, la facultad de administrar justicia, de acuerdo con la Constitución y las leyes".

De manera que se está frente a un acto simplemente administrativo de naturaleza correccional no impuesto a un funcionario público y por tanto cae bajo el régimen del Artículo 51 del C.C.A.

A la luz del Artículo 309 citado no se ve el alcance jurídico que le da el Consejero sustanciador confundiendo los términos de "empleado con jurisdicción o mando" y "empleado con funciones jurisdiccionales. La incompetencia de jurisdicción del Art. 73 del C.C.A., no puede extenderse analógicamente a otros casos pues bien sabido que estas normas son de carácter restrictivo y el Consejo debe conocer de la acción propuesta ya que las únicas penas correccionales que escapan a su control son las sanciones disciplinarias que se impongan a funcionarios públicos.

Son éstos, resumidamente, los argumentos en que se fundamenta el recurso de súplica que persigue la revocatoria del auto inadmisorio de la demanda.

Para resolver se considera:

Ciertamente, en el caso de autos, no puede echarse de menos la existencia de un juicio previo con las formalidades estatuidas en el artículo 26 de la Carta Fundamental porque la norma contenida en el artículo 27 siguiente, consagra una clarísima excepción cuando dice: "La anterior disposición no obsta para que puedan castigar, sin juicio previo, en los casos y dentro de los precisos términos que señala la Ley:

> "1o. Los funcionarios que ejercen autoridad o jurisdicción, los cuales podrán penar con multas o arrestos a cualquiera que los injurie o les falte al respeto en el acto en que estén desempeñando las funciones de su cargo. . . " Por manera que la aplicación de sanciones como la que se estudia, tiene siempre lugar sin juicio alguno.

Por otra parte, el Presidente de la República posee una especialísima facultad atribuída a él solamente, derivada de la estatuido por el numeral 16 del artículo 68 del C. de R. P. M. incluido en el Capítulo II "Atribuciones del Presidente", que reza: "Castigar con multa que no exceda de quinientos pesos y arresto que no pase de dos meses a los que le falten al debido respeto

y a los que desobedezcan las providencias del Gobierno", sanciones éstas aumentadas por disposición legal posterior. El ordenamiento citado no habla de que el castigo se imponga en el acto en que está desempeñando las funciones de su cargo, sino de manera general, a los que le falten al debido respeto y a quienes desobedezcan las providencias del Gobierno, situaciones ambas contempladas en la primitiva de las resoluciones acusadas, como se desprende de sus considerandos. Y es que el poder que da la Ley al Presidente es un poder excepcional. Ahora bien: si el acto que castiga de tal manera, no estuviere ajustado a derecho y hubiere sido expedido con abuso de poder, tiénese que la Carta misma hace responsable al Presidente por sus actos u omisiones que violen la Constitución o las leyes (art. 130). Se configuraría de presentarse tal situación, el abuso de poder que en este caso deduciría la justicia penal ordinaria y ella misma sancionaría como delito.

La norma general para los empleados con jurisdicción del Art. 309 del C. de R. P. y M. se desenvuelve en el 310 siguiente que dice cómo se impone la pena y el término para reclamar de ella, agregando al final de su inciso tercero que la decisión es INAPELABLE, pero que el empleado que abuse del poder será castigado con arreglo a la Ley penal. Puesto que por la misma falta, además de la sanción de multa y arresto no podría seguirse causa penal, obviamente el acto que castigue el irrespeto o la desobediencia, en el caso del Presidente de la República y en el general del Art. 309 citado, no está sometido a ninguna clase de recursos, ni es revisable pero si enjuiciable ante la jurisdicción penal ordinaria.

Y ello fluye claramente ante esta consideración: Si la sanción es inapelable en los casos ordinarios del Art. 310 del C. de R. P. M. y contra ella no hay recurso ante el Consejo de Estado, con mayor razón la que imponga el Presidente en uso del poder que le confiere particularmente la Ley, puesto que no sería lógico que la impuesta por un juez no tuviera recurso y la que imponga el Presidente sí lo tenga. ¿Qué tal, como ejemplo, que se revocara un acto de esta clase? Desde luego no podría recurrirse ya a la justicia ordinaria porque no se puede imponer dos penas o abrirse causa por una ya impuesta; quedarían así impunes los hechos que motivaron la sanción y peligrosamente disminuida la autoridad. No sobra agregar aquí que la Corte Suprema al decir que se trata de un régimen de excepción, haya expresado que los actos que de él emanen carecen no solamente de recurso sino de revisión, igualmente.

Por lo que hace al argumento del distinguido apoderado sobre el Art. 73 del C.C.A. debe decirse que su enumeración ni es completa ni exhaustiva. Varios casos hay en que ciertas providencias, no contempladas dentro de esta norma, no están sujetas a la jurisdicción administrativa; bastaría citar como ejemplos, las que produce la Junta General de Aduanas en materia de aforos y algunas del Incora.

Mas para el caso no importa la distinción que hace el escrito sustentatorio de la súplica, entre "empleado con jurisdicción" con "empleados con funciones jurisdiccionales", en presencia de lo dispuesto por el numeral 16 del Art. 68 del C. de R. P. M. ya aludido y que marca sustancial diferencia con lo previsto en el 309 *ibídem;* es por ello que las sanciones contempladas en los dos ordenamientos son completamente distintas. Vale sí la pena anotar que el artículo primero del Libro I del Título I del Código Judicial, Disposiciones Preliminares, estatuye que la administración de justicia, en casos especiales, se ejerce también por las autoridades administrativas, cabeza de las cuales es el Presidente de la República, lo que daría ocasión a discurrir sobre el argumento para diferir de su conclusión.

Además, dado que no existen contravenciones administrativas sancionables correccionalmente, fuera de concluir que la impuesta al Dr. Vives, de que se hace mérito en esta providencia, no es acto administrativo sino pena correccional que por su origen y características escapa al conocimiento del Consejo de Estado.

Por último: Dice la demanda que se debe anular el acto acusado porque "se encuentra demostrado jurídicamente un abuso o desviación de poder por parte del señor Presidente de la República y su Ministro de Gobierno, con la detención arbitraria de que fue objeto el senador Vives. . . "

Fuera de que el recurso contencioso administrativo no se ha establecido para revisar asuntos de carácter penal, cabe advertir que dado el planteamiento de la demanda, la jurisdicción contencioso administrativa tendría que pronunciarse sobre la existencia del delito de abuso de autoridad o el de detención arbitraria en que el demandante hace consistir la violación de la Constitución y de la Ley, y tal pronunciamiento está atribuido en forma exclusiva a la jurisdicción penal.

Lo expuesto es bastante para concluir que debe confirmarse al auto suplicado inadmisorio de la demanda y así lo decide esta Sala.

Cópiese y notifíquese.

Alfonso Arango Henao **Enrique Acero Pimentel**

Jorge Dávila Hernández

Jorge Restrepo Ochoa

Secretario

RESOLUCIONES MINISTERIALES

Ministerio de Educación

PENSION DE INVALIDEZ. *Para Maestros de Enseñanza Primaria. Entidad Obligada al Pago.* **Las pensiones de invalidez deben ser reconocidas y pagadas por la Entidad de Previsión a la cual esté afiliado el trabajador en el momento de incapacitarse definitivamente; en cambio, en cuanto se refiere a los maestros de enseñanza primaria sí tienen derecho a que el Ministerio de Educación, por especial privilegio de la Ley, les decrete una pensión de jubilación nacional, sin perjuicio de la que les corresponda por los mismos servicios prestados a un Departamento.**

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Bogotá, D.E., septiembre treinta de
mil novecientos setenta.

Consejero Ponente: **Dr. Alvaro Orejuela Gómez.**

REF:. Juicio 1915
Demandante: Rafael Armando Medellín Beltrán.
Resoluciones Ministeriales.

El señor RAFAEL ARMANDO MEDELLIN BELTRAN, por medio de apoderado, demandó en acción de plena jurisdicción ante el Tribunal Contencioso-Administrativo de Cundinamarca, la nulidad de la Resolución número 1074 del 19 de julio de 1968, por la cual el Ministerio de Educación Nacional le negó el derecho al reconocimiento y pago de una pensión de invalidez.

De acuerdo con los HECHOS relatados en el libelo el actor prestó sus servicios al Departamento de Cundinamarca durante cuatro años, cuatro meses y diez días como maestro de enseñanza oficial, tiempo durante el cual se incapacitó total y definitivamente para ejercer cargos remunerativos, según el dictamen del médico del Instituto de Seguridad Social de Cundinamarca.

El Ministerio aludido negó la petición al demandante, por considerar que solamente tiene facultad para decretar pensiones de jubilación a los maestros de enseñanza primaria oficial, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 114 de 1913, pero no para reconocer pensiones de invalidez a esta clase de servidores del Estado. La Resolución expedida por la citada Entidad, dice:

"RESOLUCION NUMERO 1074"

(19 JUL. 1968)

Por la cual se niega una pensión de invalidez.

EL MINISTRO DE EDUCACION NACIONAL

en uso de sus atribuciones legales, y

CONSIDERANDO:

Que el señor RAFAEL ARMANDO MEDELLIN B., portador de la c.c. No. 290950 de Junín (Cundinamarca), solicita a este Ministerio el reconocimiento y pago de una pensión de Invalidez, por haber prestado 4 años, 4 meses y 10 días de servicios como maestro al Departamento de Cundinamarca y hallarse incapacitado en forma total y definitiva para desempeñar el magisterio:

Que fundamenta su solicitud en lo dispuesto por la Ley 4a. de 1966 y el Decreto 1743 del mismo año;

Que el Ministerio de Educación no tiene facultad para decretar pensiones de Invalidez, con fundamento en la Ley 4a. de 1966 a los maestros de escuela primaria Oficial, sino las de jubilación por incapacidad de acuerdo con lo establecido en la Ley 114 de 1913;

Que entre el Ministerio de Educación y el señor RAFAEL ARMANDO MEDELLIN B. no existió ninguna relación laboral que genere obligación para decretarle pensión de Invalidez;

Que si hubiere existido relación laboral entre el peticionario y este Ministerio la prestación correspondiente debería ser decretada por la Caja Nacional de Previsión, Institución a la cual son afiliados forzosos los funcionarios oficiales del orden nacional;

Que en consecuencia, no es procedente acceder a la solicitud formulada,

RESUELVE:

ARTICULO UNICO. No se accede al reconocimiento y pago de la pensión de Invalidez solicitada por el señor RAFAEL ARMANDO MEDELLIN B., por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

PARAGRAFO. Notifíquese haciendo saber a la parte interesada que contra esta providencia procede por la vía gubernativa, el Recurso de Reposición, del cual ha de hacerse uso, por escrito, dentro de los cinco días útiles a partir de la notificación personal o de la desfijación del edicto correspondiente.

Ejecutoriada, envíense copias debidamente autenticadas a la Pagaduría de Pensiones y a las Entidades del caso para los efectos correspondientes.

Notifíquese, Publíquese y Cúmplase:

Por el Ministro (Fdo.) Aurelio Céspedes Cardona, Director del Ministerio. Hay un Sello que dice: Ministerio de Educación Nacional Dirección. (Fdo) Jorge Aldana Cháves. Jefe de la Oficina Jurídica".

Como disposiciones quebrantadas el actor invoca los artículos 4o. de la Ley 64 de 1947; 4o. de la Ley 4a. de 1966; 27 del Código Civil y 30 de la Constitución Nacional.

El negocio recibió ante el Tribunal la tramitación legal correspondiente y por sentencia del 29 de octubre de 1969, accedió a las peticiones de la demanda.

Los argumentos en que se basó el a-quo son del siguiente tenor:

"De acuerdo con las normas vigentes, para tener derecho al reconocimiento legal y pago de la pensión de invalidez de los maestros de primaria, se requiere:

"a. Que el sujeto sea trabajador de una o más entidades de Derecho Público;

"b. Que ese trabajador haya servido a dichas entidades durante cualquier tiempo;

"c. Que pierdan su capacidad de trabajo, y mientras dure esa incapacidad;

"d. Que acredite con certificación médica la pérdida de la capacidad de trabajo;

"e. Que acredite que durante la incapacidad no ha recibido sueldo o indemnización por ese concepto, del Departamento o de la Caja de Previsión correspondiente: y

"f. Que cuando no se trate de incapacidad permanente y definitiva, o cuando siendo total haya prestado más de 20 años de servicios, pero la incapacidad fuere mayor de seis meses, se compruebe ante el Pagador que dicha incapacidad subsiste.

"Se tiene, entonces, que el demandante reúne los anteriores requisitos. A los ya mencionados, se agrega que al retirarse del servicio estuvo incapacitado más de 180 días (f.9), y que en el Ministerio de Hacienda no aparece constancia de que haya sido inscrito como pensionado por cuenta de la Nación (f.7), así como también, no aparece constancia de que haya recibido sueldo o indemnización por concepto de esa incapacidad. (f.9).

"De suerte que resta determinar quién es el sujeto pasivo de la obligación a cuyo cargo deba correr la prestación, toda vez que el demandante considera que es el Ministerio de Educación Nacional, y ésta, a su turno, niega serlo, invocando la Ley 114 de 1913 y la Ley 4a. de 1966.

"En verdad ninguna de estas dos leyes hace referencia alguna sobre el sujeto en cuestión. Además, se tiene la norma del art. 23 del Decreto 3135 de 1968, que en lo pertinente dice: Art. 23, Pensión de Invalidez. La invalidez que determine una pérdida de la capacidad laboral no inferior a un 75 por ciento dá derecho a una pensión, pagadera por la respectiva entidad de previsión, con base en el último sueldo mensual devengado mientras la invalidez subsista. . . ."

"Sin embargo, la expresión "respectiva entidad de previsión" contenida en la anterior norma se refiere, necesariamente, a las entidades de su género de carácter nacional, toda vez que el Decreto en cuestión contiene el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales nacionales, aparte de que tal estatuto sólamente tiene vigencia desde el 25 de diciembre 1968 y la expectativa del derecho a la pensión solicitada se inicia el 1o. de julio de 1967.

"Se tiene además que el inciso 2o. del art. 7o. del Decreto Reglamentario 2801 de 1949, al exigir la comprobación de que "no ha recibido suma alguna del respecti-

vo Departamento o de la Caja de Previsión correspondiente, como sueldo o indemnización por concepto de dicha incapacidad", lo hace en consideración a que si los Departamentos, o sus Cajas de Previsión, no han asumido el respectivo reconocimiento, corresponde hacerlo a la Nación, sin que él implique la imposibilidad de recibir una misma persona pensión de invalidez simultánea a cargo del Departamento y de la Nación, toda vez que la pensión de invalidez apenas excluye la de cesantía y la de jubilación (Ley 84 de 1947, art. 4o.).

"Además, al crear la Ley 64 de 1947 y la Ley 4a. de 1966, la prestación denominada pensión de invalidez, no podían, por impedimento constitucional, imponerle a los Departamentos la obligación del reconocimiento y pago de tal pensión (C.N. art. 183).

"De suerte que es al Ministerio de Educación Nacional la entidad obligada, en el caso de autos, a hacer el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez solicitada, máxime cuando el art. 4o. de la Ley 4a. de 1966 se refiere a pensiones de invalidez "a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público", y así deberá decretarse por cuanto, además, aparecen violados los arts. 4o. de la Ley 64 de 1947 y 4o. de la Ley 4a. de 1966."

Como en el fallo mencionado se ordenó la consulta del mismo, esta Corporación procede a resolverla de plano, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

El problema debatido en el caso *sub-júdice* tiene dos aspectos diferentes, a saber:

a. El derecho a la pensión de invalidez, y

b. El sujeto pasivo de la obligación.

En cuanto al primer punto la Sala está de acuerdo con el estudio hecho por el Tribunal, para concluir que el peticionario reune, a cabalidad, las exigencias legales para hacerse acreedor a una pensión de invalidez.

Respecto al segundo, o sea, el sujeto pasivo de la obligación, la Sala discrepa del *a-quo*, por las razones que en seguida se expresan:

En relación con los maestros de enseñanza primaria, es necesario distinguir entre la pensión de jubilación y la de invalidez.

De acuerdo con lo establecido en la Ley 5a. de 1945 y demás disposiciones que la reglamentan y adicionan, las prestaciones sociales deben ser pagadas por la Entidad de Previsión a la cual el funcionario se encuentre

afiliado, o en su defecto, por la entidad de derecho público a la que el empleado presta o haya prestado sus servicios. Por eso, precisamente, el artículo 7o. del Decreto 2801 de 1949, reglamentario de la Ley 64 de 1947, dice que el interesado deberá acompañar a su solicitud la Certificación expedida por el Médico de la Caja de Previsión Social a la cual se halle afiliado el maestro, norma ésta que comenta el fallo consultado.

De otra parte, la referida sentencia al estudiar el precepto del artículo 23 del Decreto 3135 de 1968, está afirmando que la pensión de invalidez es pagadera por la respectiva Entidad de Previsión.

En cuanto a la pensión de jubilación de los maestros de enseñanza primaria sí existe una situación de privilegio que es la que ha venido a originar la confusión del Tribunal.

Efectivamente, a esta clase de servidores, como estímulo especial, la Ley les otorgó el derecho a disfrutar de una pensión nacional y de otra departamental, cuando hubieren cumplido 20 años de servicio en la docencia primaria oficial.

Se trata de una excepción especialísima, porque la Nación en forma graciosa, les está concediendo una pensión por servicios que le fueron prestados a Entidades Departamentales, haciendo la salvedad expresa de que la recompensa de carácter nacional "no obsta para que un maestro pueda recibir, a un mismo tiempo, sendas pensiones como tal, concedidas por la Nación o por un Departamento", según lo establece el artículo 4o. inciso 3o. de la Ley 114 de 1913.

De lo anterior se concluye, inequívocamente, que las pensiones de invalidez deben ser reconocidas y pagadas por la Entidad de Previsión a la cual esté afiliado el trabajador en el momento de incapacitarse definitivamente; y que, en cambio, en cuanto se refiere a los maestros de enseñanza primaria sí tienen derecho a que el Ministerio de Educación, por especial privilegio de la Ley, les decrete una pensión de jubilación nacional, sin perjuicio de la que les corresponda por los mismos servicios prestados a un Departamento.

Por estas razones, considera la Sala que en el caso de autos, la petición del demandante ha debido elevarse ante el Instituto de Seguridad Social de Cundinamarca, Entidad a la cual estaba afiliado el actor en el momento de adquirir su incapacidad, y no al Ministerio de Educación Nacional.

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

FALLA:

Revócase la sentencia consultada, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, de fecha veintinueve (29) de octubre de mil novecientos sesenta y nueve (1969), y en su lugar niega las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el veinticinco (25) de septiembre de mil novecientos setenta (1970).

Nemesio Camacho Rodríguez **Alvaro Orejuela Gómez**

Rafael Tafur Herrán **Alejandro Mendoza y Mendoza**

Jorge A. Torrado Torrado
Secretario

CAPITULO TERCERO:

Actos de otras autoridades administrativas del orden Nacional

CAJA DE PREVISION SOCIAL DE COMUNICACIONES

PENSION DE JUBILACION. *Su pérdida como pena accesoria decretada en juicio de naturaleza penal, es definitiva.* **El artículo 58 del C. P. no establece una suspensión de la pensión mientras se cumple la pena, sino su pérdida definitiva. Además, aunque es cierto que el ciudadano condenado puede pedir la rehabilitación de sus derechos, ello dice relación a los derechos ciudadanos principalmente. Y si hay penas accesorias de las cuales se puede pedir rehabilitación como la pérdida de la patria potestad, para esto se necesita disposición legal expresa. Como tal norma expresa no existe respecto de la pérdida de la pensión, es obvio que no puede restituírse ese derecho.**

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Bogotá, D.E., julio catorce de
mil novecientos setenta

Consejero Ponente: **Dr. Nemesio Camacho**

REF.: Radic. No. 1807. Autoridades Nacionales. Nulidad de la Resolución No. 0661 de 8 de mayo de 1969, expedida por la Gerencia de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones. Actor: CAJA DE PREVISION SOCIAL DE COMUNICACIONES (CAPRECOM) c/. Gabriel Uribe Restrepo.

En la demanda presentada ante el Consejo por medio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad que consagran los artículo 62 y 66 del C.C.A., la Caja de Previsión Social de Comunicaciones solicita que se decrete lo siguiente:

"Que es nula, de nulidad absoluta, la Resolución número 0661 de fecha ocho (8) de mayo de mil novecientos sesenta y nueve (1969), proferida por la Gerencia de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones y que en su parte dispositiva ordenó lo siguiente:

"ARTICULO PRIMERO. Restituír al señor GABRIEL URIBE RESTREPO la pensión jubilatoria que había sido suspendida, a partir del 26 de agosto de 1955 hasta el 30 de julio de 1958 a la suma de ciento noventa y seis pesos con 99/100 ($ 196.99); a partir del 1o. de agosto de 1958 hasta el 31 de diciembre de 1959 a la suma de doscientos quince pesos ($ 215.00); a partir del 1o. de enero de 1960 hasta el 31 de diciembre de 1962 a trescientos treinta y tres pesos con 34/100 ($ 333.34); del 1o. de enero de 1963 hasta el 22 de abril de 1966 a cuatrocientos cincuenta y tres pesos con treinta y cuatro centavos ($ 453.34); del 23 de abril de 1966 al 22 de octubre de 1966 en adelante a la suma de setecientos setenta pesos con 25/100 ($ 770.25) m/cte.

"Si el beneficiario se reincorporare al servicio público en cualquiera de sus ramas a excepción de la docencia, no podrá percibir más de un mil seiscientos pesos mensuales sumados sueldo y pensión y si aquél excede a esa cuantía, suspenderá temporalmente el cobro de la segunda por el tiempo del nuevo empleo.

"ARTICULO SEGUNDO. De cada mesada pensional el interesado aportará el 5% con destino a la Caja, según lo ordenado por el artículo 37 del Decreto 3135 de 1968.

"ARTICULO TERCERO. Ordenar al Tesorero pagar el valor reconocido."

ANTECEDENTES

El apoderado de la parte actora, consigna en su demanda, lo siguiente:

"1o. La Caja de Auxilios de las Ramas Postal y Telegráfico por medio de la Resolución número 00399 de fecha 28 de diciembre de 1950 reconoció a Gabriel Uribe Restrepo una pensión vitalicia de jubilación oficial, en cuantía de ciento noventa y nueve pesos ($ 199.00) m/cte.

"2o. Por sentencia de fecha 22 de enero de 1955 dictada por el Juzgado 5o. Superior de Bogotá providencia que fue confirmada por el Tribunal Superior del mismo Distrito, condenó a Uribe Restrepo a la "pena principal" de cuatro años de presidio, a las accesorías correspondientes y al pago de los perjuicios ocasionados por la infracción".

"3o. Con base en el artículo 42 del Código Penal, Gabriel Uribe Restrepo fue sancionado igualmente a la "pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial".

"4o. Posteriormente, el Juzgado Quinto Superior de esta ciudad concedió a Gabriel Uribe Restrepo la libertad condicional, proveído que fue confirmado por el Tribunal Superior, mediante la decisión fechada el 6 de diciembre de 1955.

"5o. Por medio de apoderado y con base en el hecho que antecede, Uribe Restrepo solicitó a la Caja de Previsión Social de Comunicaciones la "restitución de la pensión de jubilación", así como también los reajustes pensionales.

"6o. En estas circunstancias, la Caja de Previsión Social de Comunicaciones dictó la resolución número 0661 fechada el 8 de mayo de 1969, la que fue notificada y aceptada por Gabriel Uribe Restrepo, tal como lo registra la diligencia de notificación.

"7o. Formuladas las correspondientes cuentas de cobro y autorizadas por la Gerencia de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones, la Auditoría Fiscal de la Contraloría General de la República objetó el pago de las cuentas en la cantidad de $ 55.927.87 y en la suma mensual de $ 770.25 a partir del 9 de mayo de 1969, con las razones que contiene el oficio número 150 de fecha 25 del mes próximo pasado.

"8o. También pidió el mismo organismo fiscal la revocación directa de la resolución número 0661 de fecha 8 de mayo de 1969.

"9o. Sin embargo, la Gerencia de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones consideró que resultaba improcedente revocar el mencionado acto administrativo, con fundamento en la previsión legal que contiene el artículo 24 el Decreto-Ley 2733 de 1959, acudiendo al contencioso de anulación".

DISPOSICIONES VIOLADAS

En el libelo se citan las siguientes: artículos 14 de la C.N., 58 y 113 del Código Penal, 681 del C. de P. P. y 1o. de la Ley 63 de 1945.

En un largo capítulo se consigna el concepto de la violación de las normas anteriores.

El apoderado de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones pidió la suspensión provisional del acto demandado, la cual fue decretada por auto de 7 de octubre de 1969. El señor Gabriel Uribe Restrepo fue notificado personalmente del auto admisorio de la demanda y al hacerlo manifestó que oportunamente nombraría su representante legal, lo cual no hizo dentro del juicio.

Tramitado éste en legal forma ante el Consejo, la Fiscalía 4a.. rindió concepto en el cual pide que se acceda a las súplicas de la demanda. Citadas las partes para sentencia y como no se observa nulidad alguna que invalide lo actuado, procede la Sala a dictar su fallo, previas las siguientes CONSIDERACIONES:

De acuerdo con lo que antecede, el señor Uribe Restrepo venía gozando de una pensión de jubilación, decretada en 1950. Posteriormente, en razón de un delito de peculado, fue condenado por la Justicia Penal Ordinaria, a la pena principal de cuatro años de prisión y a las accesorias correspondientes, entre las cuales estaba incluída la de la pérdida de la pensión jubilatoria de carácter oficial, de conformidad con el artículo 58 del C. Penal, que dice:

> "Por regla general y salvo las excépciones consignadas en la parte especial de este Código, las penas de presidio y prisión llevan consigo la interdicción del ejercicio y derechos de funciones públicas por un período igual al de la pena principal y la pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial y para los extranjeros la expulsión del territorio nacional; la de presidio trae además la pérdida de la patria potestad, y la de prisión, la suspensión de la patria potestad durante el tiempo de la condena".

Así lo manifestó expresamente el fallo del Juzgado 5o. Superior del Distrito Judicial de Bogotá de fecha 22 de enero de 1955.

Más tarde, y gozando ya de la libertad provisional por haber pagado la pena principal impuesta, el señor Uribe Restrepo pidió a la Caja de Previsión Social de Comunicaciones la restitución de la pensión de jubilación y la Caja accedió a ello por medio de la Resolución 0661 de 1969, acusada en este juicio.

De este modo, el problema jurídico planteado con la acción promovida por Caprecom consiste en saber si una persona en las circunstancias del señor Uribe Restrepo, tiene derecho a que se le restituya la pensión oficial y a seguir gozando de ella, o si, por el contrario, la pérdida de la pensión jubilatoria, decretada como pena accesoria, es definitiva o permanente. Si se acepta este último punto de vista es claro que la acción intentada por la Caja debe prosperar, puesto que resulta nulo por ilegal el acto impugnado que restituye la pensión.

Para la Sala es claro que el señor Uribe Restrepo perdió definitivamente su pensión jubilatoria. El hecho de que hubiera cumplido la pena principal o de que estuviera ya gozando de libertad condicional, que fue lo que tuvo en cuenta Caprecom para restituírle la prestación, no podían hacer renacer su derecho. En efecto, el art. 58 del C. P. no establece una suspensión de la pensión mientras se cumple la pena, sino su pérdida definitiva. Además, aun-

que es cierto que el ciudadano condenado puede pedir la rehabilitación de sus derechos, ello dice relación a los derechos ciudadanos principalmente. Y si hay penas accesorias de las cuales se puede pedir rehabilitación como la pérdida de la patria potestad, para esto se necesita disposición legal expresa. Como tal norma expresa, no existe respecto de la pensión, es obvio que no puede restituírse ese derecho.

Salta a la vista, así, que la Resolución acusada en cuanto restituyó la pensión al señor Uribe Restrepo quebranta ostensiblemente las normas citadas, como se puso de relieve en el auto de la suspensión provisional; por lo cual la Sala habrá de acceder a las súplicas del libelo, acogiendo así el criterio expuesto por la Contraloría General de la República.

Finalmente, considera la Sala que si bien el actor al intentar su demanda invoca los artículos 62 y 66 del C.C.A. que consagran la acción de simple nulidad, el Consejo puede interpretarla como acción contenciosa de plena jurisdicción porque si bien es cierto que el apoderado no pide expresamente en el libelo el restablecimiento del derecho, éste resulta implícitamente solicitado con la nulidad de la Resolución acusada que reconoce o restituye una pensión jubilatoria al señor Gabriel Uribe Restrepo. Evidentemente, si se decreta la nulidad de la resolución 0661 de 8 de mayo de 1969 proferida por la Gerencia de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones, automáticamente se restablece el derecho de esta entidad, consistente en la no obligación de pagar a Uribe Restrepo la pensión jubilatoria, lo cual constituye un acto subjetivo personal y concreto. Además, la cuantía del negocio sobrepasa los $ 50.000.00, por lo cual es competente para conocer de él, esta Corporación de acuerdo con lo dispuesto por los decretos 528 de 1964 y 2061 de 1966.

En mérito de lo anterior, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el concepto de la Fiscalía 4a.,

FALLA:

1o. Es nula la resolución número 0661 de fecha 8 de mayo de 1969, proferida por la Gerencia de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones (Caprecom) que ordenó restituír al señor Gabriel Uribe Restrepo una pensión de jubilación.

2o. Comuníquese a la Contraloría General de la República.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente previa devolución del administrativo.

Se deja constancia que el proyecto de este fallo fue discutido y aprobado por la Sección Segunda, en sesión celebrada el día 9 de julio de 1970.

Nemesio Camacho Rodríguez **Andrés Holguín**

Alvaro Orejuela Gómez **Rafael Tafur Herrán**

Susana M. de Echeverri
Secretaria

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE COOPERATIVAS

COOPERATIVAS. *Requisitos exigidos a los socios.* **Son nulos los artículos 12, 14, 16 y 17 de la Resolución 00654 dictada el 18 de septiembre de 1967 por el Sr. Superintendente Nacional de Cooperativas y por la cual se dictan disposiciones en materia de cooperativas de la modalidad del transporte público terrestre automotor.**

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Bogotá, D. E., agosto veintiuno de mil novecientos setenta.

Consejero Ponente: **Doctor Alfonso Arango Henao**

REF.: Expediente 1312

El señor Tomás de Jesús Ortíz Alzate, en ejercicio de la acción pública demanda de esta Corporación la declaratoria de nulidad de la Resolución 00654 de 18 de septiembre de 1967, expedida por el Superintendente Nacional de Cooperativas.

Posteriormente, después de haberse decretado la suspensión provisional del artículo 16 de la resolución acusada, el actor procedió a corregir su

demanda en el sentido de solicitar únicamente la anulación de los artículos 12, 14, 16 y 17 del acto impugnado y de señalar como norma superior violada el artículo 28 de la Ley 153 de 1887.

Ante un recurso de súplica que interpusiera el señor Agente del Ministerio Público contra la providencia de suspensión provisional, la Sala de Decisión, en auto de 21 de febrero del año en curso, resolvió confirmar la determinación tomada por el sustanciador.

Por las razones que expone el libelo, después de narrar los hechos fundamentales de la acción, el actor anota que los actos materia del presente juicio son violatorios de la Ley 153 de 1887 en su artículo 28, de los artículos 4o., 7o., 31, 49, 50, 51, 53, 57 y 96 del Decreto 1598 de 1963, y del artículo 30 de la Constitución Nacional.

El señor Fiscal 1o. de la Corporación, en su vista de fondo, es partidario de la anulación de los artículos 12, 14, 16 y 17 de la Resolución impugnada, a los cuales se redujo la demanda después de su corrección.

Para resolver la Sala considera:

La situación expresada en relación con el artículo 16 demandado, tanto en el auto que lo suspendió provisionalmente como en el que confirmó tal suspensión, no ha variado, por lo cual, para proceder a su anulación se remite a lo ya dicho en estos términos :

> "El artículo 49 del Decreto 1598 establece dos exigencias para ser socio de una cooperativa. La primera se relaciona con la edad que fija en 18 años como norma general y, como excepción, para las cooperativas de responsabilidad suplementaria, la mayoría de edad, teniendo en cuenta, desde luego, que no existan causales de incapacidad. La segunda exigencia obliga al presunto socio a reunir los requisitos y condiciones estatutarias. Ningún otro requisito pide a los socios para ser tales. Ahora bien, si el artículo 16 de la resolución impugnada exige suscripciones de capital por parte de los socios en las proporciones allí indicadas, y para las cooperativas de transportes, indudablemente está introduciendo innovaciones a una norma superior, con su claro y ostensible quebranto."

La Sala de Decisión, al respecto expuso en su auto de 21 de febrero último, lo siguiente:

> "Claramente se deduce que la Superintendencia ha fijado un requisito para ingresar al Status de cooperado, cuando el Decreto 1598 de 1963 no lo prevé, por lo cual es evidente que hay una flagrante violación del citado decreto en su artículo 49."

Restaría por examinar las disposiciones contenidas en los artículos 12, 14 y 17, a lo cual se procede. En efecto, el artículo 12 de la resolución 00654

de 1967, impugnada, dice que es requisito *esencial* para ser admitido como socio de una cooperativa de transporte público terrestre automotor, ser propietario o tenedor a cualquier título de un vehículo que esté trabajando o que vaya a trabajar al servicio de la cooperativa en las rutas que previamente tenga ésta asignadas "haber suscrito el Capital en la forma prescrita por el Artículo 16." Como bien lo anota el señor Colaborador Fiscal, esta disposición "rebasa los requisitos que establece el artículo 49 del Decreto 1598 de 1963 para ser socio de una cooperativa, pues agrega a los allí señalados el del aporte prescrito en el artículo 16 de la misma Resolución." Es suficiente esta razón para que prospere la nulidad pedida en la demanda, la cual se habrá de decretar, porque, viola las prescripciones de una norma superior de derecho.

En cuanto al artículo 14 de la misma resolución, también acusada, tanto la Fiscalía como la Sala lo encuentran violatorio de disposiciones de orden superior porque no es del resorte de la Superintendencia Nacional de Cooperativas señalar las causales para perder la calidad de socios de las mismas, pues, esta atribución ha sido expresamente reservada a las propias cooperativas por el literal c) del artículo 31 del Decreto 1598 de 1963, norma ésta que indica la demanda como quebrantada por los actos materia de enjuiciamiento.

Y en relación con el artículo 17 de la resolución 00654 que obliga a las cooperativas a establecer estatutariamente "una contribución fija mensual por vehículo y tipo de vehículo, lo mismo que un porcentaje por concepto de fletes", con destinación especial y fijar, así mismo otras contribuciones para gastos de administración y educación cooperativa, se tiene que ello desborda las atribuciones del Superintendente, porque el Decreto 1598 de 1963 en su artículo 31, literales b), h), e i) fijó facultades precisas a las cooperativas para su formación, funcionamiento y constitución de su patrimonio social, por lo cual, la actitud de la Superintendencia, está usurpando funciones que son propias de las sociedades y por lo mismo extrañas a las de la entidad vigiladora.

En tales circunstancias, es procedente anular las disposiciones a que se contrajo la demanda después de su corrección.

Lo dicho es suficiente, pues, para que la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, por medio de su Sección Primera, de conformidad con el concepto de su Fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

DECIDA:

Son NULOS los artículos 12, 14, 16 y 17 de la Resolución 00654 dictada el 18 de septiembre de 1967 por el señor Superintendente Nacional de

Cooperativas, y "por la cual se dictan disposiciones en materia de cooperativas de la modalidad del Transporte público terrestre automotor".

Comuníquese esta determinación a la entidad autora de la Resolución acusada y archívese el expediente.

Se deja constancia de que el proyecto de esta sentencia se leyó, discutió y aprobó en la sesión del día de hoy, según consta en el acta respectiva.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase.

Alfonso Arango Henao **Enrique Acero Pimentel**

Jorge Dávila Hernández **Lucrecio Jaramillo Vélez**

Jorge Restrepo Ochoa
Secretario

ACTOS DE LA MARINA MERCANTE COLOMBIANA

COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO. *Para conocer de asuntos relativos a navegación martítima o fluvial.* **Para delimitar la competencia del Consejo de Estado en estas materias es preciso dar respuesta a los siguientes interrogantes: ¿Desempeñan los Capitanes de Puerto funciones jurisdiccionales? ¿Son simplemente empleados del orden administrativo? Parece que los aludidos funcionarios, obran en casos como el presente, en su condición jurisdiccional y no meramente administrativa.**

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

(Sesión del día 22 de Septiembre de mil novecientos setenta.)

Bogotá, D. E., septiembre veintitrés de
mil novecientos setenta

Consejero Ponente: **Dr. Enrique Acero Pimentel**

REF.: Expediente No. 1206
Actor: "HAMBURG-AMERIKA LINIE". Nulidad y suspensión provisional de las Relaciones de fecha 14 de Agosto de 1068 y Diciembre 9 del mismo año, de la Capitanía del Puerto de Buenaventura y la Dirección general de Marina Mercante Colombiana, respectivamente.

La Sociedad "HAMBURG-AMERIKA LINIE" con sede en Hamburgo, confirió poder al abogado inscrito Dr. Germán González Cajiao, en cuyo ejercicio presentó, demanda ante esta Corporación, ejercitando la vía del artículo 67 del C. C. A., en procura de obtener "la nulidad de las Resoluciones proferidas el 14 de Agosto de 1968 y el 9 de Diciembre de 1968, por la Capitanía del Puerto de Buenaventura y por la dirección de Marina Mercante Colombiana, respectivamente, en todas sus partes". En subsidio pide que cuando menos se decrete la nulidad de los apartes segundo y quinto de la Resolución proferida el 14 de Agosto por la Capitanía de Puerto de Buenaventura.

La primera de tales providencias dispuso declarar que el Capitán del buque "LUDWIGSSHAFEN", de bandera alemana, señor Henning Funcke, es culpable del abordaje y hundimiento de la N. N. Mr. MINNING" de bandera Colombiana, responsabilidad de la cual se hacen solidarios a los armadores del buque, "DEUTSCH BANK –Hamburg– Amerika Linie, y de la misma manera a la empresa NAVENAR Ltda., como agentes en este puesto. Además que el Capitán, los Armadores y las Empresas dichas, pagarán al señor Adolfo Minning o a quien lo represente legalmente, la suma en que fué avaluada la nave, el lucro cesante y daño emergente, etc., y ordenar también al Banque National de París pagar el valor respectivo en la cuantía fijada o sea la suma de $ 729.021.72 y las costas a quien, mediante oficio, ordena la Capitanía del Puerto, de la garantía bancaria No. 2.10.096/68 de fecha 27 de Febrero de 1968.

Por la segunda de las resoluciones acusadas se confirmó en todas sus partes la anterior providencia.

El hecho que dió origen a la expedición de los anteriores actos, lo fué el abordaje y naufragio ocurridos el día 24 de Febrero de 1968, como consecuencia de la colisión sufrida con el buque carguero de bandera alemana ya aludido, del cual es propietaria y armadora la parte demandante.

Señala la demanda las disposiciones constitucionales y legales que considera infringidas por los actos acusados y extensamente se ocupa de explicar el concepto de violación, según su parecer.

Producida la vista de fondo, en ella el señor Fiscal Primero del Consejo opina que se está en presencia de resoluciones proferidas en un juicio policivo y que de conformidad con lo estudiado por el artículo 73 de la Ley 167 de 1941, la jurisdicción contencioso administrativa no es competente para conocer de la demanda instaurada y, por lo mismo el Consejo está inhibido para proferir sentencia de fondo.

Apoya su concepto razonando así: La simple lectura de las providencias, como del expediente original, lleva al convencimiento de que ellas revistieron

el carácter real de sentencia y de que la actuación no es otra cosa que un verdadero juicio de policía, pues se adelantó bajo las formas propias de un proceso jurisdiccional cuyas conclusiones tanto en primera como en segunda instancia revistieron todas las formas de sentencia judicial. Las autoridades que tomaron parte en el proceso y suscribieron las Resoluciones demandadas lo hicieron en ejercicio de una función jurisdiccional y no administrativa. Lo que diferencia de las dos situaciones es la circunstancia de que en el proceso administrativo el funcionario obra como representante de la Administración y ésta como parte interesada en el conflicto; al paso que en el proceso judicial, el funcionario obra estrictamente como árbitro entre varios intereses, generalmente opuestos, bien sea entre particulares o entre un particular y la Administración. Y que se trata, de otro lado de un proceso de policía, se deduce de la propia materia del mismo, como también del carácter de los funcionarios que allí intervinieron.

La Sala considera:

Para compartir las conclusiones de la vista fiscal y acordarse con ella, la Sala expone su pensamiento de la siguiente manera:

¿Desempeñan los capitanes de puerto funciones jurisdiccionales? ¿Son simplemente empleados del orden administrativo? La primera de las preguntas se despeja afirmativamente en presencia de varias disposiciones legales, a saber: El código de Aduanas (Ley 79 de 1931) que en su artículo 426 previene que estos funcionarios disponen de los recursos y apremios, multas, etc. contra las personas que obstruyen las bahías de su jurisdicción, pudiendo hacer uso de tales apremios contra los dueños y consignatarios de las embarcaciones que se vayan a pique, se varen o causen estorbo a los demás buques, etc., y que el capitán de cada puerto conocerá y FALLARA breve y sumariamente de los asuntos de avería causados por naves o embarcaciones de cualquier clase a otras embarcaciones en las aguas de su jurisdicción, agregando que la estimación que haga de los daños causados y de las costas sufridas prestará mérito ejecutivo ante los jueces competentes por razón de la jurisdicción y la cuantía. Sus decisiones serán apelables ante el Tribunal Distrital de Aduanas (hoy Dirección de Marina Mercante Colombiana), el cual las fallará también breve y sumariamente.

Por su parte el Decreto 3183 de 1952 dispone en su Art. 7o. que los Capitanes de Puerto tienen como función la de hacer cumplir las leyes, decretos y reglamentos y demás disposiciones relacionadas con la Marina Mercante Colombiana, dentro de su jurisdicción e investigar, aún de oficio, las infracciones a las leyes, decretos y reglamentos de la Marina Mercante Colombiana, expidiendo EL FALLO de primer grado.

- Fluye con toda claridad del texto de estas normas, que los aludidos funcionarios obran en casos como éste en su condición jurisdiccional y no

meramente administrativa. No otra cosa puede desprenderse de los términos empleados por ellas como son: que conocerá y fallará breve y sumariamente, que la estimación que haga de los daños causados y de las costas sufridas "prestan mérito ejecutivo", que sus decisiones serán apelables ante el superior que las "fallará también breve y sumariamente"; todo lo cual da a entender que sus providencias no se dictan por la vía gubernativa y por ende no tienen ni los recursos ni la acción contenciosa.

Estos empleados hacen, aquí el papel de jueces, investigadores o instructores; y juez, según definición de Escriche, es el que está revestido de potestad de administrar justicia a los particulares. La palabra juez es genérica y comprensiva de todos los que administran justicia.

Es verdad, como lo anota la vista fiscal, que las providencias acusadas están revestidas de las formas propias, de una sentencia; y aunque, pese a las formas que revistan, en su contenido y sus fines lo que indica la calidad del acto y la condición del autor, sinembargo aquí la norma citada anteriormente referente al superior, dice que éste "fallará también", es decir, que al de primera instancia se ha considerado igualmente como un fallo. El vocablo, según el Diccionario de la Real Academia significa sentencia definitiva de un juez y en ella, especialmente, el pronunciamiento decisivo o imperativo. Y según Escriche, la sentencia definitiva de un juez en algún pleito o causa. Por manera que si el capitán del Puerto tiene en el caso de autos calidad de juez de policía, la decisión que profirió en este juicio es policiva o jurisdiccional, extraña a la competencia del Consejo.

Aún más: reza la norma contenida en el literal d) del artículo 34 del C. C. A., que el Consejo conoce de los asuntos relativos a navegación marítima o fluvial en que se ventilen cuestiones de mero derecho administrativo en cuanto no sean de otra competencia. Y ciertamente, en el caso *sub-judice*, no se ventilan tales cuestiones. El hecho que originó la intervención de la Capitanía del Puerto, el abordaje y consiguiente naufragio de una de las naves, ocurrió entre particulares; los daños y los perjuicios fueron sufridos por uno de estos particulares o por ambos; el culpable del siniestro será aquel a quien se le demuestre haberlo producido por descuido, infracción o desconocimiento de las normas pertinentes sobre la materia. Y la intervención de la autoridad portuaria, producida por demanda de parte o de oficio si así se lo permite la Ley, se encamina a levantar la investigación correspondiente para deducir la responsabilidad de quien la tenga y luego de deducida, condenar a la parte responsable al pago de los daños, las costas, etc. etc.. Esto indica a las claras que la clase de providencia cuya nulidad se demanda, es de aquella que no puede ser conocida ni fallada por la jurisdicción contencioso administrativa. Para reforzar esta conclusión, es pertinente aludir a la transcripción que hace el señor Fiscal de apartes del Tratado de Derecho Procesal Civil del Dr. Hernando Devis Hechandía a la cual la Sala se

remite. (Fls. 72 y ss. del C. P.), y además tener presentes los artículos 1o., 2o. y 3o. del Reglamento General de Aduanas número 93 Artículo 426 en donde se habla que el Capitán de Puerto pronunciará su fallo por medio de una resolución, copia de la cual, debidamente autenticada, entregará a los dueños o consignatarios de la embarcación y al mérito que ésta presenta.

En mérito de las consideraciones expuestas, 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:

Declárase que el Consejo de Estado es incompetente para conocer de la presente acción y que está, por lo tanto inhibido para pronunciarse sobre la litis propuesta.

Cópiese, Notifíquese y devuélvase el expediente administrativo a la oficina de origen.

Enrique Acero Pimentel **Alfonso Arango Henao**

Jorge Dávila Hernández **Lucrecio Jaramillo Vélez**

Jorge Restrepo Ochoa
Secretario

ACTOS DE LA JUNTA MONETARIA

CERTIFICADOS DE ABONO TRIBUTARIO. Los Oficios 679 de 1968 y 217 de 1970, expedidos por la Junta Monetaria, violaron en forma evidente y ostensible la letra y el espíritu de los Decretos 444 y 688 de 1967 y el artículo 40 del Decreto 1366 de 1967, razón por la cual se impone anularlos.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Bogotá, D. E., octubre dieciseis de mil novecientos setenta

Consejero Ponente: **Dr. Hernando Gómez Mejía.**

REF.: Exp. No. 1490 Autoridades Nacionales
Actor: Federación Nacional de Algodoneros C/. dos decisiones de la Junta Monetaria.

La Federación Nacional de Algodoneros es una entidad con personería jurídica, que tiene como representante legal al Dr. Rafael Pardo Buelvas; esa entidad vendió a la firma belga Societé Anonyme Bunge, durante la cosecha Costa-Meta de 1967-1968, veinte mil cuatrocientas setenta y siete pacas de algodón por un valor de US$ 3'250.000.00 los cuales fueron reintegrados provisionalmente para ser legalizados a medida que se efectuaran los embar-

ques. El 7 de julio de 1968, a consecuencia de un incendio en las bodegas de Vicente Gallo en Cartagena, el fuego consumió 3.069 pacas de algodón de las que habían sido vendidas ya a la firma belga; como el cargamento íntegro estaba asegurado por los compradores extranjeros con la firma Lambert Brothers de Londres esta compañía pagó al comprador belga el valor del siniestro que ascendió a US$ 443.288.00 valor del algodón consumido por el fuego. El precio total de las pacas materia de la negociación ingresó al país, es decir, el Banco de la República recibió en total US$ 3.250.000.00 e hizo el reintegro definitivo al exportador, de dicha cantidad.

La Federación Nacional de Algodoneros solicitó de la Junta Monetaria el ajuste correspondiente al reintegro definitivo y asimismo la expedición de los certificados de abono tributario (CAT) correspondientes; la Junta en oficio 679 de 13 de diciembre de 1968 accedió al reajuste para el reintegro definitivo, pero negó la entrega de los certificados de abono tributario correspondientes afirmando que las exportaciones no fueron realizadas en su totalidad, requisito indispensable para tener derecho al CAT. De esta determinación se solicitó revocatoria y luego de algunas incidencias ante el Ministerio de Hacienda, la Junta indicada, en oficio No. 217 de 17 de marzo de 1970, resolvió desfavorablemente los recursos de la firma demandante con lo cual se agotó la vía gubernativa.

Esta es la síntesis de los hechos que relata el Dr. Gonzalo Vargas Rubiano, como apoderado de la Federación Nacional de Algodoneros, en libelo presentado en tiempo oportuno para hacer al Consejo de Estado, mediante el ejercicio de la acción de plena jurisdicción las siguientes peticiones:

Que se decrete la nulidad de las decisiones de la Junta Monetaria contenidas en los oficios Nos. 679 y 217 de 13 de diciembre de 1968 y 17 de marzo de 1970 respectivamente.

Que para el restablecimiento del derecho se ordene a la Junta Monetaria autorizar al Banco de la República para que entregue a la actora, dentro de los seis (6) días siguientes a la ejecutoria del fallo, certificados de abono tributario (CAT) por el valor equivalente en moneda colombiana de sesenta y seis mil cuatrocientos noventa y tres dólares de los Estados Unidos de América con veinte centavos de dólar (US$ 66.493.20) cantidad que es el quince por ciento (15%) de cuatrocientos cuarenta y tres mil doscientos veintiocho dólares (US$ 443.228.00), precio de las tres mil sesenta y nueve pacas de algodón vendidas por la Federación Nacional de Algodoneros a la Societé Anonyma y que fueron destruidas en la forma narrada.

Como disposiciones violadas el actor señala principalmente el artículo 166 del Decreto 444 de 1967 sobre régimen de cambios internacionales y comercio exterior y los artículos 12 y 13 del Decreto Ley 688 de 1967, por las razones que más adelante se analizarán.

El actor hizo uso del período probatorio, luego alegó de conclusión y al pasar al Fiscal Dr. Eduardo Aguilar Vélez para Vista de fondo, se solicitó en ella acceder a las súplicas de la demanda. El negocio ha entrado para fallo y a ello se procede mediante las consideraciones que enseguida se expresan:

El problema que se estudia es bien claro y por eso es grande la sorpresa que se experimenta cuando hay necesidad de recurrir a un juicio para el reconocimiento de un derecho que no se presta a la menor duda.

El artículo 120 de la Ley 81 de 1960 con ánimo de estimular las exportaciones, estableció un incentivo tributario consistente en la exención del impuesto a la renta líquida gravable adquirida como producto de las exportaciones. En el año de 1967 el Presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 6a. de 1967, dictó el Decreto 444 sobre "Régimen de cambios internacionales y de comercio exterior" en cuyo artículo 166 se estableció un sistema que bajo la denominación de "Certificados de abono tributario" (CAT) buscaba estimular las exportaciones distintas a las del petróleo y sus derivados, cueros crudos de res y café, mediante la entrega, en bonos, de un 15% del valor total de reintegro de las divisas provenientes de tales exportaciones, los cuales serían recibidos a la par por las oficinas recaudadoras del impuesto de renta y complementario, cumplido un año a partir de la fecha de su emisión; eran documentos al portador, libremente negociables y exentos de toda clase de impuestos; también se otorgaba igual privilegio a los productores de oro que lo vendiesen al Banco de la República. El Decreto 688 de 1967 en sus artículos 12 y ss. subrogó el anterior pero no para hacerle reformas sustanciales sino para darle al CAT poder liberatorio respecto de impuestos de aduanas y ventas.

Vino finalmente el Decreto 1366 de 1967, dictado en uso de facultades extraordinarias, que volvió a reglamentar los certificados de abono tributario; de sus disposiciones contenidas en el acápite "Incentivos tributarios" merece destacarse el artículo 40 que dice:

> "Al momento de reintegrar las divisas provenientes de exportaciones distintas del petróleo y sus derivados, cueros crudos de res y café, el Banco de la República hará entrega al exportador de certificados de abono tributario en cuantía equivalente, en moneda legal colombiana, a un quince por ciento (15%) del valor total del reintegro. Dichos títulos serán recibidos a la par por las oficinas de impuestos para el pago de los tributos sobre la renta y complementarios, aduanas y ventas, una vez cumplido el término que señale el Gobierno el cual inicialmente será de un año. Este período se reducirá progresivamente hasta su eliminación total cuando la situación fiscal y monetaria lo permita.
>
> "Lo dispuesto en este artículo se aplicará a las exportaciones embarcadas con posterioridad al 12 de marzo de 1967.

"Los certificados de abono tributario cuya emisión se autoriza en el presente artículo serán documentos al portador, libremente negociables y estarán exentos de toda clase de impuestos".

Es claro el artículo en el sentido de que el único requisito que se exige para otorgar el beneficio del certificado de abono tributario es el de reintegrar las divisas provenientes de exportaciones y precisamente para fomentar éstas se creó el estímulo, una especie de subsidio que la Ley ha buscado con el objeto de que el país no esté permanentemente sometido al sistema de la monoexportación, que graves males ha traído en muchas ocasiones a la balanza de pagos y a la economía en general. Es claro que quien demuestra su calidad de exportador mediante los trámites que para tal caso se exigen y obtiene el reintegro de las divisas ha adquirido automáticamente el beneficio del certificado sin que sea necesario el lleno de unos requisitos accidentales, máxime cuando ellos no pudieron cumplirse por circunstancias de fuerza mayor. Sinembargo, ese no fue el pensamiento de la Junta Montaria en el negocio *sub judice* porque más bien se acudió a argumentos artificiosos cuyo objetivo era desvirtuar la finalidad perseguida por la Ley. Se acudió al Código de Aduanas para buscar una definición de exportación acomodada al caso y se llegó a la conclusión de que la exportación realmente no se realizó porque físicamente no salió toda la mercancía, debido al siniestro, a pesar de que por razones del seguro, al país ingresaron la totalidad de las divisas provenientes del negocio ya perfeccionado cuando ocurrió el siniestro.

Luego de una serie de argumentaciones sobre la teoría del riesgo se termina con esta *brillante* conclusión: "Que los dólares hayan ingresado al país no implica que la exportación se haya perfeccionado. Esto no es más que la consecuencia de la teoría del riesgo, por la cual una vez perfeccionado el contrato de compra venta, el riesgo se traslada a cabeza del comprador y de éste a su asegurador, quien debe cubrir el precio estipulado en el contrato. Se explica de esta manera por qué la Junta Monetaria accedió a reajustar el valor de los reintegros anticipados.

Los reintegros definitivos se suceden en dos eventos: Porque el exportador adquirió en el exterior dólares como pago de una exportación realizada efectivamente; o porque se hizo acreedor de una indemnización a cargo de una compañía de seguros extranjera que había asumido el riesgo del importador.

De manera que no debe concluirse que porque la Junta aceptó reajustar tasa de reintegros, aceptó tácitamente la ocurrencia de una exportación real".

Son sutilezas inaceptables. El proceso exportador en este caso cumplió a cabalidad su cometido benéfico para la economía del país cual era la de traer

dólares a cambio de productos; que haya habido un inconveniente de orden físico y a la vez constitutivo de fuerza mayor por el cual no se desplazó la totalidad de la mercancía, no es óbice para que la finalidad buscada en las disposiciones que reglamentan los certificados de abono tributario se haya cumplido a cabalidad; ciertamente el argumento que se dio para negar los certificados no demuestra siquiera habilidad jurídica, es simplemente un afán de borrar con procedimientos soslayados la muy clara finalidad de la Ley; ante el siniestro presentado nada podían hacer los exportadores, jurídicamente la operación estaba realizada, pero por lo que se ve, para cumplir la finalidad formalista exigida en el Código de Aduanas, han debido también exportarse las cenizas.

De ahí porque la Sala comparte plenamente la siguiente argumentación del señor apoderado de la compañía cuando dice en la demanda:

> "En nuestro caso concreto, la exportación jurídica y económicamente se realizó a plenitud. El país vió acrecentada sus disponibilidades de divisas, y aún cuando el algodón incendiado no salió físicamente del territorio nacional, en cambio sí ingresaron materialmente los dólares equivalentes a su valor.
>
> "Sostener que por la falta de conocimiento de embarque de las 3069 pacas quemadas no hay lugar al otorgamiento del CAT, significa confundir un simple requisito procedimental o ad probationem para acreditar el derecho con el derecho mismo. Tal interpretación pugna por lo formalista con el auténtico espíritu de las normas protectivas inspiradoras del estatuto cambiario. Es confundir lo accidental con lo sustancial. Porque al hecho físico de la ausencia del desplazamiento de la mercancía se contrapone el hecho físico y jurídico, como también económico, del ingreso o percepción de las divisas que aquella generó".

El señor Fiscal abunda en las mismas razones con argumentos semejantes a los que se acaba de exponer.

Es claro entonces deducir que las resoluciones demandandas violaron en forma evidente y ostensible la letra y espíritu de los decretos 444 y 688 de 1967 artículo 12 y especialmente el artículo 40 del Decreto 1366 de 1967, razón por la cual se impone su declaratoria de nulidad.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, de acuerdo con su Fiscal colaborador, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

1o. Son nulas las decisiones de la Junta Monetaria contenidas en los oficios Nos. 679 de 13 de diciembre de 1968 y 217 de 17 de marzo de 1970

dirigidos a la Federación Nacional de Algodoneros.

2o. Como consecuencia de la declaratoria anterior, ordénase a la Junta Monetaria autorizar al Banco de la República para que, treinta días después de la ejecutoria de la presente providencia, entregue a la Federación Nacional de Algodoneros o a quien legalmente la represente, certificados de abono tributario por un valor, equivalente en moneda colombiana, de sesenta y seis mil cuatrocientos noventa y tres dólares de los Estados Unidos de América con veinte centavos de dólar (US$ 66.493.20).

Cópiese, publíquese, notifíquese y archívese el expediente.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en la sesión del 15 de octubre de 1970.

Gustavo Salazar T. **Hernando Gómez Mejía**

Juan Hernández Sáenz **Miguel Lleras Pizarro**

Angel M. Camacho Ramírez
Secretario

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE PRECIOS

LEGISLACION SOBRE PRECIOS. *Sanciones por especulación.* **Según la legislación sobre precios, y este es hecho legal indiscutible aunque no se compartan los criterios que se tuvieron en cuenta para adoptarla, la especulación indebida y el acaparamiento constituyen atentados graves para la economía nacional, tan graves que la misma Ley autoriza que a sus autores se les impongan multas hasta de $ 500.000.00, arresto hasta por treinta días, decomiso y venta al público de los artículos que hayan sido materia de especulación o acaparamiento, suspensión del derecho a obtener licencias de importación hasta por un año, cierre del establecimiento industrial o comercial hasta por noventa días y cancelación definitiva de la licencia de funcionamiento de industria y comercio del infractor. De la anterior enunciación no parece difícil concluir que las conductas prohibidas por el Decreto 46 de 1965 y las penas estatuídas por el mismo constituyen infracción penal de aquellas que por su naturaleza o enormidad deberían atribuírse al conocimiento de los jueces.**

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Bogotá, D. E., octubre veintinueve de
mil novecientos setenta

Proponente: Dr. Miguel Lleras Pizarro

REF.: Radicación No. 1.165. Nulidad de la resolución No. 34 de 1969 de la Superintendencia Nacional de Precios.

La Compañía Nortesantandereana de Gas NORGAS S. A. por medio de su apoderado Doctor Fernando Londoño Hoyos demanda la nulidad de la Resolución No. 34 de 8 de Marzo de 1969 de la Superintendencia Nacional de Precios por medio de la cual se modificó la Resolución No. 1 de 15 de Enero de 1968 de la Comisaría Segunda Superior de Cúcuta. Se pide además el restablecimiento del derecho desconocido.

El Concejo de Cúcuta dictó el 21 de Octubre de 1964 el acuerdo No. 18 por medio del cual se adicionó la lista de productos sujetos a la tasa de alnotacén y sellos, pesos, pesas y medidas con el gas propano, tasa o derecho que debería pagar el revendedor a razón de cinco centavos por cada libra de peso. Este acuerdo fue primeramente suspendido y finalmente anulado por contrariar disposiciones nacionales según las cuales ni los Departamentos ni los Municipios pueden establecer impuestos o tasas que afecten el petróleo y sus derivados. El 1 de Diciembre de 1967 el mismo Concejo aprobó el acuerdo No. 10 por el que se establecía una tasa como contraprestación por los servicios de control sobre la seguridad de los envases y la certidumbre de las cantidades de gas. Dicho acuerdo fue suspendido por el Tribunal y esta decisión confirmada por el Consejo de Estado.

La Compañía Nortesantandereana de Gas a partir del mes de Enero de 1968 comenzó a facturar el producto que distribuye con el mismo precio anterior, aprobado por las autoridades correspondientes, más el valor de las tasas establecidas por el acuerdo. Los dineros así recaudados de los consumidores de gas eran consignados íntegra y oportunamente en la Tesorería Municipal.

El Alcalde de Cúcuta ordenó al Comisario Segundo de Policía adelantar investigación por posibles violaciones del acuerdo No. 10 de 1968, porque las autoridades municipales entendían que dicha tasa debía pagarse con cargo a las compañías distribuidoras y no con cargo a los consumidores. El Comisario de Policía inició la investigación no por la violación del acuerdo sino la encaminada a determinar si se habían ejecutado actos de especulación indebida a la luz de los preceptos del Decreto No. 46 de 1955.

Los testimonios y los documentos allegados al proceso acreditan abundantemente los hechos ya descritos, o sea que el recaudo de la tasa establecida por el acuerdo del Concejo se facturaba con independencia del precio del gas y su producto se consignó íntegramente en la Tesorería Municipal. El Comisario con base en varias interpretaciones de la legislación nacional concluyó que se había incurrido en especulación indebida por alza del precio del gas no autorizada por la superintendencia del ramo e impuso multa de

$150.000.oo (ciento cincuenta mil pesos) que fue apelada ante la Superintendencia Nacional de Precios que es, según la singular legislación de esta rama, la entidad competente para conocer en segunda instancia. El superintendente, por medio de la resolución acusada reconoció que la sociedad no derivó lucro alguno y sólo sirvió como intermediaria en la recaudación de la tasa. No obstante afirmó: "De otra parte, en la estructuración de las infracciones por especulación indebida por ventas hechas a precios superiores a los señalados oficialmente, no debe atenerse solo a la circunstancia de que haya ganancias o utilidades no autorizadas, sino también al daño o perjuicio económico que soporta el consumidor, ya que el objetivo primordial, aunque no único, del control directo de precios es la protección de los consumidores".

"De este modo, en el presente caso, aunque no hubiera habido aprovechamiento de los dineros cobrados por concepto de la tasa por parte de la compañía distribuidora, se produjo la infracción de la norma que señaló los precios y se causó con ello agravio a los consumidores, pues ellos pagaban mayores precios que los que correspondían al gas adquirido a los que debían pagar si los distribuidores hubieran asumido el pago de la tasa".

I

INTRODUCCION

Dada la naturaleza de los principios jurídicos, políticos y sociales que se examinarán en este fallo, parece prudente hacer de ellos resumen teórico que facilite su intelección.

1o. Dicen los artículos 30 y 32 de la Constitución Nacional:

"30. Se garantizan 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. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

"La propiedad es una función social que implica obligaciones.

"Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial e indemnización previa.

"Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar a indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra cámara".

ineficaz por estar desvinculado de toda forma jurídica. Además, no dejan de provocar perplejidad, por las reflexiones a que dan lugar acerca de la elaboración de una teoría de los derechos subjetivos, las repetidas afirmaciones relativas a la función directiva de la clase obrera, así como la ingerencia cada vez más opresora de los órganos del partido en todas las manifestaciones, culturales, artísticas, laborales, científicas, etc., de la vida social".

Aunque según nuestros principios políticos no sólo desde 1968 sino desde 1886 es perfectamente posible organizar un estado socialista, es decir transformar la propiedad de los medios de producción de privada en pública, que es tanto como que el dominio y la administración del territorio agrícola y pecuario, de la industria, del comercio y de los servicios corresponda a la comunidad, bien a través del Estado, ya de corporaciones como las cooperativas, sin violar uno solo de los mandatos de nuestro estatuto básico, solo en tiempos recientes se ha pensado que el avanzar en pro del mejoramiento económico y social de los desvalidos es posible disminuir o traumatizar la libertad. Si bien en Colombia hasta ahora no es muy grande la zona de socialización, pocos son los que se oponen a la necesidad de reconocer al Estado poderes cada día más crecientes, para intervenir en la economía pública y privada con aquella finalidad de promover el bienestar general. Varias providencias del Consejo de Estado e inclusive reciente fallo de esta sala, han reconocido explícitamente tal inocultable realidad y desarrollado las doctrinas en virtud de las cuales la intervención del Estado puede cumplirse a través de numerosas agencias subalternas, en cuanto así lo autorice la ley, sin que por ello resulte desmedido a la libertad humana.

La imperiosa necesidad de promover, tan aceleradamente como sea posible, el desarrollo económico constituye hoy la más acentuada inquietud no sólo de los economistas y de los políticos sino también de los juristas pero, en el caso de los últimos, con la modalidad de hacer compatible aquel avance con la subsistencia de las garantías para el ejercicio de la libertal tal como élla ha sido concebida desde los primeros tiempos de la organización republicana.

Para cualquier lado que se mire, así sea el acaso, es poco posible no toparse con expresiones de la aludida ansiedad, examinadas por juristas de todas las latitudes y de todas las razas. En los documentos estudiados en el congreso de juristas de las naciones del sureste de Asia y de la región del Pacífico, en 1966 puede leerse: "En los países en vía de desarrollo, corresponde al Estado intervenir con mayor frecuencia que en los países desarrollados. En efecto, las circunstancias que requieren en estos la adopción de decisiones administrativas de carácter discrecional son mucho más abundantes. Un sistema de esta índole es a menudo necesario en bien general de la colectividad y no constituye una violación del régimen de derecho, siempre que el objetivo principal siga siendo el desarrollo económico y el progreso social y no la supresión de las libertades fundamentales y siempre que la

antiguo definía como única meta la protección del régimen social y estatal, mientras que la nueva disposición añade la protección de la persona y de los derechos de los ciudadanos. Esta extensión de la protección sigue por otra parte la línea tratada por la reforma penal soviética de 1958-1960".

"Los artículos 1o. y 35 contienen también el principio clásico de legalidad del derecho penal que encuentra con frecuencia expresión en la máxima latina *Nullun crimen sina lege, nulla pena sine lege, nulla pena sine judicio.* Es decir que sólo se castigarán los actos que se definen como delictivos en el código, exclusivamente mediante las penas previstas y solo por decisión del tribunal competente. El artículo 2o. asegura la no retroactividad de la legislación penal en perjuicio del inculpado. Estas normas, consagradas por la declaración universal de derechos humanos y reafirmadas en el pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966, revisten importancia fundamental para el buen funcionamiento de la jurisdicción penal de cada país. Así, la adopción de estos principios por parte de la legislación penal de los países socialistas, que se ha hecho patente desde la reforma penal soviética, implica un adelanto considerable".

Lo anterior demuestra que aquella inquietud existe aunque sea permitido llamar la atención sobre la distancia que cualquiera encontraría entre la teoría y la práctica: por ejemplo, en conferencia nacional de presidentes de tribunales celebrada en Budapest, el doctor Geza Gzenassy, fiscal general pronunció las siguientes palabras:

"La legalidad debe conformarse por completo a los intereses de la dictadura del proletariado. También los jueces deben ver claramente el peligro que amenazaba la existencia de la república popular. Tener conciencia de ese peligro constituye una de las condiciones del trabajo bien hecho con vista a defender el poder de la república popular y de la dictadura del proletariado. Las exigencias del momento histórico deben presidir los espíritus, y las condenas pronunciadas según la ley tienen que conformarse a los intereses del pueblo trabajador".

A este propósito no es superfluo añadir el comentario que sobre el derecho penal soviético de la época moderna hace el profesor Tomaso Napolitano del Instituto Universitario Oriental de Nápoles así: "El escepticismo del mundo occidental por cuanto hace a la renovación de la estructura del estado y a las modificaciones de forma y contenido del derecho socialista precomunista se debe por entero a que el sistema político del socialismo se encuentra todavía dominado por la idea del *partidarismo* y no entraña ninguna fiscalización legal y eficiente de las actividades de los órganos del poder.

"No se ignora que la nueva legislación, penal, civil, procesal, viene concediendo un lugar cada vez más preponderante a la enunciación de los derechos de los ciudadanos. Pero las garantías de estos derechos se encuentran aún restringidas por los estrechos límites de un control popular que con demasiada frecuencia resulta

"32. Se garantizan la libertad de empresa y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común, pero la dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este 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 y planificar la economía a fin de lograr el desarrollo integral.

"Intervendrá también el Estado por mandato de la ley, para dar pleno empleo a los recursos humanos y naturales, dentro de una política de ingresos y salarios, conforme a la cual el desarrollo económico tenga como objetivo principal la justicia social y el mejoramiento armónico e integrado de la comunidad y de las clases proletarias en particular".

Durante largo tiempo, y aún hoy, se ha pretendido equiparar, en cuanto hace a la satisfacción esencial de las necesidades del hombre, el ejercicio y la protección del derecho a la propiedad con el ejercicio de la libertad y los derechos que de ella se deriven. Esta pretendida equivalencia aún subsiste desde el punto de vista formal en el texto de nuestra Carta como lo indica la circunstancia, así sea meramente accidental, de que los preceptos de los artículos transcritos figuran en el Título III llamado de los derechos civiles y garantías sociales.

No obstante, el movimiento universal encaminado a promover la equidad en la distribución de la riqueza común, el equilibrio de las clases sociales y económicas y la igualdad de oportunidades, han inducido a los juristas de nuestro tiempo a examinar los mecanismos jurídicos, con posibilidades de aplicación práctica, mediante los cuales sea posible avanzar hacia esa moderna concepción de la igualdad sin menoscabo de la protección debida a la libertad del individuo. Como lo dice el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas: "a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida *dentro de un concepto más amplio de la libertad*". Esta inquietud es enfática no sólo en los países llamados de la zona occidental, la inspiración de cuyos principios políticos es uniforme, sino también en varios en donde se ha organizado el socialismo o donde prevalecen las doctrinas propias de los partidos comunistas.

Así al menos lo enseñan ciertos esfuerzos recientes tal como el proyecto del nuevo código penal para la República Popular de Bulgaria que comenzó a prepararse en 1963 y que está ahora en discusión. El párrafo segundo del artículo 1o. introduce la modificación calificada como democratización del derecho penal, "conforme a la cual determinadas acciones delictivas no se reprimirán mediante penas, sino que serán sujetas a otras medidas previstas para asegurar la influencia reeducativa de la sociedad sin que por ello la acción en cuestión pierda su carácter delictivo". La Comisión Internacional de Juristas lo comenta así: "en comparación con el artículo 1o. del código de 1951 el inciso 1o. contiene un agregado muy significativo: el artículo

libertad individual no soporte otras limitaciones de las requeridas para alcanzar los objetivos en materias de desarrollo. Ahora bien, el hecho de que en las sociedades en vía de desarrollo sea necesario adoptar decisiones administrativas importantes con mayor frecuencia multiplica las posibilidades de que se vulnere el imperio de la Ley y dá mayor intensidad a los problemas del régimen de derecho. Por eso, en estas sociedades es precisa una vigilancia particularmente atenta si se quiere asegurar el respeto del imperio de la Ley". En el excelente estudio premiado por la Comisión Internacional de Juristas en 1964 que con el nombre de "La participación del jurista en el desarrollo económico y social de su país bajo el imperio de la Ley" elaboró el doctor Andrés Salgado Ruíz-Tapiador pueden leerse entre muchas otras brillantes reflexiones las siguientes:

"Pongamos el caso de un cambio brusco de política interna por medio de un golpe de estado, de una sublevación o levantamiento. ¿Qué ha sucedido? Pues que el plato se ha invertido, los que estaban dentro han sido arrojados y los que estaban debajo han sabido agarrarse, han quedado arriba. Los que ahora están en el poder (lo mismo que los de antes) tratan de que no se vuelva a dar la vuelta al plato. Suponemos que esa inversión ha sido justa en su conjunto, porque los que ocupaban antes el poder gobernaban injustamente. De lo que se trata, una vez vencido el opresor, no es de seguir oprimiendo al injusto, sino de establecer la justicia. Más también tenemos que suponer que no todos los que seguían al opresor podrán ser considerados delincuentes en masa, ya que existen diversos grados de autoría, y que no todos podrán ser responsables de lo mismo ni en el mismo grado. *En este momento podemos sugerir que el vencedor nunca es buen juez, es decir, que el que ha de juzgar debe carecer del apasionamiento que puede conducir a la venganza. Entonces vemos la necesidad de un poder que juzgue en justicia y no en política".* Y más adelante dice: "Las garantías constitucionales de las libertades fundamentales hay que realizarlas. Pero aunque las declaraciones de dichas libertades se refieren al individuo, hoy tenemos que contar con los grupos políticos y sociales. Las libertades fundamentales definen la libertad individual y la limitan ipso facto; más de nada servirán si esa definición no se hace también respecto al Estado, *a la división de poderes* y, sobre todo, a la limitación de los mismos. Las relaciones jurídicas entre los individuos y entre éstos y el Estado, corren el peligro de que este último abuse de su poder, por lo que se hace imprescindible una regulación de la competencia estatal y de los requisitos que debe cumplir el Estado en sus relaciones con los individuos. De igual manera que en un contrato no se admite la intromisión de la fuerza coactiva, así también los poderes públicos deben estar sometidos a unas normas precisas, que les impide usar de su fuerza en detrimento de la justicia. Se hace, por tanto, necesaria una regulación, genérica y específica, de la agresión ilegítima, que recoja el mayor número posible de situaciones en las que se pueda dar. Como consecuencia de lo anterior, los recursos contra el gobierno o contra cualquiera de los poderes estatales que se excedan en sus funciones, deberán ser eficaces tanto en lo que se refiere a la regulación como a que los tribunales que conozcan de tales asuntos puedan actuar con absoluta independencia".

2o. Con más frecuencia de lo deseable y de lo indispensable, los doctrinantes han trabado controversia acerca de qué es la Ley penal, cómo puede distinguírsela, de qué modo conviene llamar los diversos grados de su violación y cómo convendría adoptar la nomenclatura, según la persona del infractor o los motivos determinantes o las circunstancias en que se cometió el hecho o la persona o autoridad a quien se dé competencia para juzgar. Así, en algunos lugares, se debate acerca de qué es delito, de qué es contravención, en otros se agrega la figura del crimen, en los de más allá se habla de faltas y de delitos menores. Se afila o se dogmatiza sobre si el juzgamiento por violación de la Ley, por comisión de hechos prohibidos, es propio del derecho penal común, o si conviene situarlo como una potestad sancionadora inherente a la administración, o si es mejor llamarlo derecho disciplinario o derecho penal disciplinario y, también, en otros casos, si resulta conveniente elaborar toda una doctrina para denominarla derecho penal administrativo por oposición al derecho penal común. La cuestión se simplificaría si aceptáramos que toda conducta prohibida por la Ley con la amenaza de una pena o de una sanción, debe reconocerse como propia del ámbito del derecho penal. No para ironizar sino para rendir culto a la lógica, Francesco Carnelutti, en su teoría general del delito dice: "El hecho de ser el delito un acto ilícito, significa que constituye una variedad de esta especie. Todo delito representa un acto ilícito; pero no todos los actos ilícitos son delitos. Por esto, no solo se contraponen al delito los actos debidos, por una parte, sino también, por la otra, los actos ilícitos no delictivos. Por aludir brevemente a esta antítesis, hablamos de actos ilícitos penales y actos ilícitos civiles". La diferencia importa porque el ilícito civil no puede ser objeto de juicio sino a petición de parte en tanto que el penal, con la excepción de los casos de querella, por sí mismo pone en movimiento la acción jurisdiccional.

Luego dice: "Doquiera un acto es castigado con una pena, allí hay un acto ilícito penal. Esto no quiere decir que también haya un delito. Nosotros creemos conveniente admitir que ambos términos no se equivalen. El segundo está contenido en el primero. Todo delito es un acto penalmente ilícito; pero no todo acto ilícito es un delito". Y en otra parte comenta: "Verdaderamente, carece de toda relevancia que la comisión sea conminada por el código penal o por otro código o ley. Sin duda, todos los actos ilícitos previstos en el código penal son delitos; pero hay otros actos cuya punibilidad está establecida en otra parte y los cuales, por cierto, nadie niega que sean delitos. Basta por todos el ejemplo de los delitos en materia de quiebra, cuyo carácter de delitos reconoce la misma ley, aunque las normas a ellos relativas no se encuentren en el código penal. Se podrá hablar en este punto de delitos comerciales, al lado de los comunes y ordinarios, lo mismo que de delitos procesales, administrativos o financieros, y, por lo mismo, correlativamente, de un derecho penal común por antítesis con un derecho penal mercantil, procesal, administrativo, financiero, etc. Figuras que se explican pensando que la distinción entre el derecho penal y el no penal (llamado

civil, por antonomasia), no está en el mismo plano que la distinción entre el derecho civil, el mercantil, el administrativo, el procesal, etc., donde los respectivos territorios tienen notables zonas de interferencia o, en otros términos, determinadas normas e institutos que pertenecen promiscuamente al derecho penal y al mercantil o al administrativo y así sucesivamente. No hay que negar la utilidad de esta diferenciación de zonas diversas en el vasto territorio del derecho penal, porque está bien claro que la pertenencia de una norma al derecho penal mercantil o al penal administrativo no impide que sea *una verdadera norma de derecho penal* y que, por ello, el acto previsto en la misma sea un verdadero delito".

3o. Dos garantías constitucionales de orden político deben subsistir si se acepta que conviene la permanencia de la libertad individual tal como la ha concebido el mundo cristiano. Ellas son: a) La derivada de la separación de los poderes y la consiguiente independencia de los jueces, y b) La del debido proceso. De la primera ya se hizo esbozo suficiente en esta introducción. Respecto de la segunda difícilmente podría encontrar el Consejo palabras más elocuentes que las del ya citado Salgado Ruíz-Tapiador: "Necesitamos profundizar más en el estudio del proceso, a fin de que las Leyes procedimentales no sean una farragosa sucesión de normas, que impidan la realización de una justicia garantizada por falta de actividad vital. Hacer justicia no es cosa fácil, pero hay que buscar una solución más natural a los conflictos jurídicos. Bajo pretexto de hacer más ágil el proceso no podemos atropellar ningún derecho. Pero tampoco debemos meternos en procedimientos inagotables, con la excusa de hacer una justicia *matemática*. Si actuamos con rapidez puede que pequemos por injustos. Pero si actuamos meticulosamente nos sucederá lo mismo . . . " Y después de examinar la función del status civitatis en Roma agrega: "Al ir extendiéndose el cristianismo y, como consecuencia, la igualdad de los hombres todos ante la Ley, los problemas fueron aumentando porque ya las garantías no se referían a grupos generales, a status, sino que cada individuo tiene hoy derecho a las mismas garantías que los demás. Lo que antes se refería a unos status poco numerosos, ahora hay que referirlo a todos y cada uno de los hombres. La realidad social de proceso radica, pues, en la necesidad de garantizar a todos, todos sus derechos.

> "Sólo mediante la legalidad justa, la "lucha de equipos por el poder político" se convertirá en "voluntad de organizar la vida de la comunidad conforme a un ideal de vida", y este ideal tendrá un fundamento inconmovible en la justicia. Esa es la única manera de realizar una justicia y una política al margen de los intereses egoístas de los partidos, y de que el poder político sea más estable, dentro de lo que cabe a la inestabilidad humana".

4o. Nulla poena, nullum crimen sine lege. El mismo autor observa: "El individuo puede conocer sus obligaciones morales respecto a los demás, pero no puede conocer sus obligaciones jurídicas si estas no tienen un mínimo de

permanencia. Así, las leyes cumplen la misión de establecer esas obligaciones de un modo fijo. Pero la aplicación e interpretación de ellas debe estar a cargo de un órgano distinto del que gobierna (poder ejecutivo) porque este se desenvuelve en un ámbito fluctuante: la política. De la misma manera, el poder legislativo actúa dentro de un ambiente en constante movimiento: la vida, y por ello debe existir un poder independiente que asegure la realización de la justicia, librándola del inestable devenir que la conduciría a la arbitrariedad".

5o. Todos los actos del gobierno y de sus agencias son actos administrativos, en cuanto incidan sobre el ejercicio de los derechos del hombre. No son, al menos desde el punto de vista formal aunque muchos de ellos, por costumbre o por tolerancia social o jurisprudencia, sean jurisdiccionales desde el punto de vista material o de su esencia, circunstancia que no puede sustraerlos al control, porque se violaría una de las más importantes funciones que la Constitución atribuye al Consejo de Estado, como es la de desempeñar las propias de Tribunal supremo de lo contencioso administrativo. Esta atribución enseña que la totalidad de los actos del gobierno que afecten al gobernado, ya sea por vía general, ya de carácter individual, están sujetos a la revisión de los tribunales administrativos salvo expresa excepción de la Ley, que podría ser discutible desde el punto de vista de su exequibilidad pero que, en todo caso, sólo se refiere a los pronunciados por las autoridades de policía, es decir los actos jurisdiccionales relativos a la violación de los preceptos cuyo fin es la protección, de la seguridad de la tranquilidad y de la salubridad pública en el restringido pero muy exacto sentido que le han dado las Leyes desde el año de 1943 y que resume con fortuna el decreto No. 1355 de 1970.

Los actos formalmente administrativos son materialmente jurisdiccionales cuando deciden sobre controversia planteada entre el gobierno y los gobernados o cuando ponen en movimiento la acción ejecutiva con el fin de indagar acerca de hechos prohibidos y penados por la Ley. Dondequiera que surja controversia que haya de decidirse mediante providencia emanada de cualquier agencia del Estado, acerca de lo justo o de lo injusto desde el punto de vista legal, allí se identificará un acto materialmente jurisdiccional. No es esta la oportunidad para discurrir in extenso acerca de las distinciones esenciales entre el acto administrativo y el acto jurisdiccional y sólo sería suficiente recordar que la diferencia no puede hacerse derivar del órgano o rama del poder público que produzca el acto sino de la naturaleza intrínseca de éste. Por hoy, es suficiente transcribir la síntesis que el profesor David Lascano trae en su capítulo sobre teoría de la jurisdicción, después de analizar las tesis de los tratadistas de derecho político y de derecho procesal de Alemania, de Francia y de Italia. Dice así: "Considerada la jurisdicción en toda su integridad conceptual, es amplia e ilimitada como la fuente de que emana. Conoce de la materia del derecho privado como de la del derecho público, ya que el derecho privado y el derecho público no son más que una

clasificación de la norma jurídica, cuya actuación en el caso concreto, asegura la jurisdicción para hacer efectivos los intereses que aquella tutela. No hay cuestión jurídica que revista los caracteres de contienda entre partes, que escape a la jurisdicción; ella despliega su actividad siempre que se cuestione sobre la existencia o extensión de una situación de derecho subjetivo o siempre que se trate de averiguar si un derecho objetivo ha sido o no violado por un acto público o privado, sea que se trate o no de producir efectos jurídicos . . . Para concebir con exactitud la extensión que corresponde a la jurisdicción, es menester hacer abstracción de los órganos, autoridades y agentes que en el hecho ejercen la función jurisdiccional. Hay que considerar a esta como función del Estado y no de los órganos especiales, comprendiendo por tanto, no sólo la que desempeña la autoridad judicial que, es la especial y fundamentalmente encargada de la jurisdicción, sino también la que, aunque eventualmente, ejercen las autoridades administrativas y legislativas. Es así como se puede afirmar que todos los miembros del estado están sujetos a la jurisdicción: gobernados o gobernantes, y estos últimos, no sólo por sus acciones civiles, sino también por las realizadas en ejercicio de sus funciones públicas, pudiendo hacerse efectiva la responsabilidad contra el agente que ha ejecutado el acto o contra la entidad que representa. Hasta al rey en las monarquías está sometido a la jurisdicción.

> "Todo esto, no significa otra cosa que el reconocimiento del ordenamiento jurídico de las sociedades modernas y la subordinación de todos los agregados sociales a la norma jurídica o regla social. El estado hace la Ley; pero no puede realizar un acto de compulsión, un acto administrativo o jurisdiccional sino dentro de los límites establecidos por la misma Ley. En virtud del mismo principio, el estado es justiciable ante sus propios tribunales. Puede ser parte de un proceso; puede ser condenado por sus propios jueces, quedando obligado como un simple particular a ejecutar la sentencia pronunciada contra él".

6o. Los actos administrativos de contenido jurisdiccional están limitados por las mismas reglas del debido proceso que alinderan la función de los jueces y la violación de tales reglas es una de las causales de su nulidad. Entre ellas se destaca el derecho de defensa y la amplitud de las pruebas.

7o. En el derecho colombiano se conocen muchas y variadas leyes penales cuyo primer juzgamiento se ha encomendado a agencias del gobierno y que van desde las multas que se imponen por inexactitud en las declaraciones para impuestos hasta las que se autorizan por las violaciones sobre control de precios, circulación de monedas extranjeras, leyes bancarias etc. las que, sin embargo, no pueden evadir, ni en la práctica, justo es reconocerlo, se ha pretendido que eludan el control jurisdiccional de los tribunales de lo contencioso administrativo.

8o. Finalmente, como lo recuerda el mismo Andrés Salgado inspirado en las palabras que sobre democracia y administración judicial en el Japón escribiera el magistrado Kotero Teneka: "La libertad plantea problemas dificilísimos, pero no podemos anularla argumentando que nos crea situaciones irresolubles. Esta tendencia siguen casi todos los países, más o menos acentuadamente. El presidencialismo y el dirigismo económico pueden llegar a constituír formas atenuadas del totalitarismo, y esto puede ser un peligro inmediato para la paz internacional, ya que entonces la vida de la comunidad queda en manos de unos señores que pueden llevarnos a la guerra por razones personalistas del partido.

> "La historia nos enseña cuando los hombres queremos recibir sus advertencias. Una de las lecciones que nos da actualmente, es la de que el imperio de la justicia por medio de una firme legalidad, es condición insustituíble para el mantenimiento de una paz auténtica y duradera. No podemos seguir aspirando a la tranquillitas ordinis porque ella no basta para la paz. Tenemos que rechazar el viejo concepto que entiende que hay paz cuando no se oyen los cañonazos del enemigo".

II

La validez del acto acusado se analizará a la luz de dos hipótesis de trabajo. *Según la primera,* se aceptará en principio que la legislación sobre control de precios es completa, técnica y jurídicamente bien concebida, coherente y por lo tanto constitucional.

El Decreto en que se funda el acto acusado es el número 46 de 1965 dictado en ejercicio de las autorizaciones concedidas al gobierno por *la Ley 7a. de 1943.* Esta Ley confirió facultades al gobierno para intervenir en la economía pública y privada a fin de evitar la indebida especulación con artículos de primera necesidad para el consumo del pueblo. Por el decreto 46 de 1965 se determinó que los artículos de primera necesidad de consumo popular o de uso doméstico no podrían venderse a precios distintos de los señalados por la Superintendencia de Regulación Económica y se definieron vagamente algunas infracciones, se autorizaron algunas penas, entre ellas la de multa de mil a quinientos mil pesos y se atribuyó competencia a alcaldes, inspectores de policía, gobernadores para instruír y fallar en primera y segunda instancias y para conocer en segunda instancia, en ciertos casos, a la propia Superintendencia de Regulación Económica.

Esta legislación para intervenir en la economía en cuanto hace a los precios para el consumidor origina dos clases diferentes de actos: a) Administrativos, por medio de los cuales se autorizan los precios, se ordenan inspecciones oculares en los libros de contabilidad de los comerciantes o industriales y en general se ejerce vigilancia para asegurar el cumplimiento de las disposiciones de la propia superintendencia; y b) Jurisdiccionales, que

son aquellos que deciden acerca de la responsabilidad por las infracciones a la misma legislación.

No es el caso de discutir acerca de la naturaleza jurídica de las conductas prohibidas en la legislación sobre control de precios porque la doctrina de la unidad de la infracción penal ha sido ya adoptada por la Ley positiva colombiana en el artículo 2o. del código de la materia cuando dice: "Las infracciones de la Ley penal se dividen en delitos y contravenciones". En el mismo artículo se agrega que salvo disposiciones en contrario la represión de las contravenciones corresponde a la policía.

Además de las Leyes sobre control de precios durante los últimos años se ha dictado abundante legislación, en el campo de la intervención del estado en la economía, por medio de la cual se definen conductas prohibidas, se autoriza la imposición de penas y se atribuye competencia jurisdiccional a distintos organismos del gobierno para las investigaciones pertinentes y la imposición de las sanciones, todo lo cual ha originado largas controversias acerca de si es constitucional o no la atribución de estos poderes jurisdiccionales al gobierno y sobre si las conductas que las agencias del ejecutivo pueden castigar son delitos o son contravenciones. Incluso no pocos estudios se han publicado para demostrar la existencia de un Derecho Penal Administrativo distinto del Derecho Penal Común. A pesar de lo escrito en la introducción de este fallo en el campo puramente doctrinal cabe la posibilidad de fijar criterios y obtener conclusiones para distinguir el delito de la contravención pero tal examen solo tendría utilidad práctica para inspirar al legislador y no al fallador, porque cualesquiera que sean las diferencias que la ciencia jurídica permita establecer, la Ley que prohiba conductas y autorice penas es Ley penal. Si se admitiera que la atribución de competencias para que agencias del gobierno conozcan de infracciones penales no viola el principio de la separación de los poderes, la cuestión de si un delito o una contravención deben juzgarlo los jueces o el gobierno, sería apenas una determinación política que adoptaría el legislador en el momento de distribuír tales competencias.

Desde luego repugnaría con las tradiciones del derecho republicano que el legislador atribuyera a agencias del gobierno la competencia para conocer del delito de homicidio, por ejemplo, pero no repugnaría y al contrario sería completamente coherente con el régimen constitucional, atribuír el conocimiento de la totalidad de las infracciones leves o graves al poder judicial ordinario.

Durante los últimos años la atención de los juristas colombianos se ha detenido ardorosamente en el examen y discusión de si es o no constitucional atribuir a agencias del gobierno el conocimiento y fallo de infracciones por las que pueden imponerse penas pecuniarias tan graves como la de multa

de quinientos mil pesos o privativas de la libertad o sobre el tema de la distinción entre el delito y la contravención y así ha ocurrido porque tradicionalmente nuestro legislador definió como delito solo aquellas conductas que causaban grave daño al derecho ajeno o a la sociedad y como contravención, (generalmente objeto de los códigos locales de policía) solo aquellos hechos de los que no se deducía lesión sino mero peligro o riesgo y que se reprimían con penas relativamente benévolas. De acuerdo con ese criterio general imperante se concibió y adoptó el numeral 2o. del artículo 73 del Código de lo Contencioso Administrativo según el cual 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 municipales no son acusables ante la jurisdicción administrativa. (Cabe observar que según la doctrina contemporánea sobre policía es incorrecta la distinción entre juicios de policía de naturaleza penal y de naturaleza civil). ¿Cuáles eran las infracciones cuyo conocimiento fue atribuído a la policía sin sobresalto para nadie? Solamente aquellas que se consideraban atentatorias del orden público policíaco es decir las que perturbaban la seguridad, la tranquilidad y la salubridad públicas. Basta tomar al acaso algunos ejemplos de los hechos prohibidos por el código de policía de Bogotá para mostrar cómo aún en el caso de grave equivocación procesal el daño para los derechos o la libertad del gobernado es mínimo. Por ejemplo: art. 216: "El tenedor de animal manso que lo deje pacer por vía pública incurrirá en multa de cinco a veinte pesos". Art. 300: "El que en lugar público o abierto al público se mofe de alguna persona o la moleste de cualquier otro modo incurrirá en multa de diez a cincuenta pesos que se impondrá a favor del ofendido". Art. 374: "Sin permiso de la autoridad de higiene no podrá venderse mantequilla, queso o producto similar derivado de la leche. El contraventor incurrirá en multa hasta de quinientos pesos y en el decomiso del artículo", etc. etc. etc.

Cuando las Leyes, o más propiamente hablando los decretos Leyes comenzaron a definir infracciones penales en relación con los actos de intervención del estado en la economía pública y privada y cuando la competencia para instruír y para fallar acerca de tales infracciones se atribuyó a agencias subalternas del gobierno y se reconoció que las penas estatuídas podían afectar gravemente los derechos, especialmente el patrimonial y la libertad de los gobernados, fue cuando comenzó a elaborarse la teoría del derecho penal administrativo, pero siempre con el cuidado de reconocer que esas infracciones eran contravenciones y no delitos, para guardar al menos la apariencia de que no se estaba violando la Constitución, puesto que tradicionalmente había sido tolerada a la policía la atribución para el conocimiento de las contravenciones y además porque se suponía, como consecuencia de exploración superficial, que el proceso por contravenciones hace más fácil y expedito el camino para imponer la pena. El propio Consejo de Estado ha consentido en algún fallo, la existencia de un Derecho Penal Administrativo a fin de

poder revisar los actos de la administración por medio de los cuales se imponen penas tan severas.

Dos confusiones han prevalecido en nuestro derecho. La primera consiste en suponer que cuando la Ley atribuye a agencias del gobierno el conocimiento de algunas infracciones, éstas no son delitos sino contravenciones, sólo porque tradicionalmente estas últimas han sido de competencia de la policía. La segunda confusión consiste en creer que toda agencia del gobierno es una agencia de policía.

En cuanto a la primera confusión baste recordar que a la policía no sólo se ha atribuido el conocimiento de las contravenciones sino también el de algunos delitos como el de lesiones personales cuando no se siga incapacidad permanente ni desfiguración o de los delitos contra la propiedad de menor cuantía. Así lo ha puesto de presente la Corte Suprema de Justicia en varias sentencias, en una de las cuales dijo: "No es un criterio inequívoco para distinguir entre contravenciones y delitos el de la competencia, puesto que la misma disposición legal que asigna a la policía el conocimiento de aquellas ordena también que la policía conozca de los delitos contra la propiedad que estén reprimidos con arresto cuando la cuantía no exceda de veinte pesos y aquellos delitos de lesiones personales que causen mínima incapacidad al ofendido".

> "Se sabe pues, que de las contravenciones deben conocer las autoridades de policía, pero no es seguro ni mucho menos que cualquiera infracción punible de que conozca la policía haya de ser por eso mera contravención".

La doctrina anterior reproduce esencialmente la de sentencia del 4 de febrero de 1944, de la misma Corte en donde se dijo:

> "El único criterio seguro, auncuando extrínseco, para distinguir las contravenciones sería la enunciación clara y particularizada que de ellas hiciera la Ley como hace la de los delitos.
>
> "El Código Penal reconoce expresamente la diferencia entre contravenciones y delitos, artículos 2o., 12 y 13, y el propósito de las comisiones que elaboraron la reforma penal era, al parecer, el de que se dedicara una de los libros del código a la materia de contravenciones, por lo menos a las de cierta gravedad, pues se pensó en dejar "a la reglamentación de la policía local" lo referente a contravenciones menos graves. (Actas de la comisión penal tomo 1o. No. 102).
>
> "Pero es lo cierto que en el anteproyecto de código y, por ende, en el Código expedido no se dedicó por fin un libro, ni siquiera algunos títulos o capítulos, a tratar específicamente de las contravenciones.
>
> "No es un criterio inequívoco para distinguir entre contravenciones y delitos el de la competencia, puesto que por la misma disposición legal que se asigna a la

policía el conocimiento de aquellas, se ordena también que la policía conozca de los delitos contra la propiedad que están reprimidos con arresto, cuando la cuantía no exceda de $ 20.00, y de aquellos delitos de lesiones personales que causen mínima incapacidad al ofendido.

"Se sabe, pues, que de las contravenciones deben conocer las autoridades de policía, pero no es seguro ni mucho menos que cualquier infracción punible de que conozca la policía haya de ser, por eso, mera contravención.

"Resulta imprescindible entonces y a falta de una determinación clara en la Ley positiva, intentar la solución en el campo de la doctrina y rastrear la intención o inspiración de los autores del código sobre este particular.

"Como bien lo dice la Procuraduría, diferentes criterios adoptan los tratadistas de Derecho Penal para establecer la naturaleza entre delito y contravención. A lo dicho por el ministerio público debe agregarse que suelen los prácticos confundir ésta, ya con los delitos de mínima gravedad, ya con los delitos formales, y aún con los delitos por culpa.

"Las contravenciones tienen de común con la culpa el ser punibles, con prescindencia de la intención del agente; pero difieren en que la culpa supone o implica siempre falta de propósito, mientras que la contravención ocurre sea que el contraventor haya obrado con intención cierta o sin ella.

"Se asemejan las contravenciones a los delitos formales en que tanto aquellas como éstos se sancionan auncuando no hayan producido un daño material; pero el delito formal siempre ocasiona un daño (al menos de primer grado, como decían los clásicos), en tanto que las contravenciones, sobre todo algunas que son de menor gravedad, apenas originan un peligro: el daño social que causa el delito es siempre inmediato, al menos por el aspecto del sentimiento de inseguridad, mientras que la contravención es apenas la remota amenaza de un daño.

"Considera la Corte, de acuerdo con la comisión que elaboró el código penal, que el delito infringe determinado derecho protegido con sanción, mientras que la contravención lleva apenas una norma protectora de la norma penal, sin afectar directamente el derecho mismo. El homicidio y las lesiones personales quebrantan directa o inmediatamente el derecho a la vida o a la integridad personal, y de consiguiente son delitos por definición; en cambio, el quebrantamiento de las reglas sobre tránsito, llevar el vehículo contra la vía o a desmedida velocidad dentro del poblado, no es delito porque no viola directamente un derecho pero se castiga como contravención porque infringe la norma que ampara de modo mediato aquellos derechos".

Al comentar la doctrina anterior el doctor Bernardo Gaitán Mahecha en su curso de derecho penal general dice: "En síntesis, la diferencia entre delito y

contravención está determinada por la propia Ley, que se encarga de clasificarlos dentro de los códigos que al efecto regulan el sistema penal".

> "No obstante, es necesario tener en cuenta que el valor de antijuricidad en una conducta ilícita existe aún a falta de disposición positiva que lo contempla y auncuando no sea punible, mientras que la antijuricidad en la contravención no puede existir sino con referencia siempre a una norma que la establezca como tal. Naturalmente que por razones de justicia y de orden, solamente son punibles aquellos que la Ley positiva tipifica, en virtud del principio *nullum crimen sine lege nulla poena sine lege*".

En cuanto hace a la segunda confusión, ella ha sido casi completamente disipada en los estatutos recientemente promulgados por el gobierno en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 16 de 1968 y que están distinguidos con el número ·1118 de 15 de julio de 1970 y el número 1355 del mismo año. En el primero se hace una definición legal de las contravenciones que forman parte del libro tercero del código penal, para cuyo conocimiento son competentes los jueces municipales y en el segundo, en la última parte, se definen las contravenciones de policía para cuyo conocimiento son competentes ciertos funcionarios especializados y dependientes de la policía nacional, que en nada pueden confundirse con empleados de otras agencias del mismo gobierno.

Debe recordarse que no es científico pensar que toda atribución que se da al gobierno es de policía cuando está en ella implicado el ejercicio de acción penal porque lo jurídico es, en el caso de que tal competencia sea constitucional, que la policía solo conozca de aquellas infracciones que constituyen perturbación de la seguridad, de la tranquilidad y de la salubridad públicas, que son los elementos constitutivos del orden público interno.

Esta observación nos permite concluir que dentro de la relativa confusión legislativa imperante hoy en relación con estas materias, no puede afirmarse inequívocamente que las infracciones atribuidas a varias agencias del gobierno, que no son de policía, y cuya principal función es la de ejecutar los actos de intervención en la economía pública y privada, sean necesariamente contravenciones, porque pueden ser delitos y, en todo caso, las decisiones proferidas *no son de policía,* y, por tanto, no escapan al examen y control de lo contencioso administrativo.

Es cierto que las anteriores reflexiones no nos permiten afirmar que conduzcan a panorama constitucional de claridad absolutamente nítida pero al menos consienten el acatamiento a los principios universales del imperio del derecho entre los cuales cabe citar la conclusión quinta del Congreso celebrado en Nueva Delhi en 1959 con los auspicios de la Comisión Internacional de Juristas y que a la letra dice: "La revisión judicial de los actos del

poder ejecutivo puede llevarse a cabo de manera satisfactoria por tribunales administrativos organizados especialmente con dicho fin, o por los tribunales ordinarios. Cuando no existan tribunales especializados, es indispensable que las decisiones de los tribunales y de los organismos administrativos especiales que se creen (entre ellos, todos los organismos administrativos que tomen decisiones de índole judicial) queden sometidos en última instancia a revisión por parte de tribunales ordinarios".

Lo expresado revela que no es necesario acudir a nociones tan complicadas como aquella que pretende reconocer la existencia de un Derecho Penal Administrativo y nos basta aceptar que hay un Derecho Administrativo de naturaleza penal, lo que es distinto, porque en el primer caso sería necesario, como lo han intentado muchos, elaborar principios contradictorios con los tradicionales que la ciencia jurídica pacientemente ha venido elaborando en relación con el Derecho Penal y solo para satisfacer la exigencia de que en determinados casos, la Ley admita que agencias de la administración impongan penas. Si es posible que tales resoluciones administrativas queden sometidas al control jurisdiccional, se satisfacen, al menos en principio, los requisitos mínimos del respeto a los derechos y a la libertad de los gobernados por la existencia de recursos que permiten acudir ante jueces independientes e imparciales que habrán de examinar la actuación administrativa a la luz de los principios del Derecho Penal Común.

Aunque ya se dijo que para los fines de este fallo es indiferente determinar si las infracciones para cuyo conocimiento la Ley ha atribuído competencia al gobierno, son delitos o son contravenciones, como es evidente la insistencia en que son de esta última clase, importa aclarar si, desde el punto de vista de la responsabilidad penal, dicha distinción influye. Dice el art. 11 del código penal: "Todo el que cometa una infracción prevista en la Ley penal será responsable salvo los casos expresamente exceptuados en este código.

> "Se infringe la Ley penal por acción u omisión". Dice el artículo 12: "Las infracciones cometidas por personas que no estén comprendidas en la disposición del artículo 29 son intencionales o culposas.
>
> "Hay culpa cuando el agente no previó los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos o cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poder evitarlos".
>
> Dice el art. 13: "En las contravenciones la simple acción u omisión hace responsable al agente".

Por el artículo 11 se consagra el principio de la responsabilidad legal para todos los infractores puesto que allí no se hace distinción entre el delito y la contravención. En el artículo 12 se aclara que todas las infracciones penales o son intencionales o son culposas salvo las personas que cometan el hecho

en estado de enajenación mental o de intoxicación crónica según lo prescribe el artículo 29. En el artículo 13 se dice que en las contravenciones la simple acción u omisión hace responsable al agente, de donde se pretende deducir que esta disposición constituye salvedad respecto del principio del artículo 11 y, así, algunos han defendido la tesis de que por este precepto se consagra la responsabilidad objetiva, porque en las contravenciones es inconcebible la presencia del elemento síquico o moral; otros piensan que se ha consagrado la presunción de la existencia del dolo o de la culpa, para poder prescindir en el proceso de la prueba correspondiente; y los últimos rechazan la responsabilidad objetiva y la presunción del designio, para afirmar que, aunque la voluntad esté presente en la conducta del infractor, no es necesario probarla para deducirle responsabilidad. El Consejo adhiere a esta doctrina que ha sido acogida por la Corte Suprema de Justicia y brillantemente explicada por Alfonso Reyes Echandía en estudio aparecido en la Revista de la Universidad Externado de Colombia en el número 3 del volumen VI de Diciembre de 1965. De él son los siguientes apartes: "Obsérvese que el legislador deduce responsabilidad de la simple acción u omisión del agente, vale decir de su sola conducta, sin referirla en absoluto al resultado de la misma; pues bien, los ilícitos para cuya sanción no se tiene en cuenta el evento, entendido como una modificación del mundo externo producida por una acción u omisión humana se llaman ilícitos de mala conducta; sobre el particular existe absoluta uniformidad doctrinal". Para respaldar esa uniformidad el profesor Reyes cita a Antoliseo, Ranieri, Manzini, Utet, Soler y Gaitán Mahecha. Adelante agrega: "Pero cuando se habla de conducta no se está haciendo alusión a la simple materialidad del comportamiento físico; la conducta humana, según nos lo enseña la sicología no es más que la respuesta dada por el individuo a un estímulo que ha sido captado, retenido e interpretado, todo lo cual implica un trabajo de elaboración mental en el que participan las esferas intelectivas, afectiva y volitiva; ésta última es la que decide si la reacción al estímulo debe o no producirse . . . De manera que la acción u omisión a que se refiere el artículo 13 ha de ser intencional; sólo en tal caso es posible deducir responsabilidad; cuando fuere ejecutado initencionalmente, no siendo el resultado de una elaboración síquica querida no puede considerarse suyo y, en consecuencia, la responsabilidad desaparece como que su fundamento es según lo hemos visto ya la actividad sicofísica del agente". Y Agrega: "se habla de una conducta voluntaria y antijurídica porque cuando desaparece esta segunda característica nos hallamos ante uno de los casos de exclusión objetiva del ilícito y por ende de la responsabilidad: cumplimiento de la Ley, orden legítima de autoridad competente, legítima defensa o estado de necesidad; en todas estas hipótesis la conducta es voluntaria, el agente quiere realizar el hecho, pero este carece de ilicitud dada su conformidad con el derecho".

Así, sean delito o sean contravención, las infracciones que las agencias gubernamentales investigan y castigan están sujetas, en cuanto a la responsabilidad, a los principios de los artículos 23 y 25 del Código Penal.

Procede ahora examinar la conducta de la Compañía Nortesantandereana de Gas para decidir si son válidas las resoluciones que la hicieron sujeto de pena. El Acuerdo No. 16 de 1964 del Concejo de Cúcuta por medio del cual se establecía impuesto (en el acuerdo llamado tasa o derecho), con cargo al distribuidor de gas fue anulado por el Contencioso Administrativo porque violaba disposiciones nacionales en virtud de los cuales ni la producción ni la distribución del petróleo y sus derivados puede ser objeto de gravámenes por los Departamentos ni por los Municipios. Luego, por el Acuerdo No. 10 de 1968 se estableció una tasa como precio por el servicio de la revisión de las bombonas de gas en cuanto hace a su seguridad y a su contenido. El mismo acuerdo determinó que el valor de esta tasa debería ser pagado directamente por las empresas envasadoras o sea por los distribuidores. La Compañía Nortesantandereana de Gas entendió:

a. Que habiéndose anulado el acuerdo por medio del cual se gravaba la distribución de gas, la nueva tasa no podía ser recaudable con cargo al patrimonio de la compañía distribuidora sino que ésta debería desempeñar el papel de intermediario o recaudador de una tasa debida por los beneficiarios del servicio de revisión o sea por los consumidores;

b. Que, no importa la legalidad del acuerdo de 1968, era su deber cumplirlo mientras no fuera anulado y que habiendo ya dispuesto la justicia que la distribución no podía ser objeto de gravamen municipal era su deber coadyuvar con el municipio en el recaudo de la tasa en el entendido de que el sujeto de élla era el consumidor.

La interpretación anterior fue correcta y además seguida de la demanda de nulidad correspondiente contra el acuerdo cuya vigencia fue suspendida por Auto de 24 de febrero de 1969 posteriormente confirmado por el Consejo de Estado.

Se entiende que los precios autorizados por la Superintendencia del ramo han de tener en cuenta la totalidad de los factores de costo y la equitativa utilidad, y no hay Ley alguna que establezca la obligación de asumir aumentos de costos provenientes de mandatos legales o de autoridad, que son fuerza mayor mientras tales mandatos no sean suspendidos por la justicia, revocados por sus autores, o los precios modificados con posterior autorización de la Superintendencia. La obligación de los distribuidores era la de cobrar por su producto exactamente la suma autorizada y así lo hicieron como consta en las facturas, en las que se discriminan el precio del gas y el de la tasa oficial derivada de un mandato legal.

De los vagos y generales preceptos del art. 7o. del Decreto 46 de 1965 hay algo perfectamente nítido y es que el criterio que preside la definición de las infracciones está inspirado en la necesidad de evitar la especulación indebida

En un estado democrático la separación de los poderes públicos es garantía encaminada a proteger la libertad y el patrimonio de los individuos. Se pretende que actos que puedan afectarlos como son las sentencias, solo pueden pronunciarse después del debido proceso por jueces ilustrados e independientes, es decir, libres de presiones políticas, religiosas o de otro carácter e inamovibles. En la conferencia celebrada en Lagos entre otras se leen las siguientes recomendaciones:

> "Tercero. En relación con todo país cuyos métodos de nombramiento, ascenso y destitución de los jueces no estén definitivamente fijados o no garanticen la independencia del poder judicial, se recomienda:
>
> a. Que tales facultades no se *transfieran a los poderes ejecutivos o legislativo,* sino que se atribuyan exclusivamente a un órgano independiente, tal como la Justicia Service Commission de Nigeria o al Conseil Supérieur de la Magistrature de los países africanos de habla francesa;
>
> b. Que en todo país en que todavía no esté garantizado plenamente la independencia del poder judicial de conformidad con estos principios, éstos se apliquen inmediatamente con respecto a todos los jueces en especial los que tienen atribuída la jurisdicción criminal.
>
> Cuarto. Se recomienda que todas la Leyes consuetudinarias, tradicionales o locales sean aplicadas por los tribunales de justicia ordinarios, y se pone de relieve que, mientras la justicia sea administrada por tribunales especiales, se apliquen a éstos todos los principios enunciados en la presente ocasión y en Nueva Delhi para salvaguardiar el imperio del derecho.
>
> Quinto. La práctica seguida en determinado territorios, en virtud de la cual las facultades judiciales, especialmente en los casos criminales, son ejercidas por personas que carecen de formación o experiencia jurídicas adecuadas o que, *en su calidad de funcionarios administrativos, están sujetas a la autoridad del poder ejecutivo, no está en consonancia con el imperio del derecho".*

Las procedentes recomendaciones muestran cómo no puede reconocerse la existencia del imperio del derecho en donde funciones jurisdiccionales, especialmente en materia penal, son atribuidas a funcionarios dependientes del gobierno. La aplicación de doctrina tan sencilla eliminaría las dificultades y confusiones que se deducen del estado actual de nuestra jurisprudencia y constituiría guía suficiente para que el legislador en el futuro se abstenga de atribuir competencias jurisdiccionales a funcionarios distintos de los jueces. Entre tanto el Consejo se atiene a las más destacadas conclusiones de la Corte Suprema según las cuales los hechos graves para los que se estatuyan severos castigos deberán ser del conocimiento exclusivo del poder judicial en tanto que los leves o "delitos menores", puede admitirse que los conozcan y sancionen funcionarios distintos.

aplicar las normas jurídicas en caso de violación o conflicto, con fuerza de verdad legal".

"Limitando el concepto al campo penal, con el ejercicio de la jurisdicción el estado realiza una de sus más importantes finalidades: sancionar a quien lesione el orden jurídico de la sociedad. Es propiamente una atribución del estado que ejerce para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales de los particulares en los términos del artículo 16 de la Constitución; por esta razón el enfrentamiento del estado con los particulares, ante una norma penal, se ha encomendado a la rama jurisdiccional para su decisión exclusiva, *a fin de que el ejecutivo no sea al mismo tiempo parte y juez en la más genuina realización de sus fines* que es reprimir a quien viola la Ley".

"La jurisdicción comprende las facultades de conocer del asunto y sentenciar sobre el mismo; la primera se realiza, en el proceso penal, practicando todas las pruebas y demás diligencias que sean necesarias para ilustrar el entendimiento y la inteligencia del juez sobre los puntos de éste, llamando coactivamente a todas las personas que pueden llevar al esclarecimiento de la infracción, es decir, formando el sumario y conduciendo el proceso hasta su meta final; y la segunda declarando el derecho y aplicando las sanciones correspondientes si la sentencia es estimatoria".

"De la función jurisdiccional penal hace parte el proceso que no termina mientras no se encuentre y declare, por sentencia ejecutoriada, la verdad material buscada".

Los anteriores principios relativamente claros y coherentes indujeron a la Corte a declarar inexequibles las disposiciones que habían atribuído la facultad de indagación en materia penal a agentes de la Procuraduría General de la Nación por considerar que la función de instrucción penal era de la competencia exclusiva de los jueces. Es decir, que no podía depender de otro órgano o rama del poder público una función que, examinada con cuidado, implica muy pocos actos jurisdiccionales y se caracteriza por el predominio de la actividad administrativa como es la de averiguar, indagar, obtener pruebas ya sean testimoniales ya materiales o científicas y en donde como actos jurisdiccionales solo podría reconocerse con facilidad el que ordena el allanamiento y registro del domicilio, el embargo de bienes y la detención provisional.

Ya en sentencia de 9 de Septiembre de 1966 aceptó la Corte, que la competencia atribuída a la policía para conocer de contravenciones y de lo que la misma Corte llama "delitos menores" es constitucional, lo que significa tanto como decir que esta competencia no puede reclamarse para los jueces porque a estos sólo corresponden "los hechos delictuosos que perturban las condiciones de vida de una sociedad organizada en derecho, que por su esencial gravedad son de competencia exclusiva para su juzgamiento y sanción de los órganos jurisdiccionales del poder público en obedecimiento de las pertinentes normas constitucionales" según la misma sentencia.

y las ganancias exorbitantes, que son al fin y al cabo expresiones equivalentes porque especular es tanto como comerciar o traficar, lo que no puede prohibirse, pero si se hace contra derecho, es decir indebidamente, configura la infracción porque permite alcanzar ganancias por fuera de lo regular, de lo ordinario, que es precisamente lo exorbitante.

Está probado con abundancia en los documentos que constan en las diligencias de primera y de segunda instancia y además expresamente reconocido en el texto de la resolución acusada que la Compañía Nortesantandereana de Gas durante el corto tiempo de la vigencia del acuerdo 10 de 1968 consignó en la tesorería municipal la totalidad del producto que de los consumidores recaudó a título de tasa y por eso no es cierta la afirmación de que pagó con dineros obtenidos de los consumidores obligaciones que debía cumplir con los propios, lo que es una forma de enriquecimiento, porque ya se mostró que la exigencia de pago no podía interpretarse como establecida con cargo a los distribuidores porque ello implicaría el desconocimiento de la sentencia del Consejo de Estado. En cuanto al perjuicio económico que soportó el consumidor no fue por conducta de la Compañía sino por la disposición del Concejo Municipal.

Dentro de esta primera hipótesis se concluye que la resolución acusada es nula por cuanto no se dió aplicación al artículo 25 del código penal.

III

Segunda hipótesis de trabajo. ¿La legislación sobre control de precios en la parte que define infracciones penales y estatuye penas y da atribución jurisdiccional a agencias del gobierno, respeta los principios constitucionales de separación de los poderes, y de *Nulla poena sine lege y Nullum crimen sine lege?*

A pesar de los esfuerzos de nuestra Corte Suprema de Justicia, de su jurisprudencia no es fácil deducir las notas características de la función jurisdiccional cuyo ejercicio esté reservado a la rama judicial del poder público ni el modo de singularizar los hechos cuyo juzgamiento puede transigirse que la Ley atribuya a algunas agencias de la rama ejecutiva. En la sentencia de 27 de Septiembre de 1969 sobre funcionarios de instrucción criminal se lee lo siguiente: "La función jurisdiccional, aparentemente simple en su concepción, como la potestad que tienen los jueces para administrar justicia, tiene su intrínseca complicación al tratar de limitar el campo de cada una de las ramas del poder público en lo que se denomina jurisdicción".

> "En sentido lato, es la potestad pública de conocer de los asuntos administrativos, civiles, penales y comerciales y decidirlos con arreglo a las Leyes; estrictamente, es el poder del estado ejercido a través de los tribunales y jueces, para

Según la legislación sobre precios, y éste es hecho legal indiscutible aunque no se compartan los criterios que se tuvieron en cuenta para adoptarla, la especulación indebida y el acaparamiento constituyen atentados graves para la economía nacional, tan graves que la misma Ley autoriza que a sus autores se les impongan multas hasta de $ 500.000.00, arresto hasta por treinta días, decomiso y venta al público de los artículos que hayan sido materia de especulación o acaparamiento, suspensión del derecho a obtener licencias de importación hasta por un año, cierre del establecimiento industrial o comercial hasta por noventa días, y cancelación definitiva de la licencia de funcionamiento de industria y comercio del infractor. De la anterior enunciación comparada con los principios que se expusieron no parece difícil concluir que las conductas prohibidas por el Decreto No. 46 de 1968 y las penas estatuídas por el mismo decreto constituyen infracción penal de aquellas que por su naturaleza deberían atribuirse al conocimiento de los jueces.

Hay quienes han pretendido vislumbrar una cierta incompatibilidad entre la necesidad de reconocer al gobierno crecientes potestades para intervenir en la economía pública y privada y la vigencia de las tradicionales garantías constitucionales encaminadas a preservar la libertad de la persona frente a la intervención arbitraria de la fuerza colectiva. Ha llegado a afirmarse que es imposible defender simultáneamente los poderes de intervención en la economía y las libertades tradicionales una de cuyas principales garantías depende de la separación de los poderes del Estado: el legislativo, el gobierno y los jueces. Por esto, quizás no sea impertinente mencionar las opiniones del profesor austriaco Hans Klecatsky expresadas en su reciente estudio, aparecido en 1963, sobre el imperio de la Ley como fundamento de la legalidad de la administración. Se encuentran allí los siguientes valiosos y autorizados conceptos:

> "El concepto de imperio de la Ley revistió en distintos campos del derecho formas distintas. No obstante, todas estas variantes jurídicas tienden al mismo fin: lograr y preservar la libertad de la persona humana como individuo frente a la intervención arbitraria de la fuerza colectiva. La libertad de constituirse el individuo, de serlo y de conservar tal cualidad existe sólo cuando la persona posee una serie de derechos y puede defenderlos. El de un equilibrio de fuerzas entre el individuo débil, y la sociedad poderosa, pues crean un ámbito jurídico en el que la sociedad y el individuo son iguales. Para el individuo sólo existe un camino de autenticidad, en nombre propio de la sociedad y de valores superiores. Este camino es él mismo. Samuel Johnson dice con acierto: "Las sociedades no tienen alma que salvar ni rodilla que plegar". Una sociedad compuesta de personas que no pueden formar ni afirmar su Yo se hunde cada vez más en los abismos de las ilusiones ideológicas.
>
> "El imperio de la Ley no es algo que una vez conseguido quede asegurado para siempre. Hace más de noventa años Rudolf von Gneist, partidario del Estado

constitucional, escribió: "El imperio de la Ley en el sentido histórico y filosófico de la palabra ha nacido en forma lenta y trabajosa en conflicto abierto con las tendencias de la sociedad e igualmente sólo de esta forma podrá reconquistarse y conservarse hoy día". Estos pensamientos siguen siendo de actualidad. La "lucha por el derecho" (Rudolf von Ihering) es incesante pues "el poder público tiende siempre y donde quiera a no reconocer límite alguno. Es indiferente que se halle en una sola mano o en la de todos" (Ortega y Gasset). El imperio de la Ley, como todos los bienes culturales de la humanidad, está permanentemente amenazado. Puede compararse a las ciudades fortificadas de la Edad Media que, gracias a las murallas, fosos, torres y puentes levadizos, garantizaban a sus ciudadanos la protección indispensable para un ordenamiento social digno. El lugar que corresponde al jurista, guardián y combatiente de primera línea contra toda amenaza, es vigilar en las almenas de la ciudad jurídica. Lo mismo que la situación de estas ciudades fortificadas y la índole de los peligros que las amenazaban exigía diversas medidas de defensa, así la idea del imperio de la Ley ha revestido formas distintas según las necesidades y las tradiciones de cada país. Sin embargo, podría darse el caso de que con todas sus fortificaciones intactas la ciudad cayera por la traición de uno de los suyos o tras atacar al enemigo por sorpresa en un punto débil ignorado por los defensores. Esto debería enseñarnos que para preservar el imperio de la Ley son necesarias unidad y lealtad por parte de los juristas encargados de defenderla; en segundo lugar, que la defensa del imperio de la Ley es indivisible y, además, que la menor debilidad en esa defensa, por pequeña que parezca, puede decidir el destino del imperio de la Ley.

"Por ello no puede establecerse un orden de prioridad de sus zonas de defensa, lo más importante en cada caso es el sector del imperio de la Ley que se encuentra de momento más amenazado. También en el imperio de la Ley es tan fuerte como su punto más débil. No hay duda de que en la experiencia general de innumerables generaciones de juristas de distintos países pueden deducirse principios generales sin los cuales no podría existir el imperio de la Ley. Estos principios generales son los siguientes:

1. El principio de la separación de poderes, aplicado no sólo al poder legislativo, al ejecutivo y judicial, sino a todos los puntos de total concentración de poder;

2. El principio de la independencia de los jueces respecto de la administración, así como de toda influencia que no sea la Ley;

3. La dependencia de todos los poderes, especialmente el legislativo y el ejecutivo, de los derechos y libertades fundamentales de las personas que deben ser protegidos;

4. El principio de la legalidad del ejecutivo;

5. El control del legislativo y el ejecutivo por jueces independientes,

6. La existencia de una fuerza independiente de las fuerzas sociales: los juristas, defensores por antonomasia del imperio de la Ley".

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado por intermedio de la sección cuarta de su Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

1o. Es nula la resolución número 34 de 8 de Marzo de 1969 de la Superintendencia Nacional de Precios por medio de la cual se resolvió el recurso de alzada sobre la resolución de primera instancia pronunciada por la Comisaría Segunda Superior de Cúcuta en lo concerniente a Norgás S.A.

2o. La Superintendencia Nacional de Precios y la Comisaría Segunda Superior de Cúcuta dictarán las providencias necesarias para que dentro de los treinta días siguientes al de la ejecutoria de esta sentencia le sean devueltas a la Compañía Nortesantandereana de Gas NORGAS S.A. la suma de setenta y cinco mil pesos que como multa aún le retiene la administración pública.

Cópiese, publíquese, notifíquese, cúmplase, devuélvase bajo recibo el expediente donde consta la actuación administrativa.

Esta sentencia fue considerada y aprobada en la sesión del veintinueve de Octubre de mil novecientos setenta.

Gustavo Salazar Tapiero **Hernando Gómez Mejía**

Juan Hernández Sáenz **Miguel Lleras Pizarro**

Angel María Camacho Ramírez
Secretario

CAJA DE PREVISION SOCIAL DE LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA

BANCO GANADERO. *Su naturaleza. Las personas a su servicio no pueden ser consideradas como empleados o trabajadores oficiales.*

SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA. *Diferentes categorías según la proporción que exista entre la participación del Estado y la de los particulares.*

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Bogotá, D. E., noviembre diez y ocho de mil novecientos setenta.

Consejero Ponente: **Doctor Rafael Tafur Herrán**

Por medio de apoderado en ejercicio de la acción de plena jurisdicción el señor RAFAEL JORDAN JIMENEZ ha solicitado de esta Corporación que se hagan las siguientes declaraciones:

"Primera. Que se decrete la nulidad de las Resoluciones números 208 de 1968 (agosto 17) 250 de 1969 (septiembre 21) y 310 Bis del mismo año (diciembre 23) originarias de la Caja Nacional de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria.

"Segunda. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se reconozca y se ordene pagar a la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria, en concepto de revisión, una pensión mensual vitalicia de jubilación al señor RAFAEL JORDAN JIMENEZ, equivalente a siete mil ciento noventa y dos pesos con 90/100 M/Cte. ($7.192.90)".

Son hechos; según la demanda:

"1o. Por resolución número 1924 de 1969 (agosto 16) se le reconoció al señor Rafael Jordán Jiménez una pensión de jubilación mensual y vitalicia de $1.277.78 por razón de los servicios prestados por más de veinte años al Estado, en la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero y en la Superintendencia Bancaria.

"2o. Por Resolución número 3341 de 1967 (mayo 16) se reajustó la pensión mensual vitalicia de jubilación del señor Jordán Jiménez, a la suma de $3.756.75 moneda corriente, con base en la Ley 4a. de 1966.

"3o. Que la pensión jubilatoria a que se refieren los numerales anteriores, fué reconocida con base en los servicios prestados hasta el 3 de abril de 1960.

"4o. El señor Rafael Jordán Jiménez se reintegró al servicio de una entidad de derecho público, como Revisor Fiscal del Banco Ganadero, desde el 7 de febrero de 1961, y permaneció en dicho cargo hasta el 24 de abril de 1967.

"5o. Durante los últimos tres años de servicio, devengó las siguientes sumas, promedio mensual y por los conceptos que a continuación se anotan: A) $ 6.875.91 como sueldo; B) $ 1.531.68 como primas de servicio y extralegal; C) $459.20 por prima de vacaciones y de antiguedad; D) $723.55 por viáticos.

"6. De lo anterior se deduce que el salario promedio mensual de mi poderdante, durante los últimos tres años de servicios fue de $9.590.54.

"7o. El 75% del salario promedio mensual referido equivale a la suma de $7.192.90, que es el valor de la pensión de jubilación que debe decretarse en favor de mi poderdante, por razón de la revisión solicitada a la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria.

"8o. Con fundamento en el artículo 4o. de la Ley 171 de 1961, solicité la revisión de la pensión allí prevista, solicitud que fué resuelta negativamente en primer y en segunda instancia mediante las resoluciones acusadas, con lo cual quedó agotada la via gubernativa".

"La resoluciones acusadas –continúa el demandante– son violatorios de los artículo 18 y 20 de la Ley 26 de 1959, del artículo 1o. de la Ley 151 de 1959 y del artículo 3o. del Decreto Legislativo número 322 de 1957, y al desconocer las

disposiciones citadas, esas mismas resoluciones violan el artículo 4o. de la Ley 171 de 1961." Desarrollando en amplio análisis el concepto de la violación.

La Caja de Previsión de la Superintendencia Bancaria se hizo parte y constituyó apoderado, quien ha hecho los planteamientos de que se tratará más adelante.

La Fiscalía 4a. de la Corporación es de concepto que debe accederse a las súplicas de la demanda y por su parte refuta las pretensiones de la Caja en punto de incompetencia de jurisdicción

El juicio ha recibido la tramitación de rigor y como no se advierten vicios que puedan invalidar lo actuado, se procede a proferir el fallo, previas estas consideraciones:

Se considera:

Como atrás se ha visto, el doctor Jordán Jiménez con fundamento en el artículo 4o. de la Ley 171 de 1961 solicitó de la Caja de Previsión de la Superintendencia Bancaria el reajuste de la pensión de jubilación que la misma entidad venía pagándole por servicios prestados en aquélla y otras dependencias oficiales, de acuerdo con la resolución número 1924 de 1960 (agosto 16).

El artículo 4o. en cita consagra a favor del pensionado oficial "reincorporado a cargos oficiales y que haya permanecido o permanezca en ellos por tres (3) años o más, contínuos o discontínuos" el derecho a que le sea reajustada o revisada su pensión" a partir de la fecha en que quede nuevamente fuera del servicio, con base en el sueldo promedio de los tres últimos años de servicios".

El 7 de febrero de 1961 y hasta el 24 de abril de 1967 el demandante entró y permaneció al servicio del Banco Ganadero.

En la primera de las resoluciones acusadas la número 208 de 17 de agosto de 1968, la Caja de Previsión de la Superintendencia Bancaria no accedió a verificar el reajuste solicitado por el señor Jordán Jiménez con el argumento principal de que habiendose autorizado (sentencia del Conseo de Estado de noviembre 5 de 1963) recibir la pensión y devengar a la vez sueldo en el Banco Ganadero "la Caja no puede entrar ahora a reajustar la pensión del señor Jordán Jiménez, con base en el sueldo que percibió como Revisor Fiscal del Banco Ganadero, con fundamento en el artículo 4o. de la Ley 171 de 1961, porque si el Consejo dijo que los sueldos en esta Entidad y la pensión eran compatibles, es de concluir que son incompatibles para consolidar pensión para obtener su reajuste, pues por no tener parte principal el

Estado en los fondos del Banco Ganadero, éste se rige por el derecho privado. Por otra parte, si la Caja accediera al reajuste, ello implicaría un desconocimiento o una revisión sin competencia del fallo del H. Consejo de Estado que llegó a la conclusión que no existe incompatibilidad para que el demandante reciba la pensión de jubilación que le fue decretada, y a la vez siga desempeñando el cargo de Revisor Fiscal del Banco Ganadero, porque dicho cargo no contraviene lo dispuesto por el artículo 64 de la Constitución Nacional, ya que en este caso, no se trata de una asignación que provenga del Tesoro Público".

Y agrega la Resolución "que si los empleados del Banco Ganadero no tienen el carácter de oficiales, según la sentencia del Consejo de Estado citada, los servicios prestados en esta Entidad no pueden sumarse a los servicios oficiales para ganar pensión o solicitar su reajuste, según el artículo 4o. de la Ley 171 de 1961, pues esta disposición computa servicios oficiales únicamente, pero en ningún caso los suma a los del sector privado para los efectos referidos".

Por su parte el señor apoderado de la Caja, en su alegato ante el Consejo sostiene la incompetencia de jurisdicción de esta Corporación por ser contractual el vínculo que medió entre el demandante y el Banco Ganadero, entidad esta, además, constituida como Sociedad de Economía Mixta y regida de consiguiente por el derecho privado.

Que de otro lado –agrega el mismo mandatario de la Caja– la cuantía del negocio es inferior a $ 50.000.00 dado que no estando en realidad *sublite* sino una diferencia entre el monto de la pensión que viene recibiendo el actor y la que aspira a recibir con el reajuste ($ 1.399.16, según sus cálculos) esa diferencia multiplicada por 24 meses (sic) no arroja sino la cantidad de $ 33.555.84.

Sostiene también que habiendosele ya reajustado su pensión al señor Jordán Jiménez con fundamento en la Ley 4a. de 1966 y sobre la base del sueldo actual del cargo que se tuvo en cuenta al pensionarlo y para la fecha del 23 de abril de 1966, no encuentra viable un nuevo reajuste que incidiría en la misma época. (1966), a tiempo que dicha Ley en su artículo 5o. no autoriza el reajuste de las pensiones reconocidas con anterioridad sino por una sola vez.

Finalmente analiza las primas que el demandante pretende han de jugar como factor de salario para el reajuste solicitado, y concluye pidiendo, en subsidio, que al decretarse el reajuste, se dejen de computar esas primas y los viáticos.

La Fiscalía 4a. de la Corporación en su vista de fondo estima que debe accederse a las súplicas de la demanda. Y en relación con las alegaciones de la

Caja y su apoderado, comienza por asentar:

> "Ciertamente si se tratara, en el caso de estudio, de una acción de carácter laboral por virtud de un contrato de trabajo celebrado entre un trabajador oficial o particular y una empresa privada u oficial, la competencia para conocer de dicha acción sería la justicia laboral nó la Contencioso Administrativa. Empero, como se trata de una acción de plena jurisdicción instaurada contra un acto (Resolución) emanado de un organismo administrativo, como lo es la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria, si podía el Consejo de Estado avocar el conocimiento del presente negocio siempre y cuando que también sea competente por virtud de la cuantía, como en efecto lo es en consideración a estos dos factores, pues para la Fiscalía la acción pasa de $50.000.00 con apoyo en los datos numéricos dados por el apoderado del actor y en los antecedentes de carácter salarial. Luego, la conclusión elemental es la de que no aparece configurada la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada por el señor apoderado de la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria, y, por tanto, el Consejo de Estado debe declararla no probada"

Conceptos estos en los cuales está de acuerdo la Sala porque en realidad no es el contrato de prestación de servicios celebrado entre el Banco Ganadero y el demandante (folio 66) lo que al presente se encuentra en juego.

Respecto de la cuantía cabría agregar que los propios cálculos que hace el señor apoderado de la Caja llevan al convencimiento de que ella es superior a $ 50.000.00 dado que multiplicando la diferencia de $ 1.398.16 por 36 meses (que es el tiempo ordenado tomar en cuenta por el artículo 2o. del Decreto 2061 de 1965) la cuantía sube de los cincuenta mil requeridos para que conozca el Consejo de Estado en una sola instancia.

En relación con los fundamentos antes enunciados de la Resolución de la Caja, la Fiscalía observa que en ningún momento el Consejo de Estado dijo en la aludida sentencia de 5 de noviembre de 1963 que el Banco Ganadero fuese una entidad de carácter privado sino que como sociedad de Economía Mixta era semi oficial, lo cual ha venido a confirmarse a través de toda la legislación sobre sociedades de esta clase que en definitiva son "oficiales o semioficiales según la respectiva entidad, o la representación que (el Estado) tenga en la Junta Directiva (Véase artículo 3o. Decreto 322 de 1957). "es decir, que si el Estado tiene un 20% o más de su capital en la sociedad o uno más representantes en la Junta, aquélla será de economía mixta con carácter oficial. Y cuando ocurra el caso contrario será semioficial. Como en el Banco Ganadero, el Estado tiene una participación del 20% de capital social y dos representantes en la Junta Directiva, se tiene que concluir forzosamente que dicho organismo es una entidad de economía mixta de carácter oficial, con base especialmente en lo previsto por los artículos 20 y 24 de la

Ley 26 de 1959. Luego, si el Banco Ganadero es una entidad de economía mixta, de carácter oficial, la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria. ha debido acceder a la acumulación de que trata el Artículo 4o. de la Ley 171 de 1961".

Efectivamente el Banco Ganadero está clasificado por la Ley como una Sociedad de Economía Mixta y con el porcentaje de capital oficial, que la Fiscalía anota; (20%). Estas Sociedades son "organismos constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la Ley." (Decreto 1050 de 1968, artículo 8o.).

General como es la disposición anteriormente transcrita, ha dejado en vigencia sin duda disposiciones como las de la Ley 151 de 1959 que permiten distinguir varios órdenes de sociedades de este tipo, ya que dentro del marco de la noción de Sociedades de Economía Mixta se agrupan entidades de índole variada, con diferentes finalidades y diverso grado y proporción de aportes del Estado subsistiendo como común característica, no obstante, la integración de su patrimonio con aportes del Estado y de los particulares y el carácter industrial o comercial de su objeto.

Tales normas permiten distinguir dos categorías de Sociedades de Economía Mixta (entidades semioficiales según su terminología), categorías a las cuales puede agregarse una tercera que surge de la propia Reforma expresada.

En efecto:

De acuerdo con la disposición del artículo 4o. de la Ley 151 de 1959 "sobre empresas y establecimientos públicos descentralizados", para efectos del artículo 64 de la Constitución Nacional se entiende por: "empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado" las compañías, establecimientos bancarios, asociaciones, institutos u organismos en que la Nación, los Departamentos, los Municipios, otra y otras personas jurídicas de derecho público, separada o conjuntamente, tenga o tengan el cincuenta por ciento (50%) o más del patrimonio o capital de la respectiva empresa o institución, como también aquéllas instituciones u organismos a que se refiere el artículo 2o. de la presente Ley".

Distingue así la ley 151 dos categorías de sociedades de participación mixta: aquéllas en las cuales el Estado es accionista mayoritario y otras en las cuales la participación privada es mayoritaria.

Según la participación mayoritaria o minoritaria del Estado en la composición del Capital Social, se derivan estas consecuencias:

1. Cuando se trate de entidades en las cuales el Estado posee el 53% o más de las acciones en las cuales está representado el capital, el control fiscal sobre ellas compete al Contralor General de la República.

2. En este mismo supuesto se considera que el patrimonio de esas entidades es "Tesoro Público" y por tanto, a los funcionarios a ellas vinculados se debe aplicar la incompatibilidad consagrada en el artículo 84 de la Constitución".

Son las primer grupo o categoría.

La segunda categoría la constituyen de consiguiente aquéllas sociedades en que el Estado es accionista minoritario (menos del 50% del capital).

Si bien es cierto que tanto las sociedades en que el estado es accionista mayoritario como –aquellas en que lo es minoritariamente– apenas, en su organización y en el desarrollo de sus actividades se rigen por el Derecho Privado, no lo es menos que las del primer grupo están sujetas a especiales controles, como se ha visto, y tienen una naturaleza especial que las aproxima a verdaderas empresas públicas con participación privada. Las del segundo grupo, por el contrario, son más típicamente empresas privadas con participación estatal.

La tercera categoría emanada de la Reforma Administrativa (artículo 3o. del Decreto 3130 de 1968) es la constituída por aquéllas sociedades en las que el Estado posea el 90% o más de su capital social; "Se someten –reza la disposición– al régimen previsto para las Empresas industriales y Comerciales del Estado". Esto es, al régimen de las entidades descentralizadas creadas o autorizadas por la Ley que también desarrollan actividades de naturaleza industrial y comercial. Conforme a las reglas del derecho privado, tienen personería jurídica, y autonomía administrativa y "capital independiente, constituído totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial" (artículo 6o. Decreto 3130). Por lo cual su organización y la tutela gubernativa a que están sometidos se rige por el Derecho Público.

Ahora bien:

Son empleados públicos "las personas que prestan sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencia y Establecimientos Públicos" dice el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968, agregando que, sin embargo, si trabajan "en la construcción y sostenimiento de obras públicas" son trabajadores oficiales. Como lo son también (trabajadores oficiales) de acuerdo con el 2o. inciso de la disposición" las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado"

Si bien estas Empresas han de precisar en sus estatutos "qué actividades de dirección y confianza deben ser desempeñados por personas que tengan la calidad de empleados públicos".

No menciona para nada esta disposición como empleados oficiales —empleados públicos y trabajadores oficiales a las personas que prestan sus servicios en las Sociedades de Economía Mixta. Quizá con aplicación del artículo antes visto, 3o. del Decreto 3130 de 1968, haya de concluirse que si la participación del Estado en dichas Sociedades es del 90% o más, sus servidores tienen la calidad de trabajadores oficiales. Pero en los otros dos grupos de Sociedades de Economía Mixta, no. Mucho menos en tratándose de entidades como el Banco Ganadero, en las que por tener el Estado una participación minoritaria, son propiamente empresas privadas con participación estatal.

Esto, no obstante lo que aparece diciendo o puede deducirse del Decreto número 1848 de 1969, reglamentario del que viene analizandose número 3135 de 1968, cuando en su artículo 1o. incluye entre los genéricamente denominados empleados oficiales aun a las personas que trabajan al servicio de las Sociedades de Economía Mixta. No incluyéndolos el Decreto Ley reglamentado, es claro que en esa parte el reglamentario ha excedido a aquél y no puede aplicarse en consecuencia.

Los empleados del Banco Ganadero, en síntesis, no son empleados oficiales, ni son oficiales, por tanto, los cargos por ellos desempeñados.

Por manera que siendo condición exigida por el artículo 4o. de la Ley 171 de 1961 para obtener el reajuste de la pensión que la misma disposición autoriza, la de que el pensionado "haya sido o sea reincorporado a *cargos oficiales*" —subraya la Sala— esta condición falta en el presente caso para que pudiere accederse a las pretensiones del demandante, fundadas principalmente en la violación de dicha norma legal.

Además, no sobrará agregar en cuanto a las previsiones del artículo 5o. de la Ley 4a. de 1966, con fundamento en el cual ya le fué aumentada al señor Jordán su pensión (resolución número 3341 de 1967), que de acuerdo con él, las pensiones reconocidas con anterioridad a la vigencia de la misma Ley, no pueden aumentarse sino por una sola vez.

En virtud de todo lo anteriormente 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, apartandose del concepto Fiscal, no accede a decretar las peticiones demandadas por el señor Rafael Jordán Jiménez en el presente juicio.

Este fallo fue discutido y aprobado por la Sala en su sesión de fecha 13 de noviembre de 1970.

Nemesio Camacho R. **Rafael Tafur Herrán**

Eduardo Aguilar Vélez **Alvaro Orejuela Gómez**

Susana M. de Echeverri
Secretaria

ACTOS DE LA JUNTA CENTRAL DE CONTADORES

EXCEPCION DE COSA JUZGADA: *Criterios para evaluar la cosa juzgada en lo contencioso administrativo:* **Los criterios para evaluar la cosa juzgada en lo contencioso administrativo se distinguen, a saber: 1o.) Cuando se ha declarado la nulidad del acto administrativo que ha sido acusado, la cosa juzgada se evalúa con la simple verificación de la parte resolutiva y en atención a la acción propuesta; 2o.) Cuando, mediante sentencia se ha negado la declaratoria de nulidad, la cosa juzgada se evalúa mediante la comparación de la parte resolutiva con la parte motiva a consideración.**

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

(Sesión del día 4 de diciembre de 1970)

Bogotá, D. E., diciembre diez de
mil novecientos setenta

Consejero Ponente: **Dr. Lucrecio Jaramillo Vélez**

REF: 1402 Nulidad de los artículos 24 y 36 de la Resolución No. 111 de 23 de febrero de 1967 emanada de la Junta Central de Contadores.
Actor: Augusto Ramírez Moreno y otro.

El Dr. Augusto Ramírez Moreno y el doctor Héctor Giraldo Galvis, obrando en sus propios nombres y en ejercicio de la acción de nulidad del artículo 66 del C. C. A., solicitan al Consejo de Estado declarar la nulidad de los artículos 24 y 36 de la resolución 111 de 23 de febrero de 1967, emanada de la Junta Central de Contadores, "por medio de la cual se adoptó el Código de Etica Profesional de los contadores públicos", y "la cual fué aprobada por medio de la resolución No. 1292 de 7 de junio de 1967 del Ministerio de Educación Nacional".

Las disposiciones acusadas dicen así:

"*RESOLUCION NUMERO 111 DE 1967.* Artículo 24. Los contadores públicos que desempeñen el cargo de revisor fiscal están obligados a ejercer personal y directamente las funciones y obligaciones, que a su cargo le impone el decreto 2521 de 1950 que dispone:

"Artículo 137. Son funciones del Revisor Fiscal: a. Examinar todas las operaciones, inventarios, actas, libros, correspondencia y negocios de la sociedad y comprobantes de las cuentas;

b. Verificar el arqueo de caja por lo menos una vez en cada semana;

c. Verificar la comprobación de todos los valores de la compañía y de los que ésta tenga en custodia;

d. Examinar los balances y demás cuentas de la sociedad;

e. Cerciorarse de que las operaciones que se ejecuten por cuenta de la compañía están conformes con los estatutos, con las decisiones de la Asamblea General y de la Junta Directiva y con las disposiciones legales;

f. Dar oportunamente cuenta por escrito a la Asamblea General de Accionistas, a la Junta Directiva o al Gerente, según los casos, de las irregularidades que note en los actos de la compañía;

g. Autorizar con su firma los balances mensuales y los semestrales o anuales; y

h. Las demás que le señalen los estatutos o la Asamblea General de Accionistas, compatibles con las indicadas en los apartes anteriores".

"Artículo 138. La firma con que el revisor fiscal autorice los balances de la sociedad debe ir precedida de la declaración de que ellos están fielmente tomados de los libros y de que las operaciones registradas en éstos se conforman con los mandatos legales y estatutarios y con las decisiones de la Asamblea General y de la Junta Directiva".

"Artículo 139. Los revisores fiscales son responsables conforme al artículo 121 de este decreto. Los miembros de la administración y los revisores fiscales son solidariamente responsables para con la sociedad de los daños que les causen por negligencia en el cumplimiento de sus deberes o violación de ellos.

"De la misma manera, serán solidariamente responsables para con cada uno de los accionistas, y acreedores de la sociedad de todos los daños que les causen por faltar voluntariamente a los deberes que les imponen sus cargos".

"Artículo 140. En caso de oposición del revisor fiscal a un acto u operación de los administradores, respecto de su conformidad con las Leyes, los estatutos o las decisiones de la Asamblea, deberá someterse el acto u operación al estudio de la Asamblea".

RESOLUCION NUMERO 111 de 1967. *Artículo 36.* Los contadores públicos podrán ejercer su profesión individualmente o asociados, pero asumirán en todo caso la responsabilidad profesional correspondiente. Cuando la razón social de una firma de contadores públicos o auditores lleve el nombre de las personas asociadas, éstas deberán ser siempre Contadores Públicos inscritos ante la Junta Central de Contadores.

PARAGRAFO 1o. Cuando se haga uso de una razón social, y a continuación de ésta se exponga que se trata de contadores públicos, todos los socios deberán ser contadores públicos debidamente inscritos ante la Junta Central de Contadores.

PARAGRAFO 2o. Solamente podrán anunciarse como firmas de Contadores Públicos, las entidades o personas jurídicas que den cumplimiento a los requisitos señalados en el presente artículo y demás disposiciones legales. La responsabilidad por el no cumplimiento de tales requisitos, recaerá en forma personal en cada uno de los contadores públicos asociados".

El actor considera violadas por las disposiciones transcritas las siguientes normas:

a) Artículos 39, 76 y 120 de la Constitución Nacional;

b) Artículo 15 de la Ley 145 de 1960;

c) Ley 73 de 1935; y

d) Artículos 137, 138, 139 y 140 del Decreto 2521 de 1950.

Concepto de violación

a) *En cuanto al artículo 24 de la resolución 111 de 1967*

El demandante considera que el artículo 24 de la resolución 111 de 1967, "so capa de expedir el Código de Etica Profesional, resolvió modificar los artículos 137 a 140 del decreto ley 2521 de 1950, agregándoles una obligación no contemplada en dichas disposiciones, o sea la de que el revisor fiscal debe ejercer *personal y directamente* las funciones y obligaciones que tales artículos le imponen.

Ahora bien, según el demandante, el artículo 76 de la Constitución Nacional, que dice que corresponde al Congreso, por medio de leyes, interpretar, reformar y derogar las normas preexistentes, quedaría violado por el mencionado artículo 24 de la resolución 111 de 1967, porque, siendo el decreto Ley 2521 de 1950, una ley, solamente podría ser modificado por el Congreso y no por una resolución de la Junta Central de Contadores.

Según el demandante, el artículo 24 de la resolución 111, para el caso de que la exigencia de ejercer personal y directamente las funciones a que se refieren los artículos 137 a 140 del decreto Ley 2521 de 1950 no se consideraren una modificación sino una simple reglamentación, dicho artículo, repito, violaría el artículo 120, ordinal 3o. de la Constitución Nacional, que dice que la función reglamentaria corresponde privativamente al Presidente de la República.

Según el demandante, el artículo 24 acusado viola igualmente el artículo 15 de la Ley 145 de 1960 (numerales 8 y 10), porque sobrepasa las funciones que dicho artículo 15 le acordó a la Junta Central de Contadores.

El artículo 24 acusado, y siempre según el demandante, viola igualmente la Ley 73 de 1935, que otorga la vigilancia de los revisores fiscales a la Superintendencia de Sociedades Anónimas y no a la Junta Central de Contadores.

b) *En cuanto al artículo 36 de la resolución 111 de 1967.*

Según el demandante, el artículo 36 de la resolución 111 viola el artículo 76 de la Constitución por las siguientes razones: La Ley 145 de 1960, que reglamentó la profesión de contador público, no pretendió siquiera reglamentar el funcionamiento de las firmas o asociaciones de contadores. El artículo 12 de la mencionada Ley dice solamente que las asociaciones de contadores, para poder cumplir las funciones adscritas a los contadores públicos, deben hacerlo bajo la responsabilidad de un contador público. La Junta Central de Contadores, a pretexto de expedir un Código de Etica

Profesional, redactó el artículo 36 de la resolución 111, en el cual se imponen reglas acerca de la forma como los contadores públicos podrán ejercer su profesión; acerca de las características que debe reunir la razón social de las firmas de contadores; la forma como pueden anunciarse éstos y

la responsabilidad que les cabe por falta de cumplimiento de los mencionados requisitos.

En caso de que se considere que el artículo 36 no modifica la Ley 145 de 1960 sino que solamente la reglamenta, entonces dicho artículo sería violatorio de la disposición del artículo 120, ordinal 3o. de la Constitución, que dice que la facultad reglamentaria es privativa del Presidente de la República.

El artículo 36 del mencionado acuerdo viola también el artículo 15 de la Ley 145 de 1960, porque desborda las facultades que dicho artículo le confirió en sus ordinales 8 y 10.

Por fin, el demandante afirma que los artículos 24 y 36 acusados violan el artículo 39 de la Constitución, porque pretenden reglamentar la profesión de contador público, bajo el pretexto de referirse a la ética profesional en el ejercicio de dicha profesión.

El siguiente cuadro sinóptico muestra las disposiciones violadas y las normas acusadas, según la demanda, en el juicio de la referencia 1402, de que venimos hablando:

Disposiciones violadas	*Normas violatorias*
Art. 39 Const. Nal.	Art. 24 y 36 resol. 111/67
Art. 76 Const. Nal.	Art. 24 y 36 idem
Art. 120, ordinal 3 C,N,	Art. 24 y 36 idem
Art. 15 Ley 145/60	Art. 24 y 36 idem
Ley 73/35	Art. 24 idem
Arts. 137 a 140 decreto ley 2521/50	Art. 24 idem

La Junta Central de Contadores, por su parte, se presentó como impugnadora en este juicio y, por medio de su representante, el doctor Alvaro Pérez Vives, propuso la excepción de cosa juzgada, presentando copia auténtica de la sentencia de 6 abril de 1970 de esta misma Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Esta sentencia fue proferida en el juicio 1189 y desató el litigio promovido por el Instituto Nacional de Contadores Públicos, en el cual se pedía la anulación, de toda la resolución No. 111 de 23 de febrero de 1967, la misma de la cual hoy se demanda la nulidad de los artículos 24 y 36. La sentencia a que nos venimos refiriendo negó las súplicas de la demanda y, en consecuencia, la resolución 111 de 1967 fue declarada legal frente a las disposiciones alegadas en esa ocasión por el demandante, como más adelante se verá.

En concepto del señor Fiscal no deben prosperar las peticiones de esta demanda, en cuanto al fondo del negocio, y, en cuanto a la excepción de cosa juzgada propuesta por la parte opositora, opina que debe prosperar.

Para decidir la Sala considera:

I. El decreto legislativo 2373 de 1956, por el cual se reglamenta la profesión de contador, dispuso en su artículo 36: "La Junta Central de Contadores tendrá el carácter de entidad disciplinaria y actuará como agente del Gobierno en el ejercicio de las siguientes funciones:

> "7o. Elaborar y publicar, con aprobación del Ministerio de Educación Nacional, un Código de Etica Profesional para los contadoresy hacer al mismo las enmiendas y aclaraciones que fueren necesarias".

Luego, el Congreso expidió la Ley 145 de 1960, por la cual se reglamenta el ejercicio de la profesión de contador público, en cuyo artículo 15, numeral 8o. se repitió la anterior disposición.

El Gobierno dictó el decreto 1462 de 1961 reglamentario de la Ley 145 de 1960, en cuyo artículo 15 dice:

> "La Junta Central de Contadores tendrá el carácter de entidad disciplinaria de la profesión, en el ejercicio de las funciones señaladas en el artículo 15 de la ley".

En cumplimiento de tales facultades, la Junta Central de Contadores expidió la resolución 111 de 23 de febrero de 1967, por la cual se adopta el Código de Etica Profesional para los contadores públicos. Esta resolución fue aprobada por la resolución No. 1292 de 1967 del Ministerio de Educación Nacional.

Demandada la nulidad de la resolución No. 111 de 1967 por el Instituto Nacional de contadores, el litigio fue desatado por la sentencia de 6 de abril de 1970 de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera del Consejo de Estado. Según esa sentencia, ninguno de los artículos de la mencionada resolución viola las disposiciones superiores, constitucionales o legales, alegadas por el demandante.

II. Procede entonces examinar, en primer lugar, la excepción de cosa juzgada propuesta por la parte impugnadora en el presente juicio.

1o. *Generalidades*

En la doctrina actual existen dos concepciones sobre la cosa juzgada:

a) Doctrina clásica (Savigny, Chiovenda, Couture). Según esta concepción, para saber si hay cosa juzgada, debe tomarse en cuenta no solamente la parte dispositiva de la sentencia sino también la motivación o considerandos de la misma. Savigny decía que la sentencia es un todo único e

inseparable y que, por consiguiente, la cosa juzgada extiende a toda la sentencia. Esta es la doctrina dominante.

b) Existe otra opinión, según la cual la cosa juzgada solamente acompaña a la decisión, sin tener en cuenta los considerandos del fallo en donde se la enuncia.

Precisa, ahora, distinguir los criterios para evaluar la cosa juzgada en lo contencioso administrativo, a saber:

1o. Cuando se ha declarado la nulidad de un acto administrativo que ha sido acusado, la cosa juzgada se evalúa con la simple verificación de la parte resolutiva y en atención a la acción propuesta.

2o. Cuando, mediante la sentencia, se ha negado la declaratoria de nulidad, la cosa juzgada se evalúa mediante la comparación de la parte resolutiva con la parte motiva a consideración.

De acuerdo con el artículo 474 del Código de Procedimiento Civil, para que la cosa juzgada surta efecto en otro juicio, se necesitan los siguientes requisitos:

a) Identidad de sujetos (*Eaedem personae*) es decir que haya identidad jurídica entre las personas de los litigantes,

b) Identidad de objeto (*Eaedem res*), o sea que el objeto del litigio debe ser el mismo.

c) Identidad de causa (*Eaedem causa*), o sea que los motivos alegados en ambos litigios sean idénticos.

Por consiguiente, se deben examinar los dos expedientes de las referencias ya mencionadas a la luz de lo dispuesto en el artículo 474 del Código de Procedimiento Civil.

2o. *Examen de los expedientes*

a) *Identidad de sujeto*

En puro derecho privado se requiere que haya identidad jurídica entre las personas de los litigantes en ambos juicios. Y esto es así, porque, en derecho privado, las sentencias solamente tienen efecto entre las partes que intervinieron en el juicio. No sucede lo mismo en ciertos tipos de juicios del derecho administrativo. En los juicios contencioso administrativos de nulidad pura del artículo 66 del C.C.A., la sentencia dictada tiene un valor *erga*

omnes, es decir que afecta no solamente a las partes que intervinieron en el juicio sino a todos. En este tipo de juicios, el demandante, aparentemente, no obra en interés personal, sino en interés de la norma violada. Si logra obtener que el Tribunal anule una disposición por ser considerada violatoria de otra norma de superior jerarquía, la sentencia que así lo declare tiene un valor absoluto y es oponible a cualquier otro demandante que pretendiera, por los mismos motivos, reabrir la discusión judicial. Por consiguiente, el requisito de la identidad de sujeto no tiene aplicación para configurar la cosa juzgada en este tipo de juicios administrativos.

b) *Identidad del objeto*

No hay duda que el objeto en los dos juicios que se examinan es, en parte, idéntico.

En efecto, en el juicio de la referencia 1189 se demandó la nulidad de toda la resolución No. 111 de 23 de febrero de 1967 de la Junta Central de Contadores y de la resolución No. 1292 de 7 de junio de 1967, del Ministerio de Educación Nacional, que aprueba la anterior. Y en el juicio de la referencia 1402 se demanda la nulidad de los artículos 24 y 36 de la resolución 111 de 1967 de la Junta Central de Contadores, e implícitamente también se pide la nulidad de la resolución 1292 de 1967 del Ministerio de Educación Nacional, en cuanto aprueba los artículos arriba mencionados.

c) *Identidad de causa*

Para estudiar este último requisito, es preciso examinar las normas que en ambos juicios se consideran violadas.

Esto ya se hizo más arriba con relación al juicio de la referencia 1402. Procede, ahora, hacerlo en el juicio de la referencia 1189, desatado mediante la sentencia de 6 de abril de 1970 de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, del Consejo de Estado.

Examen del juicio de la referencia 1189

En concepto del demandante, en el juicio de la referencia 1189, la resolución 111 de 1967 viola las siguientes disposiciones legales:

a) Artículos 26, 28, 39 y 120, ordinal 3o. de la Constitución Nacional.

b). Leyes 2o. de 1938, 151 de 1959 y 145 de 1960.

Para contraer el estudio solamente a los artículos 24 y 36 de la resolución 111 de 1967, se extracta el pensamiento del demandante así:

a). El artículo 24 de la resolución 111 viola el artículo 39 de la Constitución "en cuanto determina que los trabajos sean ejecutados *personalmente* por los contadores públicos lo que constituye una reglamentación de la forma del ejercicio profesional y el establecimiento de una limitación al mismo ejercicio que demerita la contaduría. . ."

b). El artículo 36 de la resolución 111 viola el artículo 39 de la Constitución "por cuanto prohibe a los contadores asociarse para su ejercicio profesional con personas o profesionales que no se hayan inscrito ante la misma Junta Central de Contadores".

c). El artículo 24 de la resolución 111 viola el artículo 120, ordinal 3o. de la Constitución "por cuanto al tratar de darle una aplicación especial a normas legales (artículos 134 a 140 del decreto 2521 de 1950), está ejerciendo la potestad reglamentaria . . . " atribuida por la Constitución al Presidente de la República.

d). El artículo 36 de la resolución 111 viola el artículo 120, ordinal 3o. de la Constitución "por cuanto reglamenta las sociedades profesionales de contaduría, introduciendo modificaciones no contempladas en los Códigos Civil y de Comercio".

e). El artículo 24 de la resolución 111 viola el artículo 5o. de la ley 151 de 1959, "en cuanto establece la obligación para los revisores fiscales de cumplir sus funciones personalmente".

f). El artículo 36 de la resolución 111 viola el artículo 12 de la ley 145 de 1960, "en cuanto entra a reglamentar el funcionamiento de las firmas de contadores públicos sobre aspectos extraños y ajenos a lo previsto en el artículo 12 de la ley.

El siguiente cuatro sinóptico resume lo dicho anteriormente:

Disposiciones violadas	*Normas violatorias*
Art. 39 Const. Nal.	Art. 24 resol. 111/67
Art. 39 Const. Nal.	Art. 36 idem
Art. 120 ord. 3o. C.N.	Art. 24 idem
Art. 120 ord. 3o. C.N.	Art. 36 idem
Art. 5o. ley 151/59	Art. 24 idem
Art. 12 ley 145/60	Art. 36 idem

En la sentencia de 6 de abril de 1970, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, al negar las peticiones de la demanda, aceptó que la resolución 111 de 1967 no viola ninguna de las disposiciones superiores mencionadas por el demandante. Por consiguiente,

implícitamente, declaró que los artículos 24 y 36 de la resolución No.111 de 1967 no violan las disposiciones de los artículos 39 y 120, ordinal 3o. de la Constitución Nacional, ni el artículo 5o. de la ley 151 de 1959, ni el artículo 12 de la ley 145 de 1960.

De todo lo anterior se deduce que, en la demanda de la referencia 1402, se alegan motivos nuevos, no alegados en la demanda de la referencia 1189, frente a los artículos 24 y 36 de la resolución 111 de 1967.

Estos nuevos motivos son los siguientes:

Artículo 76 de la Constitución Nacional;
artículo 15 de la Ley 145 de 1960;
Artículos 137 a 140 decreto Ley 2521 de 1950 y Ley 73 de 1935.

III – *Estudio de los nuevos motivos alegados por el demandante*

a. El artículo 24 de la resolución 111 es acusado "en cuanto exige que los contadores públicos que desempeñen el cargo de Revisor Fiscal están obligados a ejercer *personal y directamente* las funciones y obligaciones que les imponen los artículos 137 a 140 del decreto 2521 de 1959".

Alega el demandante que esta disposición viola el artículo 76 Constitución Nacional, que dice que corresponde al Congreso, por medio de leyes, interpretar, reformar y derogar las leyes preexistentes. Según el demandante, el artículo 24 de la resolución mencionada no podía agregar al decreto 2521 de 1950 la obligación a cargo de los revisores fiscales de ejercer *personal y directamente* las funciones allí mencionadas. Esto sólo lo podría hacer la Ley.

La Sala no comprende cómo el artículo 24 resolución III violaría el artículo 76 de la Constitución. En efecto, la resolución III de 1967 fué dictada por la Junta Central de Contadores, porque el decreto legislativo 2373 de 1956 así la autorizó, con la condición de que la resolución fuera aprobada por el Ministerio de Educación y de que reglamentara la ética profesional del contador público. En cuanto a lo primero, la resolución III de 1967 fué aprobada por la resolución 1292 de 1967 del Ministerio de Educación Nacional. Y en cuanto a lo segundo, es principio claro de ética profesional el de que los contadores públicos y los revisores fiscales, al firmar los trabajos propios de su oficio, tengan absoluta certeza de la exactitud y veracidad de su contenido. Por eso el artículo 24 de la mencionada resolución exige que los revisores fiscales cumplan *personal y directamente*, las obligaciones que les imponen los artículos 137 a 140 del decreto 2521 de 1950. Todo esto no significa que no pueden tener auxiliares.

b. El artículo 36 de la resolución III de 1967 es acusado, "en cuanto, a pretexto de expedir un Código de Etica Profesional, impone reglas acerca de la forma cómo los contadores públicos podrán ejercer su profesión, la forma como deben anunciarse y cómo ha de ser su razón social".

Tampoco ve la Sala cómo esta disposición violaría el artículo 76 de la Constitución Nacional. El artículo 36 de la resolución III de 1967 fué dictado, porque el decreto Ley 2373 de 1956 autorizó a la Junta Central de Contadores para dictar un Código de Etica Profesional, con la condición de que fuera aprobado por el Ministerio de Educación Nacional, lo cual fué hecho, como ya se dijo. Y en cuanto a que esa reglamentación es ajena a la ética profesional, la Sala no comparte dicha apreciación. La finalidad de la norma no es prohibir las asociaciones de contadores públicos, sino evitar que se anuncien como asociaciones de contadores públicos aquellas que están integradas por personas que no lo son, aunque un contador público verdadero figure en la razón social. Un contador público inscrito no debe propiciar el ejercicio ilegal de su profesión; si lo hace, contraría la moral, que es lo que precisamente sanciona la norma acusada.

c. Tampoco comprende la Sala cómo los artículos 24 y 36 de la resolución III de 1967 puedan violar el artículo 15, numerales 8 y 10 de la Ley 145 de 1960. En efecto, esas disposiciones dicen que la Junta Central de Contadores tendrá las siguientes funciones: "8a. elaborar y divulgar, previa aprobación del Ministerio de Educación, un Código de Etica Profesional para los contadores y hacerle, llegado el caso, las enmiendas y aclaraciones necesarias; 10o. proponer al Gobierno proyectos de decretos reglamentarios para el mejor cumplimiento de esta Ley y de las demás disposiciones sobre la materia". La Sala piensa que la resolución III de 1967, y en especial sus artículos 24 y 36, no hacen más que cumplir el ordinal 8o. del artículo 15 de la Ley 145 de 1960, porque ambas disposiciones tienden precisamente a sentar claras reglas de ética profesional para los contadores.

d. Afirma también el demandante que el artículo 24 de la resolución III viola la Ley 73 de 1935 que, según el mismo demandante, "otorga la vigilancia de los revisores fiscales a la Superintendencia de Sociedades Anónimas y no a la Junta Central de Contadores".

La Ley 73 de 1935 provee a la revisión del Código de Comercio. Es verdad que el artículo 6o. de dicha Ley ordena que toda sociedad anónima tendrá necesariamente un revisor fiscal con ciertas funciones determinadas en el mismo artículo, y que el artículo 7o. dice que el revisor será nombrado por la Asamblea General de accionistas. En ninguna parte de la Ley, se dice que el revisor fiscal esté sometido a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades Anónimas. Por otra parte, en el caso *sub judice*, se trata de un Código de Etica Profesional al cual están sometidos también los revisores fiscales en cuanto son contadores públicos.

Por último, vale la pena considerar también lo que el actor alega, a folios 4, respecto a la anulación de la resolución No. 5417 de 1964 de la Junta Central de Contadores, anulación declarada en sentencia de 24 de septiembre de 1966, con la ponencia del doctor Alejandro Domínguez. En ese juicio se trataba de la reglamentación de las funciones de los revisores fiscales, para lo cual la Junta Central de Contadores carecía de expresas facultades, cosa ésta muy distinta a los contadores públicos, sobre los cuales existen expresas disposiciones legales que permiten reglamentar su profesión. De tal manera que, en el caso *sub judice* no puede citarse como precedente válido porque trata de cosas completamente distintas.

Por todo lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Primera), de acuerdo en parte con su colaborador fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

1o. Declárase parcialmente probada la excepción de cosa juzgada, según lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

2o. En lo demás, se niegan las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Alfonso Arango Henao **Lucrecio Jaramillo Vélez**

Jorge Dávila Hernandez **Humberto Mora Osejo**

Jorge Restrepo Ochoa
Secretario

OFICINA DE CAMBIOS DEL BANCO DE LA REPUBLICA

GIROS AL EXTERIOR. *La Oficina de Cambios del Banco de la República no está facultada para* **exigir a quienes pretenden realizar giros al exterior por concepto de pago de comisiones, regalías, asistencia técnica, adquisición de películas a precios fijos y otros conceptos, el documento o comprobante de pago de los impuestos que causan los pagos o abonos que se hagan a residentes en el exterior, por concepto de rentas gravables en Colombia.**

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Bogotá, D.E., diciembre once de mil novecientos setenta

Consejero Ponente: **Dr. Alfonso Arango Henao**

REF : Expediente 1266

Ejercitando la acción pública el doctor Fernando Londoño Hoyos, demanda del Consejo de Estado, además de la suspensión provisional, la nulidad del acto administrativo "por medio del cual la Oficina de Cambios del Banco de la República manifiesta su determinación de impedir unos giros al exterior hasta tanto el interesado no demuestre el pago de ciertos impuestos".

Como fundamentos de hecho expone, en síntesis, los siguientes:

Desde tiempo atrás la Oficina de Cambios del Banco de la República, ha exigido a quienes pretendan hacer giros al exterior por concepto de pago de comisiones, regalías, asistencia técnica, adquisición de películas a precios fijos y otros conceptos, que presenten el comprobante de pago y de retención de impuestos por tal concepto, lo cual hace que quien no satisfaga estos gravámenes no puede cumplir con sus compromisos de pago en el exterior. Pese a la práctica de estos sistemas, nunca se logró que la Oficina de Cambios expidiera un acto administrativo susceptible de demanda, pero ante la insistencia del actor, se produjo el oficio OCBJ-3633 de 7 de junio de 1969, suscrito por el Director de la Oficina de Cambios del Banco de la República y dirigido al demandante, el cual es motivo de impugnación.

Sostiene la demanda que el acto acusado es violatorio de los artículos 20, 23, 26 y 63 de la Constitución Nacional y de los artículos 27 y 31 del Decreto 1366 de 1967 y 5o. y 6o. del Decreto 320 de 1969, por las razones que en extenso contiene el libelo.

El 26 de Agosto de 1969 la Sala Unitaria suspendió provisionalmente los efectos del oficio acusado, pero en providencia de 17 de noviembre del mismo año, la Sala de Decisión de esta Sección revocó la suspensión y ordenó su levantamiento, desatado así el recurso de súplica que fue interpuesto en oportunidad por el señor apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Tanto este impugnador de la demanda como el señor colaborador Fiscal, dejan entrever en sus escritos que obran glosados a los autos, una excepción de ineptitud sustantiva de la demanda formulada, porque, según sus apreciaciones, se trata más bien de una acción de plena jurisdicción que de una simple nulidad.

Sobre este particular anota la Sala, que, contra lo que sostiene el señor Fiscal y el impugnador, en el presente caso procede la acción pública, por lo cual no existe el vicio procesal anotado, pues, aunque el oficio esté dirigido al actor, que fue quien provocó el acto administrativo *escrito*, ello no significa que la medida tomada por la Oficina de Cambios del Banco de la República sea exclusivamente para el demandante; por el contrario, ella reviste un carácter general y abstracto que recae sobre todas las personas interesadas en hacer los giros al exterior y por los motivos expuestos en el texto mismo del acto acusado. Por ello, la excepción, si acaso fue propuesta no tiene prosperidad en el presente juicio.

El fondo del problema se reduce a definir si la Oficina de Cambios, fundamentada según su propio decir, en el artículo 5o. de la Resolución No.

53 de 1964 dictada por la Junta Monetaria, al exigir de quienes pretendan realizar giros al exterior por los conceptos enunciados, el documento o comprobante de pago de los impuestos que causan los pagos o abonos que se hagan a residentes en el exterior por concepto de rentas gravables en Colombia, impuestos que deben ser retenidos por la persona que efectúe el pago de los intereses, arrendamientos, comisiones, regalías, asistencia técnica y conceptos similares, obra conforme a la Ley, o si por el contrario como lo sostiene el actor, la Oficina de Cambios no está facultada para tales procedimientos, y por la cual, al ponerlos en práctica, está violando normas de carácter superior que expresamente cita en su demanda.

El artículo 5o. del Decreto 320 de 1969 prescribe que "las personas o entidades obligadas a hacer la retención de que tratan los artículos anteriores deberán consignar el valor retenido en la respectiva Administración o Recaudación de Impuestos Nacionales, dentro de los primeros quince días calendario del mes siguiente a aquel en que se haya hecho el pago o abono en cuenta". De la lectura de esta norma se deduce claramente que no es indispensable comprobar que la retención y el pago del doce por ciento nominal de que habla el artículo 31 del Decreto 1366 de 1967, antes de hacer el giro, sino que por el contrario, se puede realizar éste, y dentro de los primeros quince días del siguiente mes calendario en que se haya efectuado el pago, la persona o entidad obligada a hacer la retención, debe consignar en las oficinas correspondientes, el valor de los impuestos, y de no hacerlo, incurrirá en mora que causa una sanción pecuniaria equivalente al dos y medio por ciento de intereses por cada mes o fracción de mes, según lo manda el artículo 6o. del Decreto 320 de 1969.

Por esta razón, aparece claro el discernimiento hecho en el auto de suspensión provisional, cuando se dijo: "Las facultades de la citada oficina (de cambios) en estas materias no contienen un poder discrecional sino arreglado, y de ahí que si bien el artículo 3o. de la Resolución No. 53 de 1964, en que aparece apoyarse el acto acusado, faculta a la oficina para exigir 'los demás documentos que ella determine , no es menos cierto que ello no significa que tenga que exigir dentro de 'los documentos necesarios para su aprobación , aquellos elegidos a su antojo, porque como lo anota el demandante, invocando las normas al respecto, estas son cuestiones previstas en forma por demás clara y precisa, que no dan lugar a interpretaciones como la que se comenta, por más que se hallen inspiradas en laudables fines, pero que se colocan fuera de la órbita de las funciones que le están adscritas.

Por estas razones encontró la Sala Unitaria y ahora confirma tal apreciación la Sección Primera, que existe violación por parte del acto acusado de normas superiores como son los artículos 27 y 31 del Decreto 1366 de 1967 y los artículos 5o. y 6o. del Decreto 320 de 1969, que

reglamentan los casos y oportunidades en los cuales deben hacerse efectivos los correspondientes impuestos sobre rentas producidas en Colombia, y los procedimientos para su recaudo, juntamente con las sanciones que el no cumplimiento de tales normas acarrea.

Para la Sala son suficientes las razones expuestas para definir el problema planteado, por lo cual previamente oído el concepto de su colaborador Fiscal, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

DECIDE:

Es nulo el oficio de 7 de junio de 1969, dirigido por el Director de la Oficina de Cambios del Banco de la República al doctor Fernando Londoño Hoyos y distinguido con el número OCB-J-3633.

Se deja constancia que el presente fallo se estudió y discutió en las sesiones de la Sala de los días 2, 9, de octubre, paso en circulación y finalmente se aprobó el día de hoy, según consta en las actas respectivas.

Cópiese y Notifíquese.

Alfonso Arango Henao **Jorge Dávila Hernández**

Lucrecio Jaramillo Vélez **Humberto Mora Osejo**

Jorge Restrepo Ochoa
Secretario

OFICINA DE CAMBIOS DEL BANCO DE LA REPUBLICA

OFICINA DE CAMBIOS. *Del Banco de la República.* **Sus funciones son administrativas de carácter nacional y los actos que profiere son susceptibles del control de la jurisdicción contencioso administrativa, correspondiendo la competencia al Tribunal Administrativo o al Consejo de Estado de acuerdo con la cuantía, según lo establecido por el artículo 32 Ordinales 1o. y 2o. del Decreto Ley 528 de 1964.**

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Bogotá, D.E., diciembre once de
mil novecientos setenta

El doctor Carlos Arturo Acosta, como apoderado de la señorita Isabel Cifuentes Herrera y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, pide que se declare la nulidad de la Resolución No. 1373 del 22 de julio pasado de la Oficina de cambios del Banco de la República, de la providencia del 7 de agosto siguiente de la misma entidad que declaró ejecutoriada a aquélla y de su oficio OCB– J No. 7660 del 15 de septiembre último y que se ordene, en consecuencia, devolverle la suma de $ 12.021,75 que consignara como depósito o garantía por concepto de un giro en moneda extranjera, más los intereses corrientes desde el 30 de julio de 1970.

Aunque la demanda reune los requisitos legales (Arts. 84 y 86 del C.C.A.), no es admisible por no ser competente el Consejo para conocer de ella, según los siguientes motivos:

1o. La Oficina de Cambios del Banco de la República que según el Art. 214, Inc. 1o., del Decreto-ley No. 444 de 1967, debe funcionar "como dependencia administrativa del citado Banco y bajo la vigilancia de la Superintendencia Bancaria", tiene las funciones públicas de registro, control y reglamentación de valores y contratos en moneda extranjera, inversiones de capital extranjero, remesas de utilidades, préstamos externos, deuda pública externa de la Nación, los Departamentos, los Municipios y establecimientos públicos, del movimiento en moneda extranjera de la Empresa Colombiana de Petróleos y, en coordinación con el Ministerio de Minas y Petróleos, del capital extranjero vinculado a la industria del mismo nombre (Arts. 31, Inc. 3o., 75, Inc. 3o., 101, 103, 114, 116, 121, 125, 127, 132, 134, 139, 158, Inc. 3o. y 161 del Decreto-ley No. 444 de 1967); y, según el Inc. 3o. del Art. 214 *ibídem*, "para efectos de su responsabilidad legal, los empleados de la Oficina de Cambios se asimilan a la categoría de funcionarios públicos", no obstante que su funcionamiento, como prescriben los Incs. 1o. y 2o. del Art. 213 *ibídem*, se funda en contrato entre la Nación y el Banco de la República, en el cual se estipule "la forma de cubrir los gastos que demande el funcionamiento de la Oficina de Cambios" (Art. 258 *ibídem*). Por tanto, se trata de oficina adscrita al Banco de la República, que cumple las funciones administrativas de carácter nacional que le prescribe por la Ley (Art. 31 del Decreto-ley No. 3130 de 1968) y cuyos actos son susceptibles del control de la jurisdicción contencioso administrativo (Art. 20 del Decreto-ley No. 528 de 1964).

2o. Según el contexto de la demanda, se promueve acción de plena jurisdicción contra actos de carácter nacional, para que mediante su anulación se devuelva a la demandante la suma que diera en depósito, más los intereses legales, la acción se fundamenta en actos distintos de los de naturaleza laboral o contractual de la Administración Nacional.

3a. Según el numeral 10o., del Art. 34 del C.C.A. correspondía al Consejo de Estado conocer, entre otros, " de los recursos contencioso administrativos contra los decretos, resoluciones y otros actos del gobierno, de los ministros o de cualquiera autoridad, funcionario o personas administrativa del orden nacional, que pongan fin a una actuación administrativa y que no estén expresamente atribuidos a una jurisdicción distinta"; se instituía así, por cláusula general, el principio que adscribía al Consejo de Estado el conocimiento de las contravenciones sobre actos de carácter nacional, y a los Tribunales Administrativos las relativas a los Departamentos, Intendencias, Comisarías y Municipios (Arts, 34, 51, 52, 53, 54, y 55 del C.C.A), con excepción de las "controversias sobre impuestos nacionales", también de

competencia de éstos, en única o primera instancia, según la cuantía (Arts. 54, Ord. 4o. y 275 del C.C.A.).

4o. El Decreto-ley No. 528 de 1964 modificó el régimen de la competencia del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos, al atribuir a éstos, de acuerdo a la cuantía, el conocimiento de las controversias sobre contratos, responsabilidad y régimen laboral de derecho público, relativas a la Nación o a los establecimientos públicos nacionales (Arts. 3), Ord. 1o., literales a), b) y g); 32 Ord. 1o., literales a), c) y h); Ord. 2o., literales a), c) y e) del Decreto-ley No. 528 de 1964).

5o. Respecto de las demás acciones de plena jurisdicción, se adscribió a los Tribunales Administrativos el conocimiento en única instancia de las relativas a la Nación o a los establecimientos públicos descentralizados de carácter nacional, por su actuaciones, omisiones, hechos, operaciones y vías de hecho, cuando la cuantía sea inferior a treinta mil pesos" (Art. 32, Ord. 1o. literal c), del Decreto-ley No. 528 de 1964) y en primera instancia "cuando la cuantía sea o exceda de treinta mil pesos sin llegar a cien, mil (Art. 32, Ord. 2o., literal e), del Decreto-ley No. 528); sólo corresponde conocer al Consejo de Estado cuando la cuantía es igual o superior a esta suma (Art. 30. Ord. 1o., literal b), *ibídem*), contrariamente a lo que disponía el numeral 10o. del Art. 34 del C.C.A., que fue modificado, a este respecto, como se ha expuesto.

Las "actuaciones, omisiones, hechos, operaciones y vías de hecho", que comprenden los actos y hechos con que obra genéricamente la Administración (V.E: Sayagués Laso, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Pág. 381; G. Vedel, Droit Administratif, Págs. 146 y 147), como sostuvo la Sección Primera del Consejo en sentencia del 30 de octubre pasado, "constituyen todas y cada una de las fuentes de responsabilidad administrativa a que se refieren los Arts. 67 y 68 del C. C. A. y 20 del Decreto-ley No. 528 de 1964, de manera tan exhaustiva que hasta se incluye la vía de hecho, reconocida específicamente por éste como fuente de responsabilidad deducible ante la jurisdicción contencioso administrativa, no obstante ser una institución jurisprudencial francesa que, al contrario de la vigente en Colombia, sustrae del conocimiento de aquélla las manifiestas o flagrantes infracciones a La Administración a la propiedad o a las libertades públicas (J. Rivero, Droit Administratif, Pág. 155; M. Waline, Droit Administratif, Pág. 190)".

6o. Referido lo expuesto al caso de que se trata, puesto que la acción de plena jurisdicción incoada contra los actos mencionados de la Oficina de Cambios del Banco de la República es de cuantía menor a cien mil pesos, el Consejo no es competente para conocer de la misma, por lo que precisa negar la admisión de la demanda.

Por lo expuesto, se niega la admisión de la demanda y se dispone devolverla al actor, previa ejecutoria de esta providencia.

Reconócese al doctor Carlos Arturo Acosta como apoderado de la señorita Isabel Cifuentes Herrera.

Cópiese y Notifíquese,

Humberto Mora Osejo

Jorge Restrepo Ochoa
Secretario

ACTOS DE LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA

ACTIVIDADES BANCARIAS. *Están prohibidas a entidades distintas de los Bancos.* **La observancia del artículo 100 de la Ley 45 de 1923 no corresponde precisamente a los bancos autorizados para funcionar, sino a los establecimientos no bancarios, puesto que tiende a impedir que estos últimos mediante sistemas, prácticas o propagandas equívocas den la apariencia de ser un banco o induzcan a error al público en cuanto a la verdadera naturaleza de sus negocios, que de ninguna manera podrían ser bancarios, por expresa prohibición legal de realizarlos a quien carezca de permiso previamente expedido por el Superintendente del ramo.**

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Bogotá, D. E., diciembre diez y ocho de mil novecientos setenta

Consejero Ponente: **Dr. Juan Hernández Sáenz**

El doctor Hernán A. Olano Correa, a nombre de la "Caja Popular Cooperativa Ltda." y en ejercicio de la acción de nulidad que consagra el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, impetra lo siguiente:

"PRIMERO: Que son nulos y sin efecto los Actos Administrativos Nos. 9848 de junio 2 de 1970 y 11221 de 20 de junio de 1970 emanados de la Superintendencia

Bancaria y suscritos por el Señor Superintendente Bancario –Primer Delegado–, en cuanto ordena a la Caja Popular Cooperativa Ltda., la incineración de una papelería destinada al movimiento de depósitos de ahorros de los socios de la Entidad.

"SEGUNDO: Que los comprobantes usados por la Caja Popular Cooperativa Ltda., para el manejo de las cuentas de ahorros no son cheques como lo afirma la Superintendencia Bancaria, pues de acuerdo al artículo 186 de la Ley 46 de 1923, "Un cheque es una letra de cambio *girada contra un Banco* y pagadera a su presentación" (subrayamos), por cuanto tal como se desprende de la anterior definición los cheques deben ser girados sobre un banco y la Entidad que represento es una cooperativa de ahorro y crédito.

"TERCERO: Que los instrumentos usados por la Caja Popular Cooperativa Ltda. para el manejo de las cuentas de ahorros son libranzas, pues de acuerdo al artículo 898 del Código de Comercio Terrestre, "Una libranza es un mandato escrito, con arreglo a las formas de la Ley, que una persona dirige a otra, encargándole el pago de cierta cantidad de dinero a la orden de otra persona determinada", lo cual ocurre en el presente caso o mejor en el caso de la entidad que apodero, ya que mediante el uso de tales comprobantes, la Caja Popular Cooperativa Ltda. como LIBRADO, paga al TOMADOR o beneficiario una cantidad de dinero que previamente le ha consignado a la orden el LIBRANCISTA o girador u ordenador.

"CUARTO: Que el control y la vigilancia de la CAJA POPULAR COOPERATIVA LTDA., corresponde única y exclusivamente a la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE COOPERATIVAS, en consideración a su origen, constitución y funcionamiento y que por lo tanto no le es dable a la Superintendencia Bancaria intervenir sus actos y negocios so pretexto de considerarlos como de tipo bancario, de afirmar temerariamente que "el sistema bancario de funcionamiento de esa entidad se ha prestado a engaños a los comerciantes" y de asimilar erroneamente a cheques unas simples libranzas".

Aduce los hechos que van a transcribirse:

"1. La Caja Popular Cooperativa Ltda., es una sociedad cooperativa domiciliada en Tunja, sujeta al control y vigilancia de la Superintendencia Nacional de Cooperativas y con personería jurídica No. 665 de octubre 26 de 1949.

"2. La Caja Popular Cooperativa Ltda., dedica su actividad hacia el ahorro y el crédito, orientada primordialmente hacia el sector agropecuario.

"3. Con el propósito de procurar a sus usuarios un servicio ágil en cuanto al movimiento de ahorros se refiere, la cooperativa implantó desde hace aproximadamente diez años, un sistema de ahorro girable, de circulación cerrada entre sus 46 agencias, utilizando para el caso unas libranzas como las que me permito adjuntar

como anexos 1 y 2, las cuales corresponden a las dos últimas emisiones realizadas y que comprueban lo antiguo del sistema.

"4. Ha pasado el tiempo y la Caja Popular Cooperativa Ltda. continúa sirviéndose del sistema, sin que persona o entidad alguna reclame contra él, hasta cuando la Superintendencia Bancaria interviene, tal vez influenciada por los bancos comerciales a quienes la Caja, y más concretamente el sistema cooperativo de distribución de excedentes y pago de intereses sobre depósitos, les ha significado que la Caja Popular Cooperativa reciba de los particulares 22 millones de pesos en ahorros y que a su vez los dé en préstamo al pueblo sin distingos y con un interés favorable y que a más de ello le reconozca utilidades en proporción al monto de las operaciones que el particular verifique con la entidad.

"5. Así las cosas, la Superintendencia Bancaria practica visita a la Caja Popular Cooperativa Ltda., visita de la cual no le expide copia ni le dá traslado alguno, sino que como resultado de ella le ordena en oficio No. 9848 de junio 2 de 1970, la incineración de las libranzas referidas.

"6. Contra la medida anterior se pronunció la Cooperativa y en oficio No. 01200 de junio 18 de 1970 solicitó se reconsiderara la medida, a lo cual no accedió la Superintendencia Bancaria, la cual por medio del oficio No. 11221 de 20 de junio de 1970, reiteró la orden impartida desde un comienzo, de incinerar la mencionada papelería y de paso dió origen al agotamiento de la vía gubernativa.

"7. Como quiera que tal medida vendría a lesionar los intereses económicos de la Caja Popular Cooperativa Ltda., ya que a más de sufrir la pérdida de las libranzas estimadas en Doscientos mil pesos (caso de llevarse a cabo la incineración anunciada), conllevaría el que los socios retirasen de ella sus ahorros al nó podérseles brindar la facilidad del movimiento de sus cuentas por medio de las libranzas, como hasta ahora, acudimos ante el H. Consejo de Estado, a fin de solicitar la nulidad de los actos acusados".

Alega que los actos acusados son violatorios de los artículos 100 y 115 de la Ley 45 de 1923, 186 de la Ley 46 del mismo año, 898 del Código de Comercio y 2o., 96 y 97 del Decreto 1598 de 1963.

Lo primero porque, en su concepto, las normas de la Ley 45 de 1923 sólo rigen para los establecimientos bancarios y, sin embargo, la Superintendencia las aplicó indebidamente a la actora, que es una sociedad cooperativa.

Lo segundo porque, según el libelo, la Superintendencia confundió con cheques las libranzas que utiliza la demandante y quebrantó así los artículos 186 de la Ley 46 y 898 del mencionado Código.

Y lo tercero porque, para la demanda, el control y la vigilancia de entidades como la Caja le corresponde a la Superintendencia Nacional de

Cooperativas y no a la Superintendencia Bancaria, organismo este último que produjo ilegalmente los actos impugnados.

En el curso del juicio alegaron tanto el demandante como el doctor Bernardo Ortíz Amaya, Fiscal 3o. del Consejo. El primero, para insistir en sus argumentaciones iniciales. El segundo, para conceptuar, luego de un amplio y jurídico estudio de la materia debatida, que no debía accederse a lo impetrado en el libelo.

Ahora corresponde resolver a esta Sala y, para ello, considera:

Aunque las súplicas de la demanda, transcritas al principio, no se acomodan a los caracteres esenciales de la acción intentada, que es la de simple nulidad, puesto que élla sólo puede buscar un pronunciamiento escueto del contencioso sobre la legalidad o ilegalidad de un acto impugnado y en interés exclusivo de mantener el imperio de la Ley, lo cual hace extraña cualquiera declaración tendiente a amparar, definir o restablecer derechos de particulares, como las que pide el actor, esta circunstancia no será óbice para que la Sala entre a examinar en concreto la materia debatida, pues para ello existen dos motivos: el primero, que este juicio fue iniciado antes de que hubiese caducado el plazo hábil de ejercicio para la acción de plena jurisdicción, que era la conducente para el caso; y el segundo, que es deber de todo funcionario que administre justicia interpretar la demanda para encontrar, en lo posible, la verdadera intención del actor, con miras a evitar que el derecho resulte sacrificado en aras del mero ritualismo procesal.

En lo que atañe a la materia del juicio, resulta lo siguiente:

Es verdad que a la Superintendencia Bancaria le compete genéricamente ejercer la inspección y vigilancia sobre los establecimientos de crédito, las compañías de seguros, los almacenes generales de depósito y otras entidades que la Ley determina, entre las cuales no figuran las sociedades cooperativas, como lo ha sostenido el demandante.

Pero también es cierto que el legislador le ha encomendado a la Superintendencia la función de velar por la observancia de ciertas normas incluídas en el estatuto especial de los bancos pero de obligatorio cumplimiento para todos los habitantes del país y para todas las entidades que tengan intereses económicos o desarrollen actividades dentro del territorio nacional.

Así acontece con el artículo 100 de la Ley 45 de 1923, que preceptúa lo siguiente:

> "Ninguna persona o sociedad, excepto el Banco de la República, los bancos nacionales, hipotecarios o extranjeros u otra corporación debidamente autorizada por el Superintendente Bancario para hacer negocios de esta clase en la República,

podrá hacer uso de ningún aviso de oficina en el lugar donde haga sus negocios, que contenga un nombre artificial o de corporación, u otras palabras que indiquen que aquel lugar u oficina corresponde a un banco, ni podrá persona alguna usar o circular membretes, encabezamiento de facturas, esqueletos en blanco, documentos, recibos, certificados, circulares o cualquier papel escrito o impreso en todo o en parte, que contengan un nombre artificial o de corporación u otra palabra o palabras que indiquen que tales negocios son los de un banco.

Toda persona que viole esta prohibición pagará una multa de cien pesos ($ 100) por cada día en que incurra en tal violación después que el Superintendente le haya notificado que debe suspender tal práctica".

Es entonces indudable que si en principio la inspección de las sociedades cooperativas le corresponde a la Superintendencia Nacional de Cooperativas, también lo es que en lo que respecta a la vigilancia del cumplimiento de lo preceptuado por el artículo 100 de la Ley 45 de 1923, la Superintendencia Bancaria tiene potestad para amonestar, dar órdenes e inclusive sancionar a las cooperativas en la misma forma que a cualquiera otra persona o entidad que infrinja lo estatuído en dicha norma.

Despejado este primer aspecto de la materia debatida, en cuanto a que la Superintendencia Bancaria si tuvo facultad legal para expedir los actos acusados, viene a esclarecerse también con la simple lectura del artículo 100, ya transcrito, que su observancia no corresponde a los bancos autorizados para funcionar, como se alega en la demanda, sino precisamente a los establecimientos no bancarios, puesto que tiende a impedir que estos últimos mediante sistemas, prácticas o propagandas equívocos den la apariencia de ser un banco o induzcan a error al público en cuanto a la verdadera naturaleza de sus negocios, que de ninguna manera podrían ser bancarios, por expresa prohibición legal de realizarlos a quien carezca de permiso previamente expedido por el Superintendente del ramo.

Conviene examinar ahora lo relativo al funcionamiento de las cooperativas de crédito y ahorro y especialmente lo que atañe a los depósitos de ahorro que pueden hacerles sus afiliados o terceras personas.

Al respecto, los artículos 20 y 21 del Decreto Ley 1598 de 1963, orgánico de las sociedades cooperativas, les permiten a las de crédito y ahorro recibir y mantener ahorros en depósito por cuenta de sus afiliados o de terceros y en forma ilimitada. Esos depósitos deben figurar en cuenta distinta a la del capital de la entidad y pueden ser prestados a los socios con las debidas garantías. Asimismo, el artículo 21 faculta a la Superintendencia Nacional de Cooperativas para reglamentar lo referente a los depósitos a término y a los exigibles a la vista que se hagan en aquellas entidades, reglamentación que no se conoce todavía.

La ausencia de tal reglamentación específica hace imperioso entender que en la actualidad los depósitos de ahorro efectuados en las cooperativas deben regirse por las provisiones de la Ley bancaria sobre esta materia, cuyo significado y alcances indica en forma clara y exacta el señor Fiscal en los siguientes pasajes de su concepto:

"A este respecto la Superintendencia Bancaria en comunicación de Agosto 4 de 1956, para absolver una consulta de carácter general, manifestó: "el hecho de que algunas entidades, distintas de las ya mencionadas, como es el caso de las Cooperativas de Crédito, o de los Sindicatos, tengan, de acuerdo con las disposiciones que las regulan, como una de sus finalidades la de fomentar el ahorro entre sus afiliados, no puede interpretarse que para conseguir tal fin, se deban apartar de las normas de carácter especial que, según se ha visto, rigen actualmente en materia de ahorros"

"Ahora bien: los Arts. 14 y 15 de la Ley 45 de 1923 establecen diferencias sustanciales entre los depósitos a término y los depósitos exigibles, siendo los segundos aquellos que pueden ser retirados por el depositante en cualquier momento sin previo aviso y que constituyen el fenómeno de cuenta corriente vigente en los bancos comerciales del país. Los primeros son aquellos cuyo retiro o pago no puede ser exigido legalmente antes de 30 días.

"Por otra parte el Art. 6o. de la misma Ley establece que los ahorros son depósitos "a término y a interés" cuya inversión tiene destinaciones especiales.

"Inicialmente esos depósitos de ahorro tenían limitaciones establecidas por la Ley, en cuanto a su cuantía por persona, fijado al principio en la cantidad de $ 3.000.00, y con el transcurso del tiempo se fué ampliando dicha limitación en las distintas reglamentaciones legales hasta la cantidad de $ 20.000.00 por persona natural o jurídica de acuerdo con la Ley 20 de 1959.

"Pero naturalmente, por tratarse de un depósito a término con interés, ello implica la celebración de un contrato por medio del cual el depositario se reserva el derecho a no permitir el retiro de las sumas depositadas, sin previo aviso, dado con una anticipación no menor a 60 días, por parte del depositante.

"Con la generalización del uso del ahorro, se ha venido a establecer dos categorías del mismo, que se denominan: "Ahorro puro" y "Ahorro contractual": distinguiéndose el primero, por la costumbre establecida de que el depositante puede retirar en cualquier momento sus depósitos, sin que el depositario ejerza la facultad de exigir el aviso previo, de que se habló en el párrafo anterior; y el segundo, que no pueden ser retirados dichos depósitos sino con posterioridad a una fecha prevista y pactada, entre depositante y depositario.

"Naturalmente, para la primera categoría operan las limitaciones por cuantía establecidas por la Ley, y no operan dichas limitaciones para la segunda categoría.

"Todo lo anterior nos está indicando que en el contrato de depósito de ahorro se establece una relación jurídica exclusiva, entre depositante y depositario, relación en la cual no puede intervenir tercero alguno, pues de acuerdo con las reglamentaciones establecidas por el Art. 115 de la Ley 45 de 1923 y concordantes, que son de carácter general para el contrato de ahorro, expresamente se dispone que las sumas depositadas en tal calidad, "serán pagadas a los respectivos depositantes o a sus representantes legales . . . "; y el mismo artículo establece que: "ningún establecimiento bancario podrá pagar depósitos de ahorro, o una parte de ellos, a los intereses, o cualquier cheque girado a su cargo por los depositantes de ahorros, sin que se presente la libreta u otra constancia de depósito y se haga en ella el respectivo asiento al tiempo del pago".

"La anterior norma, que es de carácter general reglamentario para el contrato de ahorros, a pesar de que haga referencia a los establecimientos bancarios, está fundamentalmente orientada a excluír de la administración y manejo de dichas sumas a cualquier tercero, de suerte que no puedan ser retiradas sino por el depositante personalmente o su representante legal y previo el descargue correspondiente enla libreta o constancia de depósito.

"Lo anterior está indicando, que se violenta el espíritu del contrato de depósito de ahorro, si por medio de cheque, libranza, orden de pago o cualquier otro sistema, se autorizara el retiro de sumas por parte de un tercero".

Y si a lo anterior se agrega que el sistema adoptado por la Caja Popular Cooperativa implica también el uso de esqueletos impresos, como los que obran a folios 3 y 4 del expediente, cuyas características formales son tan semejantes a los del cheque utilizado para disponer de los fondos que se depositan en cuenta corriente bancaria, hasta el punto de que la semejanza induce a que el público llegue a confundir con toda facilidad uno y otro instrumento, resulta forzoso encontrar que no obró ilegalmente la Superintendencia Bancaria al disponer por medio de los actos acusados que dejaran de emplearse y se incineraran aquellos esqueletos,porque así permite ordenarlo el artículo 100 de la Ley 45 de 1923.

No sobra, por último, hacer expresa mención del contenido formal de aquellos esqueletos, conforme aparecen a folios 3 y 4 del expediente: serie y número de orden del instrumento; espacio para la fecha y para la cantidad en cifras; membrete que dice "Caja Popular Cooperativa Ltda."; expresión "Páguese a la orden de"; espacio para escribir el nombre del beneficiario; expresión debajo de tal espacio que dice "o al portador"; las palabras "la suma de"; espacio para indicar en palabras la cantidad de dinero que se gira; espacio para colocar con sello el número de la cuenta y espacio para que firme el girador del instrumento. La semejanza material de este contenido con el que es propio del cheque resulta pues evidente y, en estas circunstancias, las súplicas de la demanda no pueden prosperar.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, de acuerdo con el concepto del señor Fiscal 3o. de la Corporación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

No se accede a lo pedido en la demanda.

Cópiese, publíquese, notifíquese y archívese oportunamente.

Se deja constancia de que la providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión del 17 de diciembre de mil novecientos setenta.

Gustavo Salazar T. **Juan Hernández Sáenz**

Miguel Lleras Pizarro **Hernando Gómez Mejía**

Angel M. Camacho Ramírez
Secretario

TITULO II

Orden Departamental

CAPITULO UNICO:

Suspensiones Provisionales de actos del Orden Departamental.

SUSPENSION PROVISIONAL

Ordenanzas Departamentales

ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES. *Facultades para nombrar Auditores.*

El nombramiento de auditor hecho por una Asamblea Departàmental no implica violación manifiesta del numeral 8o. del artículo 187 de la Carta. En efecto, la Constitución al otorgarle competencia a las Asambleas Departamentales para elegir Contralor Departamental no emplea ninguna expresión indicativa de que esta designación sea la única que pueden hacer tales Corporaciones a más de lo cual la facultad de "organizar la Contraloría Departamental" es de suyo tan amplia que requiere una interpretación y análisis a fondo que permite establecer su alcance. Cabe anotar que en tratándose de la organización de la entidad a cuyo cargo está la vigilancia de la gestión fiscal de la administración departamental, el Constituyente no emplea expresiones como "con arreglo a la Ley" o "conforme a los requisitos que establezca la Ley" u otras que significan limitaciones imponibles por el legislador a la iniciativa y facultades de las Asambleas, lo que de suyo estaría indicando el amplio campo de acción que en esta materia tienen dichas corporaciones.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Bogotá, D. E., septiembre siete de
mil novecientos setenta

Consejero Sustanciador: **Dr. Jorge Dávila Hernández**

(Aprobado en la sesión del día cuatro (4) de septiembre de mil novecientos setenta).

El Dr. Vinicio Bolaño Mercado, en su condición de demandante dentro del presente juicio de nulidad, interpuso recurso de apelación contra el auto de fecha mayo 13 de 1970, por medio del cual el Tribunal Contencioso Administrativo de Córdoba, negó la suspensión provisional del acto acusado, esto es, el artículo 11 de la Ordenanza número 19 de 1968 dictada por la Asamblea Departamental de Córdoba, en el cual se dispone que el Auditor General de la Contraloría General, cargo creado por la misma Ordenanza, "... será elegido por la Asamblea por sus dos terceras partes y su período será constitucionalmente igual al del Contralor y será de filiación política distinta a la de éste".

El concepto de violación manifiesta para sustentar la solicitud de suspensión provisional lo aduce el actor en la demanda en los siguientes términos:

> "Tanto en Acto Legislativo No. 1 de 1945, como el acto Legislativo No. 1 de 1968, el primero en el numeral 3o. del artículo 187 y el segundo en el numeral 8o. del mismo Artículo dice: "Organizar la Contraloría Departamental y elegir Contralor para un período de dos años".
>
> La Constitución Nacional, como se observa en la disposición anterior, sólo dió a la Asamblea la facultad de elegir al Contralor Departamental y si ésta, apoyándose en su propia Ordenanza eligió Auditor General de la Contraloría violó en forma palmaria la Constitución Nacional".

El Tribunal *a-quo* negó la suspensión provisional en el auto recurrido considerando que la facultad que le otorga a las asambleas departamentales el numeral 8o. del artículo 187 de la Constitución Nacional, para "organizar la Contraloría Departamental y elegir Contralor para un período de dos años" no es en ningún caso limitativa, ni puede dar pie para afirmar que el único funcionario de elección o nombramiento por parte de la Asamblea, sea el Contralor Departamental. A más de lo cual, la Asamblea tiene otras atribuciones por mandato de la Constitución tales como 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; expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos del Departamento con base en el proyecto presentado por el Gobernador, materias sobre las cuales las Asambleas tienen el derecho de introducir las modificaciones que acuerden frente a las iniciativas del ejecutivo departamental (artículo 187 de la Constitución Nacional), facultades que determinan que la violación no sea ostensible o manifiesta.

Para resolver se considera:

La Sala comparte el criterio del H. Tribunal de Córdoba en el sentido de que la presunta oposición entre lo dispuesto por la Asamblea Departamental en materia de nombramiento del Auditor y la facultad que establece el citado numeral 8o. del artículo 187 de la Carta, no tiene el carácter de manifiesta que exije el artículo 94 del C. C. A. para que sea viable la suspensión provisional de la disposición acusada. En efecto, la Constitución al otorgarle competencia a las Asambleas Departamentales para elegir Contralor Departamental no emplea ninguna expresión indicativa de que esta designación sea la única que pueden hacer tales corporaciones, a más de lo cual la facultad de "organizar la Contraloría Departamental" es de suyo tan amplia que requiere una interpretación y análisis a fondo que permita establecer su alcance. Cabe anotar que en tratándose de la organización de la entidad a cuyo cargo está la vigilancia de la gestión fiscal de la administración departamental, el Constituyente no emplea expresiones como "con arreglo a la Ley" o "conforme a los requisitos que establezca la Ley", u otras que significan limitaciones imponibles por el legislador a la iniciativa y facultades de las Asambleas, lo que de suyo estaría indicando el amplio campo de acción que en esta materia tienen dichas corporaciones. Agréguese a lo anterior el considerar que el Constituyente en forma expresa radica en el Contralor General de la República la facultad de proveer los empleos de su dependencia (Art. 60, ordinal 5o. de la Carta), lo cual no está estatuido en tratándose de los Contralores Departamentales, así como la disposición contenida en el artículo 339 del C. de R. P. y M. que reglamenta la facultad de hacer nombramientos por parte de las Asambleas cuando tengan esta atribución por mandato legal u ordenanza, y se podrá concluir que en el caso *sub-judice* no se da la alegada violación manifiesta de una norma superior que sirva de fundamento para suspender provisionalmente la disposición acusada.

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, confirma el auto objeto del recurso de apelación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a su oficina de origen.

Alfonso Arango Henao **Jorge Dávila Hernández**

Enrique Acero Pimentel **Lucrecio Jaramillo Vélez**

Jorge Restrepo Ochoa
Secretario

TITULO IIII

Orden Municipal

CAPITULO PRIMERO

Acuerdos de los Consejos

ACUERDOS MUNICIPALES

JUNTAS ADMINISTRADORAS. *Facultades de los Concejos.* **De acuerdo con el artículo 169 ordinal 19 de la Ley 4a. de 1913, los Concejos pueden crear juntas para la administración de determinados ramos del servicio público, cuando lo juzguen conveniente y reglamentar sus atribuciones. Pero el Concejo Municipal no puede atribuirle a tales juntas, funciones que por mandato constitucional y legal pertenecen a otra rama cual es la ejecutiva. Mucho menos puede un Concejo Municipal delegar facultades que no tiene. La Constitución Nacional en su artículo 197 determina en forma expresa y taxativa las atribuciones de los Concejos Municipales; y entre ellas no se les autoriza a delegar o atribuir a las juntas administradoras el poder de hacer nombramientos que son del resorte de los Alcaldes.**

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

(Sesión del día 31 de julio de 1970)

Bogotá, D. E., Julio treinta y uno de mil novecientos setenta

Consejero Ponente: Dr. Jorge de Velasco Alvarez

El Tribunal Administrativo de la Guajira, en sentencia de fecha 30 de septiembre de 1969 que ha sido apelada, negó las peticiones de la demanda

instaurada por el Dr. Alfonso Martínez Illidge, para que se declaren nulos los literales E) y H) del artículo 2o. del Acuerdo No. 05 de mayo de 1969, del Concejo Municipal de Riohacha.

El texto de las disposiciones acusadas, que forma parte del Acuerdo No. 5 citado, "por el cual se crea la Junta Administradora de Servicios Públicos Municipales y se dictan otras disposiciones", dice así:

> "Artículo segundo. Las funciones de la Junta que se crea mediante el presente Acuerdo serán las siguientes:
>
> "E. Nombrar todos los empleados que estime necesarios para atender el correcto funcionamiento de los servicios de Mercado, Matadero, señalándoles sus correspondientes funciones y asignaciones o jornales, sin rebasar las partidas presupuestales vigentes, destinadas para atender tales erogaciones".
>
> "H. Corresponde a la Junta nombrar y remover libremente a la Secretaria Contabilista y a los auxiliares de que trata el literal anterior".

Considera el Dr. Martínez Illidge que lo anteriormente transcrito viola la Ley 4a. de 1913 en sus artículos 169 y 171; el artículo 2o. de la Ley 72 de 1926; el artículo 2o. de la Ley 89 de 1936; el decreto 47 de 1927 en su artículo 3o. y la Constitución Nacional en sus artículos 55, 197 y 201.

Porque —dice el demandante— aunque los Concejos pueden crear juntas para la administración de determinados ramos del servicio público, cosa muy distinta es intervenir a través de aquellas en la designación de empleados que, por expresa determinación legal, forman parte de la rama ejecutiva, es decir que ello corresponde al Alcalde Municipal.

El Tribunal no aceptó los razonamientos del actor, basándose en varios proveídos del Consejo de Estado, según los cuales las Asambleas y los Concejos pueden organizar los establecimientos que crean convenientes para prestar debidamente a los asociados los servicios públicos.

Ello es cierto, tal como lo expone el Consejo en los apartes que transcribe el Tribunal. Pero advierte la Sala que el problema está desenfocado. Pues el Consejo en los fallos transcritos, tratado el problema en lo que hace a los establecimientos públicos, que son personas jurídicas distintas de las juntas administradoras. Estas últimas advienen a la vida jurídica con características distintas a las de las Empresas, Institutos Descentralizados y Establecimientos públicos.

De acuerdo con el artículo 169 ordinal 19 de la Ley 4a. de 1913, los Concejos pueden crear juntas para la administración de determinados ramos

del servicio público, cuando lo juzguen conveniente, y reglamentar sus atribuciones. Pero el Concejo Municipal no puede atribuirle a tales juntas, funciones que por mandato constitucional y legal pertenecen a otra rama cual es la ejecutiva. Mucho menos puede un Concejo Municipal delegar facultades que no tiene. La Constitución Nacional en su artículo 197 determina en forma expresa y taxativa las atribuciones de los Concejos Municipales; y entre ellas no se les autoriza el delegar o atribuir a las juntas administradoras el poder de hacer nombramientos que son del resorte de los Alcaldes.

En auto de 24 de noviembre de 1944 (Anales Tomo LIII – pág. 282) dijo esta Corporación que la jurisprudencia del Consejo "se ha uniformado en el sentido de sostener que la creación de Juntas con el carácter de administradoras, con tantas facultades o con facultades de tanta amplitud que las hagan autónomas, es contraria a las normas de orden constitucional y legal".

Con el desarrollo de los estados modernos surgió la necesidad de descentralizar los servicios públicos, para que estos tuvieran una organización técnica y mayor agilidad en su cometido. Vino entonces la creación de los Institutos Descentralizados, de las sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales. En Colombia se ha seguido este mismo derrotero y su Constitución Política, en el artículo 197 estatuye que es función de los Concejos crear esta clase de entes jurídicos, pero a iniciativa del Alcalde.

La creación de la Junta de Servicios Públicos de Riohacha no comprende ni podría comprender la creación de un establecimiento público descentralizado. Es una simple Junta Administradora que no tiene la autonomía de aquella clase de establecimientos. De suerte que cuando el Acuerdo acusado le confirió a la junta tal autonomía con respecto al nombramiento de empleados, violó las normas constitucionales y legales que se han citado en la demanda.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Primera) de acuerdo con la vista fiscal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

1o. Revócase la sentencia de fecha 30 de septiembre de 1969 proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira.

2o. Son nulos los literales E) y H) del artículo 2o. del Acuerdo No. 005 de 1969 emanado del Concejo Municipal de Riohacha.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al H. Tribunal de origen.

Alfonso Arango Henao

Jorge de Velasco Alvarez

Enrique Acero Pimentel

Jorge Dávila Hernández

Jorge Restrepo Ochoa
Secretario

CAPITULO SEGUNDO:

Actos de las autoridades administrativas del Orden Municipal

ACTOS DE LOS ALCALDES

PODER DE POLICIA. Corresponde a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales, con sujeción a los principios de la jerarquía normativa y de legalidad, la reglamentación de la policía local y a los Gobernadores y Alcaldes, respectivamente, la ejecución de esa reglamentación.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

(sesión del día 4 de diciembre de mil novecientos setenta.)

Bogotá, D. E., diciembre nueve de mil novecientos setenta

Consejero Ponente: **Dr. Humberto Mora Osejo**

REF : Expediente No. 1434
Actor: Fabio Zapata Pérez
Apelación de la sentencia de 20 de marzo de 1970, del Tribunal Administrativo de Antioquia, Nulidad del Decreto No. 59 de 8 de marzo de 1960, emanado de la Alcaldía de Medellín.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el señor Personero Delegado del Municipio de Medellín contra la sentencia del Tribunal Admi-

nistrativo de Antioquia del 20 de mayo pasado, por la cual se declaró la nulidad del Decreto No. 59 de 8 de marzo de 1960 del Alcalde del mismo Distrito.

I La Demanda. El doctor Fabio Zapata Pérez, en ejercicio de la acción de nulidad y mediante demanda presentada al Tribunal Administrativo de Antioquia el 3 de julio de 1967, pidió que se declare la nulidad del Decreto No. 59 de 8 de marzo de 1960 del Alcalde Municipal de Medellín, por estimarlo violatorio de los Arts. 187, Ord. 9o., de la Constitución, 97, Ord. 8o. y 169, Ord. 5o., del C. de R.P.M., 1o. de la Ley 89 de 1936, 1o. de la Ley 72 de 1926, 1o., de la Ley 195 de 1936, Decreto-ley 1699 de 1964, Art. 19 del Decreto Ejecutivo No. 1449 de 1939, Arts. 1o. y 2o. del Decreto Ejecutivo No. 1308 de 1940, Art. 528 de la Ordenanza No. 12 de 1927, 3o. de la Ordenanza No. 23 de 1943, 6o. de la Ordenanza No. 23 de 1961 y 4o. de la Ordenanza No. 39 de 1942, en cuanto el Alcalde Municipal de Medellín se arrogó funciones que, según las disposiciones invocadas, corresponden en materia policiva a la Ley, a la Asamblea Departamental de Antioquia y al Concejo Municipal de Medellín.

II La sentencia recurrida. El Tribunal Administrativo de Antioquia, en sentencia del 20 de mayo pasado, declaró la nulidad del acto acusado, en síntesis, por los siguientes motivos:

I. Como se sostuvo en auto del 4 de agosto de 1969 que dispuso la suspensión provisional del acto acusado, que confirmara el Consejo por auto del 24 de octubre del mismo año, el acto acusado viola ostensiblemente los Arts. 187, Ord. 9o., de la Constitución y 168, Ord. 5o., del C. de R. P. M., en cuanto "sitúan la expedición de los reglamentos de policía en las Asambleas locales y en los Concejos Municipales", por lo que el Alcalde Municipal de Medellín no podía dictarlo; 2. Las pruebas aducidas por el Municipio de Medellín, a mayor abundamiento, confirmen la incompetencia del Alcalde para dictar el acto acusado, porque demuestran que varios aspectos objeto del mismo ya fueron reglamentados mediante ordenanzas y que, según el Art. 526 del Código de Policía de Antioquia, corresponde al Director Departamental de Higiene reglamentar "la vigilancia y funcionamiento de los edificios destinados para iglesias, mercados, circos y *hoteles* . . . ".

III Los fundamentos del recurso de apelación. El señor apoderado del Municipio de Medellín, al descorrer el traslado que se le diera para alegar de conclusión en la segunda instancia, pide que se revoque la sentencia apelada, en síntesis por los siguientes argumentos:

a. El criterio tradicional "de la función policiva", propio del estado gendarme, ha cedido a uno moderno, con la consiguiente evolución del derecho público, que permite al Alcalde de las ciudades modernas impedir,

como lo hizo el de Medellín mediante al acto acusado, que "hoteles de tercera categoría, pensiones, bares y similares" se conviertan en antros de corrupción; b) Aunque corresponde a las corporaciones públicas seccionales, dictar las medidas policivas ello no obsta para que el Alcalde de Medellín pueda "prevenir, evitar y sancionar un fraude social" como el indicado; c) El acto acusado no viola normas jerárquicamente superiores, especialmente las ordenanzas allegadas al juicio, "ni a un reglamento general de la industria hotelera, que no otra cosa es el acto acusado . . . ".

IV La sentencia de segunda instancia. Surtida normalmente la tramitación de las instancias, se procede a decidir con base en las peticiones de la demanda, las disposiciones invocadas, los conceptos de violación y los hechos conducentes demostrados.

1o. El acto acusado. El Decreto No. 59 de 8 de marzo de 1960 del Alcalde Municipal de Medellín, "por el cual se establecen algunas normas para el funcionamiento de Hoteles de Tercera Categoría, Pensiones, Hospedajes y Restaurantes", en síntesis señala los requisitos para el funcionamiento de estos establecimientos, el registro de los mismos, las sanciones por el cambio de destinación y la forma de hacerlo regularmente (Arts. 1o. a 8o.); las condiciones para ejercer los oficios de administrador, portero, celador, sirviente y cocinero de esos mismos establecimientos, la caución que deben prestar los propietarios y la entidad encargada de imponer las sanciones que se establecen (Arts. 9o. a 14). Se trata, en consecuencia, de un reglamento de policía, como así lo entendió el Tribunal Administrativo de Antioquia, tendiente a prevenir la tranquilidad, seguridad y moralidad públicas.

2o. La vista fiscal. El señor Fiscal 1o. del Consejo, en su concepto de fondo, pide que se confirme la sentencia recurrida, en síntesis, por considerar que el Alcalde Municipal de Medellín no tiene competencia para dictar el acto acusado, que estatuye reglamentariamente sobre materias que competen a otros órganos, sino sólo para "dictar todas las disposiciones pertinentes para que se dé cumplimiento cabal a los ordenamientos superiores existentes", por lo que prohija los motivos del Consejo al confirmar el auto de suspensión provisional y los de la sentencia del Tribunal.

3o. Los considerendos del Consejo. La Sala estima que la sentencia apelada debe confirmarse por los siguientes motivos:

a. De acuerdo con la doctrina, la policía constituye, desde el punto de vista material o funcional, "el conjunto de intervenciones de la administración para imponer a la libre actividad de los particulares la disciplina que requiere la convivencia social" (J. Rivero, Droit Administratif, Pág. 365), por lo que es factor limitativo de las libertades públicas en interés

social o general, de restrictiva interpretación, con la finalidad de prevenir el mantenimiento del orden público entendido como convivencia social mediante seguridad, salubridad y tranquilidad públicas, incluídas las llamadas "policías especiales", que comprenden prescripciones económicas, estéticas, culturales y sociales, ante los requerimientos de la sociedad moderna, como los numerosos controles en interés social. Por tanto, es medio de realización del interés público, no finalidad en sí misma como lo ha sido en los regímenes policivos, en los cuales las restricciones a las libertades públicas constituyen objetivo político que suplante la legalidad y la hace nugatoria. Por el contrario, como sostiene también la doctrina, "todas las decisiones administrativas, en materia de policía como en cualquiera otra, deben someterse al principio de legalidad. La administración no puede intervenir sino conforme a la Ley y una medida de policía, como las demás decisiones administrativas, no puede infringir la Ley . . . " (C. Vedel, Droit Administratif, Pág. 574).

b. Conforme a los principios expuestos, en el régimen jurídico colombiano el poder de la policía debe ejercerse conforme al principio de la legalidad y, como sostuvo el Consejo en sentencia del 13 de noviembre de 1962, "quizá para evitar abusos y desfiguraciones de una función que mal inspirada puede resultar peligrosa, y que aún bien inspirada es difícil de ejercitar, por cuanto su materia directa y propia son las gentes y los hechos, se ha atribuído a las corporaciones de elección popular casi todo el poder reglamentario . . . " (Anales Tomo LXV, Pág. 277), atribución que la Constitución (Art. 187, Ord. 9o.) y la Ley (Art. 97, Ord. 8o., del C. de R. P. M.) conceden en la materia a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales (Arts. 169, Ord. 5o., del C. de R. P. M. y 1o., literal a), de la Ley 195 de 1936), con estricta sujeción al principio de la jerarquía normativa, que desarrolla el de la legalidad (Arts. 215 de la Constitución, 12 de la Ley 153 de 1887, 240 del C. de R. P. M. y 62 a 66 del C.C.A.).

c. En el caso *sub-judice*, corresponde al Concejo Municipal de Medellín "arreglar la policía local en sus diferentes ramos, sin contravenir a las leyes y ordenanzas ni a los decretos del gobierno" ni a los del gobernador, según el Ord. 5o. del Art. 169 del C. de R. P. M. en armonía con el Art. 5o. de la Constitución que suprimió las provincias, por no serle aplicable, no obstante su similitud de régimen, el literal a) del Art. 1o. de la Ley 195 de 1936 (Art. 1o. de la Ley 63 de 1938), exceptuada la reglamentación de juegos permitidos, moralidad y espectáculos públicos que, como a los demás de su género, de acuerdo con el Art. 5o. de la Ley 72 de 1926 y la jurisprudencia del Consejo (Sentencia del 28 de enero de 1944, Anales Tomo LIII, Pág. 5), le compete dictar con sujeción a la Constitución y a la Ley.

Recíprocamente corresponde al Alcalde, como jefe de la Administración municipal (Arts. 201 de la Constitución, 183 del C. de R. P. M. y 1o. de la

Ley 72 de 1926), en los distritos a los cuales se hicieron extensivas las facultades adscritas al de Bogotá, como el de Medellín, ejecutar los acuerdos del Concejo, ser agente inmediato del gobernador y "jefe superior de policía en el territorio de su jurisdicción" (Arts. 1o. de la Ley 72 de 1926 y 1o. del Decreto No. 47 de 1927). A este respecto, como ejecutor de los acuerdos municipales, el Alcalde puede, como el Gobernador en relación con las ordenanzas éste conforme a reiterada jurisprudencia del Consejo (Sentencias del 15 de julio de 1942, Anales Tomo XLIX, Pág. 145 y del 4 de diciembre de 1945, Anales Tomo LV, Pág. 134) , dictar los reglamentos necesarios para hacerlos cumplir, como también ha sostenido implícitamente el Consejo (sentencia del 18 de febrero de 1942, Anales Tomo XLIX, Pág. 22), por tratarse de funciones similares de ejecución de aquéllos y éstas, previstas en el Art. 240 del C. de R. P. M. (Incs. 3o. y 4o.), regidas por tanto por principios idénticos, aserto que corrobora el Art. 9o. del Decreto-ley No. 1355 de 1970, respecto de los reglamentos de policía al prescribir que "cuando las disposiciones de las Asambleas Departamentales y de los Concejos sobre policía necesitan alguna precisión para aplicarlas, los Gobernadores y Alcaldes podrán dictar reglamentos con ese solo fin", pero no expedir "normas de conducta no contenidas en las ordenanzas o en los acuerdos".

d. El acto acusado reglamenta básicamente el funcionamiento de hoteles de tercera categoría y prescribe las sanciones por su destinación a actividades ilícitas; por tanto, comprende medidas sanitarias y de moralidad públicas que en principio corresponden al Legislador, a la Asamblea del Departamento de Antioquia y al Concejo Municipal de Medellín, no al Alcalde del mismo Municipio, por lo que el acto acusado violó directamente los Arts. 187, Ord. 9o., de la Constitución, 97, Ord. 8o., y 169, Ord. 5o., del C. de R. P. M., 1o. y 5o. de la Ley 72 de 1926 y 1o. de la Ley 89 de 1936, por haberse arrogado aquél funciones que no le atribuye la Ley.

e. Podría arguirse, contra lo expuesto anteriormente, que el Alcalde de Medellín obró en uso de facultades reglamentarias. Pero, por una parte, no se demostró, como correspondía, que el Decreto No. 59 de 8 de marzo de 1960 se dictó con base en acuerdo del Concejo Municipal de Medellín, pues en "constante jurisprudencia ha sostenido el Consejo de Estado que los Magistrados y Jueces sólo están obligados a conocer y a aplicar la Constitución, las leyes y demás ordenamientos de carácter nacional, pero que igual cosa no sucede con relación a las ordenanzas departamentales, acuerdos municipales y otros actos de los Gobernadores y Alcaldes . . . " (Sentencia del 17 de febrero de 1962, Anales Tomo LXIV, Pág. 282), por el contrario, según motivación, el acto acusado se funda en facultades legales que apenas se enuncian –no en acuerdo alguno–, que no corresponden al Alcalde sino a la Asamblea del Departamento de Antioquia y al Concejo Municipal de Medellín, además, puesto que según las pruebas aducidas al juicio, como

sostiene la sentencia del Tribunal, el Art. 528 del Código de Policía de Antioquia atribuyó competencia al Director Departamental de Higiene para dictar "los reglamentos que hayan de observarse en los edificios destinados para iglesias, mercados, circos y hoteles" (F. 70), como medidas de higiene, el acto acusado lo violó directamente por usurpación de poder que lo hizo nugatorio, en fin, se violaron los Arts. 3o. de la Ordenanza No. 23 de 1943, 4o. de No. 39 de 1942 y 6o. de la No. 23 de 1961 (Fs. 72, 73 y 74), sobre permisión o tolerancia de juegos prohibidos y ejercicio clandestino de la prostitución, por haberlos contrariado el acto acusado, no obstante el deber del Alcalde de obedecerlos y hacerlos cumplir (Art. 184, Ord. 8o., del C. de R. P. M.), en cuanto a las sanciones que establecen. Respecto del comercio o consumo de estupefacientes, comercio de armas, municiones y objetos robados, del proxenetismo habitual y de la explotación económica de juegos prohibidos, basta observar que cuando se dictó el acto acusado estaban previstos en el Decreto Legislativo No. 0014 de 1955, no invocado en la demanda, como estados de especial peligrosidad (Art. 7o., Ords., 3o., 5o., 15, 16 y 24), que fuera derogado y sustituido por el Decreto-ley No. 1699 de 1964, a la vez sustituido y derogado por los Decretos-leyes Nos. 1118 y 1136 de 1970.

f. Por último respecto de los asertos del señor apoderado del Municipio de Medellín en su alegato de conclusión, se observa, por una parte, que aunque el ámbito o materia del poder de policía se ha ampliado, como se expuso, hasta comprender aspectos que antes se le sustraían, ello no significa que pueda ejercerse *ad libitum*, sino conforme a reglas de competencia que, en cuanto limitativas de las libertades públicas, son de restrictiva interpretación; además, que en el régimen jurídico colombiano, como se ha expuesto y aún se sostiene en su alegato de conclusión, corresponde a las Asambleas y a los Concejos, con sujeción al principio de la jerarquía normativa, reglamentar la policía local, y su ejecución a los Gobernadores y Alcaldes, respectivamente.

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, confirma la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia del 20 de mayo pasado.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente.

Alfonso Arango Henao **Humberto Mora Osejo**

Jorge Dávila Hernández **Lucrecio Jaramillo Vélez**

Jorge Restrepo Ochoa
Secretario

CAPITULO TERCERO

Suspensiones Provisionales de actos del Orden Municipal

SUSPENSION PROVISIONAL

ACUERDOS DE LOS CONCEJOS

CONCEJOS MUNICIPALES. *No tienen facultad para condonar obligaciones.* **La condonación de obligaciones no encaja dentro de las facultades concedidas a los Concejos por la Ley 29 de 1963, pues una cosa es el poder de decretar exenciones o exoneraciones de impuestos y otra muy distinta el de liberar graciosamente a los deudores del fisco del pago de obligaciones ya causadas y, por lo mismo, de forzoso cumplimiento. La exoneración quita en adelante el carácter de contribuyente a su beneficiario. La condonación es una gracia del acreedor que libera de una carga preexistente al deudor.**

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION CUARTA

Bogotá, D. E., Octubre treinta de
mil novecientos setenta

Consejero Ponente: **Dr. Juan Hernández Sáenz**

El Tribunal Administrativo del Atlántico, en auto del 16 de julio pasado, suspendió provisionalmente el Artículo 3o. del Acuerto 5 Bis de 1970 expedido por el Concejo de Barranquilla, conforme lo había solicitado el doctor Roberto Gerlein Echeverría.

Apeló el doctor Diego León, quien se opone a las peticiones del doctor Gerlein y por ello corresponde a esta Sala resolver de plano sobre el asunto controvertido:

Se considera:

De acuerdo con la Constitución y las Leyes, ni las Asambleas ni los Consejos tienen soberanía plena para regular lo relativo al manejo de los bienes y rentas departamentales y municipales. Y así como tales organismos no pueden establecer impuestos o contribuciones sin la previa autorización legal para hacerlo, tampoco les es lícito disponer a su talento del producto de aquellos ingresos, hasta el punto de condonar en todo o en parte y por obra de su exclusiva generosidad, las deudas a cargo de los contribuyentes morosos por concepto de uno o de varios tributos.

Más aún, en lo que atañe a este último aspecto, son muy claros los dictados de los artículos 1o. de la Ley 71 de 1916 y 1o. de la Ley 94 de 1928 en cuanto a que "sólo por graves motivos de justicia" hay lugar a la condonación de obligaciones causadas a favor de los fiscos nacional, departamental o municipal, motivos que, como es evidente, deben ser conocidos y apreciados concretamente por el organismo que vaya a perdonar la deuda, para esclarecer si se acomodan o no a los mandatos del legislador, cuando se trate de créditos departamentales, y además a lo expresado en la Ordenanza respectiva, si la deuda es a favor de un municipio.

Es muy claro, de otra parte, que la condonación de obligaciones no encaja dentro de las facultades concedidas a los Concejos por la Ley 29 de 1963, pues una cosa es el poder de decretar exenciones o exoneraciones de impuestos y otra muy distinta el de liberar graciosamente a los deudores del fisco del pago de obligaciones ya causadas y, por lo mismo, de forzoso cumplimiento. La exoneración quita en adelante el carácter de contribuyente a su beneficiario. La condonación es una gracia del acreedor que libera de una carga preexistente al deudor.

En el caso *sub judice*, donde la norma acusada les rebaja a los contribuyentes del impuesto predial y complementarios un setenta por ciento de lo debido en 31 de diciembre de 1969 y los intereses moratorios, siempre que paguen el saldo dentro de un plazo predeterminado, resulta incontrastable que se trata de una condonación parcial de obligaciones fiscales no autorizada por la Ley ni por Ordenanza alguna de la Asamblea del Atlántico (f. 5). Esta circunstancia impone la suspensión provisional de aquella norma, según lo dispuso el auto recurrido, que debe confirmarse entonces.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE:

Confírmase el auto apelado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Se deja constancia de que la Sala consideró y aprobó esta providencia en la sesión del 29 de octubre de mil novecientos setenta.

Gustavo Salazar T. **Juan Hernández Sáenz**

Miguel Lleras Pizarro **Hernando Gómez Mejía**

Angel M. Camacho Ramírez
Secretario

TITULO IV

Indemnizaciones

CAPITULO UNICO:

Responsabilidad extracontractual

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

ACTOS, HECHOS U OPERACIONES ADMINISTRATIVAS. *Acciones Contencioso Administrativas pertinentes.* **En nuestro ordenamiento procesal de las contenciones que surjan de las relaciones entre las particulares con las entidades o entre estas mismas, se establece una terminante distinción entre el Acto y el hecho u Operación Administrativa. Tal distinción que proviene de lo dispuesto en los artículos 66, 67, 68 y 83 de la Ley 167 de 1941 y 28 del decreto 528 de 1964, debe tener consecuencias y efectivamente las tiene como que es distinto el régimen, según se trate de accionar contra un acto o contra un hecho u operación. Por otra parte, acto y hecho u operación material son inconfundibles. En el acto, que es también declaración de voluntad y decisión ejecutoria, la Administración prevé y precisa las afectaciones jurídicas, mientras que en el hecho, como lo anota Stassinopoulos, las consecuencias jurídicas son independientes de la voluntad declarada. La autolimitación de la Administración, agrega ese autor, es el rasgo característico de la decisión ejecutoria. Es esto algo que contribuye a explicar por qué son anulables los actos y por qué no pueden serlo los hechos. Además de las condiciones de tracto que es instantáneo en éstos, y sucesivo o futuro en aquéllos.**

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Bogotá, D. E., julio veintitres de
mil novecientos setenta

Consejero Ponente: **Dr. Gabriel Rojas Arbeláez**

REF.: Expediente No. 1123. Actor: CARLOS Y ALVARO HORMAZA LTDA. FERRETERIA ARGENTINA.

En demanda presentada ante esta Corporación el 1o. de Agosto de 1969, la sociedad "Carlos y Alvaro Hormaza Ltda. – Ferretería Argentina", pidió se hicieran las siguientes declaraciones:

"PRIMERA. El Estado Colombiano es responsable de todos los daños y perjuicios materiales sufridos por la sociedad denominada CARLOS Y ALVARO HORMAZA LTDA. – FERRETERIA ARGENTINA, que le fueron ocasionados con motivo de la operación administrativa llevada a cabo por funcionarios públicos de la Superintendencia de Comercio Exterior de Colombia con motivo de la promulgación de la circular postal 0097 del 22 de Agosto de 1966, al obligar, a la sociedad demandante a pagar el valor de los reembolsos de moneda extranjera correspondientes a los registros de importación indicados en el hecho primero de esta demanda al cambio de $ 13.50 por cada dólar americano en vez de haberse autorizado al cambio de $ 9.00 por cada dólar americano.

"SEGUNDA. En consecuencia condénase al Estado Colombiano a pagar a "CARLOS Y ALVARO HORMAZA LTDA. – FERRETERIA ARGENTINA" representada por su Gerente, señor Alvaro Hormaza Barragán, mayor y vecino de Popayán, o a quien representa su derecho, que dentro del término que se fija en la sentencia, a título de indemnización, la suma de UN MILLON QUINIENTOS NUEVE MIL SEISCIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS ($ 1'509.664.50,) en moneda legal colombiana, o la suma que se probare en juicio o que fuera fijada por peritos, y el pago de los intereses bancarios de aquella suma de dinero desde el diez y siete de Agosto de mil novecientos sesenta y seis hasta el día en que se haga el pago de la condena y sus intereses".

HECHOS:

La síntesis de los hechos relacionados en la demanda para sustentar las peticiones anteriores es la siguiente:

1o. La sociedad demandante obtuvo de la Superintendencia de Comercio Exterior la aprobación de los Registros de Importación números 06603, 06604, 06605, 06606, y 06611, de 29 de Julio de 1965, y 09581 y 09582 de Agosto 18 del mismo año, para importar de Finlandia treinta vehículos automotores.

2o. El valor de la importación fué de trescientos treinta y cinco mil cuatrocientos ochenta y un dólares americanos, (U.S.$ 335.481.00), como

resulta de la suma de los valores respectivos de los citados registros de importación, y de la Solicitud de Cambio, de 5 de Septiembre de 1966.

3o. Cuando se aprobaron los Registros de Importación, la mercancía a que ellos se refieren pertenecía al "mercado preferencial", según la distinción que entre ese mercado y el "intermedio" estableció el Decreto 2322 de 1965 distinción que tenía por consecuencia el que los certificados de cambio destinados al pago de las mercancías comprendidas en el mercado preferencial pudieran obtenerse al cambio de nueve pesos ($ 9.00) por cada dólar americano, y a trece pesos con cincuenta centavos ($ 13.50) por cada dólar las comprendidas en el mercado intermedio.

4o. Según lo anterior la Sociedad demandante tenía derecho a adquirir los certificados de cambio al precio de nueve pesos por cada dólar.

5o. Por la Resolución No. 22 del 21 de Agosto de 1966, dictada por la Junta de Comercio Exterior, se trasladaron a la lista de libre importación las mercancías que venían integrando la lista del mercado preferencial, salvo las allí mismo relacionadas, entre las cuales les quedaron incluidas artículos como los que había sido objeto de los Registros de Importación obtenidos por "Carlos y Alvaro Hormaza Ltda. Ferretería Argentina".

6o. Sin embargo, como en el artículo 3o. de la Resolución mencionada se dispuso que ésta regiría a partir de la fecha de su expedición, las mercancías que se proponía importar la Sociedad actora continuaban amparadas por el cambio de nueve pesos ($ 9.00) por cada dólar, que había sido el del mercado preferencial.

7o. Pero la División de Registro de Cambios de la Superintendencia de Comercio Exterior, por Circular del 22 de Agosto de 1966 dispuso que todos los pagos de mercancías que se efectuaran a partir de esa fecha deberían hacerse por el mercado intermedio, con lo que la Sociedad demandante habiendo tenido que pagar el valor de la importación a razón de trece pesos con cincuenta centavos por cada dólar, y no a nueve pesos, como le correspondía en virtud del régimen de cambios vigente a la fecha en que se autorizó la introducción de las mercancías, perdió en total la suma de un millón quinientos mil seiscientos sesenta y cuatro pesos con cincuenta centavos (1'509.664.50), suma que la debe indemnizar la Nación.

DISPOSICIONES VIOLADAS

En la demanda se enunciaron como disposiciones violadas los artículos 16 de la Constitución, 5o. del Decreto 2322 de 1965 y 3o. de la Resolución No. 22 del 21 de Agosto de 1966.

El demandante señala a la Circular No. 0097 del 22 de Agosto de 1966 originaria de la División de Registro de Cambios, como origen de los perjuicios cuya reparación solicita, y así expone en la demanda y en el alegato de conclusión, respectivamente:

En la demanda: "Por el resultado de la circular postal No. 0097 del 22 de Agosto de 1966 la sociedad demandante vino a verse seriamente afectada y perdió los privilegios de que gozaba inherentes a la importación de mercaderías amparadas por el mercado preferencial, (entre los cuales se cuenta el tipo de cambio de ese mercado para los dólares respectivos a nueve pesos colombianos, causando así a la sociedad demandante una pérdida de $ 4.50 por cada dólar, calculando el perjuicio en la suma de UN MILLON QUINIENTOS NUEVE MIL SEISCIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS (1'509.664.50)".

En el Alegato: "Con la circular postal No. 0097 fué con la que se vino a lesionar los intereses de mis poderdantes" "El señor Jefe de la División de Registro de Cambios de la Superintendencia de Comercio Exterior, torpemente y causando a la economía particular y estatal unos perjuicios incalculables expidió la circular postal No. 0097 de 22 de agosto de 1966, donde exigió que todos los pagos de mercancías que se efectuaran a partir de esa fecha se harían por el mercado intermedio . . . "

CONCEPTO DEL SEÑOR FISCAL SEGUNDO

En concepto del señor Fiscal Segundo se deben negar las súplicas de la demanda, por cuanto la parte actora no aportó prueba alguna durante el término para éllo, que es el de la fijación en lista.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

El origen de los presuntos perjuicios cuya reparación se solicita, lo encuentra el demandante en la Circular No. 0097 de 22 de Agosto de 1966, expedida por la División de Registro de Cambios de la Superintendencia de Comercio Exterior. El actor habla de una "operación administrativa" por fuerza de la cual perdió un millón quinientos nueve mil seiscientos sesenta y cuatro pesos con cincuenta centavos (1'509.664.50), y anota bajo el título: INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION, que con la demanda "interrumpe la prescripción prevista en el artículo 28 del Decreto 528 de 1964, pues los tres años allí previstos se cuentan desde el 22 de Agosto de 1966".

Es este un planteamiento que impone el examinar si la pretensión indemnizatoria está vinculada a un acto administrativo, a un hecho o a una operación de esa clase.

impone la formulación simultánea de las dos súplicas, señala un término preciso dentro del cual debe ejercitarse la acción. Ese término es el de los cuatro meses siguientes a la publicación, notificación y ejecución del acto. Aceptar que una de esas súplicas se puede formular hoy y la otra en cualquier tiempo, no dejaría de constituir una socaliña a la Ley y el consagrar como institución un abuso del derecho.

Otro tanto podría afirmarse si habilidosamente se pretendiera prescindir de las diferencias que tan claramente establece la Ley entre la ejecución del Acto y la realización del Hecho u Operación, para beneficiarse así de los tres años que para instaurar la acción, cuando se trata de los últimos, ha establecido en su artículo 28 el Decreto 528 de 1964. De disposiciones tan distintas como las contenidas en los artículos 67 y 68 del C. C. A., resulta el régimen distinto de los Actos y de los Hechos. El tercer inciso del artículo 83 relieva aún más la distinción mencionada al hablar de la publicación, notificación o ejecución de los primeros y de la realización de los últimos. Los Hechos no son en ningún caso susceptibles de publicación o notificación, sino que apenas se producen y en propiedad no pueden decirse de éllos, como se dice de los actos, que se "ejecuten", porque en los términos de la Ley la ejecución significa una decisión previa y una autolimitación administrativa. Es imposible eliminar la distancia que los textos legales establecen entre los actos y los Hechos, como es imposible también eliminar el régimen distinto a que están sometidos unos y otros.

La Circular No. 0097, expedida por la División de Registro de Cambios el 22 de Agosto de 1966, y ahora anulada, fué un Acto y no un Hecho u Operación Administrativa. Tan incontestable Acto fué que una acción de nulidad se instauró contra élla y que el resultado de esa acción fué próspero. De haberse tratado de un Hecho, la acción habría sido absurda. Tampoco se trató de una Operación, porque este término tiene en el Código de lo Contencioso Administrativo dos acepciones inequívocas, ninguna de las cuales corresponde a la Circular en referencia. En los artículos 68 y 83, tercer inciso, se entiende por Operación Administrativa un conjunto de Hechos, y por eso en el primero de éllos se advierte que cuando la causa de la violación sea un Hecho o una Operación Administrativa, para pedir el restablecimiento del derecho no es necesario ejercitar la acción de nulidad. La razón de ser de esa advertencia es obvia. A su vez en el artículo 271 al expresar que "toda persona a quien se exija un impuesto definitivamente liquidado, tiene acción para pedir se revise la *operación administrativa* correspondiente . . . ", se entiende por tal un conjunto de Actos, o lo que algunos tratadistas conocen como una Operación de Procedimiento. Evidente es que la mencionada Circular No. 0097 es de imposible incorporación en ninguno de los dos tipos de Operación Administrativa que nuestra Ley procesal admite; y es evidente así mismo que si fuere catalogada en el último, la acción no habría sido ejercitada en tiempo.

Esa Circular fue palmariamente un Acto Administrativo, y si élla fue la causa de los perjuicios cuya indemnización se demanda, no podía escapar al régimen legal establecido en cuanto al término para ejercitar la acción respectiva. El descoyuntamiento de la acción de Plena Jurisdicción mediante la formulación separada y temporalmente distinta de las dos súplicas que la integran, no logra la virtud de cambiar esa acción en la de mera indemnización de perjuicios. La Ley no da lugar a esa manipulación portentosa, y en Derecho no se conocen ni la Piedra Filosofal para cambiar una sustancia en otra, ni la Lámpara de Aladino que ponga a nuestra disposición las maravillas ocultas. En aquella disciplina todo es riguroso, práctico y serio.

La Circular fue también un Acto particular y subjetivo, en cuanto contraviniendo la disposición reglamentaria contenida en la Resolución No. 22 de Agosto 21 de 1966 originaria de la Junta de Comercio Exterior, que establecía para lo futuro su vigencia, dispuso que *todos* los pagos de mercancías se harían por el mercado intermedio afectando así personas absolutamente determinables que hayan adquirido el derecho a pagar sus importaciones según otro tipo de cambio. Lo que en verdad se expresó fue que aún aquellos que con anterioridad habían adquirido Licencias de Importación, quedarían sometidos al cambio del mercado intermedio. Quienes estuvieron en ese caso podían nombrarse, señalarse y contarse. No parece haber controversia respecto a que un Acto no deja de ser individual y subjetivo por el hecho de que pueda aplicarse a un gran número de personas, y que "no es la generalidad numérica sino la generalidad abstracta lo que da al Acto su carácter reglamentario". (Stassinopoulos. Pág. 85). "La diferencia entre Actos Reglamentarios y no Reglamentarios es cualitativa y no cuantitativa". (Vedel, Pág. 163). De esta manera, no obstante la generalidad numérica, el Acto es particular. También un acto puede ser a la vez general y particular según la generalidad o particularidad de sus varias disposiciones. En el caso en estudio la Circular No. 0097 tenía carácter general en cuanto se refería al futuro y a personas indeterminadas e indeterminables, y carácter particular en cuanto se refería a quienes podían alegar la adquisición de un derecho. Elemental es que contra todas las disposiciones de un acto así no se puede accionar en la misma forma.

Tampoco se discute el que en la Comunidad Política nadie tiene derecho a que la Ley formal o material se modifique en su exclusivo beneficio, ni a erigirse en sujeto perjudicado cuando no se ha alterado en contra suya la igualdad de las cargas públicas. En el presente caso se ha pretendido con la demanda obtener la reparación de un derecho individual presuntamente lesionado por Acto Administrativo de carácter particular y no general, siendo del caso recordar que si la declaración de nulidad del Acto Reglamentario surte efecto "erga omnes", no ocurre así cuando el Acto es subjetivo. De todas maneras la parte demandante al formular una de las súplicas que

conforman la acción contemplada en el artículo 67 del Código Contencioso Administrativo, lo ha hecho extemporáneamente, porque aún tomando como día inicial del término el de la ejecución del Acto, día que se confunde con el de la verificación del reembolso, ese término estaba más que vencido.

DECISION

Por lo expuesto el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Declárase probada en este juicio la caducidad de la acción.

Cópiese, notifíquese, devuélvase.

(Fdo.) Carlos Portocarrero Mutis **Gabriel Rojas Arbeláez**

Ricardo Bonilla Gutiérrez **Jorge A. Velásquez D.**

Víctor M. Villaquirán M.
Secretario

Se hace constar que la anterior providencia fué discutida y aprobada en sesión del día veintitrés de Julio de mil novecientos setenta.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. *Factores intrínsecos y extrínsecos. Devaluación monetaria.* **Si bien es cierto que el perjuicio sufrido por la víctima al momento de un accidente con ocasión del cual se ha visto disminuída su capacidad laboral, puede calcularse en una suma determinada, aquél puede sufrir variaciones entre la realización del daño y la fecha de la sentencia, variaciones que pueden ser de orden intrínseco, por ejemplo si el estado de la víctima se ha agravado; o de orden extrínseco como la devaluación monetaria, todo lo cual debe tenerse en cuenta al hacer el cálculo total de la indemnización.**

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

(Auto aprobado en la sesión del día tres (3) de diciembre de mil novecientos setenta (1970).

Bogotá, D. E., diciembre nueve de
mil novecientos setenta

Consejero Ponente: **Dr. Carlos Portocarrero M.**

REF.: Expediente No. 709.

Actores: ORLANDO PATIÑO GAMBOA, PABLO PATIÑO BERNAL Y OTROS.
ORDINARIO – INDEMNIZACIONES.

Por sentencia de 28 de Junio de 1967 el Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo– Sección Tercera, confirmó en parte el fallo pronunciado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá que había declarado responsable a la Nación colombiana por las lesiones de que fue víctima el señor Orlando Patiño Gamboa y condenó a aquélla a pagar a los demandantes Orlando Patiño Gamboa y Pablo Patiño Bernal el valor de los perjuicios materiales causados por el hecho imputable a la Administración. Dijo además, que tales perjuicios debían determinarse por el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial. La sentencia del Consejo de Estado al referirse a los perjuicios morales objetivados causados a Orlando Patiño Gamboa, se expresó en los siguientes términos:

> "... las bases que habrán de servir para fijar en el incidente de regulación el monto de los perjuicios morales objetivados serán los siguientes: 1a. La capacidad de producción de Orlando Patiño Gamboa con anterioridad al accidente y la disminución de la misma en un 55%; 2a. La naturaleza de las lesiones físicas recibidas; 3a. La perturbación funcional que le haya quedado; y así como la desfiguración facial; 4a. Las secuelas de carácter síquico que le hayan podido quedar. 5a. El tiempo que le faltaba para terminar sus estudios y recibir su grado en medicina".

Y refiriéndose a los perjuicios materiales causados a Pablo Patiño Bernal, expresa la misma sentencia del Consejo de Estado:

> "Consisten en los gastos que tuvo que hacer con ocasión del accidente sufrido por su hijo Orlando. Tales gastos están establecidos en los autos más no su cuantía, razón por la cual habrá de hacerse la condena en abstracto para que se fije su importe en el incidente de ejecución del fallo. Para los efectos de la liquidación tendrán en cuenta las sumas que tuvo que pagar por concepto de hospitalización, tratamientos médicos, drogas, pasajes y las sumas que dejó de percibir durante el tiempo que no pudo trabajar por estar atendiendo directamente a su hijo".

En su oportunidad el señor apoderado de los actores presentó la liquidación de los perjuicios sufridos por éstos y en la parte pertinente de su memorial, al referirse a Orlando Patiño Gamboa, dijo:

> "Se tiene así que la indemnización correspondiente al período de perjuicios ya consumados y ya sufridos por Orlando Patiño Gamboa, es la suma de doscientos mil doscientos cincuenta pesos ($ 200.250.00).
>
> "Pero, como se trata de una incapacidad permanente, es evidente que tiene derecho Orlando Patiño Gamboa para el futuro a una pensión mensual de mil trescientos setenta y cinco pesos ($ 1.375.00) de acuerdo con lo expuesto antes".

Y en cuanto a los perjuicios sufridos por Pablo Patiño Bernal, los avalúa en la suma de DOSCIENTOS VEINTINUEVE MIL PESOS M/CTE. (229.000.00).

Abierto el incidente a prueba, éstas se practicaron en su oportunidad y los peritos designados rindieron su dictamen al cual se hará referencia más adelante y, dicho de paso, constituye un estudio cuidadoso y bien motivado.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

LIQUIDACION DE LOS PERJUICIOS CAUSADOS A ORLANDO PATIÑO GAMBOA

Los expertos, después de valorar y estudiar las distintas pruebas que obran en el expediente, se expresan en su dictamen así:

"Procedemos a hacer el avalúo numérico sobre la base de $ 1.500.00 pesos durante el período Universitario. Pero es de suponer que un estudiante de medicina que va avanzado en conocimientos, obtenga también de año en año, una mejoría en las entradas que pudieran considerarse como profesionales. Entre el accidente y la terminación de su carrera académica se sitúa un lapso de seis años siete meses y 23 días teniendo en cuenta lo dicho en el aparte anterior. Es de suponer, por lo tanto, en una aproximación porcentual, que para copar la totalidad de conocimuentos suministrados por la carrera total, tendría que aumentarlos a razón de veinte por ciento (20%) anual. El mismo porcentaje de crecimiento habría que asignar a sus entradas económicas como una repercusión directa del crecimiento de su capacidad técnica.

"1o. PRIMER LAPSO.

"a. Valor de los perjuicios por el lapso del 7 de mayo al 31 de diciembre de 1957, a razón de $ 1.500 mensuales, son la suma de once mil ciento cincuenta pesos $11.150.oo

"b. Valor de los perjuicios por el año de 1958 a razón de $ 1.800.00 mensuales ($ 1.500 más el 20%) $21.600.oo

"c. Valor de los perjuicios respecto del lapso comprendido entre el 1o. de enero y el 7 de mayo de 1959 fecha ésta de vencimiento de los dos años de incapacidad total de Orlando, a razón de $ 2.100 mensuales ($ 1.500 más el 40%), la suma de $8.890.oo

2o. SEGUNDO LAPSO.

"Valor de los perjuicios respecto del período posterior al 7 de mayo de 1959 y hasta el 31 de diciembre de 1963, fecha ésta del registro de su diploma profesional.

"En este período la pérdida de capacidad profesional de Orlando es del cincuenta y cinco por ciento (55%) y, por tanto, se fija aquí ese porcentaje del valor de los perjuicios.

"El valor de tales perjuicios del 7 de mayo al 31 de diciembre de 1959, 7 meses y 23 días, a razón de $ 2.100 mensuales, ($ 16.310. El 55% la suma de $8.970.oo

"Valor de los perjuicios por el año de 1960 a razón de $ 2.400 ($ 1.500 más 60%) $ 28.800.00; el 55% de esta suma $15.840.oo

"Valor de los perjuicios por el año de 1961, a razón de $ 2.700 ($ 1.500 más el 80% son $ 32.400.00. El 55% de esa suma . . . . . $ 17.820.oo

"Valor de los perjuicios por el año de 1962 a razón de $ 3.000 mensuales ($ 1.500 más el 10%) son $ 36.000. El 55% de esa suma $19.800.oo

"Valor de los perjuicios por el año de 1963 a razón de $ 3.300 mensuales ($ 1.500 más el 120%) son $ 39.600. El 55% de esa suma $21.760.oo

"Total del valor de estos perjuicios, la suma de $125.850.oo

"VII"

"ACTUALIZACION DE LA SUMA INDEMNIZATORIA TENIENDO EN CUENTA LA DESVALORIZACION DE LA MONEDA Y LOS FACTORES PREVISTOS EN LA SENTENCIA DEL H. CONSEJO DE ESTADO"

"1o. *Deterioro de la capacidad adquisitiva del peso.*

"Desde la postguerra de la primera guerra mundial, se planteó en la jurisprudencia la necesidad de decretar las indemnizaciones por hechos ocurridos durante la contienda bélica, teniendo en cuenta la devaluación catastrófica de muchas monedas extranjeras. Decretar indemnizaciones al valor nominal de la moneda antes de la guerra hubiera sido hacerle fraude a la justicia. Desde entonces ha primado en esos países la tendencia a decretar las indemnizaciones actualizándolas en la forma tal que el indemnizado tenga la capacidad adquisitva que tenía, hablando en bienes materiales, en la época en que sufrió el daño. Esta teoría fluye de la tesis que se expuso en la introducción de este experticio relativa a la necesidad de indemnizar en forma tal que la víctima se encuentre, en cuanto fuera posible, en las condiciones económicas que hubiera tenido si el daño no ocurre.

"En Colombia, entre el año de 1957, fecha de los sucesos que origina, y 1969 fecha de este experticio, la moneda colombiana ha sufrido una fuerte pérdida de su

capacidad adquisitiva. Según la Revista del Banco de la República (abril de 1969) entre el índice de 1957 equivalente a 160.9 y marzo de 1969 equivalente a 502.3, se ha operado una alza en el índice de 341 puntos que equivalen a un crecimiento porcentual de 212 por ciento.

"Las cifras anuales indemnizatorias que antes se dieron, tendrían que ser afectadas con la recuperación de la pérdida de la capacidad adquisitiva del peso colombiano. Para el efecto tomaremos cada año en relación con el índice oficial de la Revista del Banco de la República que fue en marzo de 1969 de 502.3. Esta es la estadística más actualizada que se encuentra en el momento de expedir este dictamen.

"*2o. Factores diversos contemplados en la sentencia del Consejo de Estado.*

"Dice la sentencia que se deben tomar, dentro del lapso de la terminación de los estudios, otros factores para graduar la indemnización, esos factores son: la naturaleza de las lesiones físicas recibidas, la perturbación funcional que le haya quedado, así como la desfiguración facial y las secuelas de carácter síquico.

"En el expediente son abundantes las pruebas sobre la gravedad de todos esos factores. Se trata de la pérdida de un ojo que afectará toda la vida del lesionado, en su actividad, en su físico, en su sicología etc. Dentro del lapso a que se contrae nuestro experticio por mandato de la sentencia deberíamos tener en consideración esos factores, que sin duda los trae el fallo, no para disminuir la indemnización del daño propiamente económico, sino para ponderarlo numéricamente, para aumentarlo. Los factores enumerados son de suma gravedad en el presente caso y muy difícil de establecer una graduación para cada uno, a fin de aumentar la cifra primitivamente encontrada, antes de ponderarla con porcentajes recuperativos de la pérdida de la capacidad adquisitiva del peso colombiano. Pero acontece, justamente que podría considerarse que esa actualización involucra en cierta medida estos factores que el Consejo de Estado ordenó tener en cuenta. De manera que los porcentajes de aumento respecto de la devaluación los sustentamos también como un medio simultáneo para captar las indicaciones del Consejo sobre los cuatro factores indicados. Los estimamos involucrados dentro de las operaciones recuperativas del poder adquisitivo del peso que a continuación se presentan.

"*3o. La operación Numérica.*

"La actualización de las cifras indemnizatorias antes encontradas desde 1957 a 1963 con respecto al deterioro del pesos (sic) de 1969, la hacemos a continuación con el índice oficial del Banco de la República, Revista de abril de 1969, pág. 628, la cual adjuntamos en fotocopia. Las operaciones son las siguientes: para transformar el índice en porcentaje:

"a. Indice Oficial en 1957 . . . . . 160.9
"Indice Oficial en 1969 . . . . . 502.3

"$\frac{502.3 \times 100}{160.9}$ = 312-100 = 212%

"Sueldos devengados en 1957 = $ 11.150 aumento 212% $23.638.oo
"b. Indice Oficial en 1958 . . . . . 176.8
"Indice Oficial en 1969 . . . . . 502.3

$\frac{502.3 \times 100}{176.8}$ = 284 – 100 = 184%

"Sueldos en 1958 $ 21.600 aumento 184% $39.744.oo
"c. Indice Oficial de 1969 = 185.1
"Indice Oficial de 1969 502.3
"$\frac{502.3 \times 100}{185.1}$ = 27.– 100 = 171%

"Sueldos que han debido devengarse respecto del lapso comprendido entre el 1o. de enero y el 7 de mayo de 1959, fecha ésta del vencimiento de los dos años de incapacidad total de Orlando $ 8.890.00 Aumento de 171% $15.201.90

"d. Indice Oficial de 1959 = 185.1
"Indice Oficial de 1969 = 502.3
"$\frac{502.3 \times 100}{165.1}$ = 271 - 100 = 171%

"Valor de los perjuicios del 7 de mayo al 31 de diciembre de 1959, 7 meses 23 días $ 8.970.00 Aumento 171% $15.338.70

"f. (sic) Indice Oficial de 1960 = 195
"Indice Oficial de 1969 = 502.3
"$\frac{502.3 \times 100}{195}$ = 275–100 = 157%

"Sueldos devengados en 1960 $ 15.840. Aumento 157% $24.868.80

"g. Indice Oficial de 1961 = 216
"Indice oficial de 1969= 502.3
"$\frac{502.3 \times 100}{216}$ = 232 – 100 = 132%

"Sueldos devengados en 1961 $ 16.820.00 - Aumento 132% $22.202.40

"h. Indice Oficial de 1962 = 213.4.
"Indice Oficial de 1969 = 502.3
"$\frac{502.3 \times 100}{213.4}$ = 235 – 100 = 135%

No es dable a quien acude a los Tribunales trocar ni calificar *ad-libitum* las especies jurídicas como no es potestativo de quien administra justicia prescindir de los ordenamientos procesales, ni pretender desvirtuar, interpretándolos, aquellos que son lo suficientemente explícitos. El fraude a la Ley no puede tener ningún pretexto. La Ley, según el señor Caro, no puede autorizar al legicidio. El despotismo de los Jueces puede consistir precisamente en amañar los textos legales, así se quiera proteger este empresa con la flamante bandera de la interpretación científica o colocarla bajo los conmovedores auspicios de la Equidad. En Equidad gustaban de proferir sus decisiones los antiguos Parlamentos Franceses, y bien sabido es que uno de los gritos más resonantes que precedieron a la Revolución, fué el de las gentes exasperadas que clamaban: "Líbrenos Dios de la Equidad de los Parlamentos".

En nuestro ordenamiento procesal de las contenciones que surjan de las relaciones entre los particulares con las entidades estatales o entre estas mismas, se establece una terminante distinción entre el Acto y el Hecho u Operación Administrativa. Tal distinción que proviene de lo dispuesto en los artículos 66, 67, 68 y 83 de la Ley 167 de 1941 y 28 del Decreto 528 de 1964, debe tener consecuencias, y efectivamente las tiene, como que es distinto al régimen según se trata de accionar contra un Acto o contra un Hecho u Operación. Por otra parte, Acto y Hecho u Operación material son inconfundibles. En el Acto, que es también Declaración de Voluntad y; Decisión Ejecutoria, la Administración prevé y precisa las afectaciones jurídicas, mientras que en el Hecho, como lo anota Stassinopaulos, las consecuencias jurídicas son independientes de la voluntad declarada. La autolimitación de la Administración, agrega, ese autor, en el rasgo característico de la División Ejecutoria. Es esto algo que contribuye a explicar por qué son anulables los Actos, y por que no pueden serlo los Hechos. Además de las condiciones de tracto, que es instantáneo en éstos, y sucesivo o futuro en aquéllos.

Cuando el Acto es impersonal u objetivo, la solicitud de anulación, única que tiene cabida, se puede ejercitar en cualquier tiempo; pero cuando es personal o subjetiva, la persona que se estime afectada debe pedir, además de la anulación, que se le restablezca en el derecho. Son estas dos solicitudes inseparables, no sólo porque una depende de la otra, sino también porque conjuntamente configuran una acción: la acción que denominan "de plena jurisdicción" los manuales de Derecho Administrativo, y que por ser una no puede desvertebrarse. Por la presunción de legalidad que ampara los Actos, esa presunción es una barrera que es preciso eliminar para llegar al restablecimiento del derecho. La anulación es el puente imprescindible, el conducto que es necesario utilizar para llegar a la reparación del perjuicio. Pero el Código Procesal que rige esta materia, inspirado como está por la suprema razón del Orden Público que subordina todas las otras, así como

"Sueldo devengado en 1963 $ 21.780.00
"Aumento del 78%
"Suma: CIENTO OCHENTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS DOCE PESOS CON VEINTE CENTAVOS.

"A. RESUMEN DE LA INDEMNIZACION CORRESPONDIENTE A ORLANDO PATIÑO GAMBOA.

"1o. Por los primeros lapsos indemnizatorios del 7 de mayo de 1957 a diciembre de 1963 . . . . . $125.850.oo

"2o. Totalización de los aumentos porcentuales anuales por deterioro de la capacidad adquisitiva del peso (desvalorización) $184.712.20

"Total de la indemnización correspondiente a ORLANDO PATIÑO GAMBOA TRESCIENTOS DIEZ MIL QUINIENTOS SESENTA Y DOS PESOS CON VEINTE CENTAVOS $310.562.20

"Analizando este resultado final que se encuentra ciñéndonos de manera estricta a los términos del fallo del H. Consejo de Estado, estimamos que analizando globalmente (no sólo desde el punto de vista jurídico sino desde un ángulo ético y de equidad), es una suma que alivia el gran daño sufrido por el joven Patiño, ya que nadie de su edad y condiciones iría a exponerse a perder un ojo para recibir una suma que si bien implica una indemnización no repara nunca la pérdida de un órgano tan esencial en la vida del hombre".

Sobre el particular la SALA debe anotar, en primer término, que las entradas básicas tenidas en cuenta por los expertos para calcular la indemnización a que tiene derecho el señor ORLANDO PATIÑO GAMBOA, en el lapso de 1957 a 1963; $ 1.500.00 mensuales, tienen su fundamento en los diferentes elementos de prueba que sobran en el expediente y que el CONSEJO acepta. Por otra parte, se observa que si bien es cierto que el perjuicio sufrido por la víctima al momento del accidente puede calcularse en una suma determinada, aquél puede sufrir variaciones entre la realización del daño y la fecha de la sentencia, variaciones que pueden ser de orden intrínseco o extrínseco.

Para mayor claridad, es del caso transcribir a continuación lo que sobre este aspecto dicen los hermanos MAZEAUD en su Tratado de "RESPONSABILIDAD CIVIL", Tomo III, Vol. I, pág. 619:

"Cuando se habla de variaciones del perjuicio, se mezclan dos situaciones muy diferentes: de una parte, aquélla en la cual han variado los elementos del daño, en que la modificación es intrínseca; y, de otra parte, aquélla en la que tan sólo el valor del perjuicio, expresado en una moneda dada, ha variado, o en que la variación es

extrínseca. Por ejemplo, si el estado de la víctima se ha agravado, los elementos mismos del daño se han modificado; la variación es intrínseca. Por el contrario, si el estado de la víctima ha seguido siendo el mismo, pero el valor del salario perdido por ella, expresado en francos franceses, ha aumentado, el daño en sí mismo, intrínsecamente, no ha variado; es siempre la pérdida de la capacidad de trabajo; es su valor el que se ha modificado; la variación es extrínseca".

El objeto de la indemnización es restablecer, en lo posible, el equilibrio destruído por el daño por medio de una compensación patrimonial, que de no haber sucedido aquél, ésta no hubiere ocurrido.

Del expediente se desprende que el pago de los perjuicios como el sufrido por ORLANDO PATIÑO GAMBOA, con la reparación pecuniaria no puede restituir las cosas al estado en que se hallaban con anterioridad al hecho dañoso; vale decir, que con la reparación no se le devuelve la visibilidad; su pérdida es irreparable, según lo indican los peritos médicos y, algo más, según los mismos, la disminución de su capacidad laboral en lugar de mejorar bien puede ir en aumento. Esta es la razón por la cual, al calcular el monto del perjuicio, debe hacerse con todos los agravantes de que hablan tanto los doctrinantes como la jurisprudencia.

Además, es apenas natural que de haber podido continuar sus estudios de medicina, iniciados brillantemente, año por año sus entradas necesariamente habrían tenido que aumentar. El cálculo hecho por los expertos y transcrito anteriormente, lo encuentra la SALA acertado.

Por otro lado se refieren los peritos en su dictamen a la disminución de la capacidad adquisitiva del peso colombiano durante el lapso fijado por la sentencia. Ahora bien, se repite, si el objeto propio de la indemnización es restituir en lo posible el equilibrio destruido por el daño, el factor devaluación debe también tenerse en cuenta cuando el fallo se produce con posterioridad al hecho dañoso y la víctima no ha tenido la oportunidad de repararlo en todo o en parte. Es éste un factor extrínseco que debe computarse al hacer el cálculo total de la indemnización.

Los hermanos MAZEAUD en su obra antes citada, se expresan sobre el particular, en los siguientes términos que el CONSEJO DE ESTADO acoge:

"De nada sirve objetar que el aumento del perjuicio no es causado por la culpa del responsable, sino por la depreciación monetaria. El perjuicio no ha aumentado. sigue siendo igual asimismo; una incapacidad permanente absoluta; tan sólo ha cambiado su valor. Ahora bien, el responsable debe reparar la totalidad de ese perjuicio, enteramente causado por su culpa. El juez, para asegurar esa reparación, debe calcular la indemnización teniendo en cuenta todas las variaciones de valor anteriores a su sentencia".

"Sueldo devengado en 1963 $ 21.780.00
"Aumento del 78%
"Suma: CIENTO OCHENTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS DOCE PESOS CON VEINTE CENTAVOS.

"A. RESUMEN DE LA INDEMNIZACION CORRESPONDIENTE A ORLANDO PATIÑO GAMBOA.

"1o. Por los primeros lapsos indemnizatorios del 7 de mayo de 1957 a diciembre de 1963 . . . . . $125.850.oo

"2o. Totalización de los aumentos porcentuales anuales por deterioro de la capacidad adquisitiva del peso (desvalorización) $184.712.20

"Total de la indemnización correspondiente a ORLANDO PATIÑO GAMBOA TRESCIENTOS DIEZ MIL QUINIENTOS SESENTA Y DOS PESOS CON VEINTE CENTAVOS $310.562.20

"Analizando este resultado final que se encuentra ciñéndonos de manera estricta a los términos del fallo del H. Consejo de Estado, estimamos que analizando globalmente (no sólo desde el punto de vista jurídico sino desde un ángulo ético y de equidad), es una suma que alivia el gran daño sufrido por el joven Patiño, ya que nadie de su edad y condiciones iría a exponerse a perder un ojo para recibir una suma que si bien implica una indemnización no repara nunca la pérdida de un órgano tan esencial en la vida del hombre".

Sobre el particular la SALA debe anotar, en primer término, que las entradas básicas tenidas en cuenta por los expertos para calcular la indemnización a que tiene derecho el señor ORLANDO PATIÑO GAMBOA, en el lapso de 1957 a 1963; $ 1.500.00 mensuales, tienen su fundamento en los diferentes elementos de prueba que sobran en el expediente y que el CONSEJO acepta. Por otra parte, se observa que si bien es cierto que el perjuicio sufrido por la víctima al momento del accidente puede calcularse en una suma determinada, aquél puede sufrir variaciones entre la realización del daño y la fecha de la sentencia, variaciones que pueden ser de orden intrínseco o extrínseco.

Para mayor claridad, es del caso transcribir a continuación lo que sobre este aspecto dicen los hermanos MAZEAUD en su Tratado de "RESPONSABILIDAD CIVIL", Tomo III, Vol. I, pág. 619:

"Cuando se habla de variaciones del perjuicio, se mezclan dos situaciones muy diferentes: de una parte, aquélla en la cual han variado los elementos del daño, en que la modificación es intrínseca; y, de otra parte, aquélla en la que tan sólo el valor del perjuicio, expresado en una moneda dada, ha variado, o en que la variación es

extrínseca. Por ejemplo, si el estado de la víctima se ha agravado, los elementos mismos del daño se han modificado; la variación es intrínseca. Por el contrario, si el estado de la víctima ha seguido siendo el mismo, pero el valor del salario perdido por ella, expresado en francos franceses, ha aumentado, el daño en sí mismo, intrínsecamente, no ha variado; es siempre la pérdida de la capacidad de trabajo; es su valor el que se ha modificado; la variación es extrínseca".

El objeto de la indemnización es restablecer, en lo posible, el equilibrio destruído por el daño por medio de una compensación patrimonial, que de no haber sucedido aquél, ésta no hubiere ocurrido.

Del expediente se desprende que el pago de los perjuicios como el sufrido por ORLANDO PATIÑO GAMBOA, con la reparación pecuniaria no puede restituir las cosas al estado en que se hallaban con anterioridad al hecho dañoso; vale decir, que con la reparación no se le devuelve la visibilidad; su pérdida es irreparable, según lo indican los peritos médicos y, algo más, según los mismos, la disminución de su capacidad laboral en lugar de mejorar bien puede ir en aumento. Esta es la razón por la cual, al calcular el monto del perjuicio, debe hacerse con todos los agravantes de que hablan tanto los doctrinantes como la jurisprudencia.

Además, es apenas natural que de haber podido continuar sus estudios de medicina, iniciados brillantemente, año por año sus entradas necesariamente habrían tenido que aumentar. El cálculo hecho por los expertos y transcrito anteriormente, lo encuentra la SALA acertado.

Por otro lado se refieren los peritos en su dictamen a la disminución de la capacidad adquisitiva del peso colombiano durante el lapso fijado por la sentencia. Ahora bien, se repite, si el objeto propio de la indemnización es restituir en lo posible el equilibrio destruido por el daño, el factor devaluación debe también tenerse en cuenta cuando el fallo se produce con posterioridad al hecho dañoso y la víctima no ha tenido la oportunidad de repararlo en todo o en parte. Es éste un factor extrínseco que debe computarse al hacer el cálculo total de la indemnización.

Los hermanos MAZEAUD en su obra antes citada, se expresan sobre el particular, en los siguientes términos que el CONSEJO DE ESTADO acoge:

"De nada sirve objetar que el aumento del perjuicio no es causado por la culpa del responsable, sino por la depreciación monetaria. El perjuicio no ha aumentado. sigue siendo igual asimismo; una incapacidad permanente absoluta; tan sólo ha cambiado su valor. Ahora bien, el responsable debe reparar la totalidad de ese perjuicio, enteramente causado por su culpa. El juez, para asegurar esa reparación, debe calcular la indemnización teniendo en cuenta todas las variaciones de valor anteriores a su sentencia".

No sobra agregar que las anteriores consideraciones se hacen porque de no tener en cuenta los factores de variación tanto intrínseco como extrínsecos, la indemnización que se concediere representaría solamente el valor pasajero del daño en el día de su realización y la verdadera indemnización consiste en conceder a la víctima la cantidad que le permita reponer las cosas en su estado anterior, para lo cual debe calcularse ésta según el valor del daño en el día de la sentencia.

Respecto a los perjuicios sufridos por el Dr. PABLO PATIÑO BERNAL, se lee en el dictamen lo siguiente:

"A. Perjuicios por concepto de gastos.

"PRIMERO. *Valor de los gastos en el momento de causarse.*

"*Valor de la hospitalización y tratamientos médicos en Colombia.*. Según las pruebas aportadas directamente, la suma de seis mil doscientos trece pesos con treinta y cinco centavos ($ 6.213.35), así: pagado al Dr. Ricardo Azuero Villamizar, $ 5.000.00; pagado al Dr. Alfonso Gaitán Nieto $ 200.00; a la Clínica de Camero, $ 674.50; a la Clínica de Marly $ 338.85 (Cuad. 2o. fls. 88 vlto. 121, 122, 174, 180 vlto. 190). A esos valores deben agregarse los siguientes: drogas que presumimos estrictamente necesarias en los tratamientos en Colombia y que avaluamos en una suma mínima de cinco mil pesos ($ 5.000.00); y los servicios prestados por el Dr. José Barraquer que, por la calidad del profesional, públicamente conocido en Bogotá y por la duración de los servicios prestados al joven Orlando, estimamos en la suma de cinco mil pesos ($ 5.000.00) (fl. 90 del mismo cuaderno 2o.); también los gastos de una enfermera durante un año, a partir de la fecha del accidente, que puede presumirse también como necesarios y que estimamos en un mínimo de seiscientos pesos mensuales, o sea en el año en que Orlando estuvo sometido a tratamiento en Bogotá (mayo de 1957 a mayo de 1958), la suma de siete mil doscientos pesos ($ 7.200.00) (Cuad. 2o. fls. 114, 180, 190 vlto. y 191) además de los folios ya indicados, en todos los cuales se ve la índole de las lesiones sufridas por Orlando y la necesidad de una enfermera permanente).

"Por tanto, el valor, (valor de 1957 a 1958) de los gastos hechos en Colombia por el Dr. Pablo Patiño Bernal a causa de ese accidente, es la suma total de veintitres mil cuatrocientos trece pesos con treinta y cinco centavos ($ 23.413.35).

"*Valor, en los días en que se causaron, los gastos hechos en el exterior.* El Dr. Patiño Bernal hizo en el Exterior, por la misma causa, entre otros los siguientes gastos: a) Pagados al Dr. Joaquín Durán Benito, trescientas pesetas (Cuad. 2o. fls. 102), al Dr. A. Villa Loro, cuatrocientas pesetas (Cuads. 2o. fl. 104), al Dr. Joaquín Barraquer, mil pesetas (fls. 109 y 110 ibídem). Total, cuatro mil setecientas pesetas pagadas en España en 1958. Como la peseta en ese año valía US$ 0.0238 de dólar, tales pesetas equivalían a ciento seis dólares con ochenta y seis centavos; y, como el

dólar en ese mismo año valía siete pesos con cincuenta y nueve centavos colombianos (Informes del Gerente del Banco de la República de 1966), tenemos que esas pesetas equivalieron en ese año de 1958 a ochocientos once pesos con seis centavos ($ 811.06) colombianos.

"b. El sostenimiento del joven Orlando en Europa, durante el año de su permanencia allí en viaje de salud (las mismas pruebas indicadas en este capítulo, y, además fls. 181, 182, 196, por una parte, y por otra fls. 73 a 76, 143, 146, 148, 151, 154, 162, 163 y 167 a 170 del mismo cuaderno 2o.), le costó al Dr. Patiño Bernal un mínimo de mil cincuenta pesos ($ 1.050) mensuales, o sea de doce mil seiscientos pesos ($ 12.600.00) en el año, según la certificación expedida por el ICETEX (Cuad. 4o. fl. 60) sobre el costo de sostenimiento de un estudiante en Europa en 1958. Son, por este concepto, $ 12.600.00.

"c. Las consultas y tratamientos médicos en los Estados Unidos hechas cuando el joven Orlando venía de regreso a Colombia, valieron mil quinientos dólares (Cuad. 2o. fls. 167 a 170) costaron mil quinientos dólares, (sic) al cambio de $ 7.80 de entonces, valen once mil trescientos sesenta pesos colombianos ($ 11.370.00) (sic) (Cuad. 4o. fls. 52 a 54A).

"d. Consta en el expediente (Cuad. 2o. fls. 20, 28 y 183) que el pasaje de Bogotá a Lisboa le costó la suma de $ 3.737.39. No aparece la prueba directa del costo del pasaje de regreso, pero, con base en las averiguaciones que hicimos sobre ese costo, podemos fijarlo en igual suma. Por tanto, por este concepto, el Dr. Patiño Bernal gastó, entonces la suma total de $ 7.474.78 como mínimo.

"*Resumen del valor de los gastos en el año en que se causaron.* Gastos en Colombia por hospitalización y similares, la suma de $23.413.35

"Gastos por servicios médicos en España	$ 811.06
"Gastos por sostenimiento en Europa	$12.600.00
"Gastos por médicos en los Estados Unidos	$11.370.00
"Por pasaje de ida y regreso	$7.474.78
"Total de estos valores	$55.649.19

"B. PERJUICIOS CAUSADOS AL DR. PATIÑO BERNAL POR CONCEPTO DE LUCRO CESANTE.

"Según las declaraciones de testigos que obran en el expediente (Cuad. 2o. fls. 179, 181, 198), tanto el Dr. Patiño como sus parientes inmediatos son personas de excelente educación y buena posición social, y, por tanto, dadas las pruebas que hay sobre la gravedad de las lesiones sufridas por su hijo Orlando, a las cuales se ha hecho referencia en repetidas ocasiones en este informe, puede presumirse que, durante el año del tratamiento que se le estuvo haciendo a su hijo en Bogotá antes del viaje de salud al Exterior, su trabajo profesional tuvo que disminuirse por lo

menos en un cincuenta por ciento con relación al que realizaba antes de ese accidente. Pero no hay necesidad de hacer esta presunción, porque en el expediente obran declaraciones de personas que lo conocen desde mucho antes de ese accidente, que le estuvieron tratando de cerca, que estuvieron enterándose de sus actividades profesionales y que, por ser también abogados, están en condiciones de apreciar el valor de los ingresos de un profesional de la categoría del Dr. Patiño Bernal (Cuad. 4o. fls. 20, 22, 46, 47, 49, 50). Según tales declaraciones, el Dr. Patiño, durante el mencionado año, estuvo la mayor parte de su tiempo dedicado a atender a su hijo, iba, como era lógico y natural, muy poco a su oficina profesional y durante los últimos años anteriores a ese accidente ganaba en sus actividades profesionales entre diez y quince mil pesos en promedio mensual.

"Nosotros, teniendo en cuenta nuestra propia experiencia de abogados y la realidad social, y, desde luego, las pruebas aportadas, estimamos que el Dr. Patiño Bernal, dejó de ganar en su actividad profesional, durante el año referido, no menos de cinco mil pesos mensuales en promedio, hablando en términos de la moneda actual, o sea de su valor adquisitivo actual.

"Así, evaluamos el perjuicio consistente en el lucro cesante del Dr. Patiño en la suma total de sesenta mil pesos ($ 60.000.00).

"C. RESUMEN DEL VALOR DE LOS PERJUICIOS CAUSADOS AL DOCTOR PATIÑO BERNAL

"Valor de los gastos causados, la suma de	$55.649.19
"Valor del lucro cesante, la suma de	$60.000.00
"Total del valor de estos perjuicios	$115.649.19

"La suma de ciento quince mil seiscientos cuarenta y nueve pesos con diez y nueve centavos ($ 115.649.19) es el valor del los perjuicios materiales causados al Dr. Pablo Patiño Bernal mediante el accidente que fue víctima su hijo Orlando el cinco de mayo de mil novecientos cincuenta y siete.

"No hemos creído del caso actualizar, mediante los aumentos porcentuales de devaluación monetaria, la cifra anterior por ser diferente su origen y las condiciones en que se le enfoca en la sentencia del Consejo de Estado a las cifras e indemnizaciones correspondientes a Orlando Patiño. Esas diferencias, son el síntesis (sic) las siguientes:

"a. Se trata de gastos que se efectuaron, varios en moneda extranjera. En el caso de Orlando Patiño se trata al contrario, de sumas que se dejaron de percibir, que hay que pagar ahora.

"b. La ponderación por devaluación en el caso del joven Orlando Patiño la hicimos por razones mixtas, la devaluación propiamente dicha y los factores que deberíamos tener en cuenta según la sentencia del Consejo de Estado como la naturaleza de las lesiones físicas recibidas, la perturbación funcional, la

desfiguración facial y las secuelas de carácter síquico. En el caso del Dr. Pablo Patiño no se presentan estas circunstancias que son agravantes con respecto a su hijo".

Al dictamen pericial que se acaba de transcribir, la SALA no encuentra objeción alguna que hacer. Los expertos tuvieron en cuenta para hacer sus cálculos, los diferentes elementos probatorios que obran en el expediente y que llevan a la conclusión de que el Dr. Pablo Patiño Bernal, por razón del hecho dañoso de que fué víctima su hijo el señor ORLANDO PATIÑO GAMBOA, sufrió una merma en su patrimonio de CIENTO QUINCE MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS CON 19/100 M/CTE., consistente no sólo en los gastos que tuvo que realizar para atender al tratamiento a que fue sometido la víctima, sino también lo que resulta del lucro cesante, por la merma en sus entradas profesionales, por haber tenido que abandonar durante cierto tiempo su oficina.

Por las razones expuestas, el CONSEJO DE ESTADO –Sala de lo Contencioso Administrativo– SECCION TERCERA,

RESUELVE:

PRIMERO. Fijar en la suma de TRESCIENTOS DIEZ MIL QUINIENTOS SESENTA Y DOS PESOS CON VEINTE CENTAVOS MONEDA CORRIENTE ($ 310.562.20) el valor de la indemnización que la nación colombiana debe pagar al señor ORLANDO PATIÑO GAMBOA, de conformidad con las sentencias proferidas por el TRIBUNAL SUPERIOR del Distrito Judicial de Bogotá y el CONSEJO DE ESTADO de que se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. Fijar en la suma de CIENTO QUINCE MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS CON 19/100 MONEDA CORRIENTE ($ 115.649.19), el valor de la indemnización que la nación colombiana debe pagar al Doctor PABLO PATIÑO BERNAL o a quien sus intereses represente, de acuerdo con lo dispuesto en las referidas sentencias del Tribunal Superior del D. J. de Bogotá y del Consejo de Estado a que se ha hecho mención en esta providencia.

No se hace referencia en este auto a los perjuicios morales subjetivos, por cuanto ellos ya fueron fijados en las sentencias en cita, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogota y del Consejo de Estado.

Las sumas aquí fijadas deberán ser pagadas dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de este auto.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese el expediente.

Carlos Portocarrero M. **Osvaldo Abello Noguera**

Alfonso Castilla Sáiz **Gabriel Rojas Arbeláez**

Víctor M. Villaquirán M.
Secretario

TITULO V

Juicios Electorales

ELECTORALES

DESISTIMIENTO. *De acciones electorales.* **La acción electoral es una acción pública tanto porque puede ejercitarla "cualquier persona" como porque su finalidad es la de que la jurisdicción contencioso administrativa verifique si la elección hecha popularmente o por una corporación se ajustó a las normas constitucionales y legales que reglamentan la materia. El desistimiento es un acto de renuncia del proceso y se puede hacer libremente cuando están de por medio solo intereses particulares del renunciante y siempre que tenga capacidad para hacerlo. No así cuando al juicio se hallen atados valores más altos como son el imperio de la Ley, la pureza del sufragio como fuente del régimen representativo y otros que persigue el proceso electoral y que exigen imperiosamente una decisión jurisdiccional. Si el demandante tiene libertad para establecer la acción no puede abandonarla voluntariamente porque estaría enajenando derechos que no le pertenecen.**

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA CONTENCIOSA

Bogotá, D. E., agosto diecinueve de
mil novecientos setenta

Consejero Ponente: **Dr. Gustavo Salazar T.**

REF.: Expediente número 1545
Actor: Javier Botero Londoño

Obrando en su condición de Personero del municipio de Bello el señor José Abelardo Marín Vallejo presentó ante el Tribunal Administrativo de Antioquia demanda para que declare la nulidad de la elección de mesa directiva de la corporación y de Personero, Tesorero y Contralor Municipales hecha por el concejo del mismo municipio el día 27 de noviembre de 1969, por violación de las normas de los artículos 1o. y 2o. del decreto 49 de 1932 y 5o. de la Ley 5a. de 1929.

El Personero electo por el acto acusado señor Javier Botero Londoño ya en ejercicio del empleo invocando tal calidad, manifestó al Tribunal que desistía de la acción instaurada por su inmediato antecesor.

Por auto de 3 de marzo de 1970 el Tribunal no accedió al desistimiento por tratarse de una acción pública para la cual no cabe la forma de poner fin a ella, en virtud de lo prescrito en el artículo 14 de la Ley 25 de 1928, que dice:

> "En las acciones de carácter público no se permitirá el desistimiento de la acción que se hubiere intentado, y si el actor o actores abandonaren por más de treinta días el respectivo juicio, éste se seguirá de oficio hasta su terminación".

En virtud de recurso de apelación interpuesto por Botero Londoño contra la providencia que así lo decidió ha venido el negocio a conocimiento del Consejo de Estado y tramitado es oportuno despacharlo.

Se considera:

La acción electoral es una acción pública tanto porque puede ejercitarla "cualquier persona" como porque su finalidad es la de que la jurisdicción contencioso administrativa verifique si la elección hecha popularmente o por una corporación se ajustó a las normas constitucionales y legales que reglamentan la materia.

Hay en tales acciones un interés general cual es el de que la sociedad está interesada en comprobar la legalidad del acto acusado, esto es, si guarda armonía con los ordenamientos superiores que regulan al sufragio, con el sistema implantado para la adjudicación de los puestos, con las calidades que deben tener los candidatos, etc. Porque si los contraría o quebranta se debe declarar la nulidad.

De allí que el demandante en tales acciones no sea más que incidental intermediario de la sociedad para que el Estado ponga a funcionar su poder jurisdiccional en busca de la verdad electoral.

El desistimiento es un acto de renuncia del proceso y se puede hacer libremente cuando están de por medio sólo intereses particulares del

renunciante y siempre que tenga capacidad para hacerlo. No así cuando al juicio se hallen atados valores más altos como son el imperio de la Ley, la pureza del sufragio como fuente del régimen representativo democrático y otros que persigue el proceso electoral y que exigen imperiosamente una decisión jurisdiccional. Si el demandante tiene libertad para establecer la acción no puede abandonarla voluntariamente porque estaría enajenando derechos que no le pertenecen.

En el caso de autos hay otra circunstancia que impide aceptar el desistimiento de la acción propuesta y es la de que los agentes del ministerio público sólo pueden hacerlo cuando están autorizados en forma legal por las entidades que representan (artículo 465 del Código de Procedimiento Civil), la que no se ha acreditado en el juicio.

Por lo expuesto, la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado confirma el auto apelado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Se deja constancia que esta providencia la estudió y aprobó la Sala en las sesiones de los días 28 de julio y 18 de agosto de 1970, según consta en las actas números 15 y 16.

Carlos Portocarrero Mutis
Presidente

Enrique Acero Pimentel

Alfonso Arango Henao

Nemesio Camacho Rodríguez

Alfonso Castilla Sáiz

Jorge Dávila Hernández

Hernando Gómez Mejía

Juan Hernández Sáenz

Andrés Holguín

Lucrecio Jaramillo Vélez

Miguel Lleras Pizarro

Alvaro Orejuela Gómez

Gabriel Rojas Arbeláez
Con Salvamento de Voto

Gustavo Salazar T.

Rafael Tafur Herrán
Con salvamento de Voto

Jorge A. Velásquez D.

Angel M. Camacho Ramírez
Secretario

SALVAMENTO DE VOTO

Con todo respeto disiento de la tesis central que informa la providencia anterior de fecha 28 de los corrientes al estimar el Consejo de Estado por mayoría de votos que los juicios electorales, por comportar el ejercicio de una acción pública, no son susceptibles de desistimiento. Participo del concepto expresado en su salvamento de voto por el distinguido Consejero doctor Gabriel Rojas Arbeláez en el sentido de que en las acciones electorales hay de por medio "una cuestión de jurisdicidad subjetiva, pues se refieren a una elección, que necesariamente supone una persona o unas personas elegidas, a las que un fallo debe afectar".

Estoy de acuerdo, sin embargo, en que en el caso de autos el desistimiento es inadmisible y de consiguiente debe concluirse por la confirmación del auto apelado, ya que el señor Javier Botero Londoño como Personero Municipal de Bello no ha recibido autorización para desistir; y si se supone que ha querido hacerlo en su condición de ciudadano particular, se trataría de un tercero, distinto de quien promovió la acción, que tampoco puede ser atendido en cuanto a quella pretensión.

RAFAEL TAFUR HERRAN

SALVAMENTO DE VOTO

El Desistimiento de la Acción Pública

REF.: Expediente No. 1545
Actor: Javier Botero Londoño

Mi conformidad con lo dicho por el Consejo de Estado en providencia de ocho de Marzo de mil novecientos cuarenta y cuatro (Anales: Tomo 52, Página 52), respecto a que sí es desistible la acción pública, motivan mi inconformidad con la antítesis que ahora se formula y mi disentimiento del fallo en ese punto concreto. Dijo entonces esta Corporación:

> "Es regla general que de toda acción o recurso se puede desistir. Se necesita prohibición expresa para que el desistimiento sea inadmisible. Antes la Ley prohibía el desistimiento de las acciones públicas (Art. 14 de la Ley 25 de 1928), pero esta disposición fue virtualmente derogada por el actual Código de lo Contencioso Administrativo, que reglamentó íntegramente la materia.

Tácitamente la Sala acoge ahora el planteamiento del Tribunal de instancia, según el cual aquel ordenamiento subsiste por tratarse de una disposición especial. Pero, ese planteamiento es inexacto. La Ley 25 de 1928, reformato-

ria de la 130 de 1913, como el subtítulo lo expresa, vino a constituír con ésta el Código de lo Contencioso Administrativo que estuvo vigente hasta que entró a regir la Ley 167 de 1941. Código actual que prescindió del texto prohibitivo. Una reglamentación general sustituyó así a otra reglamentación general de la materia contencioso administrativa, sin que pueda afirmarse que el artículo 14 de la Ley 25 de 1928 era especial por referirse a un asunto especial. En los Códigos todo precepto corresponde a un punto especial relacionado con la materia, pues de otra manera los artículos serían meras repeticiones. Al existir una Ley nueva que regula íntegramente la materia de lo Contencioso-administrativa, y no reproducirse en élla la prohibición del desistimiento de las acciones públicas, prohibición que por principio general debería ser expresa, eso no quiere decir sino que según lo prescrito en el artículo 3o. de la Ley 153 de 1887, la disposición fue derogada.

Por otra parte, cuando un particular instaura una acción o desiste de élla, ejercita un derecho y no una función. Lo contrario ocurre cuando se trata de los Agentes del Ministerio Público, que por eso para desistir necesitan de autorización.

Llama la atención que la gente avisada a la que correspondió redactar el proyecto que fué luego la Ley 167 de 1941 o actual Código de lo Contencioso Administrativo, haya sido la misma que estimó derogada la disposición que había hecho inadmisible el desistimiento de las acciones públicas. Tenían la convicción de que la nueva Ley había reglamentado íntegramente la materia, como así fue a todas luces.

La afirmación de que no es permitido desistir de una acción pública porque esa acción es de interés general y está relacionada al Orden Público, no está basada en ninguna disposición y sólo corresponde a la tendencia de resolver todas las situaciones apelando a la Razón de Estado: al Orden Público, expresión ésta que se suele utilizar "como una llave maestra o como un enigma que recibe una parte de su majestad del misterio que la rodea". Es cierto que al tenor de lo dispuesto en el artículo 15 del Código Civil "podrán renunciarse los derechos conferidos por las Leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante . . . ." Pero eso se refiere solamente a los "derechos" del Derecho Privado, materia especial de ese Código. Lo que ha ocurrido en esta cuestión y en otras es que ha predominado la mentalidad civilista inclinada a encontrar en el Código del Derecho Común todas las soluciones, y a hacer de ese campo al Público arriesgadas transposiciones. Fue lo que estuvo haciéndose, por ejemplo, con el fundamento de la responsabilidad extracontractual. Sólo que cuando la Jurisdicción Civil comprendió que la responsabilidad de las Personas de Derecho Público no podía estructurarse sobre el primer inciso del artículo 2358 del Código Civil, por no ser punibles las personas morales, ni sobre el inciso segundo, por no ser asimilables esas personas a los "terceros" de que habla aquel Código, desde luego que ni aún mentalmente es posible concebir la línea divisoria entre el Estado

y sus funcionarios, entonces acudió a aceptar la teoría de la FALLA DEL SERVICIO PUBLICO, que configura la responsabilidad directa, y que nada tiene de civilista.

En lo que al desistimiento de la acción pública se refiere, la negativa de aquel no puede fundarse ni aún en el artículo 15 del Código Civil, cuando habla del interés individual del renunciamiento como único susceptible de ser renunciado. Todo ciudadano como tal tiene interés personal en la buena marcha de la Ciudad; pero eso es distinto a que cuando aquél demanda esté obrando en nombre de la Comunidad. No. Su actuación mira al interés individual. La Sociedad Civil tiene su personero, que es el Estado, y éste tiene a la vez los agentes que en los respectivos casos llevan su voz. Es al Ministerio Público al que la Constitución confía la función de defender los intereses de la Sociedad Civil o Nación y la de promover la ejecución de las Leyes. Se trata de una auténtica función policiva que explica que en Francia se hable de Comisarios del Gobierno, y que por algunos se haya propuesto cambiarles esa denominación por la de "Comisarios de la Ley". La Policía ejercita una función y no un derecho.

No deja de ser también muy significativo el que en Países como España e Italia la jurisprudencia y la legislación consagren el desistimiento de la acción Pública. Pero sobre todo, que lo consagren los franceses, que han tenido su "Recurso por Exceso de Poder" como una de las maravillas del Mundo. Esto puede haber obrado para la tácita derogación del artículo 14 de la Ley 25 de 1928, que debió aparecer a los redactores del Proyecto que fue después el C.C.A. como una disposición "demodée". Como puede haber obrado también la consideración de que era un precepto inútil. Para que haya desistimiento no es necesaria la manifestación expresa; la inactividad, el abandono, implican un desistimiento tácito, y no hay ordenamiento que a ese respecto trasmute el derecho en carga y obligue al actor de la acción pública a actuar hasta el fin, hasta que se agoten por él las heces del juicio. No permitir, pues, el desistimiento expreso, aunque sí pueda realizarse el tácito, es preceptuar una nonada.

El desistimiento, además de que corresponde al ejercicio de un derecho, y puede ser el resultado de haber llegado el demandante a la convicción de que sus planteamientos al demandar eran errados, logra una finalidad que, para emplear la palabra clave, también se puede considerar de Orden Público. La Administración de Justicia, como lo establece la Constitución, es un Servicio Público. Pero ese servicio, que debe ser expedito y práctico, se entorpece con la acumulación de asuntos por decidir, y cuando de las Corporaciones Judiciales se quiere hacer lo que éllas no son: esto es, ni Cuerpos de Policía ni Academias.

Está bien, por lo mismo, que en favor de las causas serias se deje desistir a quien sin daño de barras pretenda hacerlo, y que no se excluyan de ese

derecho a quienes ejerciten acciones públicas, a las cuales se han solido identificar las electorales. Es una identificación que, por cierto, no puede hacerse absolutamente, porque si bien éstas como las primeras se pueden ejercitar por cualquier persona, no lo pueden ser en cualquier tiempo, ni su finalidad es puramente restablecer su juridicidad objetiva. De por medio hay en éllas una cuestión de juridicidad sujetiva, pues se refieren a una elección, que necesariamente supone una persona o unas personas elegidas, a las que un fallo debe afectar. Suelen ser por eso producto de divergencias y de intereses muy personales que les quitan el platonismo de la acción pública. Provienen de un dominio de controversias muy explicables: del dominio de la Política, que Mauricio Duverger califica con demasiada severidad al decir de él que allí "la pasión y la mala fé reinan generalmente .

Gabriel Rojas Arbeláez

Bogotá, D. E., Agosto veintiocho de mil novecientos setenta.

ELECTORALES

ACUMULACION DE ACCIONES. No es posible hacerla con los juicios contemplados en los artículos 202 y 229 del Código Contencioso Administrativo.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA CONTENCIOSA

Bogotá, D. E., septiembre ocho de mil novecientos setenta

Consejero Ponente: **Dr. Gustavo Salazar T.**

REF.: Expediente No. 1572
Actor: Joaquín Rodríguez Asprilla.

Estudiado por la Sala Plena Contenciosa el presente negocio para resolver el trámite que debe seguir de aquí en adelante, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 226 del Código Contencioso Administrativo, se considera:

Se trata de un juicio electoral en que se pide al Consejo de Estado declare la nulidad de la elección hecha por la Corte Electoral, en la persona del doctor Cándido Lozano Asprilla como suplente a la Cámara de Representantes por la Circunscripción Electoral del Chocó, por ser inelegible, según la norma del artículo 108 de la Constitución Nacional que prohibe ser elegido

miembro del Congreso al funcionario que seis meses antes de la elección haya ejercido jurisdicción o autoridad civil, política o militar. La acción ejercitada es la prescrita en el artículo 202 del Código Contencioso Administrativo.

Si bien es verdad que según el informe de la Secretaría cursan actualmente en el Consejo de Estado otros cinco juicios que versan sobre las elecciones del 19 de abril pasado en el Chocó, la Sala estima que no es el caso de reunir el presente a ellos para ser fallados en una sola sentencia, porque dada la naturaleza de la acción instaurada y su pretensión, no guarda ninguna conexión con los demás, pudiendo ser fallado independientemente y sin que la decisión a que se llegue en la sentencia tenga ninguna influencia o repercusión en los otros juicios.

En efecto: el ejercicio de la acción electoral puede perseguir dos objetivos fácilmente diferenciables. El primero, acusar el acto declarativo de la elección por motivos intrínsecos a él, como un escrutinio irregular, o por defectos en el desarrollo mismo de la votación, como cuando ésta se realiza en día distinto al predeterminado. El segundo, impugnar la expedición de una determinada credencial por estimarse que el favorecido con ella no reúne las calidades para el ejercicio del cargo de que se trata o porque era inelegible de acuerdo con la Ley.

En la primera hipótesis se ataca directamente el acto declarativo de la elección para dejarlo sin valor, total o parcialmente, por vicios que se le imputan a él mismo o a las actuaciones de las cuales es la culminación. Es entonces muy claro que todas las demandas que busquen el logro de esta finalidad deben acumularse para ser decididas en un solo fallo, para precaver así eventuales pronunciamientos contradictorios.

En la segunda hipótesis la acción impugna una o más credenciales en concreto por estimar inhábiles a los favorecidos con ellas a causa de que sus candidaturas no eran legalmente presentables a la consideración del electorado. No se atacan los votos ni su cómputo sino las personas mismas de los elegidos. La demanda sólo acusa entonces el acto declarativo de la elección por vía de referencia o tangencialmente y por motivos que presumiblemente no eran conocidos por quienes lo produjeron. Resalta entonces la necesidad de acumular en un solo proceso todas las acusaciones que se hagan contra una misma credencial, para que la justicia se pronuncie sobre ellas en forma única.

Pero si en una especie de litigios se acusa la elección por reputarse viciosa, sea quienes fueran los favorecidos con ella, y en la otra se ataca de modo directo y en concreto una credencial por haberse expedido a quien no era candidatizable, no se ve la razón ni la necesidad de tramitar bajo una misma cuerda procesos de una y otra índole, ya que no puede haber ocasión para fallos contradictorios.

Bien puede suceder, por lo tanto que en un juicio de la segunda clase llegue a declararse que el candidato sí podía merecer el favor popular y que en otro de la primera se declare que es persona, legalmente candidatizable, no tiene derecho a la curul porque su elección aparente estaba viciada de ilegalidad, sin que exista la menor contradicción entre las dos sentencias, pues los extremos de uno y otro litigio son obviamente distintos, como quedó visto.

En un caso la elección puede ser legalmente perfecta y, sin embargo, perderse la curul por fallas subjetivas del presunto candidato. En el otro puede tratarse de persona candidatizable legalmente que, sin embargo, no tenga derecho a curul por fallas objetivas en el proceso mismo de la elección.

La misma lectura comparativa de los artículos 202 y 229 está diciendo en forma bastante clara cómo los negocios a que se refiere el primer artículo no son acumulables al segundo; en aquél se trata de una confrontación de requisitos constitucionales o legales; en éste se habla de nulidad de elección, rectificación de escrutinios, nulidad o rectificación parcial, etc. expresiones todas indicativas de que los juicios respectivos hacen relación directa con el proceso eleccionario en sus distintas fases y repercusiones en los hechos dentro de los cuales se movió el debate electoral.

Quiere decir lo anterior que, como se ha dicho, no es factible la acumulación de los negocios contemplados en el 202 con aquéllos a que se refiere el 229 del código de la materia.

Por lo expuesto la Sala resuelve que no es el caso de acumular este juicio a los que relaciona el informe de la Secretaría y dispone que el Consejero Sustanciador dicte el auto de citación para sentencia.

Notifíquese.

Auto aprobado en la sesión del día 7 de los corrientes.

Carlos Portocarrero Mutis
Presidente

Enrique Acero Pimentel

Alfonso Arango Henao

Nemesio Camacho Rodríguez

Alfonso Castilla Sáiz

Jorge Dávila Hernández

Hernando Gómez Mejía

Juan Hernández Sáenz

Lucrecio Jaramillo Vélez

Miguel Lleras Pizarro

Alejandro Mendoza y Mendoza

Alvaro Orejuela Gómez **Gabriel Rojas Arbeláez**

Gustavo Salazar T. **Rafael Tafur Herrán**

Angel M. Camacho Ramírez
Secretario

ELECTORALES

INHABILIDADES. *Artículo 108 de la Constitución Nacional.* **Las actividades de los miembros de Juntas Directivas de las entidades descentralizadas no implican el ejercicio de jurisdicción ni de autoridad civil, política o militar.**

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Bogotá, D. E., septiembre treinta de
mil novecientos setenta

Consejero Ponente: **Dr. Hernando Gómez Mejía**

En libelo de 15 de junio de 1970, el Dr. Carlos Delgado Morales, en ejercicio del contencioso electoral, demandó la nulidad de la declaratoria de elección de Senadores de la República por la circunscripción electoral de Cundinamarca, efectuada por los Delegados de la Corte Electoral en la ciudad de Bogotá, el 2 de junio del presente año, según acta general de escrutinios, en cuanto por medio de ella se declaró electa y se ordenó expedirle la respectiva credencial, a la señora María Eugenia Rojas de Moreno Díaz y su correspondiente suplente. Solicita igualmente que al declararse la nulidad sean expedidas nuevas credenciales a las personas a quienes constitucional y legalmente correspondieren, para el período constitucional de 1970-1974.

El Actor fundamenta su acción en los siguientes hechos:

El 19 de abril de 1970 se realizaron en Colombia las elecciones para Presidente de la República y Cuerpos Colegiados; en el departamento de Cundinamarca inscribió y presentó su candidatura para el Senado de la República, por el partido conservador y encabezando la lista, la señora María Eugenia Rojas de Moreno Díaz. entre el 19 de octubre de 1969 y el 19 de abril de 1970, la candidata indicada, elegida Senadora principal por la circunscripción de Cundinamarca, ejerció funciones públicas y oficiales, con jurisdicción y autoridad civil, como miembro principal de las siguientes Juntas: Empresa de Teléfonos de Bogotá, Asesora y de Contratos, Comisión Permanente del Plan de Desarrollo y otras, razón por la cual se inhabilitó para ser elegida por cuanto intervino en actos relacionados íntimamente con la circunscripción para la cual se postuló y salió elegida.

El actor señala como norma violada el artículo 108 de la Constitución Nacional, por las razones que más adelante se indicarán.

Se presentó como parte impugnadora el Dr. Néstor Aya Zerrate, en su propio nombre, quien afirmó entre otras cosas, que carecen de respaldo legal las razones aducidas por el demandante porque cumplir las funciones de Concejal y actuar como miembro de las juntas que el Concejo tiene establecidas para el cumplimiento de sus funciones, no implica ejecutar actos con jurisdicción y mando que impidan ser elegido para un cuerpo colegiado; agrega que ser miembro de una junta no es ser la junta misma, que la capacidad jurídica de decisión reside en aquélla y no en sus miembros los cuales desde el punto de vista jurídico son personas distintas.

El período probatorio sólo fue utilizado por la parte actora para pedir las pruebas que consideró útiles al éxito de sus pretensiones. Corrido el negocio en traslado para alegar las partes guardaron silencio. La Vista del señor Fiscal 1o. Dr. Carlos Ramírez Arcila fue adversa a las pretensiones de la demanda. Solicitado el informe secretarial a que se refiere el artículo 224 del Código Contencioso Administrativo, se dijo que no había más negocios para fallar por acumulación; como ya se ha citado para sentencia, es oportuno decidir sobre el mérito de la causa, previas las consideraciones que se expresan enseguida:

La cuestión fáctica

El actor hizo llegar a los autos varias pruebas para demostrar que la Senadora cuya credencial se impugna actuó como representante de Concejo de Bogotá D.E. en varias juntas creadas por la misma corporación para colaborar en la labor administrativa de la misma, con fundamento en clara disposición legal; de tales pruebas se estableció lo siguiente:

Por comisión del Consejo de Estado el Tribunal Administrativo de Cundinamarca practicó una inspección ocular sobre las actas correspondientes a

sesiones de las distintas juntas directivas en que se dice actuó la señora de Moreno Díaz y por medio de la cual se comprobó lo siguiente:

Que ciertamente durante el período indicado en la demanda, la señora de Moreno Díaz actuó en la Empresa de Teléfonos de Bogotá según aparece de varias de las actas examinadas y que lo hizo como miembro de la junta designada por el Concejo de Bogotá (folios 52 a 54). En este aspecto la inspección ocular aparece corroborada con las copias de las actas expedidas por la Secretaría de la Junta Directiva de la Empresa de Teléfonos de Bogotá, entre el 20 de noviembre de 1969 y 5 de febrero de 1970, en las cuales aparece como asistente a las sesiones, la señora Rojas de Moreno Díaz.

El Tribunal revisó igualmente las actas correspondientes a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá D.E. desde el 16 de octubre de 1969 hasta el 23 de abril de 1970 en ninguna de las cuales, según lo afirma el comisionado, consta que doña María Eugenia Rojas haya intervenido en las respectivas sesiones. Preguntado el Dr. Manuel Saavedra Plata, Secretario de la Junta, según lo pedido por el actor, si la señora Rojas de Moreno Díaz había percibido algo por sus actuaciones afirmó que en ninguna de las nóminas pagadas por concepto de honorarios de esa junta aparece el nombre de la citada señora.

Al practicarse la diligencia en la Junta asesora y de Contratos de la Administración Distrital se revisaron las actas de las sesiones realizadas entre el 13 de octubre de 1969 y 28 de abril de 1970 y sólo se constató que la señora de Moreno Díaz actuó en la sesión del 28 de octubre de 1969 habiéndose informado igualmente por el funcionario respectivo que la indicada Concejal no recibió remuneración alguna por su actuación. En cuanto a la Comisión Permanente del Plan de Desarrollo, el actor desistió de la práctica de la inspección en vista de que el Secretario del Concejo Distrital había informado que si bien la mesa directiva de la Corporación distrital designó varios Concejales para representarla ante esa junta, la comisión no se ha instalado y no ha habido por ello actuación de ninguna clase.

Llegaron también a los autos las siguientes pruebas:

a. Comunicación del Secretario General del Senado de la República en la cual se informa que no existe constancia de que la Senadora María Eugenia Rojas de Moreno hubiese sido elegida para juntas de institutos descentralizados, en representación del Senado, durante el período legislativo 1966-1970:
b. certificación del Secretario del Concejo de Bogotá en el sentido de que la señora María Eugenia Rojas pertenece a las juntas directivas de la Empresa de Teléfonos, de Acueducto y Alcantarillado, de la Junta Asesora y de Contratos de la Administración Distrital y de la Comisión permanente del Plan de

Desarrollo; ya se vió como en algunas de esas juntas no actuó; c. tres ejemplares de los Anales del Concejo, en que aparecen las actas de las sesiones de 7 de mayo de 1968, 12 de noviembre del mismo año y resolución No. 27 de 1969 por medio de la cual la señora de Moreno Díaz fue elegida para las juntas ya mencionadas y por último, una certificación del Secretario de la Junta Directiva de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado en que consta que la señora María Eugenia Rojas no tuvo ingerencia en la aprobación de los planes de acueducto y alcantarillado de Bogotá.

El problema jurídico debatido

El artículo 108 de la Constitución Nacional hace inelegibles para el Congreso a una serie de funcionarios de alta categoría, siempre y cuando hubiesen estado desempeñando sus cargos en un lapso anterior a la elección fijado como mínimo en un año y seis meses según la importancia del puesto desempeñado. Dice así en forma textual esa disposición:

> "El Presidente de la República, los Ministros y Viceministros del Despacho, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, el Contralor General de la República, el Procurador General de la Nación, los Jefes de Departamentos Administrativos y el Registrador Nacional del Estado Civil, no podrán ser elegidos miembros del Congreso, sino un año después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones.
>
> "Tampoco podrán ser elegidos miembros del Congreso o Diputados, los Gobernadores, los Alcaldes de capitales de Departamentos o de ciudades con más de trescientos mil habitantes, los Contralores Departamentales y los Secretarios de Gobernación, sino un año después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones; ni tampoco cualquier otro funcionario que seis meses antes de la elección haya ejercido jurisdicción o autoridad civil, política o militar, en la circunscripción electoral respectiva.
>
> "Dentro del mismo período constitucional, nadie podrá ser elegido Senador y Representante, ni elegido tampoco por más de una circunscripción electoral para los mismos cargos. La infracción de este precepto vicia de nulidad ambas elecciones (Artículo 32 del Acto Legislativo número 1 de 1968)".

El actor considera que al declararse legalmente electa a la señora María Eugenia Rojas de Moreno Díaz para el cargo de Senadora principal por el departamento de Cundinamarca se violó expresamente el artículo citado, que corresponde al 32 del Acto Legislativo No. 1 de 1968.

Estima el libelista que tal disposición de nuestra Carta prohibe la elección para cuerpos colegiados de personas que hayan ejercido funciones públicas, en forma permanente u ocasional, ya como empleados de nómina o como

miembros de institutos descentralizados, durante el tiempo preelectoral expresamente señalado en esa disposición; afirma que la señora de Moreno Díaz desplegó actividades dinámicas y efectivas, "usando y abusando de las prerrogativas que le confirieron las posiciones predominantes en las Juntas, para hacerse a adeptos y recabar el favor popular". Y agrega:

> "Doña María Eugenia de Moreno Díaz, voluntaria y ostentosamente, se inhabilitó para ser elegida Senadora de la República, desempeñando los cargos de miembro principal de varias Juntas Oficiales y, lo que es más elocuente, haciendo uso de las atribuciones que su investituda (sic) de miembro principal de las juntas le otorgaba, en favor de su candidatura para el Senado de la República; sin lugar a duda se puede decir que la señora de Moreno Díaz obtuvo la mayoría de votos por la manera hábil como esgrimió el argumento de sus notorias influencias como perteneciente a numerosas juntas descentralizadas".

CONSIDERACIONES DEL CONSEJO DE ESTADO

Como la credencial de la señora María Eugenia Rojas de Moreno Díaz ha sido atacada precisamente por el hecho de que seis meses antes de la elección hacía parte de algunas juntas administradoras del Municipio de Bogotá D.E., tales como la Empresa de Teléfonos, la de Acueducto y Alcantarillado y otras que ya se relacionaron, precisa entonces analizar, a la luz de la disposición constitucional citada, lo que debe entenderse por actos jurisdiccionales, de autoridad civil, política o militar para deducir si en tales juntas se ejercen actos de esa naturaleza que viciarían de nulidad la respectiva credencial, por haberse desempeñado el cargo durante el tiempo prohibido por la Constitución, antes del respectivo debate electoral.

La palabra jurisdicción deriva, principalmente, de la expresión latina "*Jus dicere*", es decir, declarar o imponer el derecho. En las sociedades primitivas donde existía la Ley del más fuerte era a éste a quien correspondía decir cuál era y cómo se ejercitaba el derecho, que a veces no era más que su omnímoda e irresistible voluntad, no siempre justa; el derecho era la orden de quien se había impuesto como jefe del clan, de la tribu, o del grupo nómade y a veces lo jurídico se identificaba con su propia voluntad así fuera irracional: "*Sic volo, sic jubeo, sic pro ratione voluntas*" (Así lo quiero, así lo mando, mi voluntad sea la única razón), expresión conque se sintetiza el mandato irracional. Más en toda sociedad civilizada es un principio elemental que la administración de justicia, es decir, la determinación de cómo se ejercen y quién tiene los derechos, corresponde a los funcionarios públicos; en consecuencia, puede definirse la jurisdicción como la facultad de administrar justicia, función que se encomienda a uno de los tres órganos del Estado, es decir, al jurisdiccional; tal facultad es una emanación del poder soberano del Estado ya que según el artículo 2o. de la Constitución "La soberanía reside esencial y exclusivamente en la Nación y de ella emanan los poderes públicos, que se ejercitarán en los términos que esta Constitución establece".

A veces suele darse a esa palabra un sentido equívoco como cuando se habla del alcance que una autoridad, así no sea del órgano jurisdiccional, tiene en determinado territorio y de las funciones en que cada órgano o funcionario público ejerce sus atribuciones, pero tal expresión es inexacta porque la verdad es que la jurisdicción, en el sentido estricto y aún etimológico de la palabra, es únicamente el poder y el deber del órgano jurisdiccional de administrar justicia, es decir, de expresar cuál es el derecho en cada caso determinado.

El Dr. Hernando Devis Echandía define la jurisdicción así: "Soberanía del Estado, aplicada por conducto del órgano especial a la función de administrar justicia, para la realización o garantía del derecho y secundariamente para la composición de los litigios o para dar certeza jurídica a los derechos subjetivos, mediante la aplicación de la Ley a casos concretos, de acuerdo con determinados procedimientos y en forma obligatoria y definitiva". (Tratado de Derecho Procesal Civil, parte general, Tomo I, Pág. 175).

Pero más clara es la definición que da la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 28 de septiembre de 1929 cuando dice que jurisdicción: "En sentido lato, es la potestad pública de conocer de los asuntos administrativos, civiles, penales y comerciales y decidirlos con arreglo a las leyes; estrictamente, es el poder del Estado ejercido a través de los Tribunales y Jueces, para aplicar las normas jurídicas en caso de violación o conflicto, con fuerza de verdad legal".

En esta forma parece fácil decir, en términos simples, que la jurisdicción es la potestad que tiene el Organo Jurisdiccional del Poder Público para decir el derecho en sus diversos aspectos, en los distintos conflictos y en muy variados campos, con la característica de que la decisión debe tener fuerza de verdad legal. Por lo mismo, el acto jurisdiccional en términos estrictos y realmente jurídicos, sólo puede ejercerse por el indicado órgano del Estado para decir lo que es la verdad, así sea formal, en cualesquiera clase de conflictos que se presenten entre los asociados, o cuando deban regularse los derechos de éstos sin que haya contención o aplicarse sanciones por violación de normas que establezcan preceptos, prohibiciones y regulaciones especiales, en la marcha normal del Estado.

No se necesita ningún esfuerzo dialéctico para deducir, de acuerdo con los principios enunciados, que las Juntas Municipales, establecimientos descentralizados y otras entidades que coadyuvan en la marcha de las entidades de derecho público y en la prestación de los servicios que interesan a la comunidad, y por consecuencia lógica sus miembros integrantes, no pertenecen al órgano jurisdiccional, ni pueden por lo mismo ejercer jurisdicción en el sentido que obvia y lógicamente debe desprenderse del texto constitucional y del contenido ya desentrañado del vocablo.

En consecuencia, cuando la señora María Eugenia Rojas actuaba en las juntas descentralizadas o institutos autónomos del municipio no estaba ejerciendo actos de jurisdicción y por lo mismo no quedaba por este aspecto dentro de la prohibición constitucional.

Véase entonces si como miembro de esas juntas la señora de MorenoDíaz ejercía autoridad civil o política, pues sería ingenuo detenerse siquiera a pensar si en ellas ejercía autoridad militar.

Como lo ha dicho ya esta Corporación, la autoridad civil implica la potestad del mando y el ejercerla por determinación de la Ley sobre la generalidad de las personas y autoridad política la que ejercen los que gobiernan y mandan a ejecutar las Leyes. (Sentencia de 18 de febrero de 1965). Ampliando más estos conceptos podría decirse que la autoridad civil es aquella que en el Estado tiene el poder de orden, dirección o imposición sobre los ciudadanos ya para los fines puramente privados de su mutua convivencia, ya para el cumplimiento de las obligaciones esenciales del mismo. La autoridad civil lleva implícita la potestad de mando o de imperio que tiene su expresión más clara, característica y acentuada en el ejercicio del poder ejecutivo, sin que ello impida que en otros campos de la actividad estatal haya también funcionarios que queden envueltos dentro de la órbita de lo que se conoce como autoridad civil.

En cuanto al concepto de autoridad política tiene un radio más amplio porque él hace relación a la actividad del Gobierno en su función de iniciativa, de impulso y dirección, un esfuerzo que generalmente parte del centro para hacer marchar los negocios en el sentido de buena política y en el interés general según el pensamiento de Mayer.

El Gobierno puede estudiarse desde el punto de vista subjetivo y objetivo; desde el punto de vista objetivo, el gobierno sería la actividad política de orden superior que concierne a la dirección suprema y general del Estado en su unidad; desde el punto de vista subjetivo, el gobierno corresponde al poder ejecutivo a quien toca también, desde luego, la función administrativa, razón por la cual anota Zanobini citado por el tratadista Manuel M. Díez que la actividad administrativa y la actividad política son dos especies de una y única función cual es la ejecutiva. Este último autor, en su Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, pág. 112 define al Gobierno de la manera siguiente:

> "Podríamos llegar, entonces al concepto de Gobierno desde el punto de vista subjetivo y objetivo, diciendo que debe entenderse como tal la actividad de los órganos supremos del poder ejecutivo, es decir, órganos independientes, no sujetos a los otros órganos administrativos, que tienen por objeto la dirección suprema del Estado, encontrando en él su fundamento y su causa jurídica. Es lógico añadir que estos órganos superiores del Poder Ejecutivo, al mismo tiempo que ejercen

funciones de gobierno pueden ejercer funciones administrativas. De allí que el Presidente de la República ejerza, conjuntamente con los Ministros, la función política de gobierno y también la administrativa, mientras que los demás funcionarios solamente pueden realizar tarea administrativa. En este sentido Duckrool enseña que cuando en la actividad del Estado se distingue una actividad de gobierno o política, de una actividad administrativa, la primera se refiere solamente a la actividad de los órganos supremos del poder ejecutivo y con la palabra gobierno se indica la parte más eminente de las funciones atribuidas a esos órganos y realmente, en general, al cumplimiento de esa tendencia que da impulso y dirección suprema a toda la vida y acción del Estado en el interior y a las relaciones internacionales, según las exigencias de interés general del país en uno y otro campo. La Administración es la acción que se realiza para satisfacer las necesidades del Estado, de acuerdo con las leyes y las directivas del gobierno. El gobierno es, entonces, función de iniciativa; da impulso y dirección a la Administración. El gobierno es la cabeza y la administración el brazo".

Nada hay en la actividad de las Juntas Municipales creadas por los Concejos en uso de las atribuciones otorgadas por el ordinal 11 del artículo 169 del Código de Régimen Político y Municipal que implique el ejercicio de la autoridad civil o política según los lineamientos que de ella se han esbozado; su actividad es típicamente administrativa de manera que ni ellas en conjunto, ni sus miembros en particular, participan del ejercicio propio de la autoridad civil o de las actividades típicas que puedan constituir actos de gobierno en el sentido de alta dirección, impulso y orientación.

Las Juntas Municipales, especialmente las que se crean bajo la forma de establecimientos públicos o institutos descentralizados, como por ejemplo la de Teléfonos de Bogotá, son una de las formas más eficaces de realización de la descentralización administrativa. La doctrina francesa entiende y con ella el pensamiento unificado de los más modernos tratadistas de derecho administrativo, que la descentralización consiste en conferir una cierta autarquía a un servicio público, dándole personalidad jurídica, patrimonio propio y organización independiente de la general; de acuerdo con ese sistema, la naturaleza técnica de los actos que tienen que realizar los entes autárquicos obliga a la administración a sustraerlos de los empleados y funcionarios centralizados para entregarles la prestación de servicios que por su especial importancia exigen preparación técnica, desvinculación política y una relativa autonomía, ajena a las influencias que son inevitables cuando los servicios públicos se prestan directamente por los gobernantes.

De la misma manera que los entes autárquicos cumplen una función pura y esencialmente administrativa, los miembros de las juntas directivas participan de esa misma función y son simples colaboradores de las entidades centrales que han depositado en ellos el gobierno de ciertos aspectos o ramas de la administración. De manera que nunca puede predicarse en buen sentido y

en sana lógica que el miembro de un instituto descentralizado cualquiera que sea su radio de acción, ejerza por el hecho de su vinculación a aquél la autoridad política o civil tal como ella debe ser entendida en el derecho público.

Las juntas de los entes autárquicos se limitan, generalmente, a aprobar o improbar los planes del gerente o director del mismo, a fijar su propio criterio sobre la política administrativa del servicio que se le ha encomendado o a tomar iniciativas de impulso y desarrollo que debe cumplir aquél; pero en ninguna de tales actividades esas juntas tomadas en su unidad, o sus miembros en particular, ejercen autoridad política o civil. Distinta cosa ocurre con el gerente o director quien, de acuerdo con las funciones que le fijan los estatutos, sí suele estar revestido por lo menos de la autoridad civil en el ejercicio de su cargo.

Por otra parte, es bueno tener en cuenta que el poder de mando de una persona vinculada al servicio público, aún sin tener el carácter de funcionario público, es distinto si está vinculado al poder jerárquico en donde se puede tener una función suprema de dirección, orientación y mando o si se hace parte de una administración colegiada, de juntas o corporaciones en las cuales las funciones se atribuyen a una pluralidad de personas que no obran en forma aislada y que actúan entre sí en pie de igualdad. De ahí porqué el poder decisorio del miembro de un cuerpo colegiado por sí mismo es absolutamente relativo, su fuerza dependerá no sólo de su voluntad sino de la suma de las voluntades que componen el organismo colegiado; no impera, pues, allí el poder o la voluntad de una sola persona las manifestaciones jurídicas que se hagan cualquiera que sea su naturaleza, emanan en último término de la suma y del poder del voto, no unitario sino congregado, porque es sabido que las normas constitutivas de los entes colegiados establecen el número de votos indispensables para tomar una decisión, que en lo común es la mayoría absoluta aunque excepcionalmente para tomar determinaciones de mayor entidad y trascendencia se utiliza una mayoría más calificada.

De acuerdo con lo expuesto, nada encuentra el Consejo de Estado en la actividad realizada por doña María Eugenia Rojas de Moreno Díaz, como delegataria del Concejo Municipal de Bogotá en algunas de las juntas enumeradas en la demanda, que implique el ejercicio de jurisdicción o autoridad civil, política o militar que la hiciera inelegible para el Senado de la República en el período constitucional 1970-1974, según las voces e interpretación del artículo 108 de la Constitución Nacional que sirvió de fundamento a la presente acción.

Se afirma en el libelo también que desde las precitadas juntas la señora de Moreno Díaz ejercía una influencia que se reflejó directamente sobre el electorado y fue factor decisivo en el éxito de su corriente en las elecciones del 19 de abril. Ninguna prueba se trajo al respecto, nada se estableció para de-

mostrar el vínculo entre su actividad en las juntas y su éxito electoral y aún en la hipótesis de que se hubiese traído, esto no demostraría por si mismo que hubiese ejercido autoridad civil o política; lo que ocurre es que en el juego normal de la democracia el mero hecho de ocupar una posición, aún puramente administrativa, crea cierto prestigio que puede influir voluntaria o involuntariamente sobre el electorado, pero sin que de allí pueda surgir ese factor de influencia determinante que la Constitución prohibe, derivado del poder jurisdiccional, civil, político o militar.

Finalmente se advierte que aunque la demanda fue dirigida también contra el suplente de la señora de Moreno Díaz, ninguna prueba se trajo para demostrar presuntas actividades del mismo que lo hicieran inelegible.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo con su Fiscal 1o. colaborador, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

No se accede a las súplicas de la demanda.

Cópiese, publíquese, notifíquese y archívese el expediente.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en la sesión del 29 de septiembre de 1970.

Carlos Portocarrero Mutis
Presidente

Gustavo Salazar T. **Hernando Gómez Mejía**

Alfonso Arango Henao **Enrique Acero Pimentel**

Nemesio Camacho Rodríguez **Alfonso Castilla Sáiz**

Jorge Dávila Hernández **Juan Hernández Sáenz**

Lucrecio Jaramillo Vélez **Alejandro Mendoza Mendoza**

Alvaro Orejuela Gómez **Miguel Lleras Pizarro**

Gabriel Rojas Arbeláez **Rafael Tafur Herrán**

Osvaldo Abello Noguera

Angel M. Camacho Ramírez
Secretario

ELECTORALES

INHABILIDADES. El cargo de Embajador no está comprendido en los enumerados por el artículo 108 de la Constitución Nacional.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Bogotá, D. E., octubre seis de mil novecientos setenta

Consejero Ponente: **Dr. Nemesio Camacho R.**

REF.: Radic. No. 1529. ELECTORAL. Nulidad del Escrutinio General y declaratoria de elección de los Senadores por la Circunscripción Electoral de Cundinamarca, para el período constitucional de 1970 a 1974. Actor: OSCAR JOSE DUEÑAS RUIZ.

En ejercicio de la acción pública electoral, el abogado Oscar José Dueñas Ruíz, obrando en nombre propio formula la siguiente petición ante el Consejo:

"Demando precisamente la declaratoria de elección de Senadores de la República de Colombia por la Circunscripción Electoral de Cundinamarca, corespondiente a las elecciones del 19 de abril de 1970, realizada por los Delegados de la Corte Electoral de pasado 1o. de junio de este año, mediante el Acta General de Escrutinios

Departamentales y la expedición de las respectivas credenciales, específicamente en la parte relacionada con la lista encabezada para el Senado por el Dr. Darío Echandía por no haberse inscrito dicha lista con el lleno de los requisitos legales, ya que el Dr. Echandía no aceptó legalmente su inscripción y, además, el Dr. Echandía estaba inhabilitado constitucionalmente para ser elegido y legalmente no podía ser elegido".

"Solicito que si la nulidad se declara por ilegalidad en la inscripción y en la aceptación del Dr. Echandía, se cancelen las credenciales correspondientes a las personas que integraron dicha lista o sea: Darío Echandía, Jaime Posada Díaz e Indalecio Liévano Aguirre como Senadores Principales y a Germán Zea Hernández, Alfonso Rodríguez González y Pepa Calderón de Lozano como Senadores Suplentes y se expidan en su lugar credenciales nuevas a quienes constitucional, legal y electoralmente les correspondiera para el período constitucional de 1970 a 1974".

"Pido que si la nulidad se declare por ser el Dr. Echandía inelegible o por estar inhabilitado constitucional o legalmente para ser elegido, y no por la razón expuesta en la petición anterior (inscripción o aceptación ilegal), se le cancele la credencial correspondiente a dicha persona y en su lugar se expida nueva credencial a quien constitucional, legal y electoralmente le correspondiere para el período constitucional de 1970 a 1974".

Los hechos de fundamento resumidamente expresan que ante la Alcaldía de Bogotá, se inscribió la lista encabezada por el Dr. Darío Echandía; que a la solicitud de inscripción no se acompañó la constancia escrita y firmada por el Dr. Echandía, cabeza de lista, en la cual manifestara su aceptación; que a la Alcaldía no llegó ningún memorial con la atestación de juramento del Dr. Echandía de pertencer al partido Liberal; que el Dr. Echandía antes del 19 de abril y con posterioridad ha venido siendo funcionario público en su calidad de Embajador de Colombia ante la Santa Sede; que el Dr. Echandía por el hecho de aceptar su postulación para el Senado hizo un acto expreso de intervención en política; que el cargo de Embajador se equipara al de Viceministro.

En el capítulo dedicado a las normas violadas y al concepto de la violación, la demanda señala aquellas que considera infringidas, a saber: arts. 3o. de la Ley 47 de 1946 y 8o. del Decreto 800 de 1947; 2o. de la Ley 39 de 1946 y 11 del Decreto 800 de 1947; 61 y 108 de la Constitución Nacional; art. 2o. del Decreto 1732 de 1960 y 7o. del Decreto 2385 de 1944; y explica las razones en que fundamenta el quebrantamiento de dichas normas, que en conclusión se reducen a dos: primera, que el Dr. Echandía no aceptó y la inscripción es irregular, segunda, que el Dr. Echandía era inelegible constitucional y legalmente.

Surtido el trámite propio y evacuadas las pruebas cuya práctica se solicitó oportunamente, ante las cuales está la Inspección Ocular que el Tribunal Ad-

ministrativo de Cundinamarca, realizó por comisión del Consejo en la Secretaría de Gobierno de la Alcaldía de Bogotá, fue el expediente al señor Fiscal Segundo, Dr. Gilberto Gartner Posada para vista de fondo, quien la ha rendido conceptuando que no puede accederse a decretar las súplicas de la demanda.

Para resolver la Sala CONSIDERA:

La transcripción que de la parte petitoria del libelo se ha hecho atrás, confusa en sus términos, e imprecisa, indica que persigue la prosperidad de dos cargos disímiles y contrapuestos: el primero, dirigido a la propia lista encabezada por el Dr. Darío Echandía que considera inscrita sin el lleno de los requisitos legales, cuya consecuencia, en opinión del actor, sería la de cancelar las credenciales a todos sus integrantes; el segundo, encaminado contra la propia persona del Senador Echandía inhabilitado constitucionalmente para ser elegido motivo por el cual se pide cancelar la credencial correspondiente.

La Sala examinará por aparte cada uno de estos cargos, las pruebas que se acompañaron para fundamentarlos y los motivos de violación de normas constitucionales y legales invocados.

En cuanto al primero se basa en que a la solicitud de inscripción no se acompañó constancia escrita del candidato y firmada por él en la cual manifestara su aceptación. Y que la Alcaldía de Bogotá no recibió atestación del juramento del Dr. Echandía de pertenecer al partido Liberal, aunque reconoce que "llegaron unos cables pero la Ley exige un memorial".

Conviene previamente, para fijar el criterio de la Sala con toda claridad, aludir a las disposiciones contenidas en los artículos 10 y 11 del Decreto 800 de 1947. Dice el primero:

> "La solicitud de inscripción podrá ser hecha por cualquier número de ciudadanos y a ella se acompañará la constancia escrita de la aceptación de los candidatos".

> Y el segundo previene: "Para la inscripción de una lista será necesario hacer mención expresa del partido político por el cual se inscriba, y tanto los que soliciten la inscripción como los candidatos harán ante el respectivo Alcalde, bajo juramento, la declaración de que son afiliados a ese partido".

> "Cuando quienes soliciten la inscripción o los candidatos no se encontraren en el lugar en que aquella deba hacerse, prestarán el juramento ante el Alcalde o ante el Juez Municipal del lugar donde estuvieren, o ante el respectivo funcionario diplomático o consular, y de ello se extenderá la atestación correspondiente al pie del respectivo o respectivos memoriales. En estos casos el memorial o memoriales deberán llegar a la Oficina del Alcalde respectivo antes de terminarse el tiempo señalado para la inscripción, en los artículos 8o. y 9o. de este Decreto".

Por manera que según estas normas cualquier número de ciudadanos puede inscribir una lista acompañando constancia escrita de aceptación de los candidatos quienes harán ante el Alcalde mención del partido político a que pertenecen jurando ser afiliados a él. Consagrándose la excepción de que cuando no se encuentren en el lugar en que tales cosas deban hacerse, el juramento se prestará, para los que se encuentren en el extranjero, ante el respectivo funcionario diplomático o consular, caso este último que es el del Dr. Echandía.

¿Se cumplió para él con lo prescrito en los anteriores ordenamientos legales? La respuesta de la Sala debe ser afirmativa, como se verá enseguida. La lista en cuestión fue inscrita por el señor Jaime Posada en su carácter de Presidente de la directiva de su partido, ante el Secretario de Gobierno de Bogotá (fols. 55 y 91). En el memorial en donde la inscripción fue solicitada se afirma que el Dr. Echandía, actual Embajador en el Vaticano anunció la prestación del juramento ante el Cónsul de Colombia en Roma; y al folio 96 se lee la constancia suscrita por el Secretario de Gobierno de Bogotá, en donde se afirma que la aceptación del Dr. Echandía llegó posteriormente en cable recibido en la Alcaldía el 7 de abril de 1970, es decir, que llegó en tiempo hábil. Igualmente obra la prueba de que el Dr. Echandía prestó ante la encargada de asuntos consulares de la Embajada de Colombia en Roma, el juramento de pertenecer al partido liberal colombiano, diligencia que se cumplió el 6 de abril de 1970.

Tiénese entonces demostrada la ausencia de Bogotá del Dr. Echandía, el cumplimiento por él de los requisitos legales ante funcionario consular en oportunidad, vale decir, antes de terminarse el tiempo señalado para la inscripción de listas de que habla el Decreto 800 de 1947. Puesto que los comicios tuvieron lugar el 19 de abril, el plazo señalado para las inscripciones caducó el 13 del mismo mes. Ante la evidencia de estos hechos suficientemente demostrados en el juicio, el cargo no está llamado a prosperar.

Consiste el segundo cargo en que el Dr. Echandía estaba inhabilitado constitucionalmente para ser elegido porque antes y después del 19 de abril, fecha de las elecciones, era funcionario público en su calidad de Embajador ante El Vaticano. Al aceptar la candidatura hizo un acto político, un acto de intervención activa en la política. El cargo de Embajador se equipara al de Viceministro y en la actualidad el Dr. Echandía está gozando del régimen de prestaciones sociales como Senador principal y del fuero del art. 107 de la Constitución, al tiempo mismo que es funcionario del Estado, con todo lo cual aparece que se violaron los arts. 108 y 61 de la Carta.

Primeramente debe observarse que el primer inciso del art. 108 que señala las causales de inelegibilidad, hace en su inciso primero una enumeración taxativa de los cargos en él comprendidos entre los cuales no está el de

Embajador. Igual cosa hace la primera parte del inciso segundo en forma taxativa también; y en la segunda parte se refiere a todo funcionario que haya ejercido jurisdicción o autoridad civil, política o militar, "en la circunscripción electoral respectiva". Aunque la causal comprende a todo funcionario que haya ejercido en los seis meses anteriores a la elección cargos con jurisdicción o autoridad de cualquier clase, pues la civil, política o militar comprende todos los aspectos de la autoridad estatal, el limitante territorial excluye de la mentada causal a los Embajadores, pues si se acepta que tienen autoridad, cualquiera que sea la naturaleza de ella, se ejercería fuera de los límites del territorio nacional. La razón evidente de esta norma se traduce en evitar al aprovechamiento de la influencia resultante del ejercicio de un cargo con autoridad dentro de la circunscripción electoral respectiva; y no aparece que los Embajadores se hallan comprendidos en tal situación.

Con todo acierto anota el señor Fiscal que la incompatibilidad que se estudia simplemente comprende a las personas enumeradas en la norma citada y no a otras y no debe perderse de vista que el art. 108 aludido es disposición restrictiva que en manera alguna puede aplicarse por analogía ni hacerse extensiva a otros cargos o personas no contemplados en ella.

Por otra parte la Fiscalía considera y en ello está de acuerdo la Sala, que el Decreto 2016 de 1968 que estableció las categorías de los funcionarios en el servicio interno del Ministerio de Relaciones Exteriores y sus equivalencias con las del servicio exterior, tiene aplicación para casos muy distintos al contemplado en este juicio (prestaciones sociales, carrera administrativa, etc.) pero en ningún modo puede pensarse que con base en él se equiparen funciones, dignidades, etc., de unos funcionarios con las de los Embajadores. No prospera, pues, este cargo.

Como evidentemente el cargo dirigido en la demanda contra la propia lista y todos sus integrantes se encuentra desprovisto de todo fundamento y también de pruebas, no es el caso de considerarlo.

Finalmente debe observar la Sala que el demandante en memorial que obra a folio 97 del expediente hizo notar que en la inspección ocular practicada en la Secretaría de Gobierno del Distrito, se constató que los memoriales de aceptación y la atestación de haber jurado de las integrantes de la lista que para Senado de la República encabezaba el doctor Darío Echandía, no tenían expresión alguna en máquina o en letras que indicaran el día exacto en que se presentaron tales memoriales, y que el doctor Julio Alberto Díaz Garavito, Secretario de Gobierno, quien asistió a dicha inspección, envió posteriormente al juicio unas copias en las que se pone día de presentación para los memoriales correspondientes, cuestión totalmente diferente a la vista en la inspección ocular.

Dice el actor que como esta circunstancia puede constituir delito deja al criterio del Consejero sustanciador la toma de determinaciones del caso.

El señor Fiscal Segundo en su vista de fondo, llama la atención sobre el memorial a que se hace referencia y solicita que se compulsen copias de lo pertinente con destino al señor Procurador General de la Nación para lo de su cargo.

Así habrá de ordenarse en la parte resolutiva de la sentencia, ya que el hecho de una presentación de los memoriales en que se aceptaban las postulaciones y se juraba pertenecer al partido liberal, hecha en forma extemporánea, no fue cargo objeto de la demanda, como se vió atrás.

En mérito de lo anterior, 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, de acuerdo con el concepto de su colaborador Fiscal,

FALLA:

1o. NO SE ACCEDE A LAS SUPLICAS DE LA DEMANDA

2o. Por la Secretaría del Consejo envíanse al señor Procurador General de la Nación, para lo de su cargo, copias de esta sentencia y del memorial que obra a folio 97 del expediente.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y archívese el expediente.

Se deja constancia que el proyecto de este fallo fue aprobado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sesión celebrada el día 6 de octubre de 1970.

Carlos Portocarrero Mutis
Presidente

Nemesio Camacho Rodríguez — **Enrique Acero Pimentel**

Oswaldo Abello Noguera — **Alfonso Arango Henao**

Alfonso Castilla Sáiz — **Jorge Dávila Hernández**

Hernando Gómez Mejía — **Juan Hernández Sáenz**

Lucrecio Jaramillo — **Rafael Tafur Herrán**

Alejandro Mendoza y Mendoza — **Alvaro Orejuela Gómez**

Gustavo Salazar Tapiero **Gabriel Rojas Arbeláez**

Angel M. Camacho
Secretario

ELECTORALES

PROCEDIMIENTO EQUIVOCADO. *Consecuencias.* **Cuando a un juicio electoral se le ha dado la tramitación del ordinario de nulidad, no hay lugar a declarar la nulidad de lo actuado, en razón de que el procedimiento ordinario es más amplio que el propio del juicio electoral; a más de lo cual, no está consagrada especialmente en la Ley esta circunstancia como causal de nulidad. De otra parte, si la acción estaba caducada al tiempo de presentarse la demanda, lo procedente en tal caso es declarar la caducidad de la acción y no la nulidad de lo actuado.**

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

(Sesión del día seis de octubre de mil novecientos setenta).

Bogotá, D. E., octubre siete de
mil novecientos setenta

Magistrado Ponente: **Dr. Jorge Dávila Hernández**

El Tribunal Administrativo del Chocó, en sentencia de fecha mayo 5 de 1969, decretó la nulidad de lo actuado a partir del auto que ordenó la corrección de la demanda y que ésta "sea rechazada por haber sido presentada extemporáneamente", poniendo así fin a la primera instancia del juicio instaurado por el Dr. Juan B. Luna Garrido en procura de que se declare nulo el acto por medio del cual la Junta Directiva del Hospital de San Franciso de

Asis de Quibdó en su sesión del 15 de octubre de 1968, nombró al doctor César A. Palacios Martínez como médico director del mencionado establecimiento hospitalario.

La sentencia fué apelada por el demandante, y tramitada la instancia en legal forma procede el Consejo a resolver el recurso.

El Tribunal *a-quo* dictó su fallo con base en los dispuesto por el artículo 209 del C. C. A. que señala un término de diez días para la presentación de la demanda contra un nombramiento, término que había ya precluido a tiempo de incoar la acción el actor en razón de haberse presentado la demanda doce días hábiles después de expedido el nombramiento acusado.

El señor Agente del Ministerio Público conceptúa que una vez admitida la demanda, así no fuera procedente tal admisión, "... lo técnico no era declarar la nulidad de la actuación y rechazarla, sino entrar a declarar la caducidad o prescripción de la acción, por haberse presentado la demanda extemporáneamente", y, en consecuencia, solicita que se modifique el fallo apelado, "declarando solamente la caducidad de la acción".

El señor apoderado del demandante en su alegato de conclusión (fo. 87 y ss.) señala que el acto acusado es violatorio de los artículos 7o. y 14o. de los estatutos que reglamentan las funciones de la Junta Directiva del Hospital de San Francisco de Asís de Quibdó, estatutos que fueron debidamente aprobados por el Ministerio de Salud Pública. En cuando a la caducidad de la acción sostiene el memorialista que este fenómeno no se ha operado como quiera que la acción propuesta es la de nulidad, la cual, de conformidad con el artículo 83 del C. C. A. puede ejercitarse en cualquier tiempo. Así mismo afirma que el Tribunal estaba en la obligación de suspender el acto acusado de conformidad con el artículo 94, ibidem, por implicar "un perjuicio grave que sufre el ordenamiento jurídico organizado".

La Sala considera:

El Tribunal *a-quo* le dió al presente juicio el trámite del ordinario de nulidad, pese a que en la providencia que resolvió la petición sobre suspensión provisinal del acto acusado, señaló que se estaba en presencia de una acción electoral. Ello no obstante, denegó la suspensión provisional no por razón de que esta medida es improcedente en los juicios electorales, conforme lo señala el ordinal 1o. del artículo 98 del C. C. A., sino por no haber probado el demandante el perjuicio derivado del acto acusado, como si se tratara de una acción de plena jurisdicción. A pesar de esa anomalía procesal la Sala considera que no es del caso decretar la nulidad de lo actuado en razón de que el procedimiento ordinario es más amplio que el propio del juicio electoral de nulidad de un nombramiento, a más de lo cual, no está

consagrada especialmente en la Ley esta circunstancia como causal de nulidad.

De otra parte, el Tribunal al encontrar que la acción estaba caducada a tiempo de presentarse la demanda, resolvió declarar la nulidad de todo lo actuado a partir del auto que ordenó su corrección y ordenó rechazarla, cuando, lo procedente en tal caso es declarar la caducidad de la acción, como acertadamente lo hace notar el señor Fiscal colaborador.

En cuanto a lo afirmado por el señor apoderado en torno a que la acción de nulidad no prescribe, de acuerdo con lo previsto en el artículo 83 del C. C. A., debe aclararse que tal precepto no rige en tratándose de la acción electoral de nulidad de un nombramiento, la cual está regulada en el capítulo XX, título 4o. del mismo Código, al cual pertenecen los artículos 191 y 209 que, en su orden, establecen:

> "Art. 191. Los tribunales administrativos conocen en primera instancia y el Consejo de Estado en última, de los juicios referentes a las elecciones de diputados a las asambleas, de concejeros municipales, así como de las elecciones o *nombramientos* hechos por las mismas entidades, o por el gobernador y demás autoridades, funcionarios o *corporaciones del orden departamental,* municipal o de una intendencia o comisaría". (Subraya la Sala).

> Art. 209. Toda demanda en relación con algunas de las acciones concedidas en los artículos anteriores, deberá presentarse ante la entidad competente dentro del término de diez días hábiles a contar del siguiente al en que se verifique el acto por medio del cual la elección se declara. *Dentro del mismo término deberá presentarse la demanda contra un nombramiento,* y en tal caso los diez días se cuentan desde el siguiente a la fecha de la expedición de aquel". (Subraya la Sala).

En el presente caso se tiene que el actor presentó la demanda el día 29 de octubre de 1968, según constancia secretarial visible al folio 30 y como el nombramiento impugnado se produjo el 15 del mismo mes, tal presentación fue tardía de acuerdo con la norma antes transcrita y, así se haga caso omiso de que el Tribunal a quo ordenó devolver el libelo por no haberse expresado lo que se demandaba, corrección que se presentó por el actor el 9 de noviembre de 1968 conforme a constancia secretarial que corre al folio 34 vuelto, fecha esta última que, en rigor, correspondería a la de presentación de la demanda a virtud de lo previsto en el artículo 87 del C. C. A.

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo con el concepto fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA:

Revócase el fallo apelado y en su lugar se declara probada la excepción de caducidad de la acción.

Devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Carlos Portocarrero Mutis

Jorge Dávila Hernández

Enrique Acero Pimentel

Alfonso Arango Henao
Con Salvamento de voto.

Lucrecio Jaramillo Vélez

Nemesio Camacho Rodríguez

Alejandro Mendoza y Mendoza

Alvaro Orejuela Gómez

Rafael Tafur Herrán

Oswaldo Abello Noguera

Gabriel Rojas Arbeláez

Hernando Gómez Mejía
Con Salvamento de voto

Juan Hernández Sáenz
Con Salvamento de voto

Miguel Lleras Pizarro

Gustavo Salazar Tapiero

Angel María Camacho R.
Secretario

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS CONSEJEROS ALFONSO ARANGO HENAO Y JUAN HERNANDEZ SAENZ EN EL FALLO QUE ANTECEDE

I. Es garantía para las gentes y para la incolumidad del orden jurídico institucional que los juicios se tramiten por los procedimientos que de manera expresa y específica les haya señalado el legislador. El linaje constitucional de este principio surge de la simple lectura del artículo 26 de nuestra Carta Fundamental.

II. No existe entonces libertad ni para el Juez ni para los litigantes en la escogencia del trámite que haya de dársele a una demanda. Es la naturaleza concreta del negocio la que determina las formas procesales a seguir para llevar al juicio hasta el punto de que merezca una decisión jurisdiccional

válida y, por lo mismo, con la intangibilidad definitiva que, por regla general, le confiere la Ley a la cosa juzgada.

III. Es evidente, de otra parte, que la competencia del juez para dirimir un proceso está condicionada a que este último se adelante con absoluta observancia de las formas que le sean propias de acuerdo con los preceptos de la Ley procedimental.

Si así no fuese y llegare a pensarse que el juez tiene competencia para decidir un litigio sea cual fuere el trámite que se le haya dado, vendría a prevalecer el capricho de aquel sobre la voluntad del legislador, que se presume sabia, y vendrían a esfumarse la garantía ciudadana concedida por el artículo 26 de la Constitución y los lineamientos fundamentales del orden jurídico establecido por ésta y por las leyes. Todo ello inadmisible, como es obvio.

IV. Corolario forzoso de lo anterior es que el trámite legalmente inadecuado de un proceso conduce a la invalidez de éste por incompetencia de jurisdicción, que es causa de nulidad consagrada tanto por el artículo 113 del Código Contencioso Administrativo como por el artículo 448 del Código de Procedimiento Civil y que resulta inallanable en esta hipótesis por cuanto implica el quebranto ostensible de normas de orden público, como lo son indiscutiblemente las que señalan los ritos que necesariamente han de cumplir al juez, para obrar dentro de su competencia, y los litigantes, para lograr que se les suministre justicia legítima y válida por ende, cuando se trate de seguir un juicio.

V. Las argumentaciones anteriores conducen a encontrar meridiano que en el caso *sub judice*, donde el Tribunal administrativo del Chocó quiso darle a una demanda en que se ejercía la acción electoral el trámite propio del juicio ordinario contencioso administrativo, con la circunstancia adicional de que en ocasiones le daba el tratamiento de asunto de plena jurisdicción y en otras el que corresponde a los de mera nulidad, el proceso adolece de absoluta invalidez, conforme a la causal que consagra el artículo 113, ordinal 1o., del Código Contencioso Administrativo, es decir, incompetencia de jurisdicción, la cual se predica, como quedó visto, cuando el juez o tribunal, potencialmente hábiles para resolver un juicio, no se acomodan en el trámite a los ordenamientos expresos y específicos que regulen la respectiva actuación.

VI . En nuestro parecer ha debido declararse, por lo tanto, la nulidad de todo lo actuado en este expediente a partir del auto admisorio de la demanda, inclusive.

Pero como la Sala prefirió revocar la sentencia recurrida y declarar probada, en su reemplazo, la excepción de caducidad de la acción, tesis que

respetamos profundamente pero no compartimos, dejamos expresadas en este escrito las razones de nuestro disentimiento.

Fecha ut supra.

Alfonso Arango Henao **Juan Hernández Sáenz**

SALVAMENTO DE VOTO

Con todo respeto me aparto de la providencia que con ponencia del H. Consejero Dr. Jorge Dávila Hernández fue aceptada por la mayoría de la Sala Plena, por las razones que brevemente consigno a continuación:

La sentencia acepta que el Tribunal escogió un procedimiento equivocado, pero no llega sinembargo a las consecuencias ineludibles que de ese pensamiento deben emanar. Siendo el procedimiento un problema de orden público no le es dado al juzgador escoger uno cualquiera, así sea el más amplio del juicio ordinario, cuando la Ley ordena un trámite especial para la solución de un determinado conflicto. En el caso discutido el Tribunal ha debido orientar el juicio por la vía del contencioso electoral dada la materia que estaba *sub judice*, sinembargo, optó por el procedimiento ordinario y aunque a la postre llegó a una conclusión verdadera no puede dejarse prosperar el sistema que utilizó.

En mi concepto en el presente juicio se ha incurrido en un defecto procesal y por ello ha debido revocarse la sentencia del Tribunal de instancia e inhibirse el Consejo para tomar una determinación ya que ese es el camino indicado cuando quiera que se observe la ausencia de un presupuesto procesal.

Como es sabido, los presupuestos procesales son las condiciones necesarias del debido proceso, sin ellas el juzgador no puede entrar al fondo del negocio y dictar sentencia de mérito. Cuando se presente la demanda, el juez debe analizar oficiosamente si se reúnen los presupuestos procesales; si falta uno de ellos, debe rechazarla, pero si por cualquier circunstancia no actuó en tal forma, cuando vaya a dictar sentencia debe examinar previamente si se reúnen o no los presupuestos del proceso, y en caso negativo debe inhibirse para fallar. No podría argumentarse en contra que por economía procesal pueden dejarse a un lado los errores cometidos en el debate judicial y fallar para evitar a las partes las incomodidades que entraña una decisión inhibitoria. Lamentablemente muchas veces es necesario tomar el camino que el derecho indica porque no está al arbitrio del fallador quebrar las normas procedimentales en aras de una economía procesal; la Ley ordena que se rinda tributo al debido proceso, así sea en perjuicio transitorio de intereses particulares.

Uno de los presupuestos procesales más conocidos es el de demanda en forma y falta cuando ella no reúne los requisitos que la ley señala para la facción del libelo o cuando el juicio se ha ventilado por una vía procesal inadecuada. Este es el caso presente: no habiendo sido claro el demandante en el señalamiento de la vía indicada para seguir el juicio pero deduciéndose de la parte expositiva de los hechos que su acción tiene un carácter electoral, el juzgador ha debido dirigir el proceso por esa vía que es la adecuada; como no lo hizo, no puede el Consejo entrar a decidir en el fondo sino que ha debido inhibirse como ya se indicó.

Por las anteriores razones considero que el Consejo ha debido revocar la sentencia del Tribunal *a-quo* e inhibirse para una providencia de fondo.

Bogotá, D. E., octubre 8 de 1970

Hernando Gómez Mejía

ELECTORALES

INSCRIPCION DE LISTAS. El hecho de que a las papeletas de votación se agreguen palabras, no puede interpretarse en manera alguna como un cambio de partido político de los candidatos que figuran en las listas inscritas y a cuyo partido éstos juraron pertenecer, ni como una afiliación a un partido nuevo, ya que, por lo demás, son las mismas personas las que figuran tanto en las listas inscritas como en las papeletas.

CUOCIENTE ELECTORAL. Después de la Reforma Constitucional de 1968, este sistema sí es aplicable cuando se trata de elegir dos personas. Artículo 172 de la Constitución Nacional.

JURAMENTO. *De pertenecer a un determinado partido político.* No tiene otro objeto que el de garantizar a los electores el conocimiento del partido político al cual pertenecen los candidatos, a fin de que puedan escoger libremente.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Bogotá, D. E., octubre diez y siete de mil novecientos setenta

Consejero Ponente: Dr. Alfonso Castilla Sáiz

REF.: Exp. No. 1526. Electoral. Juicios Acumulados. Actor: Horacio Ramírez Castrillón y otros.

Por decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado del 24 de Julio del año en curso, fueron acumulados los juicios electorales número 1526, 1510 y 1509 encaminados a obtener la nulidad, en todo o en parte, del Acuerdo número 4 de la H. Corte Electoral sobre declaratoria de elección de Corporaciones Públicas por la Circunscripción Electoral del Quindío para el período 1970-1974, para ser fallados en una misma sentencia. Al suscrito Consejero sustanciador del juicio número 1526 le tocó, en suerte, aprehender el conocimiento de ellos y redactar el proyecto de sentencia correspondiente, según acta de fecha 29 de julio próximo pasado visible a folio 34 del mismo juicio número 1526. A ello se procede por medio de esta providencia.

JUICIO No. 1526.

Es actor en este juicio el doctor HORACIO RAMIREZ CASTRILLON, quien en demanda presentada oportunamente pidió la declaración de nulidad de los "numerales o artículos 1o., 3o., 4o. y 6o. del referido Acuerdo número 4, así: "el artículo 1o. por cuanto en él 'se confirma la Resolución de sus Delegados' por lo (sic) desestimaron la reclamación presentada por el Dr. Horacio Ramírez Castrillón'; el artículo 3o., en cuanto declara la elección de los señores Ancízar López López como Senador Principal y del señor Jesús Antonio Niño Díaz como Senador Suplente, y de los señores: Rogelio González Ceballos y Ramón Buitrago Herrera, como Senadores Principal y Suplente, en su orden. Y, además en cuanto declara la elección de los señores Marcony Sánchez Valencia y Samuel Grisales Grisales, como Representantes a la Cámara, en su calidad de Principal y Suplente, en su orden; y de la señora Lucelly García de Montoya como Representante a la Cámara como Principal y Apolinar Londoño E., como Suplente a la Cámara de Representantes. (En cuanto a la elección para la Cámara de Representantes se busca la anulación del artículo 4o.). Todos ellos por la Circunscripción Electoral del Quindío, y por el 'Partido Liberal' unos y, por el 'partido Liberal Colombiano' otros".

Igualmente se solicita la "rectificación del escrutinio de votos y de los candidatos liberales mediante un nuevo cómputo que excluye a los emitidos a favor de las listas liberales encabezadas por los señores Ancízar López López para el Senado de la República y por los señores Marcony Sánchez Valencia para la Cámara de Representantes", se declare la nulidad de las credenciales expedidas por la Corte Electoral a favor de los mismos señores, y se señale día y hora para la práctica de los nuevos escrutinios, y luego se expidan las credenciales a quienes corresponda.

En cuanto a los hechos, pueden sintetizar así: "El señor Ancízar López López dijo inscribir, e inscribió, aunque en forma irregular unas listas, ante la Alcaldía de Armenia; encabezadas para el Senado de la República por el mismo inscribiente y por el señor Marcony Sánchez Valencia para la Cámara de Representantes, por la Circunscripción Electoral del Quindío, listas inscritas, unas por el 'Partido Liberal' y, otras por el 'Partido Liberal Colombiano'. Y, de pertenecer a este o estos partidos dijeron prestar juramento (auncuando en la realidad todos o algunos de ellos, no lo prestaron en forma legal)".

"Auncuando obran documentos que dan cuenta de la inscripción de las listas a que se hace referencia en el numeral 3o. (el anterior) de estos hechos, es lo cierto que los tales son apócrifos, o apócrifos los elementos o actos que sirvieron a constituirlos o conformarlos, pues las diligencias no se realizaron en la Alcaldía, por el Funcionario competente sino que fueron elaborados por particulares interesados, por fuera de la Alcaldía, sin el lleno de los requisitos legales".

"No obstante los términos de la inscripción verificada por el señor Ancízar López López, de tales listas, a nombre del 'Partido Liberal' o del 'Partido Liberal Colombiano', es evidente y constatable a simple vista que los votos depositados por los electores y contabilizados por la H. Corte Electoral, en los cómputos en favor de tales listas y candidatos se lee, en epígrafe: 'Lista Liberal OFICIAL', lista esta en mi sentir, distinta, para los efectos legales a la inscrita por el señor Ancízar López López, tanto para el Senado de la República como para la Cámara de Representantes por la Circunscripción Electoral del Quindío".

"Luego la Honorable Corte debió de tomar en consideración analizar y establecer si los votos depositados corresponden a las listas inscritas por el 'Partido Liberal' o por el 'Partido Liberal Colombiano' o si, por el contrario (como ocurren en el caso que se estudia) tales votos corresponden a un partido o denominación distinta como es 'Lista Liberal Oficial', tan inexistente para los efectos legales si se le toma como 'Lista Oficial Liberal' como si se la estima o aprecia como 'Lista Liberal Oficial'. Es, pues evidente que los sufragantes por la llamada 'Lista Liberal Oficial' tanto para el Senado de la República como para la Cámara de Representantes, por la Circunscripción Electoral del Quindío depositaron su voto por una lista distinta, no legalmente inscrita, ya que su inscripción ni los candidatos, ni el inscriptor prestaron juramento de pertenecer al Partido Liberal Oficial que por lo demás no existe en Colombia".

El cargo consiste, según la anterior relación de los hechos, en que las listas inscritas para la elección de Senadores y Representantes por el Partido Liberal, lo fueron, por el Partido Liberal las primeras, y por el Partido Liberal Colombiano las segundas, no obstante que las votaciones se contrajeron a una lista denominada "Partido liberal Oficial", aunque las personas eran las mismas. Se afirma en la demanda que por no existir el "Partido Liberal Oficial" y no siendo posible sino votar por las listas inscritas a nombre del "Partido Liberal", los votos emitidos por la lista del "Partido Liberal

Oficial" no pueden escrutarse, resultando así nula la elección hecha por la Corte Electoral por medio del Acuerdo impugnado, respecto de las personas que aparecen formando la lista del "Partido Liberal Oficial".

El actor cita como disposiciones violadas numerosos artículos de las leyes y decretos electorales, y de la Constitución Nacional, y sobre el concepto de la violación se expresa así: "en el caso controvertido no se cumplieron tales exigencias (las de inscripción) respecto de la lista a que se refieren los votos emitidos, y computados por la H. Corte Electoral, pues —repito— que los votos de la 'Lista Liberal Oficial' son distintos o no corresponden a la lista legalmente inscrita, pues la que se dice inscrita en debida forma lo fue a nombre del 'Partido Liberal Colombiano'. De allí el porqué el juramento prestado respecto de una lista, no puede servir legalmente a los fines e intereses de una lista distinta. No importa que los nombres coincidan ya que, como lo tiene establecido la Ley, y la jurisprudencia, lo inscrito y escrutable, y computable no son los nombres sino las listas". Más adelante agrega: "Era, pues obligatoria la inscripción legal de este nuevo partido OFICIAL, o de estas nuevas listas OFICIALES liberales,, al tenor de lo dispuesto en el art. 2o. de la Ley 7a. de 1932 que estableció el requisito de la inscripción, acto sujeto, además por virtud de lo dispuesto en el artículo 2o. de la Ley 39 de 1946 a la solemnidad del juramento".

El actor no solicitó que se practicara ninguna prueba.

Corrido el traslado al señor Fiscal Tercero doctor Eduardo Aguilar Vélez, conceptuó que debían ser negadas las súplicas de la demanda fundándose en que el demandante no aportó ninguna prueba que desvirtuara las afirmaciones del acto enjuiciado "razón por la cual la presunción de veracidad, implícita en todo acto de esta naturaleza debe conservarse en toda su fuerza", pues no se trata en el caso en estudio, "de puntos simplemente de derecho, sino de cuestiones de hecho, que deben ser demostradas".

Agotado el trámite legal ha llegado el momento de decidir lo que son del caso, para lo cual se considera:

Tiene razón la Fiscalía en que por no haberse aportado prueba alguna y por tratarse de cuestiones de hecho, el acto acusado conserva en toda su fuerza la presunción de veracidad a su favor. Sin embargo, la Sala estima conveniente referirse, aunque sea brevemente, a las cuestiones planteadas en la demanda.

Como se infiere de las transcripciones hechas, se hacen dos cargos: uno, el consignado en el hecho 4o. consistente en que los documentos relacionados con la inscripción de la lista "son apócrifos, o apócrifos los elementos o actos

que sirvieron a constituirlos o conformarlos, pues las diligencias no se realizaron en la Alcaldía, por el Funcionario competente sino que fueron elaboradas por particulares interesados, por fuera de la Alcaldía, sin el lleno de los requisitos legales", y el otro consiste en la afirmación de que los votos o las papeletas empleadas por los electores que sufragaron por las listas inscritas a nombre del "Partido Liberal" y del "Partido Liberal Colombiano", tienen un epígrafe que dice "Lista Liberal Oficial", en lo cual ve el actor un cambio de denominación del partido por el cual fueron inscritas esas listas. En cuanto al primer cargo, aparece huérfano de pruebas lo cual exonera a la Sala de demorarse en su estudio y análisis, y en cuanto al segundo, vale la pena observar que, como lo dice la H. Corte Electoral "los nombres que figuran en las papeletas coinciden con los que aparecen en la lista originalmente inscrita, y como quiera que, únicamente quien está inscrito conforme a la Ley recibe los votos que a su nombre se hallen en las papeletas, puede ser declarado electo; condición que reunen los candidatos de la lista liberal inscrita por el doctor Ancízar López López para Senado, Cámara y Asamblea", lo cual quiere decir que la decisión tomada por aquella Corporación se ajustó estrictamente a las disposiciones constitucionales y legales pertinentes.

El hecho de que a las papeletas de votación se les hubiera agregado la palabra "oficial" no puede interpretarse, en manera alguna, como un cambio de partido político de los candidatos que figuran en las listas inscritas y a cuyo partido éstos juraron pertenecer, ni como una afiliación a un partido nuevo, ya que, por lo demás, son las mismas personas las que figuran tanto en las listas inscritas como en las papeletas, según lo expresa la H. Corte Electoral y el propio demandante.

Por lo demás, no debe olvidarse que cuando los partidos se dividen y subdividen en grupos que van tomando diferentes denominaciones, como las de "oficialistas", "revolucionarios", "unionistas", "doctrinarios", etc., no quiere decir que estos grupos y, por consiguiente, las listas de candidatos que se inscriben a su nombre, dejan de pertenecer al partido político por el cual se inscribieron y juraron estar afiliados; y así no es raro encontrar listas que se autocalifican de "oficiales" pertenecientes a grupos que otros llaman disidentes, sin que por todo ello aparezca un nuevo partido político, a menos que así conste expresamente. Esto fué lo que ocurrió en el Quindío; de las diferentes listas inscritas a nombre del Partido Liberal o del Partido Liberal Colombiano, unos resolvieron darle a unas listas el carácter de "oficiales", lo cual, como ya se dijo, no le cambió la filiación política a los candidatos. No debe olvidarse tampoco que "las palabras o frases que se agreguen a los nombres de los candidatos no anulan el voto", según el artículo 32 del Decreto No. 3254 de 1963.

El cargo, pues, no está llamado a prosperar.

JUICIO No. 1510.

Es demandante el doctor Hugo Escobar Sierra y se encamina a obtener la nulidad del mismo Acuerdo número 4 de la H. Corte Electoral respecto de la declaratoria de elección hecha para el Senado y la Cámara de Representantes tanto de liberales como de conservadores, principales y suplentes, por la Circunscripción Electoral del Quindío, "por ser violatorio de la Constitución y de las Leyes en cuanto aplicó indebida y equivocadamente el cuociente electoral y como consecuencia de lo anterior igualmente solicito la rectificación de los escrutinios de las elecciones correspondientes a la circunscripción electoral del Quindío, realizadas el 19 de abril de 1970 para que el H. Consejo de Estado cancele las credenciales que sean del caso y las expida nuevamente a quienes corresponda de acuerdo con las normas sustantivas y adjetivas que rigen sobre la materia".

El actor formula dos cargos. Consiste el primero en que el inciso 3o. del artículo 172 de la Constitución Nacional, no está vigente, por no ser norma constitucional debidamente aprobada, no obstante "que el Presidente de la República al sancionar el Acto Legislativo lo promulgó incluyendo en el texto el artículo 172 de la Constitución al citado inciso 3o., y así se ha publicado oficialmente".

Tal inciso corresponde al art. 50 del Acto Legislativo No. 1 de 1968, es norma nueva, y su texto es el siguiente: "Si se tratare de la elección de solo dos individuos, el cuociente será la cifra que resulte de dividir el total de votos válidos por el número de puestos por proveer, más uno". Y el segundo consiste en que aún aceptando en gracia de discusión que el referido inciso hace parte del artículo 172, él no regía para las elecciones de Senadores y Representantes celebradas el 19 de abril de 1970, por lo cual la aplicación correcta del cuociente electoral en el caso de elección de solo dos personas, es la de dividir por dos y no por tres, como lo hizo la H. Corte Electoral.

Sobre el primer cargo, se expresa así, en síntesis: "La verdad, estudiando meticulosamente la historia del Acto Legislativo número 1 de 1968 es que el mentado inciso 3o. no es norma constitucional, pues en la primera vuelta fue negado expresamente por el Senado de la República en su sesión matinal del viernes 7 de junio de 1968, como consta en los Anales del Congreso No. 48 del martes 25 de junio de 1968, pág. 587, en que aparece publicada el Acta de dicha sesión". Más adelante agrega: "Posteriormente, al tramitarse la segunda vuelta del Acto Legislativo No. 63 de 1966 refundido con otros dos proyectos de la misma naturaleza, se introdujo como modificación, el mismo texto negado en la primera vuelta, concebido en los mismos términos, con idéntica construcción idiomática y con los mismos alcances que tenía cuando mereció el rechazo del Senado de la República. En la historia legislativa de la segunda vuelta no hay mayores explicaciones para la interpretación de esta

norma pues simplemente se procedió a votar en la respectiva Comisión Primera Constitucional del Senado y en la sesión plenaria de la misma Corporación".

Pues bien, sobre este primer cargo, la Sala observa que no es de recibo argumentar que el inciso 3o. del artículo 172 no hace parte de la Constitución Colombiana porque no fue aprobado en dos legislaturas sucesivas, como lo exige el artículo 218 de la misma, desde luego que en el número 32673 del Diario Oficial, correspondiente al 17 de diciembre de 1968, donde aparece publicado el texto del Acto Legislativo Número 1. de tal año, el aludido inciso se encuentra incorporado en el artículo 172. Y basta tener en cuenta que dicho Acto Legislativo lleva las firmas de los Presidentes y los Secretarios del Senado y la Cámara de Representantes, como signo inequívoco de que fue acogido por ambas corporaciones legislativas en ejercicio de su función constituyente; que además se encuentra sancionado por el Presidente de la República con las firmas de los Ministros del Despacho, como es de rigor para el caso; y que, por último, tal estatuto se encuentra debidamente promulgado, para encontrar clarísimo que por los aspectos formal y material, aquel inciso constituye precepto positivo e integrante de nuestra Carta Fundamental, no siendo el Consejo de Estado, por lo demás, competente para decidir sobre el problema planteado. En consecuencia, este cargo no prospera.

En cuanto al segundo, el distinguido profesional, actor en este juicio se expresa así:

> "Por otra parte, y dando de barato que el inciso tercero del artículo 172 de la Constitución hubiese sido aprobado en las dos vueltas, tampoco es aplicable para las elecciones de Senado y Cámara de Representantes realizadas el 19 de abril de 1970". Sostiene el doctor Escobar que de acuerdo con el artículo 2o. de la Reforma Plebiscitaria de 1957, el sistema del cuociente electoral se aplicaba únicamente cuando se trataba de elegir más de dos personas, y que cuando se iba a elegir dos únicamente, se empleaba el sistema de mayorías, lo cual es exacto. Precisamente para corregir las dificultades y problemas que tal sistema provocaba, fué que el Gobierno presentó a la consideración del Congreso el proyecto de Acto Legislativo No. 63 de 1966, que con algunas modificaciones se convirtió en el Acto Legislativo No. 1 de 1968, que constitucionalizó el sistema del cuociente electoral para el caso de la elección de solo dos personas. La tesis del actor en el fondo consiste en que el sistema especial de dividir por tres y no por dos en el supuesto de la elección de solo dos personas consagrado en el inciso 3o., no se aplica para la elección de Senado y Cámara de 1970 sino que para este caso debe aplicarse al parágrafo transitorio del citado artículo, que dice: "En las elecciones para Senado y Cámara que se realicen en el año de 1970, y en las que estas Corporaciones efectúen hasta el 19 de julio de 1974, si hubiera dos o más listas de un mismo partido y los puestos que a éste correspondieran fueren dos o más, se aplicará para adjudicarlos el sistema del

cuociente electoral, pero teniendo en cuenta únicamente los votos emitidos por las listas de tal partido".

En este juicio se hizo parte como impugnador al señor Gustavo Duque Quintero, por intermedio de su apoderado doctor Jaime Angulo Bossa, quien, con fecha 28 de septiembre pasado lo sustituyó en el doctor Alfonso Cepeda Arraut, pero quien oportunamente alegó de conclusión por medio de extenso memorial en que sostiene que el sistema consagrado en el inciso 3o. del artículo 172, no solo es norma vigente, sino que se debe aplicar a las elecciones para Senado y Cámara de Representantes efectuadas el 19 de abril de 1970. En relación con la iniciativa de dividir por tres en el caso de la elección de sólo dos personas y como antecedente histórico trae a cuento que desde la Constitución de 1886 se estableció que cada Departamento elegiría tres senadores; que el artículo 3 del Acto Legislativo No. 1 de 1930, dijo que ninguna circunscripción senatorial "elegiría menos de tres senadores ni más de 9", y que igual mandato contiene el Acto Legislativo No. 1 de 1945, respecto de senadores y representantes, lo cual repitió una vez más el constituyente de 1959, en el Acto Legislativo No. 4 de ese año. A este propósito cita el profesor Tulio Enrique Tascón quien se expresa así: "La prohibición de que ningún Departamento elija menos de tres senadores obedece a la necesidad de garantizar la representación proporcional de los partidos, que solo tiene cabida cuando se trata de elegir más de dos individuos". Más adelante agrega: "Solo después de 1957, como se ha visto, y en virtud de la institucionalización de la paridad entre liberales y conservadores, apareció el número 2, el cual no permitía la aplicación del cuociente electoral, tanto por el propio texto del artículo 172 entonces vigente, cuanto por el 2o. de la enmienda plebiscitaria, en el caso de que cada partido eligiera solo dos senadores o dos representantes. El número tres fue por eso, hasta 1957, el número mágico de la democracia colombiana. No se concebía popularmente, para corporaciones públicas, la elección de solo dos individuos, ni tampoco la aplicación, para ese evento, del cuociente electoral ni aún del voto incompleto".

Agrega el impugnador que en virtud de los artículos 233 y 26 del Acto Legislativo No. 1 de 1968, se disminuyó el mínimo de senadores y representantes que podía elegir cada Departamento a dos, y de ahí que se hubiera ideado la fórmula de dividir por tres, en este caso, y luego dice: "No obstante lo anterior, es claro que el Congreso Nacional al corregir las posibles injusticias de la aplicación del sistema mayoritario en la elección de dos, tampoco quiso, y lo evitó con fortuna, caer en otro extremo posible: el de que la aplicación del cuociente electoral en ese caso se convirtiera igualmente en otra y para práctica inequitativa. En efecto, si lo que se enmendó fue el sistema de la mayoría absoluta para la elección de dos, porque de esa manera se burlaban los derechos de las grandes mayorías —las que se aproximaban a las mayorías—, mal puede afirmarse ahora que el constituyente de 1968 lo

que hizo fue instituir la aberración electoral de que las pequeñas minorías obtuvieran representación a costa del sacrificio de las grandes mayorías. Por esa razón el legislador y el constituyente impidieron que se aplicara el cuociente simple en la elección de dos, pues ello iba contra la razón política, la técnica electoral y, aún más, contra el mismo sentido común y la propia representación proporcional. La innovación de dividir por tres no es otra cosa que la obvia y justa reacción contra los aberrantes y radicales ejemplos o casos en que la aplicación de la mayoría absoluta –ganancia de la totalidad de las dos curules por un solo voto– constituye atentado contra la propia democracia, por una parte, y natural dique contra los términos opuestos; el que una exigua minoría triunfe frente a evidentes, reales y grandes mayorías. Es, simplemente, extraordinaria síntesis lograda por la ciencia político-constitucional de nuestro país en un largo proceso evolucionista en el cual se ha perfeccionado el principio de la representación proporcional".

A lo anterior la Sala agrega:

El argumento de que en las elecciones para Senadores y Representantes verificadas en 1970 no se debía aplicar el inciso 3o. del art. 5o. del Acto Legislativo No. 1 de 1968 (artículo 172 de la Carta), sino el Parágrafo transitorio del mismo artículo, o sea que en el caso de la elección de solo dos personas, para obtener el cuociente electoral se debía dividir por dos y no por tres no es válido si se tienen en cuenta, además de lo dicho anteriormente, estas razones: El Acto Legislativo No. 1 de 1945, para arrancar de ahí este breve comentario, dijo que el sistema del cuociente electoral se aplicaría cuando se fuera a votar por más de dos personas; igual precepto contiene el artículo 2o. de la Reforma Plebiscitaria, pero refiriéndose, como era obvio, al caso de listas de un mismo partido. La paridad, como es sabido, la consagró el Plebiscito hasta el año de 1968, y luego fue prorrogada hasta el año de 1974 por el Acto Legislativo No. 1 de 1959, es decir, por seis años más. En todo este lapso, cuando quiera que se tratara de elegir más de dos individuos, debía aplicarse al sistema del cuociente electoral, y el de mayorías para la elección de dos o uno. Contra el sistema de mayorías para la elección de dos se pronunciaron muy respetables grupos de opinión pues ciertamente en no pocas ocasiones resultaban burlados legítimos intereses de las minorías. Acogiendo este clamor, el Gobierno presentó a la consideración del Congreso el proyecto de Acto Legislativo No. 63 de 1966 por medio del cual se hacía extensivo el sistema del cuociente electoral al caso de la elección de solo dos personas. En la respectiva exposición de motivos se lee lo siguiente: "Artículo 6o. Está destinado a extender las normas de la representación proporcional aún al evento de la elección de dos personas, destruyendo con ello las deformaciones de la opinión electoral que se han dado en llamar 'feudos podridos'. En el Parágrafo se conserva el principio sobre el cuociente electoral para las listas de cada partido que prevee el Plebiscito de 1957".

Así las cosas y después de prolongados e intensos debates, de este proyecto y de las modificaciones, adiciones y supresiones que se le introdujeron en el Congreso, resultó el Acto Legislativo No. 1 de 1968 con el cual se inició lo que ha venido llamándose el "desmonte del frente nacional", por la circunstancia de haberse recortado el período de la paridad para las Asambleas y Concejos Municipales que debía llegar hasta el año de 1974, suprimiéndolo para las elecciones de 1970, pero subsistiendo hasta aquel año para Senado y Cámara de Representantes. Igualmente se consagró allí la aplicación del sistema del cuociente electoral para la elección de dos o más individuos reglamentándolo minuciosamente; esta reglamentación dejó sin vigencia toda la legislación anterior sobre la materia, y para precisar su alcance conviene detenerse aunque sea brevemente a examinar la historia de esta reglamentación.

Las Leyes electorales anteriores a esta reforma ya habían definido lo que debía entenderse por cuociente electoral, o sea la operación de dividir el total de votos válidos por el número de puestos por proveer y cuyo resultado sería el cuociente. El Acto Legislativo de 1968 volvió a definirlo haciéndolo extensivo a la elección de dos o más personas, pero agregó un inciso, el tercero del artículo 50 que es el de que se viene hablando, según el cual cuando se tratare de elegir solamente dos debía dividirse por tres y no por dos como lo indicaba su propia definición, o sea que consagró un cuociente general para cuando se tratara de elegir más de dos personas y uno especial cuando se fuera a elegir solamente dos. ¿Cuál la razón? Según los antecedentes de esta reforma, la iniciativa de aumentar en una unidad cuando se tratara de elegir solo dos personas, no tuvo origen para este específico caso, sino que se propuso para cualquiera que fuera el número de personas a elegir, y fue precisamente un matemático quien la formuló, el doctor Guillermo Gaviria Echeverri, de quien son las siguientes palabras: "El sistema electoral, como se aplica en Colombia, es matemáticamente inconsistente, de lo que se derivan sus dos defectos fundamentales, a saber: a) . Cuando se trata de elegir más de dos personas, el cuociente es excesivo y por ello recarga los requerimientos de las listas con opinión mayoritaria, castigando la disciplina de los partidos y fomentando las disidencias personalistas. Por razón de este alto cuociente cada representante de una lista mayoritaria necesita generalmente el doble de la opinión popular de los disidentes, que normalmente sacan apenas la mitad del cuociente. b. En el caso de solo dos personas a elegir, la inconsistencia matemática del sistema llevó a que el legislador lo eliminara pasando al otro extremo, que es el de proteger en exceso a cualquier mayoría, por pequeña que sea, creándose el sistema de los llamados 'feudos podridos', que predomina especialmente para la elección de Senado". En seguida explica sistema propuesto en la siguiente forma: "El cuociente será el número entero inmediatamente superior al que resulte de dividir el total de votos emitidos por el número de cargos a distribuir más uno. Los cargos se adjudicarán dividiendo primero las listas mayores que el cuociente así obteni-

do, por éste, y colocando luego los residuos en orden descendente, para adjudicar los cargos a los residuos mayores, hasta agotar la provisión de dichos cargos". Refiriéndose al caso de la elección de solo dos personas, dice: "Aplicando el mismo sistema propuesto, se eliminan los 'feudos podridos', causa de problemas electorales, presiones oficiales, maniobras fraudulentas, pues de un solo voto pende todo o nada, al par que se defiende el justo derecho de minorías respetables".

Y si se revisan otros documentos relacionados con los antecedentes de esta reforma, se encuentran también estos mismos y otros argumentos que hacían aconsejable acoger el sistema propuesto para que tuviera aplicación inmediata y no para cuando terminara el sistema de la paridad. Por ejemplo, del informe de la Comisión del Senado que estudió este proyecto, ponencia para segundo debate, es pertinente transcribir lo siguiente: "Nuevo cuociente. El cuociente que establece el referido artículo 9o. se obtiene dividiendo el total de votos válidos por el número de puestos por proveer más uno. La razón de la mecánica del nuevo sistema tiene consistencia matemática y lógica democrática. Al dividir por el número de puestos 'por proveer más uno' se obtiene la reducción del cuociente, que es, precisamente, lo que asegura la representación de las minorías, especialmente cuando se trata de elegir solo dos personas, como ocurre actualmente para Senado (por partido) en Atlántico, Bolívar, Cauca, Córdoba, Chocó, Huila, Magdalena, Meta, Nariño, Norte de Santander, Guajira y Quindío, y para Cámara en Chocó, Meta, Guajira y Quindío. Este sistema, según el inciso final del artículo 9o., será de aplicación inmediata, auncuando la Ley no lo hubiere desarrollado. Esto quiere decir que, de ser aprobado el proyecto, regirá para las elecciones de 1968". Más claro no hay nada.

Y en mensaje dirigido al Congreso por el señor Presidente de la República Dr. Carlos Lleras Restrepo el 20 de julio de 1967, se expresaba así respecto del punto que se viene examinando: "El artículo 9o. del proyecto aprobado por la comisión consagra expresamente el sistema del cuociente electoral para cuando se trate de elegir dos o más individuos en elección popular o en una corporación pública, acogiendo una fórmula ingeniosa según la cual 'el cuociente será el número que resulte de dividir el total de votos válidos por el número de puestos por proveer más uno'. Es esta una fórmula que favorece la representación de las minorías, tal como lo propuso el Gobierno al atender en su proyecto inicial los reclamos y aspiraciones de algunos grupos políticos de la oposición".

No fue acogido, sin embargo, en forma general, la fórmula del doctor Gaviria Echeverri de aumentar una unidad cualquiera que fuese el número de puestos por proveer, sino que se limitó al caso de la elección de solo dos personas, tal como quedó consignado en el tantas veces mencionado inciso 3o. del artículo 50 del Acto Legislativo No. 1 de 1968. El sistema como se

ve, no es propiamente de carácter jurídico, sino matemático, y se encamina a obtener la mayor perfección posible respecto de la representación proporcional, no solo de los partidos cuando desaparezca totalmente la paridad, sino de los grupos en que éstos, en un momento dado, se encuentren divididos. Es muy posible que al aplicarse se pierdan votos, y eso es inevitable; y lo mismo ocurre con cualquier otro sistema. Ahora bien, examinando concretamente los antecedentes del Parágrafo transitorio que se viene comentando, puede observarse que en su estudio y adopción no se tuvo en cuenta para nada la norma del inciso 3o. respecto de la elección de solo dos personas, pues su finalidad fue otra. En efecto, el Parágrafo originalmente principiaba así:

"Mientras esté vigente la regla de la paridad en las corporaciones públicas, si hubiere dos o más listas de un mismo partido y los puestos que a éste correspondieren fueren dos o más etc." Esta redacción según observaba el Dr. Hernán Toro Agudelo se prestaba a interpretaciones equivocadas por lo cual el mismo doctor Toro Agudelo propuso una fórmula o redacción distinta, que al final fue aprobada y que principia así: "En las elecciones para Senado y Cámara que se realicen en el año de 1970, y en las que estas corporaciones efectúen hasta el 19 de julio de 1974, si hubiere dos o más listas etc.". He aquí las palabras del Dr. Toro Agudelo sobre el particular:

> "Pero existe otro problema en el parágrafo transitorio del art. 9o. de este segundo proyecto, que de modo muy general dice que mientras está vigente la regla de la paridad en las corporaciones públicas el sistema del cuociente se aplicará sólo y exclusivamente en el interior de cada partido, y no en relación con todos los votos y respecto a todos los cargos por proveer. Si se conserva la redacción, puede pensarse que como la paridad va a durar hasta 1974 en el Senado y Cámara (según otros artículos del mismo proyecto), y estas son corporaciones públicas, el sistema especial el cuociente aplicable solo dentro de cada partido, seguiría rigiendo aún para la elección de Asambleas y Concejos, en contradicción con el art. 11 también del segundo proyecto, cuya idea, aunque no muy claramente expresada es la de terminar con la paridad en unas y otros desde 1970. Como Colombia es un país de argumentadores, según diagnóstico del Presidente López, y como en materias constitucionales se han oído las más extravagantes interpretaciones que pueden incidir en cuestiones delicadas de orden público, no sobra sino que conviene aclarar y precisar conceptos".
>
> "Pero si el problema que acaba de plantearse parece sutil, esto otro es más serio. Porque el sistema del cuociente aplicado en el seno de un partido, asegurando a cada cual el mismo número de puestos, no sólo es obligatorio en las elecciones populares sino en las que efectúen las corporaciones públicas. Y debido a la generalidad con la que está concebido el parágrafo va a entenderse que, como la paridad rige al menos en dos corporaciones hasta 1974, ese sistema restringido es el único que puede operar no sólo en el Senado y Cámara, sino también dentro de los Concejos y Asambleas, que ya no serán paritarios desde 1970, lo que no solo

perpetúa la paridad para elecciones que realicen estos últimos cuerpos colegiados, sino que excluye por lo mismo a los nuevos partidos, que tuvieren acceso a ellos, de su debida participación en las resultas de tales actos".

Por lo mismo consideramos que el parágrafo transitorio del art. 9o. quedaría más preciso en su texto e intenciones si su redacción inicial fuera así: 'En las elecciones para Senado y Cámara que se realicen en el año de 1970 y en las que estas corporaciones efectúan hasta el 19 de julio de 1974, si hubiere dos o más listas de un mismo partido . . .' Así, la aplicación del cuociente restringido al seno de los mismos partidos se localiza exacta y claramente en los únicos casos en que tendrá operancia en el futuro, sin dejar cabos sueltos".

Como se vé, este Parágrafo transitorio se ideó para resolver un problema concreto muy diferente al que contemplaba el inciso 3o., siendo evidente por todo ello que la fórmula de dividir por tres cuando se trate de elegir solo dos personas consagradas en el referido inciso 3o., no tiene relación o conexión alguna con el parágrafo transitorio comentado.

En síntesis, a partir de la reforma constitucional de 1968, el sistema del cuociente electoral tal como lo prevee el artículo 50 del Acto Legislativo No. 1 de ese año, artículo 172 de la Carta, debe aplicarse en toda elección en que se vaya a elegir dos o más personas, trátese del régimen de la paridad o del de libertad de los partidos, principiando en las elecciones de 1970, con esta modalidad: cuando se trate de elegir más de dos personas el total de votos válidos emitidos se divide por el número de puestos por proveer, pero cuando se trate de elegir solamente dos personas, la división deberá hacerse por el número 3.

Todo lo cual lleva a la conclusión de que la H. Corte Electoral aplicó correctamente el sistema del cuociente electoral en la declaración de elecciones hechas por medio del Acuerdo No. 4 impugnado en este juicio, correspondiente a la Circunscripción Electoral del Quindío para el período de 1970-1974.

El señor Fiscal 2o. de la Corporación doctor Gilberto Gartner Posada es de parecer que deben negarse las súplicas de la demanda, pues considera legalmente que la H. Corte Electoral aplicó debidamente el cuociente electoral.

No prospera, pues, este cargo.

JUICIO No. 1509.

Invocando la acción pública electoral, la demanda que Hugo Palacios Mejía presentó ante el Consejo de Estado, se encamina a obtener la anulación del Acuerdo No. 4 del 27 de mayo de 1970 de la H. Corte Electoral "en

cuanto dicho Acuerdo viola las normas constitucionales sobre cuociente electoral, y en cuanto declara la elección de los señores Jesús Ocampo Osorio y Arcesio Benavides como Representantes a la Cámara, principal y suplente, en su orden, por el partido conservador de la circunscripción electoral del Quindío y para el período constitucional 1970-1974".

Pide la demanda, además, que como consecuencia de la anulación solicitada el Consejo de Estado, declare elegidos Representantes a la Cámara, por el Partido Conservador en la Circunscripción Electoral del Quindío para el período 1970-1974, "a quienes corresponda, según la recta aplicación de la Constitución y la Ley y expida las credenciales del caso".

En subsidio de la primera petición demanda el actor la nulidad del Acuerdo No. 4 ya mencionado en cuanto declara la elección del señor Jesús Ocampo Osorio, como Representante a la Cámara, principal, por el partido conservador (ANAPO) de la circunscripción electoral del Quindío.

Con la demanda se acompañaron los siguientes documentos: a) copia auténtica del Acuerdo No. 4 de 1970 de la H. Corte Electoral.

b. Copia auténtica de las Actas de inscripción, juramento y aceptación de todos los candidatos de las listas encabezadas por Silvio Ceballos para el Senado, y Hugo Palacios Mejía, para la Cámara.

c. Copia auténtica de las Actas de juramento y aceptación del señor Jesús Ocampo Osorio, y constancia de su presentación extemporánea.

d. Certificado del señor Alcalde de Armenia sobre la forma y la fecha en la cual tuvieron lugar las diligencias de aceptación y juramento del señor Jesús Ocampo Osorio y de otros candidatos; y

e. Copia auténtica de las credenciales de los señores Jesús Ocampo Osorio y Arcesio Benavides.

Dos son los cargos que se hacen para solicitar la nulidad del Acuerdo No. 4, a saber:

1o. Que la H. Corte Electoral no aplicó en forma correcta el art. 172 de la Constitución porque para obtener el cuociente electoral debió haber dividido el total de votos conservadores por 2, ya que ese es el número de Representantes Conservadores que según el Decreto 076 del 21 de enero de 1970, corresponden al Departamento del Quindío. La Corte, dividió el total de votos conservadores (33.156) por 3 y obtuvo un cuociente de 11.052 votos. Así, adjudicó el primer puesto a la lista encabezada por el señor Víctor Norbelly Torres por cuociente. "Como el residuo de dicha lista (4.968 votos) aparecía mayor que la votación de la lista encabezada por

Hugo Palacios Mejía (4.086 votos), adjudicó también el segundo puesto a la lista del señor Torres y procedió en consecuencia a declarar electos a los señores Jesús Ocampo Osorio y Arcesio Benavides como principal y suplente, respectivamente".

El segundo cargo que formula el demandante es el de que el señor Jesús Ocampo Osorio no se presentó a la Alcaldía de Armenia a aceptar su candidatura y a jurar cuál era su filiación política el día 13 de abril antes de las 6 de la tarde sino el día 14 en las horas de la mañana. Dicho señor pidió al Secretario del Alcalde los documentos relacionados con la inscripción de su lista y procedió a firmar la aceptación y el juramento respectivos. "El señor Ocampo Osorio aprovechó los formularios que el Alcalde había firmado el día anterior, y en los cuales no había más vacío que el de su firma, completándolos en la forma dicha".

Abierto el juicio a pruebas fueron recibidas declaraciones a los señores Rodrigo Velásquez Betancur, César Hoyos Salazar y Noé Bedoya Pava, quienes afirmaron que el señor Ocampo Osorio se presentó ante el Alcalde de Armenia el día 14 de abril de 1970, a las 10 a.m. a firmar las diligencias de aceptación de su candidatura como Representante a la Cámara y de juramento sobre su filiación política.

Lo anterior está corroborado por la certificación expedida por el Secretario General de la Alcaldía de Armenia, que obra a folio 15 del expediente Y por la diligencia de juramento "para aceptación de candidatura al Senado, a la Cámara, a la Asamblea Departamental o al Concejo Municipal, (folio 36 del cuaderno de pruebas de la parte opositora). Surtidos los trámites legales, el demandante Palacios Mejía alegó de conclusión para reiterar las solicitudes de su demanda. El Fiscal 1o. del Consejo en su concepto de fondo no se refiere sino al primer cargo de la demanda, es decir, a la presunta violación del artículo 172 de la Constitución Nacional que dice:

"Si se tratare de la elección de solo dos individuos, el cuociente será la cifra que resulte de dividir el total de votos válidos por el número de puestos por el proveer, más uno."

Considera la Fiscalía que este cuociente a que se refiere el inciso del art. 172 de la C.N. no era aplicable para las elecciones celebradas el 19 de abril de 1970 y que por consiguiente, debe accederse a la petición principal de la demanda, sin que sea, por lo mismo, necesario estudiar las peticiones subsidiarias.

La Sala entra a estudiar los dos cargos de la demanda del señor Palacios Mejía así:

Primer Cargo.

En cuanto al primero, al estudiarse el juicio 1510 inmediatamente anterior, en que se plantea idéntico cargo, ya se examinó detenidamente este punto por lo cual no se considera necesario repetir aquí las razones que se acaban de exponer en este mismo fallo. Solo que el señor Fiscal 1o. de la Corporación, doctor Carlos Ramírez Arcila, no comparte esta tesis, a diferencia del señor Fiscal 2o. Dr. Gilberto Gartner Posada, que si la comparte.

Segundo Cargo.

En cuanto hace al segundo cargo, es decir, el de que el señor Ocampo Osorio no firmó la diligencia de aceptación de su candidatura como Representante a la Cámara y no juró que pertenecía al partido conservador sino el día martes 14 de abril a las 10 de la mañana, *se considera:*

El art. 3o. de la Ley 47 de 1946 establece que la inscripción de las listas de Senadores, Representantes y Diputados se hará en las Alcaldías de la capital del respectivo círculo o circunscripción electoral, antes de las 6 de la tarde del día lunes inmediatamente anterior al de las elecciones.

El art. 5o. de la Ley 187 de 1932 estatuye que si después de presentar una lista renunciaren alguno o algunos de los candidatos que la forman, o por cualquier causa justa hubieren de cancelarse sus nombres de esta lista, podrán reemplazarse por el grupo o partido interesado hasta las seis de la tarde del día miércoles inmediatamente anterior al domingo en que deben verificarse las elecciones, (en este caso el miércoles 15 de abril).

Es lógico que si este evento se presenta, los candidatos reemplazantes están obligados a jurar que pertenecen a determinado partido político, y tienen un plazo para ello hasta las seis de la tarde del miércoles anterior al domingo en que deben verificarse las elecciones.

El Consejo ha venido sosteniendo la tesis de que los candidatos que no acepten y presten el Juramento respectivo sobre su filiación política oportunamente, no adquieren la capacidad jurídica para recibir eficazmente los votos y la aptitud para ser escrutados y para que se haga la respectiva declaración de elección, especialmente respecto de las elecciones que se verifiquen durante el período de la paridad consagrado en la Reforma Plebiscitaria, porque dentro de él solamente pueden elegirse personas afiliadas al partido liberal y al partido conservador, por lo cual es indispensable que se sepa con la debida anticipación a qué partido pertenecen los candidatos que se presenten al debate electoral. Esta tesis no se modifica ahora, más sí conviene precisar que se entiende al decirse "oportunamente", porque en el caso en estudio pueden presentarse varias hipótesis, a saber: la del candidato

o candidatos que cumplen este requisito antes de las 6 de la tarde del lunes inmediatamente anterior a la elección, como lo dice textualmente la Ley; la de quienes lo hacen después de las 6 de la tarde del lunes sin pasarse de las 6 de la tarde del miércoles siguiente; y la de quienes lo cumplen después de esa fecha y hora.

Con los de la primera hipótesis no hay ningún problema, como es obvio, pero con los de la segunda cabe anotar que de acuerdo con el artículo 5o. de la Ley 187 de 1932, que se acaba de citar, "si después de presentada una lista renunciaren alguno o algunos de los candidatos que la forman, o por cualquier causa justa hubieren de cancelarse sus nombres de esta lista, podrán reemplazarse por el grupo o partido interesado hasta las 6 de la tarde del día miércoles inmediatamente anterior al domingo en que deben verificarse las elecciones", lo cual quiere decir, que para los candidatos reemplazantes el término vence el miércoles anterior a la elección a las 6 de la tarde. Ahora bien, si la misma Ley considera que hasta ese día y esa hora puede cumplirse válidamente este requisito por determinadas personas, es porque queda garantizado para los electores, y conocido oportunamente, el hecho de la filiación política de los candidatos, porque no debe olvidarse que la institución del juramento por parte de los candidatos no tiene otro objeto que el que los electores sepan oportunamente a qué partido político pertenecen todos los candidatos en juego a fin de que puedan escoger libremente, Entonces, si esto es así, no se ve por qué si un candidato inscrito debidamente el lunes antes de las 6 de la tarde que por uno u otro motivo no se presentó antes de esa fecha y hora a prestar el juramento, no lo pueda hacer válidamente al día siguiente e inclusive hasta el miércoles a las 6 de la tarde, como lo pueden hacer los reemplazantes. Lo contrario sería extremar la interpretación exegética de la Ley hasta un punto realmente exagerado.

En consecuencia, estando probado que el señor Jesús Antonio Ocampo Osorio aceptó y prestó el juramento de rigor el martes 14, anterior al domingo 19 de abril en que se verificaron las elecciones, tal requisito fue cumplido válidamente, y el cargo, por consiguiente, no puede prosperar.

En mérito de lo expuesto la SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CONSEJO DE ESTADO, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, oído el concepto de los fiscales colaboradores que intervinieron en este juicio,

FALLA:

No se accede a decretar las peticiones contenidas en las demandas mencionadas en la parte motiva de este fallo, propuestas en su orden por los doctores: HORACIO RAMIREZ CASTRILLON, HUGO ESCOBAR SIERRA y HUGO PALACIOS MEJIA.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Este fallo fué aprobado por la Sala en su sesión verificada el 13 del corriente mes y año.

Carlos Portocarrero Mutis.
Enrique Acero Pimentel.
Nemesio Camacho Rodríguez.
Hernando Gómez Mejía.
Lucrecio Jaramillo Vélez.
Alejandro Mendoza y Mendoza.
Gabriel Rojas Arbeláez.
Rafael Tafur Herrán.
Osvaldo Abello Noguera.
Alfonso Arango Henao.
Alfonso Castilla Sáiz.
Juan Hernández Sáenz.
Miguel Lleras Pizarro.
Alvaro Orejuela Gómez.
Gustavo Salazar Tapiero.
Jorge Dávila Hernández.

Angel María Camacho Ramírez
Secretario

ELECTORALES

PRESENTACION DE LA DEMANDA. *Ante el juez de mayor categoría.* **Si bien es cierto que en el año de 1945 el Consejo de Estado sostuvo que el juez de mayor categoría lo era el juez 1o. civil del Circuito o en su defecto el juez 1o. civil municipal, por cuanto los Tribunales no están comprendidos en la denominación especial de juzgado, esta interpretación del artículo 212 del C.C.A., es demasiado literal y restrictiva. Tanto los Tribunales como el Consejo de Estado y la Corte forman parte de la Rama Jurisdiccional del Poder Público y por tal motivo, aunque colegiados, a éllos puede y debe dárseles el calificativo de jueces y si además, se tiene en cuenta que la jurisdicción contencioso-administrativa es la competente para conocer de los juicios electorales, no cabe la menor duda de que una demanda de esta clase presentada ante el Consejo de Estado, lo fue ante el juez de mayor categoría del lugar de residencia del demandante, tal como lo previene el artículo 125 del C.C.A., en concordancia con el artículo 212** *ibidem.*

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

(Auto aprobado en la sesión plenaria del día veintiuno de octubre de mil novecientos setenta).

Bogotá, D. E., octubre veintidós de
mil novecientos setenta

Consejero Ponente: **Dr. Carlos Portocarrero M.**

REF.: Expediente No. 1642.
Electoral.
GUSTAVO OROZCO LONDOÑO.

Con fecha 20 de agosto del corriente año, el Tribunal Administrativo de Risaralda decidió "no aceptar la demanda electoral presentada por el Dr. Gustavo Orozco Londoño por extemporánea, deficiente y falta de técnica".

Contra esta providencia interpuso el actor el recurso de apelación, el cual, debidamente sustanciado se entra a resolver, previas las siguientes consideraciones:

La extemporaneidad y deficiencia de la demanda la hace consistir el Tribunal:

1o. En que no fue presentada ante el juez de mayor categoría (cuando el demandante no reside en el mismo lugar de asiento del Tribunal) y, considera el *a-quo* que aquel funcionario, según vieja jurisprudencia del Consejo de Estado (cita dos fallos del año de 1945) es el Juez 1o. Civil del Circuito.

2o. Que el demandante, para cumplir con lo dispuesto por el art. 211 del

C.C.A. ha debido acompañar copia del acto acusado o en su defecto, solicitar que sea pedida por el Tribunal exponiendo claramente que en su oportunidad la había solicitado, pero no le había sido entregada.

Respecto al primero de los puntos anotados observa la SALA que si bien es cierto que en el año de 1945 el Consejo de Estado sostuvo que el Juez de mayor categoría lo era el Juez 1o. Civil del Circuito o en su defecto el Juez 1o. Civil Municipal, por cuanto los Tribunales no están comprendidos en la denominación especial de Juzgado, esta interpetación del artículo 212 del C. C. A., es demasiado literal y restrictiva.

Tanto los Tribunales, como el Consejo de Estado y la Corte forman parte de la Rama Jurisdiccional del Poder Público y por tal motivo, aunque colegiados, a éllos puede y debe dárseles el calificativo de jueces y si además, se tiene en cuenta que la jurisdicción contencioso-administiva es la competente para conocer de los juicios electorales, no cabe la menor duda DE que una demanda como a la que alude el auto apelado, presentada ante el Consejo de Estado, lo fue ante el juez de mayor categoría del lugar de residencia del demandante, tal como lo previene el art. 125 del C. C. A., en concordancia con el art. 212 *ibídem.*

Sobre el particular el concepto del señor Fiscal 2o. del Consejo es el siguiente:

"La Fiscalía no comparte el criterio del Tribunal a este respecto. No obstante la muy respetable jurisprudencia del H. Consejo de Estado en que se apoya el *a-quo* para no admitir la demanda, considera el suscrito Fiscal que es hora de revaluar esta doctrina. Ya el propio Consejo de Estado, en fallo reciente y en relación con un caso que puede considerarse análogo atemperó el rigor de la doctrina anterior, al declarar que un poder puede ser presentado ante un funcionario distinto a un Juez, como por ejemplo ante un Notario. Dice así este reciente fallo:

"'La exigencia de la presentación personal ante el Juez, busca una atestación oficial sobre la identidad del mandante, para evitar posibles suplantaciones de personas en asunto tan delicado como es el promover juicios'.

"Y en otro aparte de la providencia mencionada dice:

"'Se trata, pues, solamente de establecer que quien suscribe el poder como mandante es la misma persona que comparece ante el funcionario público para que de testimonio de tal hecho' (Auto de 17 de febrero de 1970, Consejero Ponente: Dr. Jorge de Velasco Alvarez).

"Con la providencia anterior se ve claramente que la jurisprudencia anterior a este fallo ha quedado revaluada y es que no se comprende cómo un Juez pueda dar fe de que una persona es la misma que suscribe una demanda para 'evitar posibles suplantaciones de persona en asunto tan delicado como es el promover juicios' y no puede dar fe de ese hecho el más alto Tribunal Contencioso Administrativo, como en el caso *sub-lite*. En casos como el presente sí se puede pensar como lo insinúa el Tribunal de Risaralda, que se está sacrificando el Derecho a la fórmula'.

"Considera pues la Fiscalía que no ha debido rechazar esta demanda por este motivo".

En relación con el segundo aspecto planteado, considera la SALA que el Tribunal interpretó con excesivo rigorismo el art. 211 de la Ley 167 de 1941. El demandante solicita del Tribunal "que se sirva pedir copia auténtica del Acuerdo No. 013 de 13 de Julio de 1970, a la Corte Electoral, a Bogotá, antes de la admisión de la presente demanda, por cuanto no se me ha expedido copia autenticada de dicho acto por esa Corporación".

Mientras no se demuestre lo contrario, es de presumir la buena fe de quien suscribe una demanda y cuando éste manifiesta, como en el presente caso, que no se le ha expedido copia auténtica del acto acusado, lo hace por dos razones: o bien, la solicitó por escrito o verbalmente y su solicitud no fue atendida o, tal como lo expresa el recurrente en su alegato de sustentación

del recurso, que se dirigió a la H. Corte Electoral "por conducto de la Registraduría Nacional del Estado Civil, el sábado 25 de Julio de 1970, último día hábil según la Ley para demandar ante el H. Tribunal Administrativo de Risaralda el acuerdo No. 013 en lo referente a Concejo Municipal de Pereira, y encontré con sorpresa que esta entidad no tenía despacho el mencionado día, que era de trabajo o hábil en todas las demás oficinas del país. Por lo tanto me fue imposible obtener la copia auténtica de dicho acuerdo en un día hábil general, que fue el mismo en que presenté la demanda ante el H. Consejo de Estado por no residir en el lugar sede del Tribunal donde debía presentarse".

Al respecto el señor Fiscal 2o. del Consejo se expresa así:

> "Considera la Fiscalía que tampoco ha debido rechazarse la demanda por este motivo. En efecto, en sentencia del 16 de junio de 1955 dijo el H. Consejo de Estado lo siguiente:
>
> "'...si lo anterior es cierto como principio universal de derecho aplicable a la justicia ordinaria, con mayor razón lo es en la jurisdicción contencioso-administrativa en la cual al demandante, si bien se le exige presentar con la demanda copia hábil del acto que se acusa, *se le confiere también la especialísima garantía de que basta su simple afirmación de que no le ha sido posible obtener dicha copia,* para que ésta se solicite de modo oficioso por el Tribunal de instancia'" (lo subrayado es del Fiscal).
>
> "Lo anterior es suficiente para conceptuar que el Tribunal no ha debido inadmitir la demanda por este motivo máxime si se tiene en cuenta que ya el mismo Tribunal había solicitado dicha copia (fol. 14) y dicho documento llegó oportunamente al Tribunal".

La SALA comparte las consideraciones del señor Agente del Ministerio Público y agrega que como por otra parte fue regularmente presentada, era del caso darle aplicación a lo dispuesto por el art. 127 del C. C. A.

Finalmente y en cuanto dice relación a la tacha que el Tribunal hace a la demanda, por falta de técnica, tacha que fundamenta en que en aquélla se hace una imputación genérica de cargos, considera la SALA suficiente transcribir lo que al respecto conceptúa el Fiscal 2o. del Consejo, por compartir totalmente sus apreciaciones:

> "Tampoco comparte la Fiscalía las apreciaciones del Tribunal en relación con este punto. En efecto, en la página 3 del escrito de demanda y bajo el capítulo, 'Motivos de Anulación' el actor determina, taxativamente, las mesas que solicita sean anuladas.

"A folios 3, 4, 5 y 6 del expediente y bajo el capítulo 'Irregularidades', el actor, en forma separada va señalando cuáles son en su concepto las irregularidades cometidas en los comicios próximos pasados, entendiéndose que se refieren tales irregularidades a las cometidas en las mesas por él señaladas: veamos así que los hechos constitutivos de irregularidades los hace consistir el doctor Orozco en: '1o.) Irregularidades en la votación de ciudadanos inscritos'. Bajo ese epígrafe el actor sostiene que en las mesas por él determinadas votaron ciudadanos que no habían cumplido con el requisito de la inscripción prescrita por el artículo 1o. del Decreto 3254 de 1963, y más adelante señala (fols.4) otros hechos irregulares, según él suficientes para 'producir la exclusión de votos del cómputo general'.

"A folio 5 bajo el título 'II irregularidades en la votación de Mesas especiales o Mixtas'. También detalla el Dr. Orozco Londoño las irregularidades que en su concepto se presentaron en dichas mesas.

"Por último se ve a folio 6 de las 'III Irregularidades en las Mesas de Votación comunes o de cupo numérico para hombres o mujeres'. El actor señala con precisión en qué consistieron tales irregularidades".

Por las razones expuestas la SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CONSEJO DE ESTADO,

REVOCA

el auto apelado y en su lugar DISPONE,

Devolver el negocio al Tribunal *a-quo* para que éste de aplicación a lo dispuesto en el art. 218 del C. C. A.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Osvaldo Abello Noguera **Carlos Portocarrero M.**

Alfonso Arango Henao **Eduardo Aguilar Vélez**

Alfonso Castilla Sáiz **Nemesio Camacho R.**

Hernando Gómez Mejía **Jorge Dávila Hernández**

Lucrecio Jaramillo Vélez **Juan Hernández Sáenz**

Humberto Mora Osejo **Miguel Lleras Pizarro**

Gabriel Rojas Arbeláez **Alvaro Orejuela Gómez**

Rafael Tafur Herrán **Gustavo Salazar Tapiero**

Angel Ma. Camacho R.
Secretario

ELECTORALES

CARGA DE LA PRUEBA. *En los juicios electorales donde se impugna la elección de un senador por carecer de los requisitos exigidos por el artículo 94 de la Constitución.* **Corresponde la carga de la prueba al actor, háyase o nó presentado opositor.**

SALVEDAD DE VOTO a la tesis anterior.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Bogotá, noviembre diez y seis de
mil novecientos setenta

Consejero Ponente: **Dr. Alfonso Castilla Sáiz**

REF : No. 1533. Electoral.
Actor: FRANCISCO FERRER CASSIANI .

El abogado Francisco Ferrer Cassiani, obrando en su propio nombre demandó oportunamente ante esta Corporación la nulidad del "acto por el cual los señores Delegados de la H. Corte Electoral declararon elegido Senador de la República al señor don Francisco Salazar Castro para el lapso 1970-1974, como suplente, por la circunscripción electoral de Cundinamarca, de la lista encabezada por el ciudadano Gregorio Duarte Jiménez

como principal, por el partido liberal (Alianza Nacional Popular), y se cancele la respectiva credencial".

Pidió igualmente que, como consecuencia de la declaración de nulidad impetrada, "el Consejo de Estado declare senador suplente en esta lista al abogado Dr. Francisco Ferrer Cassiani y ordene expedirle la correspondiente credencial".

Como fundamentos de la demanda, relató los siguientes hechos:

"1o. El día trece de abril de 1970 los señores Alberto Zalamea Costa y otros, a las 11:30 a.m., inscribieron ante la Alcaldía mayor de Bogotá, D.E. la lista de senadores o candidatos para el Senado de la República, por el Partido Liberal –Alianza Nacional Popular–, por la circunscripción electoral de Cundinamarca, para el período constitucional de 1970 a 1974, lista integrada así:

"PRINCIPALES	*SUPLENTES*
GREGORIO DUARTE JIMENEZ	FRANCISCO SALAZAR CASTRO
ALFONSO ROMERO AGUIRRE	FRANCISCO FERRER CASSIANI
MIGUEL ANTONIO MONDRAGON	HERNANDO BEDOYA.

"2o. El debate eleccionario se cumplió el 19 de abril de 1970.

"3o. De la referida lista, los Delegados de la H. Corte Electoral declararon elegidos Senadores por la Circunscripción Electoral de Cundinamarca 'para el período de 1970 a 1974 a los siguientes ciudadanos: LISTAS LIBERALES: de la lista encabezada por Gregorio Duarte Jiménez, PRINCIPALES: GREGORIO DUARTE JIMENEZ, SUPLENTES: FRANCISCO SALAZAR CASTRO', según reza la copia autenticada que acompaño".

"4o. Esa declaración fue hecha, en un solo acto, con fecha dos y tres de junio de mil novecientos setenta (1970)".

"5o. El ciudadano Francisco Salazar Castro, quien dice ser arquitecto, carece del título universitario, y no ha desempeñado ninguno de los cargos que relaciona el artículo 94 de la Constitución Nacional".

"6o. Al ciudadano Francisco Salazar Castro se le expidió y entregó la credencial del caso".

"7o. El ciudadano Francisco Salazar Castro, por no tener título universitario, jamás ha ejercido profesión alguna ni mucho menos la de arquitecto".

"8o. La Ley reglamentaria del ejercicio de las profesiones de ingeniería y arquitectura (Dec. 1782 de 1954) requiere que el profesional debe estar matricula-

do en el Consejo Profesional de Ingeniería y Arquitectura, con sede en Bogotá, o en los Consejos Profesionales Seccionales de Ingeniería y Arquitectura, que funcionan en las capitales de Departamento".

"9o. El ciudadano Francisco Salazar Castro no aparece matriculado en ninguno de los Consejos Profesionales de Ingeniería y Arquitectura, como reza el certificado que adjunto, expedido en Bogotá el 9 de junio de 1970".

Como disposiciones violadas citó el artículo 94 de la Constitución Nacional, e invocó diversos artículos del Código Contencioso Administrativo. Sobre el concepto de la violación se expresó así: "Consiste en que el ciudadano Francisco Salazar Castro no reúne ninguna de las calidades o condiciones para ser elegido Senador de la República, salvo la de ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio y tener más de treinta años de edad en la fecha en que fue declarada su elección de conformidad con el artículo 94 de la Constitución Nacional. Y especialmente no ha desempeñado el cargo de profesor universitario por cinco años a lo menos, ni ha ejercido una profesión con título universitario por igual tiempo".

No observándose causal de nulidad, se procede a fallar, para lo cual se considera:

La Disposición constitucional que el actor considere quebrantada por el acto acusado, es el artículo 94 de la Constitución Nacional, según el cual para ser elegido Senador de la República se necesitan los siguientes requisitos:

1o. Ser Colombiano de nacimiento;

2o. Ser ciudadano en ejercicio;

3o. Tener más de treinta años de edad;

4o. Haber desempeñado uno cualquiera de los siguientes cargos:

a. Presidente de la República;

b. Designado;

c. Miembro del Congreso;

d. Ministro del Despacho;

e. Jefe de Departamento Administrativo;

f. Jefe de Misión Diplomática;

g. Gobernador de Departamento;

h. Magistrado de la Corte Suprema de Justicia;

i. Consejero de Estado;

j. Magistrado de Tribunal Superior;

k. Magistrado de Tribunal Contencioso Administrativo;

l. Procurador General de la Nación;

m. Contralor General de la República;

n. Profesor Universitario por cinco años a lo menos;

ñ. Haber ejercido por cinco años a lo menos, una profesión con título universitario.

5.' No haber sido condenado por sentencia judicial a pena de presidio o prisión, salvo condena por delitos políticos.

El señor Francisco Salazar Castro, por intermedio de apoderado se constituyó parte impugnadora, y tanto éste como el actor solicitaron las pruebas que cada uno consideró pertinente y, con las que se practicaron, se probaron los siguientes hechos:

a. Que el señor Francisco Salazar Castro fue elegido senador suplente por la circunscripción electoral de Cundinamarca por el partido liberal (Alianza Nacional Popular), para el período 1970-1974.

b. Que el señor Francisco Salazar Castro se le expidió la cédula de ciudadanía número 2.864.065, el 23 de junio de 1968;

c. Igualmente, por conducto del INSTITUTO COLOMBIANO PARA EL FOMENTO DE LA EDUCACION SUPERIOR, se trajo copia del decreto 1297, del 30 de mayo de 1964, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamenta la educación superior en las universidades y en otros institutos. En dicho Decreto se enumeran las Universidades que en Colombia están autorizadas para otorgar licenciaturas, grados profesionales y títulos académicos como los de magister y doctor.

d. Que el señor Francisco Salazar Castro no ha desempeñado el cargo de Gobernador de Departamento a partir de marzo de 1958, de acuerdo con el certificado expedido por el Ministerio de Gobierno.

e. Que el señor Francisco Salazar Castro no ha sido elegido Designado a la Presidencia de la República a partir del año de 1958, según certificado del H. Senado de la República.

A los autos se trajo una certificación de la Contraloría General de la República según la cual "en el lapso comprendido entre el mes de marzo de 1958 a la fecha (11 de agosto de 1970) el señor doctor Francisco Salazar Castro, no figuró desempeñando el cargo de Presidente de la República, Miembro del Congreso, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Jefe de División Diplomática, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Consejero de Estado, Magistrado del Tribunal Superior, Magistrado Contencioso Administrativo, Procurador General de la Nación y Contralor General de la República. Por consiguiente no figura percibiendo remuneración alguna como retribución al desempeño a los cargos antes citados".

Este certificado, que se puede aceptar como prueba supletoria, indica que el señor Salazar Castro no ha desempeñado ninguno de los empleos en él enumerados en el lapso comprendido entre los meses de marzo de 1958 y agosto de 1970.

Sin embargo, en este proceso no hay prueba sobre la edad del señor Francisco Salazar Castro, pues el certificado que se trajo del Jefe de la División de Identificación de la Registraduría del Estado Civil sólo prueba la expedición de la cédula de ciudadanía a favor del mismo, más no su edad. Por consiguiente, como las certificaciones de que se viene hablando, tanto de la Contraloría como del Senado y del Ministerio de Gobierno, se refieren a un período que se inició en el mes de marzo de 1958, la prueba, en todos los casos, resulta incompleta, por cuanto de ese mes y año hacia atrás nada aparece probado sobre el particular.

El actor solicitó la prueba de absolución de posiciones por parte del señor Francisco Salazar Castro, la cual fue decretada por el Consejero que inicialmente conoció de este negocio, y se tramitó oportunamente, pero sin que se pudiera practicar porque el señor Salazar Castro no fue encontrado para notificarle la citación ni compareció una vez hecha la notificación en la forma prevista por el artículo 821 del C. J.

Sin embargo, la Sala desea observar que en los juicios electorales la mencionada prueba es legalmente ineficaz e improcedente. En efecto, según el artículo 618 del Código Judicial "durante el curso del juicio pueden los litigantes pedirse posiciones". Entonces es necesario saber quienes son los litigantes en los negocios electorales. Solamente el actor, pues no debe olvidarse que se trata de la acción pública de nulidad en cuyos juicios no hay propiamente contraparte, y no habiendo contraparte, no puede haber otro litigante a quien el actor pueda hacer comparecer a absolver posiciones;

cualquiera otra persona, inclusive quien se presente a coadyuvar o a impugnar, no es legítimamente contraparte, sino un tercero. Pero además, la prueba de posiciones conduce a que la contraparte, o el otro litigante, confiese algún hecho, o varios, que son materia de la controversia y, obviamente, es requisito *"sine qua non"* que tales hechos sean susceptibles de probar por medio de la confesión, tal como lo dice el artículo 813 del C. J. Por consiguiente como en el presente caso se trata de probar si el señor Francisco Salazar Castro reúne los requisitos del artículo 94 de la Constitución Nacional que se enumeraron anteriormente y ninguno de ellos puede demostrarse por medio de la confesión, la prueba resulta obviamente ineficaz, (art. 595 del C.J.)"

A lo anterior hay que agregar que en el procedimiento contencioso electoral no es permitido el trámite de articulaciones comunes, según el artículo 241 del C.C.A. Como la prueba en referencia puede desembocar en el trámite de una articulación conforme al artículo 616 del C. J. para la declaración de confeso, si fuere el caso, síguese que, también por este aspecto, es improcedente.

Igualmente solicitó el actor que se interrogara bajo juramento a los señores doctores Milton Puentes Barbosa, ingeniero de profesión según su dicho y José Jaramillo Giraldo, abogado, sobre el conocimiento que tuvieran respecto de las actividades profesionales del señor Salazar y sobre el desempeño de los cargos enumerados en el artículo 94 de la Carta. El ingeniero Milton Puentes se expresó así: "Conozco a un doctor Francisco Salazar, que lo he conocido como Ingeniero Arquitecto y Urbanista, pero no se si su segundo apellido es Castro; lo conozco hace más o menos seis años". Resulta interesante esta declaración por cuanto se trata de una persona cuya profesión es la misma que según dice el actor no ejerce el señor Salazar, y ella abona, por lo mismo, la presunción de legalidad del acto acusado.

Y el doctor Jaramillo Giraldo, aunque no se presentó a declarar oportunamente, envió una certificación jurada invocando su calidad de Representante a la Cámara, precisamente cuando ya se había citado para sentencia, dice sobre este punto: "no tiene título universitario conocido en profesión alguna de Universidad que yo haya conocido".

En cuanto al desempeño de alguno de los cargos mencionados en el artículo 94, el doctor Milton Puentes dijo que nada sabía sobre el particular, y el doctor Jaramillo Giraldo dijo: "por lo anterior (el conocimiento personal del Señor Salazar) de manera personal y directa, me consta, porque en repetidas ocasiones se lo dije,y además es de público conocimiento,que no ha desempeñado ninguno de los cargos que menciona la Constitución Nacional, en su artículo 94". Este testimonio de oídas, aparte de que no se encuentra corroborado por otra u otras pruebas, en el mejor de los casos sólo probaría

que el deponente oyó al señor Salazar tal exposición, cuya veracidad no comprueba.

Cabe aquí anotar, que se trajo a los autos un certificado del Secretario del Consejo Profesional Nacional de Ingeniería y Arquitectura, según el cual el señor tantas veces mencionado "no aparece matriculado por el Consejo Profesional Nacional de Ingeniería", ni por alguno de los Consejos Profesionales Seccionales, como Ingeniero, Arquitecto, Topógrafo o cualquier otra denominación relativa a estas especialidades". Pero resulta que tal documento lo único que prueba es que dicho señor Salazar no está matriculado allí, que es cosa bien distinta a demostrar que no ha ejercido una profesión con título universitario. Son dos casos bastante diferentes, por cierto. El hecho de no estar matriculado en el Consejo Profesional Nacional de Ingeniería no quiere decir que no haya ejercido una de aquellas actividades o especialidades en el campo privado o en actividades particulares, pues la matrícula sólo es necesaria en relación con las obras o empresas públicas nacionales, departamentales o municipales.

Para completar la prueba sería indispensable que cada una de las Universidades enumeradas en el citado Decreto No. 1297 de 1964 certificara si el señor Francisco Salazar Castro se le ha expedido o nó alguno de los títulos que ellos confieren.

Es un caso similar al del ejercicio de la abogacía, pues para litigar ante el poder judicial se requiere estar inscrito como abogado titulado en el Tribunal Superior, pero tal requisito no es indispensable para ejercer funciones de asesoría en empresas privadas o estatales, o de consultor particular, y en todos estos casos se está ejerciendo la profesión de abogado.

Por consiguiente respecto al desempeño del cargo de profesor universitario por cinco (5) años y el ejercicio de una profesión con título universitario por el mismo lapso, el actor no probó que el señor Francisco Salazar Castro no los hubiera desempeñado.

CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal 2o. de la Corporación doctor Gilberto Gartner Posada, en su vista de fondo es de parecer que no se acceda a las súplicas de la demanda, y al efecto se expresa así:

> "Como bien lo anota el señor apoderado del demandado, Doctor César Castro Perdomo, en su demanda de impugnación y en su alegato de fondo, al actor le correspondía la prueba de los hechos en que se fundamenta el libelo, prueba que en manera alguna es imposible, ya que no se trata de hechos negativos susceptibles de ser establecidos por la justificación de hechos afirmativos contrarios".

"Al respecto, dice el Dr. Antonio Rocha en su libro 'De la Prueba en Derecho' lo siguiente: 'Resulta pues que de todas las proposiciones negativas en que una parte está más interesada, la única especie de negación que justifica la dispensa de la prueba es la que reviste la calidad de indefinida, porque la imposibilidad nace de la índole de la proposición . . . No siendo indefinida, cualquier negación, en últimas, se resuelve en una o más afirmaciones' (De la Prueba en Derecho. Ediciones Lerner. 1967, pág. 80). Tales afirmaciones aunque no son fáciles de probar, tampoco descargan de la prueba al que en ello tenga interés, ni la traslade al demandado".

"En el caso de autos, el actor afirma una serie de hechos negativos: el conjunto de calidades que no reúne el demandado para ser Senador de la República, de acuerdo con lo establecido en el art. 94 de la Constitución Nacional. Su deber consistía entonces en probar esos hechos negativos mediante pruebas o afirmaciones de carácter positivo".

"Pero además, si el citado artículo taxativo en su enumeración de las calidades que debe reunir una persona para poder ser elegido Senador de la República, no puede entenderse que es necesario, aparte de ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, tener más de treinta años de edad, no haber sido condenado por sentencia judicial o pena de presidio o prisión, haber ejercido todos los cargos o desempeñado las funciones o realizadas las actividades que en tal disposición se citan".

"Y lo anterior nos conduce a afirmar, que si se quieren desvirtuar las calidades que tiene o puede tener una persona para ser Senador, es necesario probar que no ha ejercido ninguna de las actividades ni desempeñado ninguno de los cargos de que habla el citado artículo 94".

"De las pruebas allegadas al expediente, se desprende claramente, que ellas son incompletas, vale decir, que no comprueban en el demandado la falta de los requisitos constitucionales para ser Senador".

"Y por último, en cuanto hace relación al cargo formulado por el actor, de que el señor Castro (sic) carece de título profesional, ello no es susceptible de prueba mediante un certificado del Consejo Profesional Nacional de Ingeniería y Arquitectura de que no se encuentra matriculado en él, ya que tal matrícula tan solo es requisito indispensable para ejercer la profesión con empresas u obras públicas de carácter estatal, como se deduce de la lectura del Decreto No. 1762 de 1954".

Ahora bien, el caso en estudio puede enfocarse por estos dos aspectos: a) ¿La afirmación que hace el demandante de que el señor Salazar Castro carece de los requisitos enumerados en el artículo 94 de la Carta, constituye una negación de carácter indefinido cuya prueba está excusada de Dar? y b) ¿En el supuesto de que alguno de los hechos, calidades o cargos en referencia sean de tal naturaleza, a quién corresponde aportar la prueba?

El Consejo de Estado ya tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el particular, en sentencia de fecha 1o. de septiembre de 1958, expediente No. 1670, actor Pedro Nel Rueda Uribe. En efecto, en esta sentencia el decidir un caso en que se planteó idéntico problema, se expresó así: "De lo expuesto resulta que las negaciones contenidas en el hecho 5o. de la demanda, relacionadas con el 94 de la Carta, son de dos clases. PRIMERA: Proposiciones fundadas en hechos positivos, que son las relativas a determinados cargos públicos, cuya prueba de elección, confirmación, nombramiento y ejercicio se obtiene de la autoridad a quien la Constitución o la Ley atribuyó tales facultades o funciones. Por ejemplo, al afirmar que una persona no ha desempeñado el cargo de Gobernador, puede acreditarse fácilmente este hecho con certificación expedida por el Ministerio de Gobierno. SEGUNDO. Proposiciones negativas de carácter indefinido. Las referentes al desempeño del profesorado y al ejercicio profesional con título universitario. En estos casos sería muy dispendioso y casi imposible para el demandante que niega tales calidades, poder producir la respectiva prueba legal. En cambio el demandado tiene facilidad para producir la afirmación contraria. Y por tal motivo corre a su cargo la demostración de estas negativas indefinidas".

De esta clasificación que hizo el Consejo en aquella oportunidad, resulta que solamente hay dos cargos o actividades de las indicadas en el artículo 94 de la Constitución que al afirmarse que se carece de ellas se está en presencia de una negación de carácter indefinido, que son el desempeño del cargo de profesor universitario y el ejercicio de una profesión, a lo menos por cinco años. Sin duda alguna su carácter de indefinidas resulta de no poderse concretar el lugar de su ejercicio, por cuanto es posible haber sido profesor o haber ejercido una profesión cualquiera, fuera del país, cosa por demás excepcional, lo cual llevaría al absurdo de tener que obtener certificaciones de todas las Universidades del mundo. Pero el argumento en realidad es aparente, porque para desempeñar una de esas actividades o alcanzar un título profesional en una universidad en el exterior, es necesario haber salido previamente del país, y este hecho es de fácil comprobación, mediante un certificado del Ministerio de Relaciones Exteriores sobre la expedición del respectivo pasaporte, pues en el caso de no haberse extendido, de plano se descarta la posibilidad que se viene comentando. Si se ha obtenido pasaporte y, además, la certificación de la expedición de la visa por parte de uno de los Consulados, también es factible localizar el lugar de residencia en el exterior y el tiempo de permanencia fuera del país. Y en cuanto a los títulos universitarios logrados en el exterior y cuya profesión se haya ejercido en Colombia, igualmente puede establecerse mediante la certificación correspondiente del Ministerio de Educación Nacional, pues allí deben estar registrados todos los diplomas. La Sala estima, pues, que la afirmación de que una determinada persona no ha desempeñado el cargo de profesor universitario o la de que no ha ejercido ninguna profesión con título universitario, no conlleva una negativa de carácter indefinido, que sea de imposible demostración.

No obstante, y aún aceptando la tesis del fallo de que se viene hablando sobre este punto, precisa averiguar a quién corresponde la carga de la prueba. Sobre el particular la misma sentencia se expresa así: "Hay negaciones que envuelven una afirmación, y otras, cuyo carácter es indefinido en razón de no poderse concretar en cuanto al tiempo, lugar y modo de los hechos por establecer. En el primer caso la prueba corresponde a quien la niega, por cuanto en el fondo se trata de un hecho positivo; y en el segundo, a la parte contra quien se presenta la negación. Así lo establece el artículo 595 del C. de P.C., cuando dice: "Las negaciones no se demuestran por medio de pruebas, salvo que se apoyen en la afirmación de hechos positivos cuya existencia pueda comprobarse." Más adelante agrega: "Por lo tanto se afirma, que las negaciones aludidas en la demanda y a que se acaba de hacer mérito revisten el carácter de negativas definidas en el tiempo, lugar y modo, y por consiguiente, el actor ha debido suministrar la prueba de que el Señor Vásquez Carrizosa no había desempeñado los cargos a que hace referencia el art. 94 antes citado. Definidas en el tiempo porque la prueba está circunscrita no sólo a la vida del señor Vásquez Carrizosa sino a la época en que por razón de la edad hubiera podido ejercer tales cargos, vinculados, como se sabe al carácter del ciudadano cuya calidad no le es conferida sino a quien tenga veintiún años o más; en el lugar porque esos cargos se ejercen dentro del territorio de la República y su demostración probatoria se encuentra en las oficinas correspondientes de la propia ciudad de Bogotá; y en el modo porque la Constitución y la Ley reglamentan el ejercicio y las facultades a éstas posiciones oficiales. Vale lo dicho para sostener que demostradas como se hallan las causales concurrentes por prueba producida por el señor apoderado del señor Vásquez Carrizosa, para el buen éxito de la acción instaurada han debido demostrarse todas las causales alternativas; y sólo en este evento Vásquez Carrizosa debía demostrar las negociaciones indefinidas de que ha hablado".

Resulta, entonces, de acuerdo con lo anterior, que al demandante le corresponde dar la prueba de que la persona cuya credencial se impugna carece de los requisitos consignados en el artículo 94 citado, a excepción del desempeño del cargo de profesor y al ejercicio de una profesión con título universitario, pues la probanza en estos dos eventos debe aportar el "demandado". Sin embargo, resulta que en los juicios electorales no hay demandado, ni tampoco contraparte. Entonces, no es posible que un extraño al litigio, un tercero, que inclusive puede ignorar la existencia del juicio de nulidad de su credencial, se presente a dar determinada prueba, si, por lo demás, a esa persona ni se le notifica, ni se le cita, ni su presencia en la controversia es necesaria para nada. En cambio, en el proceso civil en que se ventilan cuestiones de mero derecho privado entre particulares, si hay demandado y hay contraparte, y no se entraba el juicio civil contencioso sin contraparte, sin otro litigante; entonces, allí si opera esta teoría. Pero en el procedimiento contencioso administrativo electoral en que se ejercita la

simple acción de nulidad, o acción pública, al aplicarse pueden cometerse errores de graves consecuencias. Porque no debe olvidarse que estos juicios tienen por objeto ventilar asuntos de interés público superior como son la eficacia y firmeza del voto popular en que se asienta el sistema representativo, fundamento del gobierno democrático, y estos intereses superiores no pueden quedar desamparados en un momento dado, o sujetos al capricho de circunstancias aleatorias. Por eso las pruebas en que deben fundarse los fallos relativos a los juicios electorales, no pueden ser incompletas o de cualquier naturaleza, sino plenas o completas.

En consecuencia, la Sala considera pertinente sintetizar en los siguientes términos el problema que se debate.

1. La acción electoral tiene por objeto impugnar un acto administrativo de elección o nombramiento. Por esto el artículo 206 del C.C.A. prescribe, específica y claramente, que cuando se impugna un acto de elección o nombramiento debe pedirse la nulidad de aquél por el cual se declara aquella o se hace éste.

2. Por tanto, el acto de elección de Senador, principal o suplente, se presume válido mientras no se demuestra lo contrario, lo que corresponde al actor, por cuanto formula un *cargo*, no una duda, acompañado de una petición de nulidad.

3. Si el legislador omitió ordenar que se comprobaran las calidades para ejercer el cargo de Senador, ello en nada empece al principio anteriormente expuesto, en cuanto al elegido, se presume que lo ha sido de conformidad con la Constitución y la Ley, hasta el punto de que, por una parte, transcurrido el término de caducidad de la acción, el acto de elección es inobjetable y, por otra, según el artículo 202 del C.C.A., la acción se promueve contra éste para que se anule, lo cual sería absurdo si no se supone, como lo hace la Ley, que conlleva una presunción de validez, en ella comprendidas las calidades para ejercer el cargo. Por eso cuando se impugna la validez de una elección, se parte de la base de que a su favor existe ya una prueba: la presunción de legalidad que debe desvirtuar el actor. Esta omisión del legislador en señalar un procedimiento administrativo para que el que sea elegido senador demuestre las calidades constitucionales, no puede llenarla el juzgador contrariando el procedimiento, ni ella puede servir de argumento para interpretarlo y aplicarlo con violación de los textos legales, con cuanta mayor razón cuando muchos actos de elección en la rama jurisdiccional y en el Ministerio Público, requieren su confirmación. Por el contrario, acorde con la Constitución, el artículo 202 del C.C.A. prevée la posibilidad de acusar un acto electoral por no reunir "las condiciones constitucionales o legales para el desempeño del cargo", lo que demuestra que el Código en referencia, a este respecto, se encuentra en consonancia con la norma constitucional del artículo 94.

4. Por consiguiente, no hay parte demandada en el sentido civilista de la acepción, como así lo ha entendido el Consejo al prescindir de notificar personalmente el auto admisorio de la demanda al presunto perjudicado con las resultas del juicio, criterio que, por lo demás, se encuentra de acuerdo con la Ley.

5. Como tercero, también según la doctrina del Consejo, puede hacerse parte cualesquiera persona, interesada o nó, pero sólo en el término de fijación en lista, de tal suerte que si aquélla no se hace parte voluntariamente, para prohijar u oponerse a las peticiones de la demanda, no puede ser obligada a hacerla mediante citación o auto para mejor proveer del Consejo, contra el claro sentido de la Ley. Según la reiterada doctrina del Consejo, el tercero solo puede coadyuvar u oponerse a las peticiones de la demanda; llamar al juicio al posible interesado para que asuma una determinada actitud procesal a causa de la deficiencia probatoria en el estudio de fondo del litigio, luego de transcurrido el término para hacerse parte voluntariamente, sería obligarlo a ser interviniente principal extemporáneamente para que asuma una pretensión específica contra el claro tenor literal de la Ley.

6. Aún en la hipótesis de que se estimare que el auto admisorio de la demanda debe notificarse personalmente al presunto interesado en las resultas del juicio, la conclusión sería la misma porque en el mejor de los casos sólo le permitiría ejercer su derecho de acudiencia y de defensa, sin perjuicio de la actitud específica que asuma en el proceso, hasta el punto de que bien podría no oponerse sino aceptar las peticiones de la demanda, caso en el cual mal podría exigírsele probar las calidades para ejercer el cargo de senador.

7. Como se trata de un juicio público contra un acto de elección, no existe el nexo procesal entre demandante y demandado, como en el proceso civil, que permite desplazar hacia éste la carga de la prueba del hecho indefinido, sino entre los cargos que el actor hace al acto en la demanda y la presunción de validez del mismo que se debe destruir con prueba plena, por quien alega los hechos en que funda su pretensión.

8. En los juicios electorales de esta índole en que se impugna la elección de un senador por carecer de los requisitos del artículo 94 de la Constitución, le corresponde la carga de la prueba al actor, háyase o nó presentado opositor, porque aún en este evento, tal opositor puede resultar una persona distinta de aquella cuya credencial se ataca, y a ésta tampoco se le puede exigir que aduzca ninguna prueba respecto de un extraño al juicio, en el caso de autos se tropieza con una circunstancia de hecho, no de derecho, cual es la de que quien se constituyó en impugnador es la misma persona cuya credencial se demanda, pero ella, ciertamente, no estaba obligada a presentarse al juicio, y si lo hizo, la carga de la prueba no se desplazó hacia ella, a menos que voluntariamente la tome a su cargo.

9. Por último, no se trata de un conflicto entre el artículo 94 de la Constitución y el Código Contencioso Administrativo, en el que deba prevalecer aquél, conflicto que sólo podría presentarse en caso de contradicción entre un texto de la Constitución y uno de la Ley, que no sucede en el caso *subjudice,* pues la presunción de validez del acto de elección, mientras no se demuestre lo contrario es de fundamento constitucional (arts. 55, 93, 192 y 193 C.N.)

De acuerdo con los anteriores razonamientos, queda modificada por la Sala la doctrina expuesta en la sentencia a que se ha venido haciendo referencia, en relación con los juicios electorales en que se impugna la elección para Senadores de la República por falta de las calidades de que trata el artículo 94 de la Constitución Nacional.

En mérito de lo expuesto, el CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, oído el concepto de su colaborador Fiscal y de acuerdo con él,

FALLA:

No hay lugar a decretar la nulidad demandada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Este fallo fué aprobado por mayoría de votos en la sesión verificada por la Sala el 3 de noviembre de 1970.

Carlos Portocarrero Mutis

Osvaldo Abello Noguera
Con Salvamento de Voto

Eduardo Aguilar Vélez

Alfonso Arango Henao

Nemesio Camacho Rodríguez

Alfonso Castilla Sáiz

Jorge Dávila Hernández
Con Salvamento de Voto

Hernando Gómez Mejía
Con Salvamento de Voto

Juan Hernández Sáenz
Con Salvameto de Voto

Lucrecio Jaramillo Vélez
Con Salvamento de Voto

Miguel Lleras Pizarro
Con Salvamento de Voto

Humberto Mora Osejo

Alvaro Orejuela Gómez

Gabriel Rojas Arbeláez

Gustavo Salazar Tapiero
Con Salvamento de Voto

Rafael Tafur Herrán

Angel María Camacho Ramírez
Secretario

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA CONTENCIOSA

REF.: Proceso Electoral No. 1533
Actor: Francisco Ferrer Cassiani.

SALVAMENTO DE VOTO

de los Consejeros de Estado Osvaldo Abello Noguera, Jorge Dávila Hernández, Hernando Gómez Mejía, Juan Hernández Sáenz, Lucrecio Jaramillo Vélez, Miguel Lleras Pizarro y Gustavo Salazar T.

Las siguientes fueron las razones que expusimos en la discusión del fallo que antecede para manifestar nuestra discrepancia respecto de la motivación y la parte resolutiva y que ahora nos sirven para salvar nuestro voto:

1. El legislador ha confiado a la jurisdicción contencioso-administrativa la guarda de la integridad de los principios constitucionales y legales sobre el sufragio, piedra angular del régimen representantivo democrático.

En desarrollo de esa misión al Consejo de Estado se le ha atribuído la función de conocer privativamente y en una sola instancia de los juicios contra las elecciones de Presidente de la República, senadores y representantes y de manera especial los que se originen por no reunir los candidatos las condiciones constitucionales y legales para el desempeño del cargo (artículos 189 y 202 del C.C.A.).

2. Según León Duguit el contencioso electoral es un proceso contencioso objetivo y los jueces que conocen de él pueden y deben estatuir sobre todos los elementos que constituyen la legalidad de la elección y que son: 1) que el que se pretende elegido sea elegible: 2) que haya obtenido la mayoría exigida por la Ley; 3) que las operaciones electorales hayan sido efectuadas conforme a la Ley; 4) que ningún hecho exterior (fraude o violencia) haya viciado la verdad de la elección. Y agrega textualmente: "Si todos estos elementos aparecen reunidos el juez debe declarar válida la elección. Si falta uno, debe declarar nula la elección". (Manual de derecho constitucional, pág 391).

3. En tratándose de senadores el constituyente exige que el aspirante reúna cuatro cualidades distintas: de nacionalidad, ser colombiano por nacimiento; de condición, ciudadano en ejercicio; de edad, tener más de treinta años; de idoneidad, la que se presume con el desempeño de algunos cargos taxativamente relacionados o con el profesorado universitario o el ejercicio de una profesión con título académico ambos por tiempo no menor de cinco años (artículo 94 de la Constitución Nacional).

Estas calidades se explican porque el cargo de senador es de altísima importancia, y porque siendo el elector una masa popular sin responsabilidad de sus actos "es un error deplorable dejar la elección al entero arbitrio de los que la hacen sin pedir a los elegibles ciertas garantías preestablecidas o que hacen presumir la idoneidad, la dignidad y la moralidad del elegido" al decir del más autorizado comentador de la Constitución de 1886, don José María Samper (Derecho público interno, tomo 2, pág. 212).

4. Sólo que el que es elegido senador no está obligado para tomar posesión probar que tiene las calidades mencionadas como sí lo están los que reciben nombramiento de un empleo judicial para cuyo ejercicio se exigen condiciones de idoneidad, nacionalidad u otras (artículo 3 del C. J.).

Pero la Ley sí tiene prescrito que cualquier particular puede ocurrir en demanda directa por la vía jurisdiccional para pedir la nulidad de la elección y la cancelación de la credencial cuando el candidato no reúne las condiciones constitucionales y legales, fuere inelegible o tuviere algún impedimento para ser elegido (artículo 202 del C.C.A.).

El ciudadano que promueve la acción obra en nombre de la sociedad y desempeña una función pública en cuanto procura la vigencia efectiva y en su integridad de las normas constitucionales y legales sobre el sufragio. Otra cosa es que el móvil determinante, el móvil-fin o móvil teleológico como lo llama Josserand que impulsa al particular a poner en funcionamiento el aparato jurisdiccional sea la satisfacción de un interés particular, inclusive uno egoísta o bastardo. Pero ese móvil privado ni le interesa ni lo toma en cuenta el juez que sólo busca satisfacer uno alto y noble, el del imperio de la Ley y de la justicia. De allí que esta Sala haya dicho recientemente que la acción pública electoral no se puede detener por desistimiento del actor (auto de agosto 19 de 1970, expediente número 1545, actor Javier Botero Londoño).

5. Sustituyendo vieja jurisprudencia la Sala Plena Contenciosa ha dicho que el jucio electoral tiene modalidades y características propias que se resumen diciendo que tiene como finalidad la pureza del sufragio. "De allí que el actor —dijo textualmente— no es más que incidental intermediario de la sociedad para que el Estado ponga a funcionar su poder jurisdiccional con

el fin de proteger el interés supremo de la democracia cual es el de unas elecciones puras. De tal suerte que admitida la demanda la jurisdicción contenciosa está en la obligación de adelantar el proceso sin restricciones de ninguna índole por lo que hace a la naturaleza de los que en él intervienen, allegando cuantas pruebas estime conducentes para establecer la verdad, sin enredarse en la maraña procedimental, en el formulismo que muchas veces sólo sirve para aniquilar el derecho y luego al proferir el fallo aplicar los principios fundamentales consagrados en la Constitución Nacional sobre elecciones y el supremo de la equidad como el más firme soporte de la paz pública" (sentencia de 28 de febrero de 1969, expediente número 1006).

Por lo mismo, en estos juicios electorales no pueden tener aplicación los principios que rigen el proceso civil, siendo impropio hablar de demandante y demandado y de imponer reglas como la del artículo 1757 del Código Civil que dice que incumbe probar las obligaciones o su extinción a quien alega aquéllas o éstas porque aquí no hay obligaciones de esa naturaleza, sino que de lo que se trata es de saber si quien ha sido elegido senador es elegible según la Carta.

6. El particular que quiera provocar la actividad de la jurisdicción contencioso-administrativa le basta presentarse ante el Consejo de Estado dentro de los diez días siguientes a la declaratoria de la elección y acompañar su petición con copia autenticada del acto acusado (artículos 209 y 211 del C.C.A.).

Los comprobantes de las calidades constitucionales debe presentarlos al expediente quien ha sido declarado electo senador, por dos razones principales: primera, porque la norma general es que quien recibe un nombramiento para cuyo ejercicio se exigen condiciones de nacionalidad e idoneidad debe aportar la prueba correspondiente a fin de obtener la confirmación. Y segunda, porque si se exige al particular que ha provocado el proceso electoral que allegue la prueba de que el senador electo "no reúne las condiciones constitucionales para el desempeño del cargo" resultaría inoperante la acción por dificultad y por imposibilidad para conseguir la prueba y por lo mismo quedaría sin cumplimiento la norma del artículo 94 de la Constitución Nacional.

Se dice que para el particular resulta difícil conseguir la prueba porque por lo que hace a la condición de nacional colombiano por nacimiento para encontrar la partida de estado civil tendría que indagar en todas las parroquias y notarías de Colombia y aún así quedaría la hipótesis de que el candidato fuera hijo de padre o madre colombiano nacido en tierra extranjera y luego se haya domiciliado en Colombia (artículo 8 de la Constitución Nacional). Y le resulta imposible llevar al Conejo de Estado la convicción de que el candidato no ha sido profesor universitario o no ha ejercido una

profesión con título académico por cinco años porque se trata de proposiciones que tienen un carácter indefinido, las que no son susceptibles de pruebas según la Ley.

Repetimos que el objeto de la acción pública electoral es la efectividad de los principios sobre régimen electoral y con este criterio interpretamos las disposiciones procedimentales y las relativas a las pruebas. Y estimamos que entre dos interpretaciones, una que permite la guarda de la integridad de la Ley suprema y otra que no permite el control de la legalidad de los actos electorales debe preferirse la primera.

7. Si el Consejo de Estado le da curso a la solicitud del particular que pide se verifique si la persona que ha recibido credencial de senador y reúne las calidades para serlo y el candidato se hace parte y en lugar de aportar los comprobantes correspondientes se recoge a una actitud puramente pasiva, guardando silencio, el Consejo debe declarar la nulidad del acto impugnado. Porque declarar que no puede acceder a la nulidad porque el particular no ha aportado la prueba de los hechos negativos de carácter indefinido sería tanto como afirmar que el senador malicioso sí reúne tales calidades cuando al Consejo no se le ha traído la prueba.

Dictado el auto de citación para sentencia, si el senador electo no se ha hecho parte el Consejo de Estado debe hacer uso del poder que le concede el artículo 91 del Código Contencioso Administrativo dictando una providencia en que se pida al senador compruebe, si quiere, las calidades para serlo y dándole un término prudencial para recoger la prueba. Tal auto debe ponerse en conocimiento del senador por notificación personal y si se comprueba sumariamente que se oculta por medio de edicto emplazatorio según el procedimiento del artículo 317 del C.J.

8. Quien desee figurar válidamente en una lista de candidatos para ejercer cargos de elección popular sólo debe comparecer ante la autoridad pública respectiva para aceptar de modo expreso su postulación y declarar bajo juramento que pertenece al partido político a cuyo nombre se inscribió la lista. No exige la Ley que el aspirante demuestre o asevere, cuando menos, que reúne las calidades y requisitos de idoneidad necesarios en concreto para ocupar el cargo de que se trate.

Lo anterior indica, sinembargo, que nadie puede figurar en una nómina de candidatos sin saberlo a ciencia cierta, pues para ello se requieren la aceptación expresa y el juramento ya mencionados, y de éstos fluye con evidencia incontrastable aquel conocimiento pleno por parte del postulado.

Y como además por el simple hecho de su promulgación se presume que las gentes conocen las reglas positivas de derecho, sean constitucionales o

legales, ningún particular o funcionario puede suponer que el aspirante a un cargo de elección popular ignora los requisitos de idoneidad exigidos para ejercerlo, ya que una alegación en tal sentido no es admisible ante la Ley, resulta clarísimo que la persona que acepte ser postulada para uno de aquellos cargos, obra a sabiendas de su habilidad o inhabilidad para ocuparlo y que en este último evento si su credencial es impugnada y anulada, sólo puede culparse a sí mismo por la posición contraria a derecho en que voluntariamente se colocó.

La demanda contra una credencial viene a ser pues una invitación para que el elegido cumpla con el deber de demostrar que sí reúne las calidades y requisitos para el ejercicio del respectivo cargo.

9. No puede pensarse tampoco que quien intenta obtener la anulación de una credencial esté forzado a probar integralmente sus aseveraciones, para desvirtuar así la presunción de legalidad que ampara a los actos administrativos.

En efecto, cuando se trata de actas de escrutinio, declaratoria de elección y expedición de credenciales a los victoriosos, la presunción de legalidad sólo se predica en cuanto a la apreciación de los hechos y otros datos y circunstancias que necesariamente debe tener en cuenta una comisión escrutadora para proferir su decisión.

Así, se presume que el escrutinio fue hecho con base en votos o registros legalmente válidos. Que el cuociente electoral fue calculado conforme a la Ley y con recta aplicación de los principios matemáticos. Que a cada lista inscrita se le adjudicaron las curules que legalmente le correspondían de acuerdo con el volumen de sufragios que recibió y el respectivo cuociente electoral. Y que para la expedición de las credenciales correspondientes se tuvo en cuenta el orden de colocación de los elegidos en la nómina de candidatos legalmente inscrita.

Pero no se presume, ni podría verosimilmente presumirse que por el solo hecho de la expedición de una credencial, los escrutadores están dando fe que el beneficiario de ella reúne a plenitud los requisitos constitucionales o legales para ejercer el cargo materia de la elección.

Antes bien, los documentos electorales que examina una comisión escrutadora nada pueden decir sobre la habilidad o inhabilidad de los candidatos que intervinieron en la elección y, por lo mismo, aquella comisión carece de elementos de juicio para certificar o dictaminar algo sobre las calidades personales de quienes triunfaron en los comicios.

La discusión sobre la existencia o inexistencia de estas calidades en uno o varios de los titulares de credenciales queda reservada al momento en que

alguien impugne por la vía contenciosa electoral esas credenciales. Y es entonces cuando los beneficiarios de ellas o el Tribunal Contencioso, en subsidio y para mejor proveer, deben esclarecer los puntos controvertidos. Los elegidos, para mostrar que merecen ejercer sus cargos, y el contencioso para buscar la verdad real y defender así el imperio de los textos constitucionales o legales que fijen los requisitos para ejercer el cargo de que se trata en concreto.

Si el Tribunal Contencioso no obrara así, dejaría en desamparo los preceptos de la Constitución y las Leyes cuya tutela le corresponde primordialmente.

10. En el caso concreto del senador elector señor Francisco Salazar Castro sometido ahora a conocimiento del Consejo de Estado se pone de presente la inutilidad de la acción pública electoral con la doctrina de la mayoría de la Sala de que es la persona que promovió la acción quien debe probar que "el candidato no reúne las condiciones constitucionales o legales para el desempeño del cargo".

En efecto: el actor hizo esfuerzos extraordinarios aunque inútiles para probar que Salazar Castro no había desempeñado ninguno de los cargos que relaciona el artículo 94 y que no tenía título de arquitecto, como lo afirma públicamente el candidato. Respecto de lo primero trajo certificados de la Contraloría General de la República, del Ministerio de Gobierno y otros según los cuales no aparece que hubiese recibido sueldo del tesoro nacional, ni que haya sido gobernador o designado a la Presidencia de la República. Y por lo que hace a lo segundo, allegó un certificado del Consejo Profesional Nacional de Ingeniería y Arquitectura del que aparece que allí no figura inscrito en tales profesiones.

Ciertamente tales documentos no demuestran, como lo dice el fallo, que Salazar Castro no reúne las calidades constitucionales pues pudo haber sido profesor universitario por cinco años o haberse graduado en el exterior y ejercido allí su profesión y en tal caso es elegible. *Lo que acontece es que afirmar que cierta persona no ha ejercido una profesión o no ha dictado una cátedra son proposiciones de carácter indefinido y por lo mismo no susceptibles de prueba.*

Y ocurrió también que Salazar Castro se constituyó parte impugnadora de la acción electoral y en lugar de probar que reúne las calidades constitucionales para ser senador, lo que para él resulta muy sencillo si es que las tiene, adoptó una conducta maliciosa, la de guardar silencio, conducta que ha recibido la aprobación de la mayoría de la Sala con la sentencia de la cual disentimos.

11. En la discusión del proyecto recordamos que los fallos de los jueces deben ser una obra de justicia más que una obra de legalidad formal y que el

buen juez siempre encuentra el buen derecho para hacer justicia (E. J. Couture). Y dijimos también que el Consejo de Estado está en la obligación de crear construcciones jurisprudenciales para que los preceptos de la Carta no se queden escritos o para que se haga burla de ellos. Que esa interpretación se debía hacer sin añadir ni quitar nada a la palabra impresa pero viendo en ella cosas no visibles para los ojos ordinarios y recordando el pensamiento del jurista norteamericano C. E. Hughes que luego fue Presidente del Tribunal Supremo cuando dijo: "Estamos bajo la constitución, pero la constitución es lo que los jueces dicen que es".

Fecha Ut supra.

Osvaldo Abello Noguera **Jorge Dávila Hernández**

Hernando Gómez Mejía **Juan Hernández Sáenz**

Lucrecio Jaramillo Vélez **Miguel Lleras Pizarro**

Gustavo Salazar T.

ELECTORALES

DESISTIMIENTO. *De acciones Públicas.* **En estas acciones se ventilan intereses tan importantes que, una vez que la demanda ha sido aceptada, podría decirse que el actor pierde el control de la misma y que el Tribunal ha de seguir el trámite legal hasta desatar la contención mediante la sentencia, y sin que el actor pueda evitar este efecto por medio de un desistimiento. Y es que en este tipo de acciones no se trata de intereses privados a los cuales los particulares pueden renunciar, por ser los dueños, sino de intereses públicos de los cuales los particulares no pueden disponer libremente.**

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

(Sesión del día veinticuatro de noviembre de mil novecientos setenta

Bogotá, D. E., noviembre veinticinco de
mil novecientos setenta

Consejero Ponente: **Dr. Lucrecio Jaramillo Vélez**

REF.: 1659
Apelación del auto de 4 de septiembre de 1970 del Tribunal Administrativo de Risaralda. Nulidad del decreto No. 1959 de 6 de agosto de 1970 de la Gobernación de Risaralda.
Actor: Elías Zuluaga Hoyos.

El señor Elías Zuluaga Hoyos, obrando en su propio nombre, solicita al Tribunal Administrativo de Risaralda la nulidad del decreto 1959 de 6 de

agosto de 1970, emanado de la Gobernación de Risaralda y por medio del cual se confirma al doctor Armando Sosa para el cargo de notario 2o. del Circuito de Pereira.

Por llenar los requisitos legales, la demanda fue admitida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, en auto de 28 de agosto de 1970.

En escrito de 29 de agosto de 1970, el señor Zuluaga Hoyos manifiesta al Tribunal de Risaralda que desiste de la acción de nulidad interpuesta.

En auto de 4 de septiembre de 1970, el Tribunal de Risaralda resolvió no aceptar el desistimiento propuesto por el señor Zuluaga Hoyos.

Este último interpuso recurso de apelación del auto anterior ante el Consejo de Estado.

Para decidir el recurso, se considera:

I. Doctrinalmente el desistimiento puede definirse como el acto procesal mediante el cual se manifiesta el propósito de hacer abandono de la instancia, del derecho o de otro trámite del procedimiento.

En el desistimiento pueden considerarse tres situaciones:

a. *Desistimiento de la acción:* El desistimiento de la acción implica la renuncia a la prosecución del juicio, reservándose el derecho de reiniciarlo en otra ocasión. Aunque algunos procesalistas distinguen entre el desistimiento de la acción y el desistimiento de la instancia, la mayor parte habla indistintamente de desistimiento de la acción o de la instancia por oposición al desistimiento del derecho. *Cuando se desiste de la acción o instancia,* después de trabada la *litis contestatio,* es indispensable la conformidad de la contraparte.

b. *Desistimiento del derecho:* El desistimiento del derecho consiste en la renuncia a una pretensión jurídica, e implica, como lógica consecuencia, la renuncia de la acción y de la continuación de los trámites del proceso. Algunos tratadistas opinan que, una vez producida la *litis contestatio,* se requiere la conformidad de la contraparte para que el desistimiento del derecho sea posible. Pero, la mayoría sostiene que el desistimiento del derecho es un acto unilateral, que no requiere la conformidad de la contraparte.

c. *Desistimiento de un acto de procedimiento:* Consiste en la renuncia a determinado trámite o prueba dentro del proceso.

De todas estas consideraciones surge claramente, que entre desistimiento y renuncia hay una íntima conexión. La renuncia es un fenómeno de

derecho sustantivo, el desistimiento es un medio procesal para verificar una renuncia; o, dicho de otra manera, el desistimiento es la forma procesal de la renuncia. Por consiguiente, se puede afirmar que renuncia y desistimiento son fenómenos jurídicos de la misma naturaleza, de tal manera que el estudio del problema del desistimiento de acciones y derechos equivale al estudio de la renuncia de acciones y derechos.

¿Qué derechos y acciones pueden renunciarse?

El artículo 15 del Código Civil dice: "Podrán renunciarse los derechos conferidos por las Leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante y que no esté prohibida la renuncia".

Analizando este artículo, se llega a las siguientes conclusiones:

1o. Pueden renunciarse los derechos que sólo miran al interés individual del renunciante. Son los llamados derechos privados.

2o. A contrario *sensu,* no pueden renunciarse los derechos que miran a algo superior al interés individual del renunciante. ¿Cuáles son ellos? Evidentemente, se trata de los derechos públicos y de las acciones que los tutelan.

3. Aún dentro de los derechos que sólo miran al interés individual del renunciante, hay algunos cuya renuncia está prohibida. Esos derechos, aunque sean privados, son irrenunciables.

II. Trasladando estas nociones doctrinales al derecho colombiano, se considera:

Bajo el imperio de la Ley 25 de 1928, existía un artículo, el 14 de esa Ley, que prohibía el desistimiento en los juicios públicos. El texto del artículo 14 mencionado dice así:

> "En las acciones de carácter público no se permitirá el desistimiento de la acción que se hubiere intentado y, si el actor o actores abandonaren por más de treinta días el respectivo juicio, éste se seguirá de oficio hasta su terminación".

Dictado el nuevo Código Contencioso Administrativo, Ley 167 de 1941, éste nada dijo acerca del desistimiento. Ante el silencio de la nueva Ley, se han propuesto varias teorías:

Primera teoría:. Se ha sostenido que el artículo 14 de la Ley 25 de 1928 está actualmente vigente, por no haber sido derogado expresamente ni ser contrario a ninguno de los artículos de la nueva legislación o sea de la Ley 167 de 1941.

En efecto, el artículo 72 del Código Civil dice que la derogación tácita deja vigente en las Leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugne con las disposiciones de la nueva Ley.

Pero a esta teoría se objeta que, al haber reglamentado la Ley 167 de 1941 íntegramente la materia referente a lo contencioso administrativo, ésta derogó tácitamente toda la legislación anterior referente a la misma materia. En efecto, el artículo 3o. de la Ley 153 de 1887 dispone que se estima insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una Ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería.

Segunda teoría. La segunda teoría, parte de la base de que el artículo 14 de la Ley 25 de 1928 está derogado por existir una Ley nueva (la Ley 167 de 1941) que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería, y que, por consiguiente, hay un vacío legal.

El artículo 282 del actual Código Contencioso Administrativo dice que los vacíos en el procedimiento establecido por ese código se llenarán por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y de las Leyes que lo adicionan y reforman, en cuanto sean compatibles con la naturaleza de los juicios y actuaciones que corresponden a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Ahora bien, el Código de Procedimiento Civil, en sus artículos 461 a 465, reglamenta el desistimiento de las acciones y derechos renunciables o sea de aquéllos de los cuales se puede desistir. Evidentemente tales artículos no pueden reglamentar el desistimiento de aquellas acciones y derechos de los cuales no se puede desistir. Por consiguiente, tales artículos no pueden tener aplicación en el campo del derecho público ni pueden llenar el vacío que se anota en el Código Contencioso Administrativo. El mismo artículo 282 del C.C.A., al decir que los vacíos en el procedimiento se llenarán por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, agrega con toda claridad: "En cuanto esas disposiciones sean compatibles con la naturaleza de los juicios y actuaciones que corresponden a la jurisdicción de lo contencioso administrativo". Este último fragmento se refiere evidentemente a las acciones públicas y a aquellas acciones privadas de las cuales está prohibido desistir.

No pudiendo, pues, el Código de Procedimiento Civil llenar el vacío del C.C.A. acerca del desistimiento en las acciones públicas, corresponde llenarlo a la jurisprudencia. Esta, en general, ha dispuesto que no se puede desistir de una acción pública. En efecto, en esas acciones se ventilan intereses tan importantes que, una vez que la demanda ha sido aceptada, podría decirse

que el actor pierde el control de la misma y que el Tribunal ha de seguir el trámite legal hasta desatar la contención mediante la sentencia, y sin que el actor pueda evitar este efecto por medio de un desistimiento. Y es que en este tipo de acciones no se trata de intereses privados a los cuales los particulares pueden renunciar, por ser los dueños, sino de intereses públicos de los cuales los particulares no pueden disponer libremente. Ante la violación de un interés público, el ciudadano puede guardar silencio, pero, si por cualquier motivo acusó el acto violatorio ante los tribunales administrativos, ya no puede retroceder y debe dejar que el litigio sea desatado en la sentencia.

III. Aplicando, ahora, estas nociones a los juicios de que trata el C.C.A., se observa lo siguiente:

Los juicios administrativos pueden reducirse a dos tipos fundamentales:

1o. Aquéllos en los cuales se debate un interés público, como por ejemplo la acción de nulidad pura del artículo 66 del C.C.A.

2o. Aquéllos en los cuales se debaten intereses privados, cuyo mejor ejemplo es la acción de plena jurisdicción del artículo 67 del C.C.A.

En el primer tipo de juicios, si la acción prospera, la norma acusada queda borrada del elenco legal y la sentencia tiene efecto *erga omnes*. En estos juicios puede decirse que el actor es un mero intermediario que obra a nombre de la sociedad y en interés únicamente de la norma superior violada. Como el interés allí ventilado es un interés público, su renuncia está prohibida y, por consiguiente, el desistimiento es imposible.

Por el contrario, en el segundo tipo de juicios o sea en aquéllos en los cuales se debaten intereses privados, si la acción prospera, la disposición acusada o bien no se aplica al caso *sub-judice*, o bien queda anulada, si se trata de un acto individual y concreto. Pero, en todo caso, la sentencia dictada sólo tiene efecto entre las partes que intervinieron en el juicio. Por otra parte, como allí se ventilan intereses privados, en principio renunciables, es posible el desistimiento del actor que solamente persigue el restablecimiento de su derecho.

IV. Las acciones electorales pertenecen al grupo de las acciones públicas. Sobre ellas ha dicho el Consejo de Estado, en auto de 19 de agosto de 1970 ponente el doctor Gustavo Salazar Tapiero lo siguiente:

> "La acción electoral es una acción pública tanto porque puede ejercitarla "cualquier persona" como porque su finalidad es la de que la jurisdicción administrativa verifique si la elección hecha popularmente o por una corporación se ajustó a las

normas constitucionales y legales que reglamentan la materia. Hay, en tales acciones, un interés general cual es el de que la sociedad está interesada en comprobar la legalidad del acto acusado, esto es, si guarda armonía con los ordenamientos superiores que regulan el sufragio, con el sistema implantado para la adjudicación de los puestos, con las calidades que deben tener los candidatos, etc. Porque, si los contraría o quebranta, se debe declarar la nulidad. De allí que el demandante en tales acciones no sea más que incidental intermediario de la sociedad para que el Estado ponga a funcionar su poder jurisdiccional en busca de la verdad electoral. El desistimiento es un acto de renuncia del proceso y se puede hacer libremente cuando están de por medio sólo intereses particulares del renunciante y siempre que tenga capacidad para hacerlo. No así cuando al juicio se hallan atados valores más altos, como son el imperio de la Ley, la pureza del sufragio como fuente del régimen representantivo democrático y otros que persigue el proceso electoral y que exigen imperiosamente una decisión jurisdiccional. Si el demandante tiene libertad para establecer la acción, no puede abandonarla voluntariamente porque estaría enajenando derechos que no le pertenecen. En el caso de autos, hay otra circunstancia que impide aceptar el desistimiento de la acción propuesta y es la de que los agentes del Ministerio Público sólo pueden hacerlo cuando están autorizados en forma legal por las entidades que representan (art. 465 del C. de P. C.), la que no se ha acreditado en el juicio" (Auto de 19 de agosto de 1970 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente, Dr. Gustavo Salazar Tapiero. Salvedad de voto de los Consejeros Dres. Rafael Tafur Herrán y Gabriel Rojas Arbeláez).

Por todo lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Confirma el auto de 4 de septiembre de 1970 del Tribunal Administrativo de Risaralda en el cual no se acepta el desistimiento de la acción pública propuesto por el señor Elías Zuluaga Hoyos.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al H. Tribunal de origen.

Carlos Portocarrero Mutis
Presidente

Osvaldo Abello Noguera

Eduardo Aguilar Vélez

Alfonso Arango Henao
Con Salvamento de Voto

Nemesio Camacho Rodríguez

Alfonso Castilla Sáiz

Jorge Dávila Hernández

Hernando Gómez Mejía

Juan Hernández Sáenz

Lucrecio Jaramillo Vélez **Miguel Lleras Pizarro**

Humberto Mora Osejo **Alvaro Orejuela Gómez**

Gabriel Rojas Arbeláez **Gustavo Salazar Tapiero**
Con Salvamento de Voto

Rafael Tafur Herrán
Con Salvamento de Voto

Angel María Camacho Ramírez
Secretario General

SALVAMENTO DE VOTO

EL DESISTIMIENTO DE LA ACCION PUBLICA

REF.: Expediente No. 1659

ACTOR: ELIAS ZULUAGA HOYOS

Son pertinentes respecto a la decisión que antecede, las consideraciones expuestas como salvamento de voto a la sentencia proferida en el juicio No. 1545, en el que fue demandante JAVIER BOTERO LONDOÑO. Se dijo entonces:

"Mi conformidad con lo dicho por el Consejo de Estado en providencia de ocho de Marzo de mil novecientos cuarenta y cuatro (Anales: Tomo 52, Pág. 52), respecto a que sí es desistible la acción pública, motivan mi inconformidad con la antítesis que ahora se formula y mi disentimiento del fallo en ese punto concreto. Dijo entonces esta Corporación:

"Es regla general que de toda acción o recurso se puede desistir. Se necesita prohibición expresa para que el desistimiento sea inadmisible. Antes la Ley prohibía el desistimiento de las acciones públicas (Art. 14 de la Ley 25 de 1928), pero esta disposición fué virtualmente derogada por el actual Código de lo Contencioso Administrativo, que reglamentó íntegramente la materia".

"Tácitamente la Sala acoge ahora el planteamiento del Tribunal de instancia, según el cual aquel ordenamiento subsiste por tratarse de una disposición especial. Pero, ese planteamiento es inexacto. La Ley 25 de 1928, reformatoria de la 130 de 1913, como el subtítulo lo expresa, vino a constituír con éste el Código de lo Contencioso Administrativo que estuvo vigente hasta que entró a regir la Ley 167 de 1941. Código actual que prescindió del texto prohibitivo. Una reglamentación general

sustituyó así a otra reglamentación general de materia contencioso administrativa, sin que pueda afirmarse que el artículo 14 de la Ley 25 de 1928 era especial por referirse a un asunto especial. En los Códigos todo precepto corresponde a un punto especial relacionado con la materia, pues de otra manera los artículos serían meras repeticiones. Al existir una Ley nueva que regula íntegramente la materia de lo Contencioso-Administrativo, y no reproducirse en élla la prohibición del desistimiento de las acciones públicas, prohibición que por principio general debería ser expresa, eso no quiere decir sino que según lo prescrito en el artículo 3o. de la Ley 153 de 1887, la disposición fue derogada.

"Por otra parte, cuando un particular instaura una acción o desiste de élla, ejercita un derecho y no una función. Lo contrario ocurre cuando se trata de los Agentes del Ministerio Público, que por eso para desistir necesitan de autorización.

"Llama la atención que la gente avisada a la que correspondió redactar el proyecto que fue luego la Ley 167 de 1941 o actual Código de lo Contencioso Administrativo, haya sido la misma que estimó derogada la disposición que había hecho inadmisible el desistimiento de las acciones públicas. Tenían la convicción de que la nueva Ley había reglamentado íntegramente la materia, como así fue a todas luces.

"La afirmación de que no es permitido desistir de una acción pública porque esa acción es de interés general y está relacionada al Orden Público, no está basada en ninguna disposición y sólo corresponde a la tendencia de resolver todas las situaciones apelando a la Razón de Estado: al Orden Público, expresión ésta que se suele utilizar "como una llave maestra o como un enigma que recibe una parte de su majestad del ministerio que la rodea". Es cierto que al tenor de lo dispuesto en el artículo 15 del Código Civil "podrían renunciarse los derechos conferidos por las Leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante . . . " Pero eso se refiere sólamente a los "derechos" del Derecho Privado, materia especial de ese Código. Lo que ha ocurrido en esta cuestión y en otras es que ha predominado la mentalidad civilista inclinada a encontrar en el Código del Derecho Común todas las soluciones, y a hacer de ese campo al Público arriesgadas transposiciones. Fue lo que estuvo haciéndose, por ejemplo, con el fundamento de la responsabilidad extracontractual. Sólo que cuando la Jurisdicción Civil comprendió que la responsabilidad de las personas de Derecho Público no podía estructurarse sobre el primer inciso del artículo 2358 del Código Civil, por no ser punibles las personas morales, ni sobre el inciso segundo, por no ser asimilables esas personas a los "terceros" de que habla aquel Código, desde luego que ni aún mentalmente es posible concebir la línea divisoria entre el Estado y sus funcionarios, entonces acudió a aceptar la teoría de la FALLA DEL SERVICIO PUBLICO, que configura la responsabilidad directa, y que nada tiene de civilista.

"En lo que al desistimiento de la acción pública se refiere, la negativa de aquel no puede fundarse ni aún en el artículo 15 del Código Civil, cuando habla del interés individual del renunciamiento como único susceptible de ser renunciado. Todo

ciudadano como tal tiene interés personal en la buena marcha de la Ciudad; pero eso es distinto a que cuando aquél demanda esté obrando en nombre de la Comunidad. No. Su actuación mira el interés individual. La Sociedad Civil tiene su personero, que es el Estado, y éste tiene a la vez los agentes que en los respectivos casos llevan su voz. Es al Ministerio Público al que la Constitución confía la función de defender los intereses de la Sociedad Civil o Nación y la de promover la ejecución de las Leyes. Se trata de una auténtica función policiva que explica que en Francia se hable de Comisarios del Gobierno, y que por algunos se haya propuesto cambiarles esa denominación por la de "Comisarios de la Ley". La Policía ejercita una función y no un derecho.

"No deja de ser también muy significativo el que en Países como España e Italia la jurisprudencia y la legislación consagren el desistimiento de la acción pública. Pero sobre todo, que lo consagren los franceses, que han tenido su "Recurso Por Exceso de Poder" como una de las maravillas del mundo. Esto puede haber obrado para la tácita derogación del artículo 14 de la Ley 25 de 1928, que debió aparecer a los redactores del Proyecto que fué después el C.C.A. como una disposición "demodée". Como puede haber obrado también la consideración de que era un precepto inútil. Para que haya desistimiento no es necesario la manifestación expresa: la inactividad, el abandono, implican un desistimiento tácito, y no hay ordenamiento que a ese respecto trasmute el derecho en carga y obligue al actor de la acción pública a actuar hasta el fin, hasta que se agoten por él las heces del juicio. No permitir, pues, el desistimiento expreso, aunque sí pueda realizarse el tácito, es preceptuar una nonada.

"El desistimiento, además de que corresponde al ejercicio de un derecho, y puede ser el resultado de haber llegado el demandante a la convicción de que sus planteamientos al demandar eran errados, logra una finalidad que, para emplear la palabra clave, también se puede considerar de Orden Público. La Administración de Justicia, como lo establece la Constitución, es un Servicio Público. Pero ese servicio, que debe ser expedito y práctico, se entorpece con la acumulación de asuntos por decidir, y cuando las Corporaciones Judiciales se quiere hacer lo que éllas no son: esto es, ni Cuerpos de Policía ni Academias.

"Está bien, por lo mismo, que en favor de las causas serias se deje desistir a quien sin daño de barras pretenda hacerlo, y que no se excluyan de ese derecho a quienes ejerciten acciones públicas, a las cuales se han solido identificar las electorales. Es una identificación que, por cierto, no puede hacerse absolutamente, porque si bien éstas como las primeras se pueden ejercitar por cualquier persona, no lo pueden ser en cualquier tiempo, ni su finalidad es puramente restablecer la jurisdicidad objetiva. De por medio hay en éllas una cuestión de juridicidad sujetiva, pues se refieren a una elección, que necesariamente supone una persona o unas personas elegidas, a las que un fallo debe afectar. Suelen ser por ese producto de divergencias y de intereses muy personales que les quitan el platonismo de la acción pública. Provienen de un dominio de controversias muy explicables: del dominio de la Política, que Mauricio

Duverger califica con demasiada severidad al decirle él que allí "la pasión y la mala fé reinan generalmente".

Bogotá, D. E. , Diciembre dos de mil novecientos setenta.

Gabriel Rojas Arbeláez **Rafael Tafur Herrán.**

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO ALFONSO ARANGO HENAO

REF.: Expediente 1659. Actor: Elías Zuluaga Hoyos. Acción Electoral.

- En vista de que el doctor Gabriel Rojas Arbeláez anunció su salvamento de voto al auto materia de discusión, el cual respalda con la reproducción del que sobre el mismo punto formulara en el momento de debatir el negocio radicado bajo el número 1545 del cual es actor Javier Botero Londoño, quiero expresar mi conformidad total con los puntos de vista expresados por el doctor Rojas Arbeláez en aquella oportunidad, y por lo mismo hago mías sus palabras.

Pero, además, conviene reproducir aquí lo que dije como ponente en el juicio 1603 del cual fué actor el doctor Guillermo Hernández Rodríguez, lo cual viene muy al respecto para sustentar mi inconformidad con la providencia materia de este salvamento.

"La acción electoral, por mandato expreso del artículo 209 del C. C. A., está disponible por diez días hábiles contados desde el siguiente a aquel en que se ha expedido el acto de declaratoria de elección, para "cualquier persona" o para "cualquier particular". Una vez transcurrido ese corto plazo deja de ser una acción pública, pues, se torna en acción privada o propia de quien la inició, puesto que nadie más podrá impulsarla, máxime tratándose de procedimientos esencialmente rogados como esté adelantado ante la justicia contencioso administrativa.

Cierto es que las acciones electorales se denominan públicas. Pero todas ellas, por regla general tienen siempre una doble finalidad: la nulidad de una elección y la restitución de alguien en la curul. empleo o cargo cuya provisión se ha declarado nula. Hay, por lo mismo en este punto un aspecto particularista o un interés personal en tal acción, que la acerca de modo sobresaliente a las denominadas de "plena jurisdicción", es decir, a aquellas

en las cuales la declaratoria de nulidad del precepto, subsigue un restablecimiento del derecho particular violado, por lo tanto tiene en sí los elementos propios de toda acción desistible".

En esa misma providencia que ahora se trancribe en parte, se expresó el suscrito más adelante así:

"Mientras el derecho a iniciar la acción o el de desistir de la misma, no vayan contra el orden público ni contra las buenas costumbres, según limitación que trae el código Civil en su articulado, toda acción, por regla general, es desistible, pues, por otra parte, no hay Ley alguna que prohiba tal determinación del actor, como sí existía en el artículo 14 de la Ley 25 de 1928, norma hoy derogada por el C. C. A. que vino a regular la materia contenciosa ante esta jurisdicción".

Por todo ello, he tenido que separarme del criterio de la mayoría de mis compañeros de Sala.

Fecha Ut Supra

Alfonso Arango Henao

ELECTORALES

ELECCION DE CONTRALOR. *Señalamiento de fecha para realizar la elección. Desde cuándo comienza a contarse el término de los tres días.* **Para la Sala es incuestionable que en estos casos no es posible dar aplicación al artículo 366 del Código Judicial que habla de los "términos judiciales" y que los define diciendo que son los plazos señalados por la Ley o por el juez para que dentro de ellos dicte alguna providencia, se haga uso de un derecho o se ejecute algún acto en el curso del juicio. Los términos, agrega el artículo, empiezan a correr desde el día siguiente al de la notificación del auto que los concede. Y no tiene cabida porque no se trata de un juicio o proceso en que, en verdad, los términos deben empezar a correr desde el día siguiente, sino simplemente de un caso de días del calendario que como lo dice el artículo 59 del C. de R. P. y M. "se entiende por día el espacio de veinticuatro horas".**

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Bogotá, D. E., diciembre primero de
mil novecientos setenta

Consejero Ponente: **Dr. Osvaldo Abello Noguera**

REF.: Apelación de la sentencia de 30 de junio de 1970 del Tribunal Administrativo del Magdalena sobre nulidad del Acta de la Asamblea del Departamento correspondiente a su sesión del día 22 de mayo de 1969 en la

cual se declaró electo al Dr. Manuel Polo Macías como Contralor del Departamento para el período del 1o. de julio de 1969 al 30 de junio de 1971.
Actor: Luis Felipe Ballesteros.

En libelo de demanda presentado ante el Tribunal Administrativo del Magdalena por el doctor Luis Felipe Ballesteros, hablando en su propio nombre y en su condición de abogado inscrito en ese Tribunal, en ejercicio de la acción consagrada en el Capítulo XX del C.C.A., solicita que "se declare la nulidad del Acta de la Asamblea del Magdalena correspondiente a su sesión extraordinaria del día 22 de mayo de 1969 en cuanto declaró electo al doctor Manuel Polo Macías Contralor Departamental del Magdalena para el período legal que se inicia el 1o. de julio de 1969 y concluye el 30 de junio de 1971, o sea que es nula la respectiva elección o nombramiento".

HECHOS:

El actor fundamentó su pedimento en los hechos que relacionó así:

"1o. El doctor Augusto Turbay Burgos fue elegido por la Asamblea del Magdalena para ejercer el cargo de Contralor Departamental para el período legal de 1967-1969, que se inició el 1o. de julio de 1967, y ha venido ejerciéndolo previa su posesión en la forma indicada por la Ley.

"2o. La Asamblea del Magdalena en sus sesiones ordinarias de 1968 señaló el día 24 de octubre para elegir Contralor Departamental del Magdalena para el período legal que se inicia el 1o. de julio de 1969. Hecha la elección ninguno de los candidatos obtuvo el número de votos que requiere la Constitución y la Ley para su nombramiento.

"3o. En virtud de lo indicado en el punto anterior, la Asamblea señaló el día 29 de octubre de 1968 para efectuar dicha elección.

"4o. La Asamblea no sesionó el citado 29 de octubre de 1968 y en consecuencia tampoco procedió a la elección de Contralor Departamental, como tampoco deliberó el día 30 del mismo mes y año.

"5o. El día 31 de octubre de 1968, en las horas de la noche, se reunieron en una *residencia particular* miembros de la Asamblea y sin que hubiese *citación previa,* como lo ordena la Ley, procedieron a la elección de Contralor Departamental para el período que se inicia el *1o. de julio de 1969,* nombramiento que recayó en el nombre del doctor Alvaro Méndez Alzamora. La Asamblea lo declaró legalmente elegido, como consta en acta correspondiente a la sesión de la Asamblea del Magdalena del día 31 de octubre de 1968, distinguida con el No. 9.

"6o. En las horas de la noche del día 23 de noviembre de 1968 se reunió la Asamblea del Magdalena y en dicha sesión la Secretaría dió lectura a una comunica-

ción enviada por el doctor Alvaro Méndez Alzamora en la cual manifestaba que no aceptaba el cargo de Contralor del Departamento del Magdalena, cargo para el cual fue nombrado por la Asamblea en su sesión anterior del día 31 de octubre.

"7o. Prescindiendo de la lectura del acta respectiva, la renuncia a que se refiere el punto anterior fue aceptada y, *sin citación previa,* como lo ordena la Ley, se procedió el mismo día 23 de noviembre de 1968 a la elección del señor Joaquín Fernández de Castro. Diputado principal a la Asamblea, como Contralor Departamental del Magdalena para el período que se inicia el *1o. de julio de 1969.* La H. Asamblea lo declaró legalmente electo, como consta en el Acta No. 16, de 23 de noviembre de 1968, correspondiente al período de sus sesiones ordinarias.

"8o. El mismo día 23 de noviembre de 1968 un grupo de once diputados, diferente al que eligió al señor Joaquín Fernández de Castro, nombró como Contralor del Magdalena al doctor Luis Felipe Ballesteros, para el período legal que se inicia el *1o. de julio de 1969,* por un término de dos años.

"9o. El Tribunal Contencioso Administrativo, como se acreditará con certificación de la Secretaría, tiene a su estudio una demanda contra la elección del señor Joaquín Fernández de Castro que será fallada en la oportunidad legal y se abstuvo de conocer de otra, contra la elección del doctor Luis Felipe Ballesteros, por haber sido presentada esta última fuera del régimen legal.

"10o. Por decreto No. 237 de mayo 14 de 1969 de la Gobernación del Magdalena la Asamblea de este Departamento fue convocada a sesiones extraordinarias y en efecto el Gobernador, Dr. Clemente Díaz Granados, la instaló el día 19 de mayo de 1969.

"11o. En su sesión del mismo día 19 de mayo de 1969 la Asamblea aprobó una proposición señalando la fecha del día 22 del mismo mes y año para la elección de Contralor Departamental del Magdalena.

"12o. Ninguna de las personas designadas para el Cargo de Contralor del Departamento del Magdalena en sus sesiones ordinarias de 1968, o sea el señor Joaquín Fernández de Castro y el doctor Luis Felipe Ballesteros ha presentado renuncia del cargo de Contralor ante la Asamblea Departamental que hizo el nombramiento ni ante ninguna otra entidad.

"13o. El Diputado Joaquín Fernández de Castro asistió a la sesión extraordinaria de la Asamblea del Magdalena el día 19 de mayo de 1969 y entonces tomó posesión del cargo, sin que hubiese manifestado en ninguna forma, oral o escrita, que renunciaba a su designación de Contralor Departamental del Magdalena.

"14o. El día 22 de mayo se reunió la Asamblea del Magdalena sin que se hubiera cumplido el *término legal de citación previa* para el nombramiento de

Contralor, procedió a la elección y hecho el escrutinio correspondiente declaró electo al doctor Manuel Polo Macías, sin que la Asamblea previamente hubiese dejado sin valor o efecto los nombramientos hechos en 1968, sin que mediara vacancia, renuncia, destitución, etc., los cuales están amparados por la presunción de legalidad, en tal forma que la Asamblea no podía legalmente proceder a la designación de Contralor Departamental, pues esta función fue ejercida anteriormente y se agotó bien con el nombramiento de Joaquín Fernández de Castro o del Doctor Luis Felipe Ballesteros, dentro del período de sesiones ordinarias.

"15o. En el acto de la elección y nombramiento del doctor Manuel Polo Macías como Contralor del Magdalena participaron e intervinieron, emitiendo su voto, los diputados Ramón Palacio Iguarán, Fausto Gutiérrez de Piñeres, y Antonio Caballero Lafaurie, los dos primeros funcionarios de la Contraloría Departamental, y el último con parientes en el cuarto grado civil de consanguinidad y segundo de afinidad en la Contraloría, lo mismo que el Diputado Palacio Iguarán, todo lo cual resulta irregular, contrario a la moral administrativa, a la ética y a la Ley y vicia el nombramiento del Dr. Polo Macías".

NORMAS VIOLADAS

Como normas quebrantadas señaló el señor abogado demandante las siguientes:

"Artículo 192 de la Constitución Nacional; Artículo 24 del decreto 2733 de 1959 del gobierno nacional; artículo 98 de la Ley 4a. de 1913, numeral 2o.; artículo 98 de la Ordenanza 58 bis de 1962 de la Asamblea del Magdalena; artículo 64 de la Constitución Nacional; artículo 306, 307 numeral 3o., del Código de Régimen Político y Municipal; artículo 27 de la Ley 96 de 1920; artículo 8o. de la Ley 47 de 1945 además de que se incurrió en abuso o desviación de poder en la elección del doctor Polo Macías que se hizo en forma irregular; artículo 179, numeral 1o., de la Ley 85 de 1916 (Código Electoral) y numeral 1o. del artículo 195 del Código Contencioso Administrativo".

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal *a-quo* por medio de la sentencia de fecha 30 de junio de 1970 negó las peticiones de la demanda.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Como puede apreciarse de las probanzas que se allegaron al plenario, lo ocurrido en la Asamblea del Magdalena cuando se quiso elegir a la persona que debía regir los destinos de la Contraloría General del Departamento, para el período comprendido entre el 1o. de julio de 1969 y el 30 de junio de 1971, fue simplemente la división que se operó en el seno de la Corpora-

ción a raíz de los diferentes grupos que se formaron, pero que culminó con la elección segura del doctor Manuel Polo Macías, como se evidencia más adelante.

En efecto, se ha sostenido en la demanda que el doctor Alvaro Méndez Alzamora fue elegido Contralor del Departamento por un grupo de Diputados constituidos en sesión "en una residencia particular", pero sobre este procedimiento eleccionario la Sala no entra a estudiarlo ya que como puede apreciarse a folios 106 y 107 del expediente, el doctor Méndez Alzamora no aceptó el cargo y la Asamblea, mediante el Acta No. 16 del día 23 de noviembre de 1968, admitió la renuncia.

Igual cosa debe decirse sobre la elección del señor Joaquín Fernández de Castro por cuanto consta en el oficio No. 436 de fecha 19 de junio de 1969, folio 88, dirigido por el señor Gobernador del Departamento, doctor Clemente Díaz Granados, a la Secretaría del Tribunal Administrativo del Magdalena, que renunció ante ese Despacho, por no estar reunida la Asamblea, al cargo de Contralor del Departamento para el cual fue elegido en sesión del 23 de noviembre de 1968.

En el numeral 8o. de los hechos de la demanda se dice: "El mismo día 23 de noviembre de 1968 un grupo de once diputados, diferente al que eligió al señor Joaquín Fernández de Castro, nombró como Contralor del Magdalena al doctor Luis Felipe Ballesteros, para el período legal que se inicia el 1o. de julio de 1968, por un término de dos años". Evidentemente a folio 71 se encuentra el acta firmada por el 2o. Vice-Presidente de la Corporación, señor Ramón Palacio Iguarán y por el señor Manuel de Luque como Secretario ad-hoc, en la cual se lee: "En Santa Marta, a los veintitrés días del mes de noviembre de mil novecientos sesenta y ocho, siendo las 8 p.m., vale decir, las 8 de la noche, se reunieron en casa de Ramón Palacio Iguarán, situada en la calle 18 No. 22-54, de esta ciudad, los diputados que se indican a continuación . . . " y se eligió al doctor Luis Felipe Ballesteros como Contralor del Departamento del Magdalena. No sobra repetir que en la misma noche del día 23 de noviembre del precitado año de 1968, otro grupo de diputados eligió al señor Joaquín Fernández de Castro para el mismo cargo y que, como se vió anteriormente, lo renunció ante el señor Gobernador del Departamento, por no estar reunida la duma magdalenense.

Se evalúa, entonces, que el aludido documento fue la prueba que presentó el actor para demostrar su elección como Contralor Departamental. Pero como a folio 118 de este proceso electoral se encuentra una certificación expedida por el Secretario de la Asamblea, doctor Diógenes Dávila, en la cual se lee: "Oficio No. 8-0168 – Santa Marta, septiembre 17 de 1969 – Señor Presidente del H. Tribunal Contencioso Administrativo – PRIMERO – Que en los Archivos de la Honorable Asamblea Departamental y muy

especialmente en los libros de Actas correspondientes al período comprendido entre el día 25 de octubre de 1966 al día 30 de noviembre de 1968 no existe constancia alguna de que el Sr. Dr. Luis Felipe Ballesteros haya sido elegido como Contralor del Departamento para el período que se inicia el 1o. de julio de 1969" y, además, a folios 120 a 128 se aprecia que el Tribunal Contencioso Administrativo del Magdalena, representado por el señor Magistrado que sustanció el juicio, en audiencia pública con la Secretaria y con la presencia de dos testigos actuarios, practicó en los libros de actas de la Asamblea Departamental una minuciosa inspección ocular y se llegó a la conclusión de que en ninguno de los libros examinados se encontró registrado el hecho de la elección del doctor Ballesteros para el tantas veces nombrado cargo de Contralor, debe concluirse que las únicas probanzas que deben tenerse en cuenta para la demostración exacta de lo impetrado son las expedidas en forma reglamentaria y de acuerdo con la Ley y, en consecuencia, no puede la Sala aceptar lo que podría llamarse un simple escrito y que fue allegado por el actor para basar su pedimento, vale decir, el que hace referencia a su elección como Contralor del Departamento del Magdalena.

Como la causa principal de esta demanda es la nulidad del Acta por medio de la cual se eligió Contralor del Magdalena al doctor Manuel Polo Macías, la Sala procede a estudiar sus aspectos legales.

A folio 66 del expediente se puede justipreciar el Decreto número 273 del 14 de mayo de 1969, por medio del cual el señor Gobernador del Departamento del Magdalena, en uso de sus facultades legales y, en especial, de las que le confiere el artículo 185 de la Codificación Constitucional convocó a la Asamblea Departamental a sesiones extraordinarias a partir del 19 de mayo hasta el 31 del mismo mes y del prenombrado año de 1969. Debiendo agregarse que, entre los considerandos, se evalúa el que dice: "que igualmente se hace necesaria una reorganización de la Contraloría General del Departamento'.

A folio 114 se encuentra el Acta No. 1 correspondiente a la sesión extraordinaria del día 19 de mayo en la cual se valora que los HH. Diputados se reunieron ese día y el señor Gobernador acompañado de sus Secretarios, declaró legalmente instalada la Corporación y, entre otras proposiciones, se aprobó la siguiente: "fíjese la sesión del día jueves 22 de los corrientes, a partir de las 4 de la tarde, para proceder a la elección de Contralor General del Departamento, para el período comprendido entre el 1o. de julio del presente año y el 30 de junio de 1971".

De acuerdo con el Acta No. 2, visible a folios 109 a 110, correspondiente a la sesión del 22 de mayo, esto es, la fecha fijada para la elección referida, se procedió a ella y de los 16 Diputados que conforman la Asamblea del

Magdalena se obtuvo el siguiente resultado: "por el doctor Manuel Polo Macías, 15 votos; por el señor Luis Santiago Cuello. 1 voto. Como el doctor Polo Macías obtuviera los votos necesarios la Asamblea lo declaró legalmente elegido para el cargo de Contralor General del Departamento.

Como el actor ha sostenido que la elección del doctor Polo Macías se hizo en forma irregular y, además, que incurrió en abuso de sus atribuciones porque intervino "en asuntos que no eran de su incumbencia", agregándose que la Asamblea no podía ocuparse del nombramiento objeto de este juicio sino en forma exclusiva en el estudio, discusión y aprobación de los proyectos de Ordenanzas sometidos a su consideración por el Gobierno Departamental.

No encuentra la Sala razón alguna para sostener lo dicho por el señor abogado demandante porque no sólo el artículo 185 de la Constitución Nacional faculta a los Gobernadores para convocarlas a sesiones extraordinarias sino, que además, el artículo 89 del C. de R. P. M. es tan diáfano que no requiere de comentario alguno para rechazar el cargo impetrado por el actor. En efecto esta normación dice: "Las Asambleas se reunirán extraordinariamente cuando sean convocadas por los respectivos Gobernadores. En estas sesiones se ocuparán preferentemente de los asuntos sometidos a su consideración por dichos Gobernadores, y después, de los otros que estimen convenientes".

Asimismo se dijo en el libelo que "en el acto de la elección y nombramiento del doctor Manuel Polo Macías como Contralor del Magdalena participaron e intervinieron, emitiendo su voto, los Diputados Ramón Palacio Iguarán, Fausto Gutiérrez de Piñeres y Antonio Caballero Lafaurie, los dos primeros funcionarios de la Contraloría Departamental y el último con parientes en el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad en la Contraloría, lo mismo que el Diputado Palacio Iguarán, todo lo cual resulta irregular, contrario a la moral administrativa, a la ética y a la Ley y vicia el nombramiento del Dr. Polo Macías". Fol. 4.

Sobre este aspecto la Sala acoge lo dicho por el Tribunal *a-quo* en su sentencia, objeto hoy de la apelación, que dice así: "Sin embargo de que el libelo no hace referencia a impedimentos de orden constitucional y legal sino de carácter moral y ético por la participación de los anteriormente nombrados Diputados en la elección de Contralor General del Departamento, el Tribunal se permite aclarar que lo prohibido por el artículo 89 del C. de R. P. y M. en su numeral 6o. es nombrar a ninguno de sus miembros para empleos remunerados cuya provisión les incumbe, ni incluirlos en las ternas que deban elegir para que otra autoridad haga el nombramiento respectivo y que no se encuentre probado en el expediente; que los Diputados arriba mencionados sean parientes en ningún grado de consanguinidad o afinidad

del doctor Manuel Polo Macías y menos que éste los hubiera designado en los cargos que ocupaban por cuanto mal podía hacer nombramientos en el momento de la elección quien no ocupaba o ejercía el cargo del cual dependían los funcionarios citados en la demanda".

Por último ha dicho el actor que el artículo 98 de la Ordenanza No. 58 Bis de noviembre 26 de 1962 de la Asamblea del Magdalena sobre reglamento interno de la Asamblea establece: "Artículo 98 – Cuando la Asamblea deba hacer algún nombramiento de los que le corresponden conforme a la Ley o a las Ordenanzas, señalará el día en que deba tener lugar, con tres por lo menos de anticipación, llegado el cual se pondrá en el orden del día en último término". Y agrega: "los tres días de anticipación a que se refiere la Ordenanza, de acuerdo con las normas pertinentes de los Códigos Judicial y de Régimen Político Municipal, son días calendarios o sea que comprenden las 24 horas y que terminan a las doce de la noche del respectivo día. Si la

Asamblea del Magdalena se instaló en sus sesiones extraordinarias el 19 de mayo de 1969 y en esa misma fecha aprobó una proposición señalando el día para la elección de Contralor, esta debía fijarse con tres días de anticipación y, en consecuencia, empezaban a contarse desde el día siguiente hábil a la aprobación de la proposición respectiva, vale decir, desde el 20 de mayo y desde las doce de la noche p.m. en forma tal que el primer día completo lo era el 20 de mayo hasta las doce de la noche; el segundo, el 21 de mayo hasta las doce de la noche y, el tercero, el 22 de mayo hasta las doce de la noche y, por tanto, era el 23 de mayo y no el 22 la fecha en que ha debido hacerse la elección . . . ".

Para la Sala es incuestionable que en este punto enjuiciado no se puede dar aplicación al artículo 366 del C.J. que habla de los "términos judiciales" y que los define diciendo que son los plazos señalados por la Ley o por el juez para que dentro de ellos dicte alguna providencia, se haga uso de un derecho o se ejecute algún acto en el curso del juicio. Los términos, agrega el artículo, empiezan a correr desde el día siguiente al de la notificación del auto que los concede". Y no tiene cabida porque no se trata de un juicio o proceso en que, en verdad, los términos deben empezar a correr desde el día siguiente, sino simplemente de un caso de días del calendario que como lo dice el artículo 59 del C. de R. P. y M. "se entiende por día el espacio de veinticuatro horas". De modo, pues, que esos tres días a que se refiere el Reglamento de la Asamblea precitado se cumplieron a cabalidad por cuanto la fecha fue fijada para el día 19 de mayo y la elección se realizó el día 22.

Por lo expuesto anteriormente el Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público,

FALLA:

Confírmase en todas sus partes la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen,

Carlos Portocarrero Mutis
Presidente

Gustavo Salazar Tapiero
Vice-Presidente

Osvaldo Abello Noguera

Eduardo Aguilar Vélez

Alfonso Arango Henao

Nemesio Camacho Rodríguez

Alfonso Castilla Sáiz

Jorge Dávila Hernández

Hernando Gómez Mejía

Juan Hernández Sáenz

Lucrecio Jaramillo

Miguel Lleras Pizarro

Humberto Mora Osejo

Alvaro Orejuela Gómez

Gabriel Rojas Arbeláez

Rafael Tafur Herrán

Angel María Camacho Ramírez
Secretario

Se deja constancia que el anterior fallo fue leído, discutido y aprobado en las sesiones de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo correspondiente a los días veinticuatro de noviembre y primero de diciembre de 1970, según consta en las actas respectivas.

JUICIOS ELECTORALES

IMPEDIMENTOS DE LOS CONSEJEROS DE ESTADO. *En los juicios electorales, por haber sido escrutadores de votos.* , **El numeral 2o. del art. 102 del C.C.A., estatuye como una de las causales de impedimento de los Consejeros de Estado el "haber dictado el acto o providencia de cuya revisión se trate, o haber contribuído a dictarlos . . . ". Para que el Consejero se encuentre impedido para conocer de un pacto o providencia es necesario que ese acto o providencia sea el mismo que dictó o contribuyó a dictar.**

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Bogotá, D. E., diciembre dos de
mil novecientos setenta

Consejero Ponente: **Dr. Gabriel Rojas Arbeláez**

REF.: Expediente No. 1571 – Actor: ROMULO GONZALEZ TRUJILLO

El señor Consejero, Dr. Alfonso Castilla Sáiz, se ha declarado impedido para conocer del presente juicio, con fundamento en lo dispuesto en el numeral 2o. del artículo 102 del C.C.A., según lo cual constituye causal de impedimento "haber dictado el acto o providencia de cuya revisión se trate, o haber contribuido a dictarlos, o haber ejecutado o contribuido a ejecutar el hecho u operación administrativa sobre que versa la actuación".

El Dr. Castilla Sáiz actuó como Delegado de la Corte Electoral en los escrutinios de los votos emitidos en la Circunscripción Electoral del Huila, Caquetá y Amazonas en las elecciones para Presidente de la Nación y Corporaciones Públicas, verificadas el 19 de Abril del año en curso. No consta que ante los Delegados se hubiera planteado el punto objeto de la controversia ventilada en los autos, y que es el consistente en determinar si el señor Jorge Falla Solano, como candidato a Senador Principal, poseía la calidad constitucional de haber sido "miembro del parlamento", y si el señor Antonio Puentes tenía o nó la edad requerida. Por el contrario, el Dr. Rómulo Gónzalez Trujillo expresó ante los señores Delegados que se abstenía de formular tales planteamientos, por considerar que ellos implicaban cuestiones de Derechos que sometería a la decisión de las correspondientes autoridades judiciales.

El Acuerdo No. 10 de 4 de Julio de 1970, expedido por la Corte Electoral, se controvierte en este proceso únicamente por cuanto mediante aquél se declara elegidos Senadores a los señores Jorge Falla Solano y Antonio Puentes, principal y suplente en su orden, por el Partido Liberal y por la Circunscripción del Huila, Caquetá y Amazonas, para el período de 1970 a 1974. En este punto los Delegados de la Corte Electoral no tuvieron participación, no hicieron contribución, ni produjeron pronunciamiento ninguno, y por lo mismo él les fue ajeno en absoluto. Por este aspecto el Acto de la Corte Electoral y el de sus Delegados son completamente distintos. Y como la "contribución" a que se refiere el citado numeral 2o. del artículo 102 del C.C.A., no puede darse sino en un acto que sea común, resulta indudable que el señor Consejero Dr. Castilla no intervino en la producción de la providencia acusada, y que por lo mismo no está impedido.

Por lo expuesto al Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo NO DECLARA impedido al señor Consejero Dr. Alfonso Castilla Sáiz para conocer del presente juicio.

Cópiese, notifíquese.

Osvaldo Abello Noguera — **Eduardo Aguilar Vélez**

Alfonso Arango Henao — **Nemesio Camacho Rodríguez**

Jorge Dávila Hernández — **Hernando Gómez Mejía**

Juan Hernández Sáenz
Con Salvamento de Voto

Lucrecio Jaramillo V.

Miguel Lleras Pizarro — **Humberto Mora Osejo**

Alvaro Orejuela Gómez **Gabriel Rojas Arbeláez**

Carlos Portocarrero Mutis **Gustavo Salazar Tapiero**
Con Salvamento de Voto

Rafael Tafur Herrán

Angel María Camacho Ramírez
Secretario General

Se hace constar que la anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día veinticuatro de Noviembre de 1970.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS CONSEJEROS GUSTAVO SALAZAR T. Y JUAN HERNANDEZ SAENZ RESPECTO DEL PROVEIDO QUE ANTECEDE.

No puede remitirse a duda que los escrutinios municipales y, aún más, los que practiquen los Delegados de la Corte Electoral en la respectiva Circunscripción constituyen actos preparatorios o antecedentes necesarios del Acuerdo que llegue a expedir la Corte cuando el asunto llegue a su conocimiento en virtud de recursos interpuestos contra aquellos. Es decir, que quienes intervinieren como escrutadores en el ámbito departamental o municipal vienen a contribuir, así sea indirectamente, en la actuación que realice la Corte Electoral.

Ello hace patente que quien haya sido miembro de una Comisión Escrutadora Departamental no puede intervenir como sentenciador en el proceso donde se discuta por cualquier aspecto sobre la legalidad del Acuerdo de la Corte Electoral relativo a la misma Circunscripción donde operó la Comisión Escrutadora, porque así lo prevé con absoluta claridad el artículo 102, ordinal 2o., del Código Contencioso Administrativo.

A nuestro parecer es entonces fundado el impedimento que por este motivo y en forma plausible y oportuna puso en conocimiento de la Sala el Consejero doctor Castilla Sáiz.

Fecha ut supra.

Gustavo Salazar T. **Juan Hernández Sáenz**

TITULO VI

Revisión de Impuestos

REVISION DE IMPUESTOS

SILENCIO ADMINISTRATIVO. *No opera en materia tributaria.* **En las controversias donde se discuta el monto de un impuesto es imperativo agotar, siempre y a plenitud, el trámite ante la administración que la Ley establezca en concreto y esperar a que la autoridad resuelva, en forma expresa y en última instancia, sobre la inconformidad planteada por el contribuyente, como único camino legalmente plausible para el ejercicio ulterior de la acción contenciosa tributaria.**

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Bogotá, D. E., julio treinta de
mil novecientos setenta

Consejero Ponente: **Dr. Juan Hernández Sáenz**

El 7 de junio de 1969 la Administración de Impuestos Nacionales de Cúcuta le liquidó el impuesto sobre la renta y complementarios correspondientes a 1967 al doctor Manuel Buenahora Gutiérrez, quien reclamó el 27 del mismo mes. Y como el 27 de agosto siguiente la Administración le certificó que su reclamo no había sido resuelto, el doctor Buenahora, luego de pagar el impuesto discutido, acudió ante el Tribunal Administrativo de Norte de Santander en demanda de revisión de impuestos, con la creencia de que estaba agotada la vía gubernativa por el silendio de la Administración

durante más de un mes, según lo prevé el Decreto Ley 2733 de 1959 en el Parágrafo de su Artículo 18.

El Tribunal se abstuvo de examinar lo relativo al agotamiento del trámite administrativo y en su fallo del 24 de febrero de 1970, que es materia de consulta ante esta Sala, accedió a la revisión impetrada y ordenó restituirle al doctor Buenahora la suma de $ 8.140 por concepto de impuestos cobrados en exceso.

Se considera:

Los antecedentes de este juicio, ya relatados, indican la necesidad de esclarecer ante todo si en materia tributaria es admisible entender que está agotada la vía gubernativa y expedito el ejercicio de la acción contenciosa, por la demora superior a un mes en que incurra la Administración para decidir los reclamos o recursos interpuestos por los contribuyentes inconformes con sus liquidaciones de impuestos.

Es principio establecido por el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo que para acudir en demanda ante los tribunales de lo contencioso es menester el previo agotamiento de la vía gubernativa, porque el legislador desea que la autoridad pueda analizar los reparos que tenga un particular contra sus actos y corregir por sí misma los quebrantos del orden jurídico que encuentre cometidos, antes de que aquellos se le hagan conocer a quien compete juzgar sobre la legalidad de tales actos.

De acuerdo con la Ley, este agotamiento puede revestir dos formas: el expreso, cuando la providencia reclamada ya no es susceptible de ningún recurso gubernativo o cuando lo resuelto por la autoridad hace imposible continuar un trámite por esa vía (Decreto Ley 2733 de 1959, artículo 18); y el tácito, cuando la Administración demora más de un mes en decidir sobre el recurso interpuesto, silencio que legalmente se interpreta como resolución negativa (*ibid.* Parágrafo).

Una u otra de las formas descritas permiten satisfacer por regla general el requisito que exige el artículo 82 del Código, como preámbulo indispensable para acudir ante el contencioso, pero ello no acontece en materia de impuestos, porque allí si es forzoso esperar un pronunciamiento expreso de la autoridad como culminación del trámite gubernativo.

En efecto, el artículo 271 del Código Administrativo, al establecer la acción de revisión de impuestos, determina específicamente que tiene por objeto impugnar liquidaciones definitivas, es decir aquellas que coloquen al contribuyente en la necesidad jurídica de pagar la suma que se le exija para no verse expuesto al cobro compulsivo de la misma. Y el artículo 273, por su parte, agrega textualmente:

"Si la Ley, las ordenanzas o los acuerdos municipales hubieren establecido recursos contra las operaciones administrativas de liquidación de un impuesto de carácter nacional, departamental o municipal, sólo podrá hacerse uso de la acción ante lo contencioso administrativo cuando se hubieren agotado aquellos recursos. Sólo entonces la liquidación tendrá carácter de definitiva, y los tres meses de que habla el artículo anterior empezarán a contarse desde la fecha de la ejecutoria de la última decisión".

Ante un precepto tan evidente como el transcrito, resulta palmario entender que en las controversias donde se discuta el monto de un impuesto es imperativo agotar, siempre y a plenitud, el trámite ante la administración que la Ley establezca en concreto y esperar a que la autoridad resuelva, en forma expresa y en última instancia, sobre la inconformidad planteada por el contribuyente, como único camino legalmente plausible para el ejercicio ulterior de la acción contenciosa tributaria.

Y es muy claro que esta norma específica para el juicio de impuestos no obedece a simple capricho del legislador sino a la circunstancia de que mientras no se haya proferido la última decisión administrativa sobre el monto de un tributo, la liquidación no está en firme y, por ende, resultaría obviamente prematuro intentar su revisión contenciosa cuando aún es incierto el valor del impuesto que se discute, y esto por virtud del reclamo gubernativo del contribuyente, que todavía está en trance de ser decidido.

Y en el caso concreto del impuesto sobre la renta, estos principios los corrobora expresamente un texto de la Ley. En efecto, el artículo 53 del Decreto Ley 1651 de 1961, regulador de la materia, dice textualmente:

"Artículo 53. Queda agotada la vía gubernativa cuando se cumple la ejecutoria de las providencias dictadas por la División de Impuestos Nacionales al resolver los recursos de reclamación, reposición y apelación, o por las Secciones de Recursos Tributarios al fallar el recurso de reposición".

Esta disposición, especial y posterior al Decreto Ley 2733 de 1959 y de su misma jerarquía normativa, muestra de bulto la inoperancia del silencio como forma de agotar el trámite gubernativo para efecto de ejercer ulteriormente la acción contenciosa de revisión de impuestos.

Más aún, en tratándose del dicho impuesto, lo estatuido por el artículo 48 del Decreto Ley 1651 de 1961 hace evidente que para su caso no puede regir lo preceptuado por el Parágrafo del Artículo 18 del Decreto Ley 2733 de 1959: En efecto, mientras este último entiende agotada la vía gubernativa por la demora de un mes en decidir un recurso, contando el plazo desde el día en que se interponga, el artículo 48 permite sustentar los recursos tributarios dentro de los dos meses siguientes a su interposición y concede

término hasta de cuatro meses para practicar las pruebas que solicite el recurrente. Como es obvio, cualquiera de estos términos que fija el artículo 48, para el mero trámite de los recursos, es muy superior al que señala el Parágrafo aludido para que opere el silencio como forma tácita del agotamiento de la vía gubernativa y, por lo mismo, el contenido de esta norma hace incontrastable que aquel silencio no puede habilitar en ningún caso al contribuyente para promover juicio de revisión de impuestos, ni tampoco al contencioso para entrar a dirimirlo.

De otra suerte, se infringirían no solamente los artículos 271 y 273 del Código sino sencillos preceptos de la lógica, al suponer que el plazo para decidir un recurso puede ser inferior en algún caso al que exista para tramitarlo nada más y que, de consiguiente, ha de tenerse como expirado el primero antes de haberse vencido el segundo de esos términos, conclusión cuyo absurdo es manifiesto.

Las argumentaciones anteriores no implican, sin embargo, la inoperancia absoluta del silencio administrativo en materia de impuestos, es decir un desamparo legal para el contribuyente que lo lleve a soportar inerme y resignadamente la demora indefinida de las autoridades tributarias en resolverle sus reclamos. Al contrario, existe previsión legal muy clara y favorable para éste en el artículo 36 de la Ley 63 de 1967, que dice textualmente:

> "Los recursos de que trata el decreto 1651 de 1961, interpuestos con el lleno de las formalidades legales durante los años de 1963 y anteriores, deberán resolverse dentro del plazo de doce meses, contados a partir del 1o. de enero de 1968. Los interpuestos en 1964 y 1965 se resolverán antes del 31 de diciembre de 1969; los interpuestos en 1966, antes del 31 de diciembre de 1970; y los interpuestos a partir de 1967 deberán ser resueltos en el término de cuatro años, contados desde la fecha de su presentación. Si no se resolviere en dichos plazos, se considerará que el recurso queda fallado en favor del contribuyente".

No existe pues un vacío legal que invite a la aplicación del régimen general u ordinario del silencio gubernamental a los asuntos de impuestos. Lo que acontece es que en este último campo los efectos del silencio son distintos y específicos: conducen a que el reclamo del contribuyente obtenga solución favorable por ministerio de Ley, a diferencia de lo que sucede en el régimen ordinario, donde el callar equivale a decisión negativa del recurso interpuesto.

Naturalmente, la circunstancia de que el silencio en materia tributaria equivalga a resolución favorable, conduce también a entender que cuando él se configura desaparece la necesidad del ejercicio de la acción contenciosa de revisión de impuestos, por evidente falta de interés jurídico del actor. O sea que en ningún evento el silencio administrativo llega a habilitar para el ejercicio de aquella acción.

Esclarecido como queda que el juicio de revisión de impuestos exige el agotamiento previo y expreso de los trámites gubernativos pertinentes, forzoso resulta concluir que en el caso *sub judice* la demanda fue incoada prematuramente y, por lo tanto, no hay lugar a decidir en el fondo sobre su mérito, sino apenas declarar probada la excepción de petición antes de tiempo, que no enerva el derecho a demandar nuevamente cuando llegue la oportunidad legal, si así quisiera hacerlo el doctor Buenahora Gutiérrez.

Habrá de revocarse, en consecuencia, el fallo consultado.

En tal virtud, 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:

Revócase la sentencia consultada y, en su lugar, se declara probada la excepción de petición antes de tiempo.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Se deja constancia de que la Sala consideró esta providencia en las sesiones de los días 19 de mayo 9 y 19 de junio y la aprobó en la sesión del 24 de julio de 1970.

Carlos Portocarrero Mutis

Andrés Holguín
Con Salvamento de Voto

Enrique Acero Pimentel

Alfonso Arango Henao

Rafael Tafur Herrán

Ricardo Bonilla Gutiérrez
Con Salvamento de Voto

Nemesio Camacho R.

Jorge de Velasco Alvarez
Con Salvamento de Voto

Hernando Gómez Mejía

Juan Hernández Sáenz

Miguel Lleras Pizarro
Con salvamento de Voto

Jorge Dávila Hernández
Con Salvamento de Voto

Alvaro Orejuela Gómez

Gabriel Rojas Arbeláez

Gustavo Salazar T.

Jorge A. Velásquez D.

Angel M. Camacho Ramírez
Secretario

SALVAMENTO DE VOTO

Los suscritos Consejeros estamos en desacuerdo con la parte motiva y la resolutiva del fallo anterior, por lo cual suscribimos este salvamento de voto. El problema debatido, el del silencio administrativo en materia de impuestos, fue estudiado largamente por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en varias sesiones. En una de ellas, la correspondiente al día 9 de junio de 1970, los Consejeros doctores Andrés Holguín y Miguel Lleras Pizarro expusieron las razones por las cuales estiman que el fenómeno del silencio, tal como está consagrado por el Decreto 2733 de 1959, cubre todas las áreas de la Administración y que no hay motivo alguno para que un campo tan trascendental como el de los impuestos quede al margen de esa garantía que la Ley otorga a los ciudadanos cuando la Administración en lugar de pronunciarse sobre sus pedimentos o recursos, como es su obligación, enmudece. Para sustentar este salvamento de voto, nos permitimos transcribir los conceptos entonces expuestos por los consejeros Lleras Pizarro y Holguín, en los siguientes términos:

"El doctor Andrés Holguín manifestó que no estaba de acuerdo con la ponencia del doctor Hernández Sáenz ni con el memorando leído por el doctor Acero Pimentel, pues estima, de conformidad con lo expuesto por el doctor González Charry en su fallo de 1965, que las normas sobre silencio administrativo sí son aplicables en materia de impuestos. Observa que el parágrafo del artículo 18 del Decreto 2733 de 1959 constituye una regla general: cuando la Administración no resuelve dentro de un mes el recurso gubernativo, el interesado tiene el derecho de recurrir a la vía contenciosa. El art. 273 del C. C. A. y el art. 53 del Decreto 1651 de 1961 indican, en detalle, cuando queda agotada la vía gubernativa en materia tributaria, cuando la Administración se pronuncia; es decir, especifican cuáles son los actos acusables que ponen término al procedimiento gubernativo. Ello no tiene nada que ver con el fenómeno del silencio administrativo. El art. 273 dice que solo podrá hacerse uso de la acción ante lo contencioso "cuando se hubieren agotado aquellos recursos" lo cual significa que, si la Administración se ha pronunciado, no puede demandarse ante lo contencioso sin interponer previamente los aludidos recursos. Pero ello no es una excepción al silencio de la Administración. Por otra parte, la disposición que establece un plazo de cuatro años para que, en esta materia, la administración se pronuncie, y si no lo hace se entiende decidido el reclamo en favor del contribuyente, no es propiamente la consagración de un silencio administrativo especial. Todo lo contrario. Porque el silencio administrativo está instituido como un derecho del ciudadano frente a la administración, cuando ésta calla, no resuelve nada, en el término de un mes: ese derecho consiste en que, en tales circunstancias, se entiende agotado el trámite gubernativo y el ciudadano puede demandar ante lo contencioso. Pero el plazo de cuatro años no es para abrir la posibilidad a la demanda. Es para que la Administración resuelva. No es, pues, para demandar, pues el asunto queda automáticamente decidido en favor del reclamante. Por consiguiente, no puede pensarse que la norma sobre el plazo de

cuatro años que no se refiere al silencio administrativo, ni crea un silencio administrativo especial) haya derogado o modificado la regla general sobre silencio de la Administración. De otro lado, la Sección Segunda ha sentado doctrina en el sentido de que el fenómeno del silencio administrativo se produce no solo cuando se ha interpuesto un recurso de reposición o apelación, en la vía gubernativa, sino siempre que la Administración enmudece, es decir, no solo respecto de recursos sino también de solicitudes principales, de reclamos, etc., pues la expresión empleada por el art. 18, en su parágrafo, se refiere a los "recursos" en la acepción más amplia, como solicitud o reclamo ante la Administración. Pero incluso en materia tributaria, lo que ocurre es que la Administración hace la liquidación. Es un acto administrativo. El contribuyente reclama contra tal acto, interponiendose así un recurso, no importa que se llame reposición, apelación, reclamación, etc. Si la administración no resuelve dentro del mes, queda agotada la vía gubernativa a efecto de que el reclamante pueda acudir a la justicia contenciosa. Además, la norma sobre los cuatro años revela que el legislador ha querido que en materia tributaria, que tanto afecta a los asociados, la Administración proceda con celo especial, por lo cual resultaría ilógico que esa disposición –en favor del reclamante–, viniera a entorpecer la otra garantía que se le ha dado, la del silencio. Las dos normas –sobre plazo de cuatro años y silencio– no se oponen. Se complementan. Hay derecho de demandar, por agotamiento tácito de la vía gubernativa, si la administración no resuelve dentro del mes. Pero si el interesado prefiere esperar, puede hacerlo, y si al cabo de cuatro años la Administración no se ha pronunciado, se entiende decidido el reclamo a favor del interesado. Esa posibilidad de demandar es apenas una facultad, un derecho que se otorga al reclamante, por lo cual puede ejercerlo en cualquier tiempo, al cabo de un mes, o de tres meses, o un año, o más tarde; por lo cual no resulta válido el argumento de la ponencia en el sentido de que el trámite, en esta materia, es superior a un mes. Es cierto que la Ley 63 de 1967 y el Decreto 1651 de 1961 son normas especiales sobre impuestos y además posteriores al Decreto 2733 de 1959; pero no se refieren, como este estatuto, al silencio administrativo. Por tanto, ni lo derogan, ni lo modifican. Para que el parágrafo del art. 18 del Decreto 2733 hubiera quedado modificado o sustituido se requería una norma especial y posterior sobre silencio administrativo en materia de impuestos. Esa excepción, esa norma especial no existe. Como tal excepción no puede alegarse la norma que especifica cuando se agota la vía gubernativa mediante acto expreso, ni tampoco la norma sobre los cuatro años, que no consagra un nuevo silencio sino un plazo, plazo perfectamente compatible con el fenómeno del silencio administrativo de un mes. Es decir, la Ley 63 y el Decreto 1651, lo mismo que el Art. 273 del C. C. A., se refieren a materia distinta y, por tanto, no modifican el art. 18 del Decreto 2733. La idea de que esta tesis llevaría a innumerables demandas ante lo contencioso, que no podría ser resueltas, no es válida, pues la doctrina actual del Consejo es la de la aplicabilidad del silencio administrativo en materia tributaria, y ninguna situación anormal se ha presentado. Sería lamentable que el Consejo de Estado, cambiando la excelente doctrina expuesta en el fallo del doctor González Charry de 1965, sobre este punto (no sobre la prescripción), acabara con el importantísimo fenómeno del silencio administrativo en materia tan trascendental como la tribu-

taria. Esa fue la doctrina que sostuvo anteriormente el Consejo, doctrina que quedó modificada por el fallo de 1965. La Sala debe reiterar la doctrina de este último fallo, en mi opinión".

"El doctor Miguel Lleras Pizarro:

"1. En el curso de estas discusiones se ha recordado cómo son notas dominantes del derecho constitucional contemporáneo, los principios que caracterizan lo que los juristas del mundo han venido denominando como imperio de la Ley o imperio del derecho. Este movimiento universal de postguerra ha sido inspirado y patrocinado por la Comisión Internacional de Juristas y tiene como propósito principal no solo crear los principios o definirlos sino recomendar las instituciones indispensables para que los derechos humanos reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas sean evidentemente protegidos y para que las potestades que ha sido indispensable atribuir cada vez con mayor abundancia al Estado nunca pueden ser ejercitadas para desmedro de la libertad sino, al contrario, para su eficaz protección comprendida dentro de tal libertad el indispensable deber de la comunidad de promover la mejor distribución de la riqueza y la efectiva igualdad de oportunidades para los hombres.

La definición constitucional de las garantías individuales y la legislación que define como delito la violación de tales garantías están encaminadas a satisfacer aquellos fines del imperio del derecho. Entre los principios acogidos como propios del imperio del derecho se encuentran los acordados en el congreso celebrado en Nueva Delhi en 1959 en cuyas conclusiones puede leerse la siguiente: "(4) En general, todo acto del poder ejecutivo que afecte de manera directa y perjudicial la persona, la propiedad o los derechos del individuo debe quedar sujeto a revisión por parte de los tribunales de justicia".

"(5) La revisión judicial de los actos del poder ejecutivo puede llevarse a cabo de manera satisfactoria por tribunales administrativos, organizados especialmente con dicho fin, o por los tribunales ordinarios. Cuando no existan tribunales especializados, es indispensable que las decisiones de los tribunales y de los organismos administrativos especiales que se crean (entre ellos todos los organismos administrativos que tomen decisiones de índole judicial) queden sometidos en última instancia a revisión por parte de Tribunales ordinarios". En dicho congreso también se adoptó la siguiente conclusión: "Debe poner el poder legislativo en vigor recursos procesales *(Procedural Due Process)* y garantías mediante las cuales se hagan efectivos y queden protegidas las libertades mencionadas". También se recomendó que: "Se establezcan sanciones judiciales cuyo objeto sea hacer respetar los principios enunciados en la presente sección y mencionados en la sección tercera. Las garantías contenidas en la Constitución no deben ser menoscabadas de manera indirecta mediante procedimientos encaminados a privar de contenido práctico la facultad de fiscalización judicial".

"2. La mayor parte de los derechos, libertades y garantías constitucionales se protegen mediante la definición de conductas constitutivas de delito o de contra-

vención, pero el control de la legalidad de los actos del gobierno solo dependen de una jurisdicción respetable e independiente ante la cual puedan revisarse los actos administrativos. Una forma de eludir indirectamente dicha revisión es la exigencia según la cual no puede acudirse a la justicia sino cuando se haya agotado la vía gubernativa, si dicha exigencia no tiene límite en el tiempo.
"para impedir que la administración esquive el control jurisdiccional mediante la prolongación indefinida del proceso gubernativo, se estableció como garantía para los gobernados el instituto del silencio administrativo según el cual el gobernado puede ejercer la acción para que la justicia repare el derecho ofendido si después –de cierto tiempo no se ha pronunciado el gobierno–. Obviamente este silencio se caracteriza por la presunción de que el acto administrativo es contrario a los derechos o intereses demandados por el gobernado porque, si no fuera así, no habría nada qué revisar. En otras palabras, si la presunción establecida por la Ley no fuera de que el acto deniega sobre las peticiones que le han sido formuladas sino que las acepta, no habría oportunidad para la revisión jurisdiccional.

"Por la razón expresada la Ley que acoge el principio del silencio como motivo para dar por terminado el proceso gubernativo en sustitución de la resolución de segunda instancia, está otorgando una garantía al gobernado para que decida, según le convenga, si su derecho estará mejor protegido esperando la decisión que ponga término al proceso gubernativo o si será preferible utilizar la garantía del silencio para someter inmediatamente su caso a la revisión jurisdiccional.

"3. Cualesquiera que hayan sido las palabras empleadas en la Ley, en Colombia se adoptó el instituto del silencio como una garantía general con relación a la totalidad de los actos de la administración pública. No hay inconveniente constitucional para que esa garantía se limite, se suprima o se le creen excepciones, pero tales alteraciones deben ser expresas por tratarse de garantía general a favor o para proteger el derecho de petición y no parece jurídicamente aceptable que pueda entenderse derogada la garantía o creada alguna excepción, en campo especial de la Ley, por simple vía de interpretación, salvo que resultara evidentemente incompatible el instituto del silencio con alguna disposición posterior.

"No es cierto que el proceso gubernativo de reclamación por liquidaciones de impuestos sobre la renta sea el único que tenga reglamentación especial. También tienen reglamentación especial muchos otros procesos gubernativos como el de adjudicación de baldíos o el de contratación de petróleos pero no por eso puede pensarse que acerca de estas materias ha desaparecido el principio general del silencio de la administración como un modo que esta a disposición del gobernado para poner fin al proceso gubernativo antes de que se produzca la resolución de última instancia. Probablemente el legislador de 1959, exageró un poco al reducir el término de cuatro meses a treinta días para que pudiera comenzar a funcionar el silencio, pero ello no desvirtúa su característica y, también probablemente, la reducción del término se debió a graves motivos políticos.

"4. Es importante insistir en que el silencio no es plazo que la Ley haya fijado a la administración como obligatorio para que resuelva acerca de los recursos o peticiones que se le presenten. El plazo en este caso solamente es una condición para que el gobernado pueda ejercer el derecho a utilizar la vía jurisdiccional, o sea que antes de cumplida esa condición no puede acudir el contencioso administrativo aunque la administración no haya resuelto.

"También es prudente insistir en que el silencio tan solo crea la posibilidad de revisión ante la justicia de lo contencioso administrativo en donde, al menos en teoría, están en igualdad de condiciones el gobierno y el demandante. El juez dirá quién tiene la razón.

"5. La presunción adicional que la Ley tributaria estableció según la cual si transcurridos cuatro años de presentada la reclamación no se ha pronunciado la resolución de última instancia se entienden reconocidos favorablemente los derechos materia de la petición no es contraria al instituto del silencio ni puede crear excepciones porque de ella no se deduce la posibilidad de acudir a la revisión jurisdiccional.

En este caso el plazo de cuatro años si bien favorece las pretensiones del gobernado, sí constituye término para la administración; significa que vencido el plazo el gobierno pierde la competencia, cesa toda posibilidad de prolongar el debate ante el mismo gobierno y desde luego ante la justicia y se presumirán resueltas favorablemente las peticiones.

"Se repite, el silencio es posibilidad para la revisión jurisdiccional la que no aparece como consecuencia de la presunción establecida por la Ley tributaria para el reconocimiento tácito de las peticiones.

"6. En síntesis el silencio como garantía general no puede derogarse por la vía de la interpretación y no es incompatible con las otras presunciones de la Ley tributaria".

Señores Consejeros,

Andrés Holguín **Miguel Lleras Pizarro**

Los suscritos Consejeros adhieren a las tesis contenidas en el anterior Salvamento de Voto.

Jorge Dávila Hernández **Jorge Velasco Alvarez**

REVISION DE IMPUESTOS

DECLARACION DE RENTA. Debe ceñirse a las exigencias de forma y de fondo que fijen las Leyes tributarias, cuyo conocimiento general se presume por el solo hecho de su promulgación.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Bogotá, septiembre diez de mil novecientos setenta

Consejero Ponente: **Dr. Juan Hernández Sáenz**

El día 15 de mayo de 1965 presentó el señor Alberto Restrepo Angel los formularios correspondientes a su declaración de renta y patrimonio por el año de 1964. Indicó en ellos sus datos personales como contribuyente y denunció en forma escueta las sumas de $ 40.000 y $ 100.000 como renta y patrimonio gravables, respectivamente. Y con base en estas mismas cifras, practicó la liquidación privada del impuesto a su cargo, que ascendió a $ 5.346. (fs. 1, lv. y 20).

En estas circunstancias, el 17 de noviembre de 1965 la Administración de Impuestos Nacionales de Manizales requirió al señor Restrepo para que explicara una diferencia patrimonial de $ 63.479.60 encontrada por esa oficina entre sus declaraciones correspondientes a 1963 y 1964. (f. 14).

El señor Restrepo contestó ese requerimento el 9 de diciembre siguiente e hizo una relación discriminada de sus ingresos y haberes en el año de 1964, que determina una renta líquida gravable de $ 85.122.39 y un patrimonio gravable de $ 16.425.72 (fs. 16 a 18), cifras por cierto muy distintas de las que incluyó en los formularios presentados el 15 de mayo del mismo año, que se mencionaron al principio.

Con base en la respuesta del contribuyente, le fue liquidado el impuesto a su cargo. Pero la Administración de Impuestos de Manizales le impuso una sanción equivalente al 100% del tributo, por extemporaneidad en la denuncia de renta y patrimonio. El monto de ésta pena ascendió a $ 17.263 (f. 1 C. Principal).

Inconforme con esta sanción, el señor Restrepo Angel reclamó ante la oficina liquidadora. Dijo que su declaración de renta había sido presentada oportunamente, por cuanto al consignar el 40% del impuesto correspondiente a 1963 tuvo derecho a una prórroga automática del plazo para declarar y, en consecuencia, el hacerlo el 15 de mayo de 1965 obró en término hábil. Dijo también que la circunstancia de haberle sido recibida sin reparo por parte de la Administración su denuncia inicial, que era incompleta, lo habilitó para adicionarla posteriormente sin lugar a sanción en virtud de lo dispuesto por el artículo 5o. del Decreto 437 de 1961 y que esa adición fue hecha por el reclamante el día 9 de diciembre de 1965, es decir, antes de que se le liquidara el impuesto sobre la renta por el año de 1964.

Mediante Resolución 753 de 1966, la Administración de Impuestos Nacionales de Manizales decidió en forma adversa el reclamo del señor Restrepo. Y apelada esta providencia, la Dirección General de Impuestos Nacionales la confirmó por Resolución R – 2357 – H de 1969.

Las autoridades tributarias fundaron esta determinación en que, para ellas, el contribuyente Restrepo sólo vino a hacer su declaración de renta y patrimonio por el año de 1964 el día 9 de diciembre de 1965, pues los formularios presentados el 15 de mayo anterior no constituían una verdadera denuncia de renta por carecer de los requisitos que para ella fijan los artículos 22 del Decreto 437 de 1961 y 9o. del Decreto 1651 del mismo año. Argumentaron también que Restrepo no tuvo derecho a prórroga del plazo para declarar porque no demostró estar a paz y salvo por concepto del impuesto sobre la renta, como lo exige el artículo 14 del Decreto 1651 de 1961 para gozar de este beneficio.

Ante el resultado infructuoso de su gestión gubernativa, el señor Restrepo Angel promovió juicio de revisión de impuestos ante el Tribunal Administrativo de Caldas e insistió en sus argumentaciones iniciales para demostrar que no podía aplicársele la sanción por extemporaneidad en la presentación de su denuncia de renta y patrimonio.

El Tribunal, en fallo del 29 de julio de 1970, accedió en parte a las súplicas de la demanda y redujo el monto de la sanción a la suma de $ 3.452, porque estimó que el contribuyente no tuvo derecho a la prórroga automática para declarar y, en consecuencia, al presentar su denuncia de renta el 15 de mayo de 1965 se retrasó en dos meses para cumplir esa obligación tributaria, incurriendo así en un 20% de recargo en el monto del impuesto. Sostuvo, en cambio, que la mencionada declaración global y escueta de sus ingresos y bienes hecha por Restrepo el 15 de mayo sí fue legítima, por cuanto las autoridades de impuestos se la recibieron sin objeción ninguna, a pesar de que era palpablemente deficiente, negligencia oficial que no puede tornarse como fundamento para sancionar a personas particulares.

La sentencia aludida vino en consulta y debe por ello resolver esta Sala, previas las consideraciones siguientes:

La estructura actual del impuesto sobre la renta y complementarios impone la necesidad de que las personas sujetas a pagarlo les suministren a las autoridades los datos indispensables para calcular el valor de los ingresos y de los bienes legalmente gravables, con el fin de establecer en concreto el monto de la obligación tributaria a cargo de cada contribuyente.

Este es el origen de la que se llama declaración de renta y patrimonio que, dentro de plazos predeterminados, deben presentar todas aquellas personas que obtengan ingresos o posean bienes por encima de un mínimo legalmente establecido en cada uno de los ejercicios gravables.

Como es apenas natural, aquella declaración debe ceñirse a las exigencias de forma y de fondo que fijen las Leyes tributarias, cuyo conocimiento general se presume por el solo hecho de su promulgación.

Tales exigencias obviamente no obedecen a mero capricho del legislador sino a la necesidad de que los funcionarios competentes pueden calcular con fundamento en factores verídicos y certeros el monto de las rentas y los activos patrimoniales de cada persona, como base para la liquidación y el cobro del impuesto que deba satisfacer como contribución suya a las cargas del Estado.

Si así no sucediera, quedaría al talante de quien quisiera contribuir la fijación de sus tributos, sin que las autoridades tuvieren elementos de juicio para impugnar esas liquidaciones particulares ni, menos aún, pudieran ejercer algún control para el efectivo y justo recaudo del impuesto de que se trata.

Es por ello que los artículos 22 del Decreto 437 y 9o. del Decreto 1651, ambos de 1961, determinan en forma expresa que en las declaraciones deben discriminarse detalladamente los ingresos brutos, las deducciones y exencio-

nes y las rentas exentas, así como también las distintas partidas del activo y del pasivo patrimoniales y los bienes exentos y, además, el monto de la renta bruta, líquida y gravable y del patrimonio bruto, líquido y gravable.

Dice también el artículo 22 que si el declaramente se limita a expresar en forma global y escueta el valor que en su concepto constituye la renta gravable, la denuncia resulta inadmisible y, por lo mismo, carece de efectos legales, como es obvio.

Ante normas tan claras y categóricas, no puede pensarse que el simple hecho de haberse recibido en las oficinas de impuestos unos formularios apropiados para la declaración de renta y patrimonio que no contengan los datos mínimos exigidos por la Ley para que tenga eficacia una denuncia de esta naturaleza, sea suficiente para convalidar la deficiencia intrínseca de una declaración, que la hace legalmente inadmisible como tal, y menos hasta el punto de entender que la actuación errada de un funcionario subalterno de impuestos llegue a subsanar el incumplimiento del deber que tiene todo contribuyente de hacer su denuncio de renta y patrimonio en la forma establecida por los preceptos tributarios.

Los razonamientos anteriores y los antecedentes del caso *sub judice*, conocidos al principio, dejan en claro que los formularios entregados por el señor Restrepo en la Administración de Impuestos Nacionales de Manizales el 15 de mayo de 1965 no contienen su declaración de renta y patrimonio por el año de 1964 y, de consiguiente, no permiten establecer que en esa fecha el aludido señor hubiera cumplido con la obligación legal de presentar aquella denuncia.

Tampoco es de recibo el argumento de que la relación discriminada de sus bienes y rentas que entregó el señor Restrepo el 9 de diciembre de 1965 lo deje libre de sanción al tenor del artículo 5o. del Decreto 437 de 1961, desde luego que, según quedó visto, esa relación era la respuesta a un requerimiento hecho por los funcionarios de impuestos, o sea que no fue obra espontánea del contribuyente, lo cual según la misma norma invocada por el demandante, no lo exonera de responsabilidad por el retardo en declarar.

Acontece, en cambio, que la mora del actor no puede computarse desde el 15 de marzo de 1965, como lo hicieron las autoridades de impuestos y el Tribunal, sino a partir del 15 de mayo siguiente, ya que el señor Restrepo consignó oportunamente el 40% de su impuesto por el año anterior y además estaba a paz y salvo por tal concepto el aludido 15 de marzo, como lo demostró a cabalidad en la etapa gubernativa con el certificado que obra al folio 27 del Cuaderno de Antecedentes.

Cumplió pues integralmente los requisitos que exige el artículo 14 del Decreto 1651 de 1961 para gozar de prórroga automática de dos meses en el

plazo para declarar. Sólo que se demoró en comprobar su situación de paz y salvo fiscal. Pero esa demora no desvirtúa en modo alguno el hecho clarísimo y atestado oficialmente de que no era deudor del impuesto sobre la renta el 15 de marzo de 1965, que es lo que pide la Ley para merecer la prorroga, en lo que atañe a este requisito.

Sostener algo distinto o desechar prueba tan fehaciente como la mencionada porque apenas se presentó dentro de la reclamación gubernativa, equivaldría a sacrificar un derecho clarísimo del contribuyente en aras del simple formulismo, tesis que resulta inadmisible.

Debe entonces computarse el plazo de retardo en que incurrió el señor restrepo para la presentación de su denuncia de renta desde el 15 de mayo de 1965 y hasta el 9 de diciembre del mismo año, fecha en que, según aparece de autos, cumplió con ese deber. Son pues 7 meses de demora que, a razón de un 10% de recargo mensual, equivalen a un sobreimpuesto del 70% como sanción por extemporaneidad en la declaración.

Hechas las operaciones aritméticas del caso, la sanción vale $ 12.984. Y como el señor Restrepo pagó por este concepto la suma de $ 17.263, según consta al folio 12 del Cuaderno Principal, habrá de ordenarse que se le restituyan $ 5.179, cubiertos en exceso por este concepto.

Se impone pues modificar el fallo consultado, de acuerdo con las consideraciones que se dejan hechas.

En tal virtud, 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:

Refórmense los numerales 2o. y 3o. de la sentencia consultada, así:

a. Fíjese en la suma de doce mil ochenta y cuatro pesos, moneda corriente, (12.084 M/C.) el monto de la sanción por extemporaneidad en la presentación de la declaración de renta y patrimonio correspondiente al año de 1964 a cargo del señor Alberto Restrepo Angel.

b. La Administración de Impuestos Nacionales de Manizales, dentro del término que fija el artículo 121 del C.C.A., deberá restituírle al señor Alberto Restrepo Angel la cantidad de cinco mil ciento setenta y nueve pesos, moneda corriente ($ 5.179 M/C.), pagada por éste en exceso y por concepto de la sanción a que alude el ordinal anterior.

Si la devolución no se hiciere dentro de aquel plazo, el Tesoro Nacional, por conducto de la expresada Administración de Impuestos, le reconocerá intereses al señor Restrepo Angel, a la tasa del 8% anual, sobre la suma ya indicada y hasta la fecha en que el reintegro se realice.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Se deja constancia de que esta providencia fue estudiada y aprobada en la sesión del 10 de septiembre de mil novecientos setenta.

Gustavo Salazar T. **Juan Hernández Sáenz**

Miguel Lleras Pizarro **Hernando Gómez Mejía**

Angel M. Camacho Ramírez
Secretario

REVISION DE IMPUESTOS

IMPUESTOS NACIONALES. *Finalidad del juicio de revisión.* **El objeto del recurso contencioso administrativo para la revisión de las liquidaciones de impuestos no es solamente el de determinar la validez formal de la resolución última del proceso gubernativo sino la de examinar la totalidad de la actuación del gobierno para determinar tanto formal como sustancialmente si lo que se reclama del contribuyente se ajusta a la Ley y está por tanto conforme con la equidad.**

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Bogotá, D. E., octubre quince de mil novecientos setenta

Proponente: **Dr. Miguel Lleras Pizarro**

REF.: Radicación No. 898. Apelación de la sentencia del Tribunal Administrativo de Caldas sobre revisión de la liquidación del impuesto sobre la renta del año de 1962 del señor Alfredo Ospina Gómez.

La liquidación privada del impuesto de renta y complementarios correspondiente al año de 1962 del señor Alfredo Ospina Gómez fue objeto de revisión por la liquidación No. L1778 de 24 de marzo de 1965 por medio de

la cual se ordenó un pago adicional por la suma de $ 136.008.40 como consecuencia de haber considerado que pagos hechos a terceros por la suma total de $ 175.293.49 no eran deducibles. Esta liquidación fue confirmada por la resolución No. R4817H de 1965 diciembre 30 notificada el 22 de febrero de 1965.

En la resolución de la división de impuestos nacionales no se examinó el fondo del asunto por cuanto el reclamante no acompañó antes de repartirse la reclamación, el comprobante de haberse hecho el pago. El Tribunal Administrativo de Caldas se abstuvo también de examinar el fondo del problema y por tanto no revisó la liquidación reclamada por considerar que, no obstante haberse interpuesto la acción en tiempo oportuno habría de considerarse ejecutoriada la resolución administrativa por la razón ya expuesta de que el comprobante de pago se adujo con posterioridad a los términos previstos en el artículo 33 del decreto 1651 de 1961.

Para resolver se considera:

Según el artículo 86 del código de lo contencioso administrativo la demanda es admisible si con ella, además de otros documentos, se acompaña el comprobante de consignación a título de depósito de lo debido o de pago y dicho comprobante junto con los demás exigidos por el precepto mencionado fueron presentados simultáneamente con la demanda y esta fue admitida y tramitada regularmente. Según el certificado que obra a los folios 288 y 289 las sumas correspondientes a la liquidación privada y las exigidas por la liquidación de revisión fueron todas consignadas en el año de 1963 y en el de 1964, la última de las cuales en agosto de ese año. La demanda fue presentada ante el Tribunal el 27 de mayo de 1965.

Lo decidido por la división de impuestos nacionales está subordinado a la Ley, al menos formalmente, porque el comprobante de pago fue presentado después de proferida la resolución aunque antes de ser notificada, pero en todo caso extemporáneamente. No ocurre lo mismo en cuanto hace a la demanda instaurada ante el Tribunal Administrativo y es por ello explicable que se le haya admitido y tramitado aunque inexplicable que no se haya accedido a examinar el fondo del asunto como si la prueba del pago no constara en el expediente.

Es cierto, desde el punto de vista procesal, que la ausencia de la prueba es tanto como si el hecho no hubiera ocurrido pero si la prueba se aduce con oportunidad admisible desde el punto de vista legal, no puede el fallador negar la existencia del hecho con el pretexto de que el funcionario o el juez de que conocieron anteriormente no dispusieron de tal prueba. Por esa razón el artículo 598 del código judicial autoriza al superior para considerar las pruebas que no hubieran sido practicadas o agregadas oportunamente en la

primera instancia. En sentencia del 30 de marzo de 1960 expresó la Corte Suprema: "si se mira la razón de ordenar al superior que el fallar tenga en cuenta la prueba presentada en la primera instancia inoportunamente, se observa que esa razón existiría también en aquellas ocasiones en que la agregación se hiciera en el curso de la segunda instancia, pero antes de la citación para sentencia, a fin de que la parte a quien perjudica pueda valerse de los recursos establecidos para impugnar la legitimidad o autenticidad de los documentos, y como a un mismo presupuesto de hecho debe corresponder el mismo tratamiento legal, debe aplicarse a las dos situaciones una misma norma, de modo que el juez de segunda instancia estime las pruebas que sean agregadas inoportunamente en el primero como en el segundo grado del juicio".

El objeto del recurso contencioso administrativo para la revisión de las liquidaciones de impuestos no es solamente el de determinar la validez formal de la resolución última del proceso gubernativo, sino la de examinar la totalidad de la actuación del gobierno para determinar tanto formal como sustancialmente si lo que se reclama del contribuyente se ajusta a la Ley y está por tanto conforme con la equidad. Si es comprensible que en la vía gubernativa no se haya accedido a examinar la legalidad de la liquidación debido a la ausencia de un requisito formal no es esa razón suficiente para que en el juicio posterior ante los tribunales administrativos se proceda de análoga manera auncuando la ausencia de la formalidad haya sido subsanada. Además cuando la Ley exige la prueba del pago en el caso de las revisiones de liquidación de impuesto sobre la renta y complementarios lo que pretende es evitar los perjuicios que para la administración resultarían si el pago no pudiera obtenerse ni siquiera conforme a la liquidación privada, sino después del largo proceso de revisión y sería un exceso de formalismo negarse a examinar las impugnaciones propuestas por el contribuyente porque en etapa anterior no se dispuso de prueba que ahora ha sido presentada completa y oportunamente. Las reflexiones anteriores coinciden con recientes doctrinas de esta Sala repetidas de modo uniforme en varias sentencias.

El tema de fondo objeto del debate se reduce a determinar si son o no aceptables como deducibles los siguientes gastos declarados como pagos a terceros así:

Por sueldos	$	51.176.91	
Por transporte	$	10.443.29	;
Por prima de servicios	$	992.85	;
Por comisiones	$	42.547.67	;
Por bonificaciones	$	3.135.18	;
Por arrendamientos	$	16.336.00	y
Por pastajes de ganado	$	50.661.89	
TOTAL	$	175.293.49	

La administración de impuestos no aceptó estas deducciones porque se omitieron algunos de los datos relativos a la identificación o al domicilio de los beneficiarios de los pagos.

En diligencia de inspección ocular con el auxilio de peritos y que fue ordenada en auto para mejor proveer, según consta en acta que obra a folio 321 y siguiente hasta el folio 370 las partidas objeto de contención están debidamente asentadas en los libros de contabilidad del contribuyente, llevados en forma regular y registrados en la cámara de comercio de Pereira. Es cierto que algunas de aquellas partidas no están respaldadas sino por comprobantes externos que se archivan en los libros de contabilidad de las sucursales y agencias del negocio; en opinión de los peritos acreditan suficientemente los asientos de contabilidad. Además inmediatamente después de la diligencia de inspección ocular se agregaron al expediente los comprobantes externos correspondientes. Folios 324 a 373.

Desde el 20 de junio de 1969 esta sala ha acogido reiteradamente y sostenido la doctrina según la cual, tal como se lee en sentencia de noviembre de 1969 en el negocio No. 1150; "cuando el contribuyente no lleva libros de contabilidad en legal forma la única prueba que suple la omisión de los requisitos exigidos por la Ley para aceptar como deducción o costo los salarios, compensaciones y en general los pagos a terceros que excedan de $ 1.000.00 en el año, es la de establecer si quienes recibieron el pago lo denunciaron oportunamente a la administración.

"Pero cuando el contribuyente lleva libros completos de contabilidad tiene derecho a la aceptación de los costos determinados de acuerdo con prácticas contables de reconocido valor técnico, porque así lo manda el artículo 25 de la Ley 81 de 1960.

"De tal suerte que si el contribuyente acredita que sus libros de contabilidad están registrados debidamente, llevados de acuerdo con las normas legales y los asientos en ellos verificados están respaldados por comprobantes externos o cuando las sanas prácticas contables no requieran la existencia de éstos, la administración deberá aceptar lo que resulte de esos libros para todos los efectos impositivos. (Artículo 67 del decreto 1651 de 1961).

"En esta forma las dos disposiciones aparentemente antagónicas no sólo producen pleno efecto sino que se acomodan al espíritu de la Ley tributaria, que le confiere a los libros de contabilidad llevados de acuerdo con las normas legales, decisiva importancia y en determinadas circunstancias valor de plena prueba respecto de las operaciones en ellos asentadas".

En consecuencia, la liquidación de revisión acusada debe revocarse y en su lugar quedará vigente la primitiva liquidación privada presentada por el contribuyente y habrán de ordenarse los reintegros correspondientes.

1962

OSPINA GOMEZ ALFREDO

RENTA		*Impuesto*
Renta bruta.	$ 2.969.649.13	
Deducciones aceptadas.	2.563.713.31	
Renta líquida	405.935.82	
Exenciones.	$ 5.000.oo	
Renta gravable.	$ 400.935.82	$ 134.594.33
		$ 134.594.33

PATRIMONIO

Patrimonio bruto.	$ 8.521.802.94	
Pasivo (libros registrados).	$ 1.029.692.60	
Patrimonio líquido.	$ 7.492.110.34	
Patrimonio exento.	211.616.39	
Patrimonio gravable.	$ 7.280.493.95	$ 104.507.41
	Suma:	$ 239.101.74
20% sobre $ 239.101.74.		47.820.35
2/3 Fomento eléctrico Sid.sobre $ 261.341.49	$ 7.840.24	$ 5.226.82
	Sub-total	$ 292.148.91
1/3 Fomento eléctrico Sid.sobre $ 261.341.49	$ 7.840.24	$ 2.613.42
1% Fondo ganadero.	$ 1.477.186.35	$ 15.771.86
	TOTAL:	$ 310.534.19

DEVOLUCION POR MAYOR IMPUESTO

Impuestos	*Impuesto por liquidación de revisión*	*Nueva liquidación*	*Mayor valor del impuesto para devolver*
Patrimonio	$ 104.507.41	$ 104.507.41	$ —o—

Renta	$ 205.474.02	$ 134.594.33	$ 70.879.69
Fomento eléctrico y Siderúrgico	$ 10.972.68	$ 7.840.24	$ 3.132.42
Impuesto de ganadería	$ 15.771.86	$ 15.771.86	$ —o—
Recargo del 20% s/$309.981.43	$ 61.996.29	$ 47.820.35	$ 14.175.94

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado por intermedio de la sección cuarta de su sala de lo contencioso administrativo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

FALLA:

1. Revócase la sentencia apelada.

2. La administración de Impuestos Nacionales de Pereira devolverá al señor Alfredo Ospina Gómez la suma de Ochenta y ocho mil ciento ochenta y ocho pesos con cinco centavos por concepto de mayor valor cobrado y pagado por impuesto de renta y complementarios correspondientes al año de 1962 con imputación que corresponda según la liquidación que aparece en la parte motiva de esta sentencia. Si el pago se demora más de treinta días contados desde el de la ejecutoria del fallo se pagarán intereses a la tasa del ocho por ciento anual.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la reunión de la Sala de fecha quince de octubre de mil novecientos setenta.

Gustavo Salazar Tapiero **Hernando Gómez Mejía**

Juan Hernández Sáenz
Con Salvamento de Voto

Miguel Lleras Pizarro

Angel María Camacho Ramírez
Secretario

SALVAMENTO DE VOTO

DEL CONSEJERO JUAN HERNANDEZ SAENZ
EN EL FALLO QUE ANTECEDE

Es bien sabido que los artículos 25 de la Ley 81 de 1960 y 77 del Decreto Ley 1651 de 1961 reconocen mérito pleno a los asientos de contabilidad que aparezcan en libros registrados de acuerdo con la Ley.

Es cierto, asimismo, que tales asientos constituyen por regla general medio legalmente idóneo para acreditar la existencia y cuantía de los costos y otras expensas que afectan como deducción el producto de una actividad o negocio sujeto al impuesto sobre la renta.

Pero no debe olvidarse que la misma Ley tributaria establece excepciones claras, expresas y terminantes a ese principio general. Así acontece en concreto con el artículo 46 de la Ley 81, según el cual los gastos hechos para remunerar servicios personales, pagar arrendamientos, regalías o intereses sólo son deducibles cuando el contribuyente indica en la declaración los nombres, direcciones, lugar de vecindad y número del documento de identificación de los beneficiarios, o cuando, para subsanar esta omisión, comprueba que esos beneficiarios incluyeron en su propia denuncia de renta el valor de aquellos pagos.

Ninguna otra prueba de la existencia de tales pagos hechos a terceros es legalmente conducente para efectos impositivos. Tan sólo la copia auténtica de la declaración de renta del beneficiario o las certificaciones obtenidas por el sistema que establece al artículo 61 del Decreto Ley 1651, pueden ser calificadas por las autoridades de impuestos o por el contencioso como prueba supletoria suficiente, cuando no se haya hecho en el cuerpo de la denuncia de renta o en las adiciones que permite el artículo 5o. del Decreto 437 de 1961, la relación detallada y completa de los pagos a terceros, en cuantía superior a mil pesos y en las hipótesis que específicamente menciona el aludido artículo 46.

Así fluye con absoluta nitidez de lo estatuido perentoriamente por el artículo 46 y del principio que consagra el artículo 65 del Decreto Ley 1651 en su segundo inciso. Y a ello debe atenerse forzosamente el fallador cuando le corresponde dirimir litigios que, como el presente, aparezcan regulados sin lugar a dudas por aquellas disposiciones.

De otra suerte, se quebrantan en forma ostensible elementales preceptos de hermenéutica, como el que enseña que cuando el sentido de la Ley es claro a él debe atenerse quien quiera interpretarla y como el que enseña que cuando existe norma especial para regular un caso concreto, ella debe aplicarse con preferencia sobre la norma general.

El desvelo entusiasta por mantener la equidad es siempre plausible. Empero, jamás podrá prevalecer sobre estas sencillas y hasta triviales reglas de hermenéutica, porque en ellas descansa la observancia plena, severa y permanente de las Leyes por las autoridades y las gentes, sin la cual ningún orden jurídico habría de subsistir.

Estas son las razones de mi disentimiento.

Fecha ut supra.

Juan Hernández Sáenz

REVISION DE IMPUESTOS

LEGITIMACION EN CAUSA. *Y capacidad para ser parte.* **Son cosas bien distintas la capacidad para ser parte y la legitimación para obrar. El primer concepto dice relación sobre la existencia de un sujeto de derecho y el segundo sobre la manera como esa persona, natural o moral, puede actuar u obrar legalmente por medio de representante o apoderado.**

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Bogotá, D. E., noviembre diecinueve de mil novecientos setenta

Consejero Ponente: **Dr. Gustavo Salazar T.**

REF:. Expediente No. 1657
Actor: Sears Roebuck de Cali S.A.

Por auto de 20 de marzo de 1970 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó la admisión de la demanda presentada por el doctor Rafael Gamboa Alvarez como apoderado del señor Eugene F. Lindsay quien a su turno obra como gerente de la sociedad comercial Sears Roebuck de Cali S. A. En la demanda se pide la revisión de varias liquidaciones de impuestos a

las ventas de la mencionada sociedad practicadas por la División de Impuestos Nacionales.

Para tomar esa determinación el Tribunal se fundó en que el certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá que se acompañó con la demanda "no acredita la constitución, existencia y representación legal de la sociedad", sino simplemente que el señor Lindsay es el gerente de ella.

Inconforme con la negativa el doctor Gamboa interpuso apelación y concedida le corresponde a esta Sala resolverla.

El apelante sostiene que el certificado de la Cámara de Comercio es prueba suficiente de que su poderdante ejerce la gerencia de la sociedad comercial demandante y tiene la personería de ella de conformidad con las normas de los artículos 41 de la Ley 28 de 1931 y 254 del decreto legislativo número 2521 de 1950.

Se considera:

Son cosas bien distintas la capacidad para ser parte y la legitimación para obrar. El primer concepto dice relación sobre la existencia de un sujeto de derecho y el segundo sobre la manera como esa persona, natural o moral, puede actuar u obrar legalmente por medio de representante o apoderado.

Respecto de las sociedades comerciales su capacidad para ser parte se prueba ante las autoridades de dos modos: aportando la escritura de constitución con la nota de registro civil, extracto de la misma registrado en la Cámara de Comercio y ejemplar del periódico en que se publicó el extracto (artículos 465, 469, 470 y 471 del Código de Comercio); o con el certificado firmado por el presidente y secretario de la Cámara de Comercio en que consta el número, fecha y notaría de la escritura de constitución, con las indicaciones generales que se exigen para los extractos de que trata el artículo 469 del Código de Comercio (artículo 40 de la Ley 28 de 1931 y 253 del decreto-ley número 2521 de 1950).

Y por lo que hace a la legitimación para obrar "ante cualesquiera autoridades judiciales o administrativas" es suficiente el certificado autorizado con la firma del presidente y secretario de la Cámara de Comercio "respecto de la persona que en un momento dado ejerza la gerencia o sea representante legal de una compañía o sociedad comercial" (artículos 41 de la Ley 28 de 1931 y 254 del decreto-ley número 2521 de 1950).

El artículo 86 del Código Contencioso Administrativo exige que con la demanda debe acompañarse "el documento idóneo que acredite el carácter con que el actor se presenta en el juicio cuando tenga la representación de

otra persona", lo que en tratándose de sociedades comerciales debe entenderse que es el certificado últimamente citado.

Como el certificado expedido por el presidente y secretario de la Cámara de Comercio de Bogotá acompañado a la demanda (folio 59) afirma que de acuerdo con los registros que existen en la misma Cámara, el señor Eugene F. Lindsay es el gerente general de la sociedad comercial Sears Roebuck de Cali S. A. es prueba suficiente para que la represente en juicio. La Ley no exige que se acompañe con el escrito de demanda la prueba de la existencia de la sociedad.

Por lo expuesto, se revoca el auto apelado y se ordena que el Tribunal *a-quo* de curso a la demanda presentada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Se deja constancia que esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en la sesión de hoy.

Gustavo Salazar T. **Hernando Gómez Mejía**

Juan Hernández Sáenz **Miguel Lleras Pizarro**

Angel M. Camacho Ramírez
Secretario

REVISION DE IMPUESTOS

IMPUESTO SOBRE LA RENTA. *Sociedades anónimas, en comandita por acciones y sociedades extranjeras. Distribución de utilidades y su incidencia en la renta gravable de los accionistas.*

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Bogotá, D. E., diciembre cuatro de mil novecientos setenta

Consejero Ponente: **Dr. Hernando Gómez Mejía**

REF.: Exp. No. 1482
Actor: Prouvost Lefevre of Rhode Island Inc.
Impuestos. Apelación de la sentencia de 16 de marzo de 1970 del Tribunal Administrativo de Antioquia.

El Dr. Octavio Moreno Quevedo, como apoderado de la sociedad "Prouvost Lefevre of Rhode Island Company Inc" domiciliada en Woonsocket, Rhode Island, Estados Unidos de América hizo al Tribunal Administrativo de Antioquia, en libelo del 9 de febrero de 1967 las siguientes peticiones:

Que se revise la operación administrativa de liquidación del impuesto a cargo de la sociedad demandante, por la vigencia fiscal de 1960 contenida en los siguientes actos administrativos:

La liquidación No. 6507 de 9 de noviembre de 1962, por medio de la cual la Administración de Impuestos de Medellín fijó a la compañía un impuesto por la cantidad de $ 128.570.40. La resolución No. R-02980-H de 3 de noviembre de 1966 de la División de Impuestos Nacionales, por medio de la cual se confirmó la citada liquidación.

Como consecuencia de la revisión impetrada, pide que se declare la nulidad de tales actos administrativos y se ordene la devolución de las sumas pagadas indebidamente.

HECHOS:

La síntesis de los hechos en que se fundamenta la acción es la siguiente:

La demandante presentó su declaración de renta y patrimonio por el año gravable de 1960 en cuya liquidación privada se hizo constar que la sociedad no había tenido ingresos de ningún género durante el año gravable y por consiguiente los renglones respectivos fueron llenados con ceros. Lo mismo ocurrió con respecto al patrimonio que no era gravable, pues figuraba en cabeza de una sociedad anónima. En virtud de la liquidación oficial aludida a la compañía se le impuso un gravamen de $ 128.570.48; para deducir dicho impuesto la Administración tomó como base una supuesta renta gravable de la compañía por la cantidad de $ 1.071.420.00 originada en "dividendos" que según el despacho habrían provenido de las acciones que la sociedad demandante poseía en el año de 1960 en Hilanderías Medellín S.A.; en efecto, la oficina liquidadora erróneamente le dió el carácter de dividendos a favor de la compañía por el aumento del valor nominal de 178.570 acciones que ella poseía en la nombrada sociedad anónima, aumento éste que de la cantidad de $ 10.00 a $ 16.00 se operó en cada acción en virtud de lo dispuesto por la Asamblea general de accionistas de Hilanderías Medellín S.A. en reunión de 2 de noviembre de 1960, como consta en el Acta No. 33, que se solemnizó por medio de la escritura pública No. 3790 de 1o. de diciembre del mismo año, otorgada en la Notaría 7a. de Medellín.

Más adelante se hará el estudio de los fundamentos de derecho en que se apoya la acción.

El Tribunal del conocimiento en sentencia de 16 de marzo de 1970 no accedió a las súplicas de la demanda y por ello el negocio ha subido al Consejo de Estado para surtir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora. Durante el trámite de rigor alegó el Dr. Moreno Quevedo en defensa de su tesis e igualmente se recibió Vista del Fiscal 3o. de la Corporación Dr. Bernardo Ortiz Amaya en la cual solicita confirmación de la providencia acusada. Estando el negocio ya en condiciones de decisión, a ella se procede mediante las consideraciones que se expresan enseguida:

Entre las razones y fundamentos de derecho expuestas por el señor abogado de la parte actora figuran principalmente las siguientes: La sociedad Hilanderías Medellín al aumentar el valor de sus acciones de $ 10.00 a $ 16.00 obró de acuerdo con un sistema autorizado por el Decreto 2521 de 1950 cuyo tenor es el siguiente: "El pago de las acciones que se emitan no puede hacerse sino llevando al fondo social nuevos aportes, o capitalizando utilidades, en este último caso se requiere acuerdo de la Asamblea General de Accionistas aprobado con el voto de la totalidad de las acciones suscritas, salvo que en los estatutos se haya estipulado una mayoría especial". (Artículo 75). Este aumento se decretó en virtud de lo previsto en el artículo 13 de los estatutos sociales; la capitalización de utilidades puede hacerse por el sistema de emisión de nuevas acciones o por el aumento del valor nominal de las ya creadas y este último sistema fue el empleado por Hilanderías Medellín S.A. obrando así en forma técnica y de acuerdo con lo establecido por la Superintendencia de Sociedades Anónimas mediante la inscripción de sendos asientos en las cuentas de reservas y capital sin que para nada se tocasen la cuenta de los accionistas los cuales no se hicieron dueños de la reserva; el efecto jurídico de capitalización de unas reservas es elementalmente el de hacer imposible su disposición y cita lo que al respecto dice el Dr. Moreno Jaramillo en el Tomo I pág. 406 de su obra "Sociedades": "Capitalizar las reservas equivale a ordenar su indisponibilidad definitiva, lo cual no agrava de suyo las cargas aceptadas primitivamente, pues no implica un aumento de aporte en un solo centavo a los suscriptores" (Art. 568 y 508 del C. de Co.).

Afirma que según el artículo 24 de la Ley 81 de 1960 se entiende realizado un ingreso cuando se reciben efectivamente en dinero o en especie apreciable en dinero en forma que equivalga legalmente a su pago. Según el artículo 26 de la misma Ley la renta de los accionistas de sociedades anónimas está constituida por los dividendos que efectivamente reciban o se les abonen en cuenta en calidad de exigibles, determinación que aparece corroborada por el artículo 50 del decreto 437 de 1961.

No cabe duda que el acto jurídico realizado por Hilanderías Medellín S.A. tiene una consecuencia contable y otra de derecho consistente en el aumento del valor nominal de la acción, pero no puede ser encajado dentro del concepto de dividendo: "En forma alguna se puede hablar de "distribución"; nada se recibe a título de pago o dación en pago, pues ni siquiera el número de acciones ha sido modificado. No hay por consiguiente ingreso, *y muchísimo menos enriquecimiento por parte del accionista.* Aplicando las disposiciones básicas del impuesto sobre la renta en la nueva legislación no se encuentra por ninguna parte la renta gravable y ni siquiera la renta bruta. Si se aplican las disposiciones de gestión de las rentas especiales de dividendos no se configura tampoco "distribución" alguna que haga surgir el dividendo y por consiguiente el gravamen pagadero como consecuencia del simple aumento de capital nominal".

Considera finalmente que con la liquidación se violaron en forma especial los artículo 23, 24, 26 y 27 de la Ley 81 de 1960 y los artículos 21, 23, 26, 50 y 52 del decreto 437 de 1961.

El argumento central del Tribunal Administrativo de Antioquia en la sentencia acusada está expresado en la siguiente forma:

"Como se desprende de las transcripciones hechas anteriormente, en el caso hoy sometido a estudio, se precisa decidir si el *aumento* del valor nominal de las acciones de una sociedad anónima y concretamente del llevado a efecto por Hilanderías Medellín S.A. en el año de 1960 está previsto en la Ley 81 de ese año y su Decreto reglamentario No. 437 de 1961 como "dividendo" gravable en el año mismo en que ello tiene lugar o si por el contrario, se requiere calificarlo a la luz de las otras disposiciones de la misma Ley y Decreto citados y que definen lo que se entiende por dividendo, ya que los conceptos de la División de Impuestos y del apoderado de la Sociedad son totalmente opuestos.

"La sociedad demandante estima que el aumento del valor nominal de sus acciones no puede catalogarse jurídicamente como un "DIVIDENDO" que motive una renta gravable, porque nada se ha repartido por el momento y el accionista nada ha recibido, como también que las reservas trasladadas al capital, sólo serán gravables en el momento de la liquidación, pero que de todos modos se requeriría una disposición legal expresa que no existe, para gravar con carácter especial, un fenómeno que no está cobijado por las normas básicas que regulan el impuesto sobre la renta.

"Para este Tribunal la situación de los accionistas de Hilanderías Medellín S.A. encaja, como lo advirtió la División de Impuestos Nacionales, en el artículo 27 de la Ley 81 de 1960, ya que para efectos de la misma, por Dividendo, se entiende "*la distribución* ordinaria o extraordinaria que, durante la existencia de la sociedad y *bajo cualquier denominación que se le de* haga una sociedad anónima o en comandita por acciones en *dinero o en especie* a favor de sus accionistas, de las ganancias comerciales realizadas durante el año gravable, o *de las acumuladas en años anteriores a partir de 1953,* bien sea que figuren contabilizadas como utilidad o como reservas".

"De la simple lectura de este precepto se deduce que el Legislador al emplear la frase "Y BAJO CUALQUIER DENOMINACION QUE SE LE DE" previó como renta gravable la distribución ordinaria o extraordinaria que hagan las Sociedades anónimas o en comandita por acciones en dinero o en especie aunque al hacerlo no se hable expresamente de un dividendo".

En la segunda instancia el Dr. Moreno Quevedo presentó un extenso alegato de conclusión para refutar las tesis del Tribunal, cuya sustancia está contenida en la siguiente síntesis hecha por el recurrente:

"La sociedad aumentó su capital por el sistema legal y estatutario de elevar valor nominal de sus acciones, pagando tal aumento con reservas formadas con utilidades en ese entonces repartibles y que ya habían sido gravadas en su cabeza.

II. Ese aumento se decretó por la Asamblea General de Accionistas de la compañía y, mediante un simple asiento contable, pasó a formar parte del capital lo que antes figuraba en una reserva.

III. Por razón de la capitalización, una reserva "repartible" se tornó en capital "indistribuible" hasta el momento de la liquidación de la sociedad; esto por virtud de la Ley.

IV. La operación de capitalización fue esencialmente propia de la sociedad y no afectó ni su patrimonio ni el de los accionistas. Estos no tuvieron desplazamiento alguno de derechos patrimoniales, como tampoco lo tuvo la sociedad.

V. Ni la compañía ni sus accionistas tuvieron "ingreso" o "enriquecimiento" alguno.

VI. El legislador de 1960, al aprobar la Ley 81 de dicho año, hizo una excepción a los postulados que la informan (ingreso y enriquecimiento) y gravó, de modo específico, los dividendos recibidos por accionistas de una sociedad anónima dentro del capítulo "Rentas brutas especiales". Se viene aplicando la tesis de que el dividendo en acciones de las compañías es gravable, como el que se recibe en dinero, en virtud de la opción que debe darse al accionista, aunque realmente no hay enriquecimiento en ninguno de los dos casos, puesto que las reservas de la sociedad disminuyen y, por ende, se reduce el valor intrínseco de la acción al repartirse el dividendo. Sinembargo, el caso del aumento del valor nominal de la acción no fue contemplado como caso de excepción ni en la Ley ni en su decreto reglamentario. No tengo ningún interés en calificar la interpretación sobre un dividendo en acciones, pero no acepto que ella se extienda al aumento del valor nominal de las acciones. Por analogía (que no existe), legalmente, no se puede aplicar un impuesto.

VII. Prouvost Lefevre of Rhode Island. Inc. compañía que represento, no está tratando, lo he dicho muchas veces. de evitar el pago de un impuesto. Todo lo contrario, está demostrando que la oportunidad de hacerlo no es la de la capitalización de reservas sino la del reparto de ellas, mejor dicho, la del reparto del capital incrementado con las mismas, en el momento de la liquidación de la compañía. Debo repetir, hasta el exceso, que la repartición de reservas puede ocurrir durante la vida social o en el momento de la liquidación, no importa que ellas se hayan capitalizado. En el último caso, lo que exceda del valor del aporte inicial será gravado al accionista, de acuerdo con las normas legales vigentes a este efecto. ¿Por qué pretender que se tase y cobre un impuesto cuando no se ha realizado el ingreso? "

CONSIDERACIONES DEL CONSEJO DE ESTADO

No obstante las muy hábiles e inteligentes argumentaciones del señor apoderado de la sociedad demandante, la Sala no abriga duda alguna respecto al hecho de que en virtud de la operación realizada por la compañía Hilanderías Medellín S.A. al destinar parte de las utilidades con el objeto de valorizar las acciones, entre otras las de la sociedad demandante, dio como resultado el que ésta obtuvo una utilidad ya que sus acciones de un valor nominal que tenía de $ 10.00 pasaron a un valor nominal de $ 16.00 y esa utilidad necesariamente constituye una base gravable por las autoridades respectivas.

Al saldo de utilidades que aparezca en la cuenta de pérdidas y ganancias de una compañía, antes de deducir el saldo líquido para repartir, suelen sustraérsele las siguientes partidas:

a. Las provisiones para amortizaciones.

b. Las reservas o medidas de previsión, con el fin de que no se reparta cantidad alguna que no corresponda a una verdadera utilidad.

c. Las reservas estatutarias. Estas son las que, independientemente de las ordenadas por la Ley, suelen establecer los estatutos de una sociedad, como normas especiales de prudencia o experiencia, con el propósito de robustecer económicamente a la sociedad.

Al llegarse así a unas utilidades por repartir puede acudirse a tres sistemas: a) Distribuirlas bajo la forma de dividendos; b) Pagar los dividendos en acciones para lo cual se necesita que medie la unanimidad de los votos ya que como lo ha dicho la Superintendencia de Sociedades Anónimas es principio general en esta clase de sociedades el que el dividendo se pague en dinero; c) Llevar las utilidades a la cuenta de capital, aumentando el valor de las acciones, también con el voto unánime de los accionistas o por lo menos con una mayoría cualificada establecida en los estatutos. En todos estos casos hay distribución de utilidades que repercuten necesariamente en una renta gravable para los accionistas ya que nadie duda que al aumentarse el valor de las acciones éstas entran al juego comercial y bursátil por un mayor valor que representa una utilidad gravable.

Dice el artículo 6o. de la Ley 81 de 1960:

> "Las sociedades anónimas, las en comandita por acciones y las sociedades extranjeras de cualquier naturaleza, están sujetas únicamente al impuesto básico sobre la renta, de acuerdo con la tarifa especial establecida en esta Ley, y al complementario de exceso de utilidades sin perjuicio de que los accionistas o socios,

como personas distintas de las compañías, paguen el impuesto que les corresponda sobre sus dividendos y acciones, o aportes y participaciones".

A su turno dice el artículo 27 *ibidem* :

"Para los efectos de esta Ley se entiende por dividendo la distribución ordinaria o extraordinaria que, durante la existencia de la sociedad y bajo cualquiera denominación que se le dé, haga una sociedad anónima o en comandita por acciones, en dinero o en especie, a favor de sus accionistas, de las ganancias comerciales realizadas durante el año gravable, o de las acumuladas en años anteriores a partir de 1953, bien sea que figuren contabilizadas como utilidad o como reservas".

A propósito de la aplicación de este artículo que indudablemente es el pertinente para la solución del caso *sub judice* dice el actor, en la síntesis antes transcrita, que el aumento del valor nominal de la acción no fue contemplado como caso de excepción ni en la Ley ni en su decreto reglamentario y que en consecuencia al aplicar el sistema empleado de aumento del valor nominal de las acciones, como dividendo, se está acudiendo a la aplicación de un impuesto por analogía lo cual es a todas luces improcedente.

No comparte la Sala el anterior razonamiento porque ya se ha analizado la manera como pueden distribuirse las ganancias comerciales, realizadas durante el año gravable, es decir, bajo la forma de dividendo, pagándolas en acciones o aumentando el valor de éstas; el artículo habla de que el procedimiento es aceptable bien sea que las ganancias figuren contabilizadas como utilidad o como reservas y aunque es verdad que al pasar las utilidades repartibles no a la cuenta de reservas sino a la de capital, no es lo común, es lo cierto que por ese sistema hay una distribución de utilidades que opera bajo la forma de aumento del valor de las acciones, aumento que queda amparado por el artículo antes citado cuando habla que la distribución tiene eficacia "bajo cualquiera denominación que se le dé,"lo que significa, en sentir de la Sala una previsión del legislador a fin de abarcar cualquier sistema que se ingeniasen los socios para la distribución de las utilidades, pero sin que ello pueda significar, de ninguna manera, la creación de un impuesto por analogía; muy al contrario, están haciendo operante la norma que de una manera general habla de cualquiera que sea la forma que se utilice, bien por el sistema de contabilización como reservas o utilidades, bien por el sistema de distribución en dinero o en especie, ya por el sistema de acciones o bien por el de aumento de éstas, existen dividendos susceptibles de ser gravados con el impuesto sobre la renta.

Y es que el accionista puede beneficiarse de inmediato con el aumento del valor de las acciones; de un lado porque ese aumento repercute en su patrimonio y de otro porque puede realizar operaciones en bolsa o direc-

tamente aprovechándose de la plusvalía. Es tan cierto esto que para que las acciones puedan tener el nuevo valor, es necesario, otorgar escritura pública de reforma social, como se hizo en el caso presente por medio de la escritura 3790 de diciembre de 1960 en cuyo artículo 8o. se dice: "El capital social se divide en seiscientas veinticinco mil (625.000) acciones nominativas de un valor de dieciseis pesos ($ 16.00) moneda legal cada una". Es así como el nuevo valor se incorpora al haber de la sociedad accionista que puede con esa base entrar a celebrar operaciones bursátiles o de cualquiera otra naturaleza teniendo como base no ya el antiguo precio de las acciones sino el nuevo que se ha convenido. La división de utilidades se ha hecho bajo la forma que lógicamente cabe dentro del criterio de "dividendo" a que se refiere el artículo 27 de la Ley 81 de 1960. El mismo artículo 52 del decreto reglamentario 437 de 1961 da a entender en forma bastante precisa que por dividendo debe tenerse también la distribución ordinaria o extraordinaria que se haga de las ganancias comerciales realizadas durante el año gravable, cualquiera que sea la forma de distribución que se haga o la denominación que se le dé.

Sobre el punto debatido el señor Fiscal 3o. en su Vista expresa los siguientes conceptos muy jurídicos y atinados que la Sala comparte y prohija:

> "Ahora bien: el sistema tradicional y corriente en las sociedades anónimas para transformar en capital determinadas reservas es la de emitir acciones por el valor nominal autorizado, que de acuerdo con lo previsto en el Artículo 26 del Decreto 437 de 1961, equivale a un reparto de dividendos en especie, sujeto al gravamen fiscal, o entregando a los accionistas títulos por concepto de capital de la parte de capital autorizado que no ha sido suscrito ni pagado.
>
> "El recurrente en el punto 4o. del resumen de su argumentación afirma que: "la operación de capitalización fue esencialmente propia de la sociedad y no afectó ni su patrimonio ni el de los accionistas. Estos no tuvieron desplazamiento alguno de derechos patrimoniales como tampoco lo tuvo la sociedad".
>
> "Es evidente, como lo afirma la Superintendencia de Sociedades Anónimas, que la propiedad de las reservas corresponde a la sociedad y no al accionista, pero es también evidente que dichas reservas tienen que tener como origen la liquidación de utilidades o beneficios durante determinado ciclo contable o mediante la acumulación de ellos en varios ciclos, pero es también indudable que en el momento en que la sociedad resuelva trasladar dichas cifras de su cuenta de reservas a la de capital, para incrementar con ese valor los derechos patrimoniales que los accionistas tengan en la empresa, ha constituido por ese sólo hecho un pasivo a cargo de ella, representado por un activo en el patrimonio individual de cada uno de los accionistas, y en ese momento se ha desprendido la empresa de la propiedad de sus reservas para convertirla en título de capital en cabeza de los accionistas que se convierten por ese hecho en acreedores de ella.

Si vemos por lo tanto, que el inciso a) del artículo 62 de la Ley 81 de 1960, que define la renta bruta de los socios afirma que ella está constituida, en el caso de las Sociedades anónimas "por los dividendos que efectivamente reciban o se les abonen en cuenta en calidad de exigibles".

Al anotar la sociedad el aumento del valor nominal de las acciones en la cuenta de capital, que es una cuenta de pasivo que representa un crédito para los accionistas en la proporción en que a ellos se les abone dicho aumento, se están cumpliendo los requisitos previstos por dicho Artículo 26 inciso a) para calificar dicha operación como renta bruta de los socios.

Veamos como la Sociedad Hilanderías Medellín S.A., realizó la capitalización de reservas, apartándose de los moldes conocidos, y de los sistemas a que hace referencia el profesor Moreno Jaramillo en el Tomo II de su obra, pág. 423. Según el acta No. 33 que obra a folios 7 del expediente, la sociedad en cuestión tenía un capital nominal de 10 millones de pesos distribuidos en 1 millón de acciones de valor nominal de $ 10.00, de los cuales la sociedad reclamante era poseedora de 178.570 acciones, por un valor nominal de $ 1.785.700.00, o sea el 17.857% de las acciones y el 17.857% del capital. Según consta en la misma acta, la totalidad de los accionistas copaban el 50% de las acciones y el 50% del capital autorizado.

Pero resulta, que en la decisión tomada por la Asamblea General de Accionistas, no se limitaron a aumentar el valor nominal de las acciones en los $ 6.00 que acordaron, sino que disminuyeron el número de acciones autorizadas de un millón a 615 mil, que multiplicados por los $ 16.00 del nuevo valor de la acción dan los $ 10.000.000.00 de capital autorizado. En esa forma no se modificaba el capital social de la compañía, ni se aumentaba el número de acciones en cabeza de cada uno de los accionistas, pero automáticamente el demandante se convertía en accionista con un interés en ella que pasó del 17.857% sobre las acciones y el capital al 28.66% sobre unas y otros, quedando en la práctica suscrito y pagado el 80% del mismo capital autorizado; y por suscribir tan sólo, el 20% del mismo.

Si la anterior operación que no puede ser solo fruto de magia contable sino que tiene que derivarse de utilidades, aprovechamientos o beneficios liquidados por la sociedad no está afectando el patrimonio de los accionistas, aumentándolo, y no produce desplazamiento en el patrimonio de la sociedad, cuando por virtud de esta operación ha quedado suscrito y pagado el 80% de su capital que antes de dicha decisión sólo estaba suscrito y pagado por el 50%, esta Fiscalía no entiende en qué consiste el que el patrimonio de los accionistas no se haya afectado por virtud de la operación ni haya habido desplazamiento de los derechos patrimoniales de la sociedad.

Pero el recurrente en el punto 5o. de su resumen afirma: "ni la compañía, ni sus accionistas tuvieron "ingreso" o "enriquecimiento alguno".

¿Será posible aceptar que no hubo enriquecimiento por parte de los accionistas, cuando sin aumentar el capital autorizado de la sociedad, adquirieron un 30% más de dicho capital para convertirse en poseedores del 80% del total?

Ahora bien: estando realizada la operación de capitalización en la forma anteriormente analizada, vemos claramente que teniendo la compañía 500.000 acciones para colocar, por virtud del aumento en su valor nominal y de la disminución en el número de acciones, para no aumentar el capital social; en la práctica, quedaron suscritas y pagadas 300.000 acciones de valor nominal de $ 10.00 y por lo tanto hubo un aporte por parte de los accionistas, que no podía salir sino de utilidades acumuladas de la sociedad y constituidas en reservas, que equivale a un enriquecimiento proveniente de una distribución de beneficios que en el lenguaje corriente se llama dividendo.

Como dijimos anteriormente, el Artículo 52 del Decreto 437 del 61 considera como dividendos recibidos la distribución ordinaria o extraordinaria que haga una sociedad anónima en favor de sus accionistas bajo cualquier denominación que se le dé y como este tipo de dividendo constituye renta gravable, hizo bien la Administración de Hacienda Nacional en liquidar al contribuyente como renta líquida gravable el mayor valor adquirido por el accionista en el patrimonio social autorizado de Hilanderías Medellín S.A.

Es conveniente anotar, que el fenómeno de la capitalización de reservas por parte de una sociedad anónima está regulada por la Ley en cuanto se relaciona a la situación jurídica que puede constituirse entre los socios, entre éstos y la empresa, entre ésta y terceros; y a ese respecto los planteamientos hechos por el abogado recurrente son muy respetables y consultan seguramente el espíritu del régimen legal de las sociedades anónimas; pero otra cosa muy distinta es la situación de la empresa y de sus socios ante el régimen fiscal nacional, el cual no puede medirse con la misma pauta o aplicársele la misma interpretación, para deducir de ello si ha habido beneficios y enriquecimientos que generen impuesto u obligaciones para con el Estado, al cual están obligados a contribuir por virtud de gozar de los amparos legales que el mismo régimen de sociedades anónimas le otorgan".

Por razón de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, 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 de que se ha hecho mérito.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en la sesión del 3 de diciembre de 1970.

Gustavo Salazar T. **Hernando Gómez Mejía**

Miguel Lleras Pizarro **Juan Hernández Sáenz**

Angel M. Camacho Ramírez
Secretario

REVISION DE IMPUESTOS

CAPITALIZACION DE RESERVAS. Debe considerarse como dividendo para los socios , al tenor de lo dispuesto por el artículo 27 de la Ley 81 de 1960.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Bogotá, D. E., diciembre cuatro de mil novecientos setenta

Consejero Ponente: **Dr. Juan Hernández Sáenz**

La División de Impuestos Nacionales, mediante Liquidación de Revisión No. L – 376 – R de 1964, gravó con la suma de $ 128.570.40 a Prouvost Lefebvre of Rhode Island Inc. por concepto de impuesto sobre la renta correspondiente a 1961. Para ello, le tuvo como renta la cantidad de seis pesos por cada acción de las poseídas por Prouvost en Hilanderías Medellín S.A., en consideración a que el 9 de noviembre de 1961 la asamblea general de accionistas de esta última compañía decidió capitalizar reservas por un monto de tres millones de pesos para elevar el valor nominal de sus acciones de $ 16 a $ 22 cada una, o sea en los aludidos seis pesos por acción.

Esta liquidación fue mantenida en firme por la División de Impuestos Nacionales que, en Resolución 2983 de 1966, no accedió al reclamo de la compañía.

Inició entonces Prouvost Lefebvre juicio de revisión de impuestos ante el Tribunal Administrativo de Antioquia para impugnar aquella liquidación por estimarla violatoria de los artículos 23, 24, 26, 27 de la Ley 81 de 1960 y 21, 23, 26, 50 y 52 del Decreto Reglamentario 437 de 1961, como consecuencia de aplicación errónea.

Sostiene la demanda que las reservas de una compañía, distintas de la legal, son susceptibles de distribución entre los asociados en cualquier tiempo de la vida social. Que, asimismo, las reservas pueden capitalizarse, bien para liberar nuevas acciones y repartirlas a los socios o para subir el valor nominal de las acciones antiguas, proceso este último que fue el realizado por Hilanderías Medellín S.A.

Asevera que en la primera forma de capitalización llega a producirse un dividendo en especie, que la Ley tributaria estima gravable. Pero que si se opta por aumentar el valor nominal de las acciones preexistentes, no varía la situación patrimonial de la sociedad ni la de los socios, porque apenas se lleva a la cuenta de capital, no repartible mientras dure la compañía, una partida de reservas que si era distribuible antes de esa operación. Apenas se inmoviliza una partida mediante una transferencia contable, pero la compañía en nada se lucra con ello y los socios nada reciben de ella, o sea no se enriquecen, por el simple aumento del valor nominal de las mismas acciones que de antemano poseían.

Dice también que dentro del tratamiento impositivo específico dado a los dividendos como renta bruta especial no está previsto el gravamen al mero aumento del valor nominal de las acciones, donde según la demanda, el socio nada nuevo recibe en dinero o en especie de su compañía, es decir, no se lucra con un dividendo, sino que apenas ve distribuido en forma distinta el valor intrínseco de sus mismas acciones, valor que resulta de dividir el monto del capital y las reservas sociales por el número de acciones y que no se altera con el simple hecho de capitalizar en todo o en parte aquellas reservas.

Alega, por último, que en el caso de Hilanderías Medellín S.A. la firma Prouvost Lefebvre of Rhode Island Inc. no recibió beneficio económico, ni en dinero ni en especie, como consecuencia de la capitalización de reservas que ordenó la asamblea general de accionistas de aquella sociedad, es decir, no obtuvo renta gravable durante 1961 y que, por ende, no está obligada a pagar el impuesto sobre la renta que se le cobra conforme a la liquidación que impugna.

No quiere ello decir sin embargo, según la demanda, que Prouvost Lefebvre intente eludir el pago de tributos derivados de su calidad de accionista de Hilanderías Medellín S.A., pues de todos modos habrá de satisfacerlos sobre la diferencia que resulte entre su aporte a esa compañía y la suma que llegue a recibir al tiempo de su liquidación, tal como lo prevé el artículo 27 de la Ley 81 de 1960 para ese evento.

Lo que acontece, conforme al libelo, es que la liquidación acusada es ilegal y debe dejarse sin efecto, por cuanto busca gravar utilidades que jurídicamente no había recibido Prouvost Lefebvre en el año de 1961, de acuerdo con el criterio expuesto por la actora.

Cumplido el trámite de la primera instancia, el Tribunal, en fallo del 15 de abril de 1970, no accedió a las súplicas de la demanda por haber encontrado, luego de extenso análisis de la materia controvertida, que el aumento del valor nominal de las acciones de Hilanderías sí produjo renta para Prouvost, porque ese aumento fue una distribución extraordinaria de utilidades, mantenidas como reserva de la sociedad, hecha en favor de sus accionistas.

Interpuso apelación la actora y, en extenso y erudito alegato, reafirmó las argumentaciones hechas anteriormente para solicitar que se revocara el fallo del Tribunal y se revisara la liquidación impugnada para acceder a lo que pide su demanda.

Y el doctor Bernardo Ortíz Amaya, Fiscal 3o. del Consejo, luego de un inteligente y detallado examen del tema discutido, conceptuó que debía confirmarse la sentencia del Tribunal.

Estos son los antecedentes del proceso que ahora corresponde decidir a esta Sala, con base en las consideraciones que se van a expresar:

De acuerdo con los preceptos que rigen la materia, una sociedad anónima puede formar reservas distintas de la que es legalmente obligatoria, tomando para ello todo o parte de las utilidades que haya obtenido.

Tales reservas le pertenecen de modo exclusivo a la compañía, sin que el accionista tenga derecho a reclamar por esa simple calidad cuota alguna de ellas. Es el órgano social que el estatuto o la Ley habiliten al efecto quien pueda señalar el destino de aquellas reservas voluntarias: enjugar pérdidas, hacer gastos o consumirlas en lo que fuere necesario para el desarrollo de los fines colectivos, distribuirlas como dividendos entre los asociados o capitalizarlas para incrementar el fondo social, sea mediante la emisión de nuevas acciones liberadas que entregue a los socios o mediante el reavalúo nominal de las acciones poseídas de antemano por ellos.

Si la reserva como tal se consume o perece durante la existencia de la compañía, nada puede reclamar el accionista porque se trata de un bien ajeno para él, ni nada pierde en ese entonces, por la misma razón. Pero si la antigua reserva pasa a formar parte del fondo social, ya tiene acceso a ella el accionista porque mejora su cuota de aporte en aquel fondo, sea al hacerse dueño de nuevas acciones liberadas con el monto de la antigua reserva o sea al quedar reforzado su aporte primitivo con la cuota proporcional a éste que le quepa en la reserva capitalizada, al aumentar por este medio el valor nominal de las acciones que desde antes poseía.

De ambos modos el socio ve mejorada la cuantía de crédito personal que tiene a cargo del ente colectivo como aportante a su capital y con vocación a que le sea satisfecho por éste en el evento de su disolución y liquidación. La capitalización de reservas implica pues en todo caso un beneficio económico o enriquecimiento para el accionista porque aumenta el valor de su aporte al fondo social sin tener que desembolsar suma alguna de su propio peculio.

El traspaso de una partida de la reserva al capital de la sociedad no implica pues un mero cambio de cuentas sin consecuencia alguna en lo económico para la compañía y para los socios.

Por el contrario, si una reserva pasa a integrarse con el capital, surge para la compañía el deber de aumentar proporcionalmente el monto de su reserva legal con sus futuras utilidades y si en el desarrollo de sus negocios se consume o perece esta antigua reserva ya capitalizada, se merma en igual cuantía el fondo social y debe reponerse esa pérdida destinando preferencialmente a ello las ganancias ulteriores que consiga.

A su vez, si la reserva capitalizada se pierde, el accionista ve disminuido en igual proporción el monto de su aporte, es decir, también experimenta pérdida lo que no puede acontecer nunca con la coasunción de una reserva, por cuanto ésta es patrimonio exclusivo de la compañía, según quedó visto antes.

No cabe entonces ninguna duda en cuanto a que la capitalización de reservas en una sociedad anónima origina un ingreso para el accionista, que está representado por el mayor valor que experimenta su aporte al fondo social, sea que ello le signifique la recepción de nuevas acciones de la compañía o el incremento del valor nominal de las antiguas, porque en uno u otro caso recibe un beneficio económico realizable en dinero a largo o corto plazo sin haber hecho de su parte desembolso alguno, es decir, indiscutiblemente se enriquece u obtiene renta equivalente al precio en dinero de aquellas nuevas acciones o al monto del aumento en el valor nominal de las antiguas, según el caso.

En cualquiera de estas dos hipótesis de capitalización de reservas obtiene pues el accionista un provecho económico derivado de su vinculación de capital a la sociedad anónima. Se trata sí de un ingreso en especie, representado en títulos de acciones o en el mayor valor de su aporte, que es crédito personal en su favor y a cargo de la compañía, conforme quedó ya analizado. Dicho ingreso se consolida para el socio cuando recibe el título de las nuevas acciones o cuando se le cambia el antiguo por otro en que se indique el nuevo valor nominal de sus acciones, mención que siempre debe actualizarse cuando varíe este valor, para cumplir así la exigencia legal a ese respecto.

Pero sea una u otra la forma del ingreso en especie que reciba el accionista, es imperativo tenerlo como dividendo al tenor de lo dispuesto por el artículo 27 de la Ley 81 de 1960 cuando entiende por tal "la distribución ordinaria o extraordinaria que, durante la existencia de la sociedad y bajo cualquier denominación que se le dé, haga una sociedad anónima o en comandita por acciones, en dinero o en especie, a favor de sus accionistas, de las ganancias comerciales realizadas durante el año grabable, o de las acumuladas en años anteriores a partir de 1953, bien sea que figuren contabilizadas como utilidad o como reservas".

No puede pensarse pues que el aumento del valor nominal de unas acciones por causa de la capitalización de reservas no constituya dividendo sujeto al gravamen sobre la renta de acuerdo con la Ley 81 de 1960, porque esta realidad jurídica y fiscal surge nítidamente de lo estatuido por los artículos 26 y 27 de dicha Ley, máxime aún si se recuerda que el artículo 24 del Decreto Reglamentario 437 de 1961 aclara que quien reciba un crédito personal en su favor, como pago o dación en pago, obtiene un ingreso en especie y que esto es precisamente lo que ocurre al socio cuando recibe el nuevo título donde consta el incremento en el valor nominal de sus acciones, es decir de su aporte al capital social, cuyo monto debe reembolsársele por la compañía al tiempo de su liquidación y una vez satisfechas las obligaciones con terceras personas o pasivo externo, según lo preceptúa la Ley.

Al aplicar estos razonamientos en el asunto *sub judice,* queda en claro que la capitalización de reservas dispuesta por la asamblea general de accionistas de Hilanderías Medellín S.A. para incrementar el valor nominal de sus acciones en seis pesos cada una, si le produjo una utilidad o dividendo equivalente a la misma cantidad de seis pesos por cada acción que poseía en 1961 a su socio Prouvost Lefebvre of Rhode Island Inc., como lo sostuvieron las autoridades tributarias en los actos acusados para gravárselas con el impuesto sobre la renta en los términos de la Ley y en la oportunidad prevista por ella misma para hacerlo, que no sería, como es obvio para el caso, cuando se liquide la firma Hilandería Medellín S.A..

No pueden, por lo tanto, prosperar las peticiones del libelo, conforme lo decidió el fallo recurrido que debe, en consecuencia, nantenerse.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, de acuerdo con el concepto del señor Fiscal 3o. de la Corporación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Se deja constancia de que la providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión del 3 de diciembre de mil novecientos setenta.

Gustavo Salazar T. **Juan Hernández Sáenz**

Miguel Lleras Pirarro **Hernando Gómez Mejía**

Angel M. Camacho Ramírez
Secretario

REVISION DE IMPUESTOS

IMPUESTOS. Obligación de los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios de darles cuenta minuciosa, exacta y comprobada de todos sus ingresos y haberes a las autoridades tributarias al finalizar cada ejercicio fiscal.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Bogotá, D. E., diciembre diez y ocho de mil novecientos setenta

Consejero Ponente: **Dr. Juan Hernández Sáenz**

Mediante escritura pública 2857, otorgada el 22 de diciembre de 1961 ante el Notario Tercero de Barranquilla, las firmas "Plumrose Limited" y "Comisariato Puccini Banfi y Compañía Limitada", únicos socios entonces de "Salchichería Nacional Limitada", hicieron cesiones de interés social, así: Comisariato Puccini, la totalidad del suyo a Josefina Banfi de Puccini, Vicente Puccini, Marían Banfi Tejada, Bruno Casarosa, Francisco Puccini, Julio Puccini y Augusto Puccini y Plumrose, un tres y medio por ciento a Paul Lenzberg.

Asimismo, antiguo y nuevos socios por unanimidad de votos, aumentaron el capital de la compañía la suma de cuatrocientos mil pesos e introdujeron otras reformas a los estatutos de la Salchichería. (Fs. 11 a 17, C. 1o.).

El extracto de la escritura fue registrado en la Cámara de Comercio de Barranquilla el 30 de diciembre de 1961 (f. 2 *ibid.*). Pero la escritura misma sólo vino a registrarse el 10 de enero de 1962 en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de esa ciudad (f. 17 *ibid.*).

Sin embargo "Salchichería Nacional Ltda." hizo su declaración de renta y patrimonio por el año de 1961 de acuerdo con lo estipulado en la mencionada reforma estatutaria respecto del capital social y del ingreso de los nuevos socios.

Ello no fue tenido en cuenta por la Administración de Impuestos Nacionales de Barranquilla al liquidarle el impuesto sobre la renta correspondiente a 1961 a la salchichería, porque estimó que el contenido de la escritura pública 2857 sólo tuvo efecto respecto de terceros, como es el Fisco según esa oficina, desde el 10 de enero de 1962, fecha de su registro, conforme a los artículos 2673 y 2674 del Código Civil, lo cual indica, según esa tesis, que las modificaciones en los estatutos de aquella compañía no tuvieron operancia fiscal en el año de 1961.

Reclamó Salchichería Nacional, pero la Administración de Barranquilla insistió en su tesis primitiva y sólo modificó en mínima parte la liquidación impugnada, según consta en la Resolución 228 de 1965. Y la División de Impuestos Nacionales, mediante Resolución R – 4937 – H de 1967, confirmó lo decidido en la primera instancia.

La contribuyente inició entonces juicio de revisión de impuestos ante el Tribunal Administrativo del Atlántico y ese organismo, en fallo del 28 de abril de 1970, no accedió a las súplicas de la demanda por encontrar acertados los razonamientos de las autoridades de impuestos.

Interpuso apelación la demandante para insistir en la ilegalidad de los actos acusados e impetrar la revocación del fallo del Tribunal, adverso a sus pretensiones.

Y el doctor Bernardo Ortíz Amaya, Fiscal 3o. del Consejo, conceptuó que debía confirmarse la sentencia recurrida porque la reforma estatutaria de la Salchichería no le era oponible a la Nación, como persona ajena al contrato social, sino después de haberse registrado la escritura pública que la contiene, diligencia que se cumplió después de expirado el ejercicio gravable de 1961.

Los antecedentes que se dejan relatados y las consideraciones que enseguida van a exponerse, serán el fundamento para decidir el asunto *sub judice.*

La Sala considera:

No puede predicarse de manera rotunda que la Nación, desde el punto de vista fiscal, sea un tercero absoluto en las negociaciones entre particulares que exijan el otorgamiento de escritura pública y su inscripción ulterior en el registro. Ni puede tampoco pensarse que la reforma de los estatutos de una compañía que conste en instrumento público cuyo extracto sea registrado oportunamente en la Cámara de Comercio, deba considerarse apenas válida y obligatoria para la sociedad y para sus integrantes.

En efecto, es obligación clara e indiscutible para todos los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios darles cuenta minuciosa, exacta y comprobada de la totalidad de sus ingresos y haberes a las autoridades tributarias al finalizar cada ejercicio fiscal, hasta el punto de que la omisión de alguna renta o algún bien, así parezca exenta de malicia, implica inexactitud en la denuncia y acarrea las sanciones previstas por la Ley para estos casos.

Así, quien ingrese como socio a una compañía o quien gestione los negocios de una que acaba de formarse antes de fenecer una anualidad gravable, no pueden dejar de denunciar el monto de su aporte o el estado financiero de la sociedad con el pretexto de que al terminar aquel año no habían alcanzado a completarse a plenitud las solemnidades que los preceptos comerciales o civiles exijan para la validez definitiva de una modificación estatutaria o para la existencia de una sociedad regular.

La omisión de la denuncia acarrearía sanción en cualquuira de estos casos, pues en el primero el contribuyente, persona física o moral, habría dejado de incluir un bien que en realidad le pertenece, su aporte a la compañía, y en el segundo, la falta de declaración no sería excusable aún en el evento de que la sociedad omitiera cualquier formalidad para su funcionamiento en derecho, desde luego que aún en esta hipótesis también sería sujeto pasivo del impuesto sobre la renta, bien como sociedad de hecho o como simple comunidad, de acuerdo con las normas tributarias que así lo tienen consagrado.

Mal puede pues la Nación ignorar, por el aspecto impositivo, la formación de una compañía o los cambios de estructura, de capital o de otras cuestiones de interés para ella en la materia respecto de una sociedad, si toda persona física o jurídica susceptible del gravamen sobre la renta y vinculada al ente colectivo debe informárselas de modo preciso y oportuno, por conducto de los funcionarios de impuestos y bajo el apremio de incurrir en penas si dejan de hacerlo.

Y, menos aún, puede suponerse ignorante a la Nación en casos como el *sub judice*, donde el extracto de la reforma introducida al reglamento de "Salchichería Nacional Ltda." se registró, como aparece en autos, antes de

finalizar el año gravable de 1961 en la Cámara de Comercio de Barranuilla, si se recuerda que esta formalidad tiende precisamente a informar a los extraños al contrato social sobre los temas que la Ley entiende puedan interesarles al entrar en relación jurídica con el ente colectivo, y que ella se cumplió dentro del plazo de quince días, contados desde el otorgamiento de la escritura pública, que el artículo 469 del Código de Comercio fija inexorablemente para que valga tal solemnidad.

La sola circunstancia de que apenas el 10 de enero de 1962 se hubiese inscrito en la Oficina de Registro de Barranquilla el instrumento público que reformó el estatuto de "Salchichería Nacional Ltda." no tiene pues, en el campo estrictamente tributario, los efectos que le asigna el fallo recurrido, con fundamento exclusivo en preceptos civiles y mercantiles algo alejados, como se ha visto, de la realidad jurídica fiscal.

Se impone pues revocar ese fallo y revisar la liquidación del impuesto hecha a la contribuyente en la Resolución 228 de 1965, expedida por la Administración de Impuestos Nacionales de Barranquilla, sobre la base de los datos que aparecen en su declaración de renta y patrimonio correspondiente a 1961 (fs. 48 a 73 C. 1o.).

Dicha liquidación queda así:

PATRIMONIO

ACTIVO:			
Bienes raíces			
Bienes depreciables	$201.416.13		
Menos depreciaciones aceptadas	105.071.67		96.344.46
Otros activos declarados			607.841.33
Total del activo patrimonial			780.185.79
Pasivo comercial	174.311.64		
Utilidades por repartir	88.530.17		262.841.81
Patrimonio líquido			517.343.98
Capital social: gravable	392.555.85		
exento	7.445.15	400.000.oo	
Reservas		98.371.95	
Superavit: Valoric. bienes raíces	4.000.oo		
Depreciación bienes raíces	10.080.oo		

Depreciaciones rechazadas	4.892.03	18.972.03	
Sumas iguales		517.343.98	517.343.98

RENTA

Renta bruta declarada		389.110.31	
Menos deducciones solicitadas	231.553.14		
Menos deducciones rechazadas	3.817.70	227.735.44	
Renta Líquida		161.374.87	
Rentas exentas		35	
Renta líquida gravable		161.339.87	8.907.19
Menos impuestos de renta líquido en el año		8.907.19	
Renta gravable a distribuir		152.432.68	

Impuesto especial para vivienda

Renta Líquida gravable		161.339.87	
Menos exención inicial	100.000.oo		
Impuesto de renta	8.907.19	8.907.19	
Pro-vivienda, 34% sobre el 6% de		52.432.68	1.069.63
Impuesto Neto			9.976.82

Inversiones sustitutivas

Pro-vivienda en cédulas del B.C.H. 66% 56% de		52.432.68	2.076.33
Total a cargo			12.053.15

DISTRIBUCION A SOCIOS

	%	Cap. Soc. Gravable	Cap. Soc. Exento	Reservas	Superavit
Plumrose Ltda.	48	118.426.81	3.573.67	47.218.54	9.106.57
Paul Lenzberg	3.5	13.739.45	260.58	3.443.02	664.02
Josefina de Puccini	11.5	45.143.92	856.19	11.312.77	2.181.78
Vicente Puccini	7	27.478.91	521.16	6.886.04	1.328.04
María Banfi T.	6	23.553.35	446.71	5.902.32	1.138.32
Bruno Casarosa	6	23.553.35	446.71	5.902.32	1.138.32
Francisco Puccini	6	23.553.35	446.71	5.902.32	1.138.32
Julio Puccini	6	23.553.35	446.71	5.902.32	1.138.32
Augusto Puccini	6	23.553.35	446.71	5.902.32	1.138.32
	100%	392.555.85	7.445.15	98.371.95	18.972.03

María Banfi T.	5.311.81		9.145.96	2.10
Bruno Casarosa	5.3 11.81		9.145.96	2.10
Francisco Puccini	5.311.81	23.70	9.145.96	2.10
Julio Puccini	5.311.81		9.145.96	2.10
Augusto Puccini	5.311.81	1.613.59	9.145.96	2.10
	88.530.17		152.432.68	35.00

	Pagado	Liquidado	
Impuesto sobre la renta, complementarios, especial para fomento eléctrico y siderúrgico, especial del 34% para vivienda.	52.884.86	9.976.82	42.908.04
Impuesto especial para vivienda del 66% en inversiones de cédulas hipotecarias del Banco Central Hipotecario.	1.938.48	2.076.33	137.85
Sumas	54.823.34	12.053.15	42.770.19

Como aparece que la demandante pagó mayor impuesto que el que acaba de liquidársele, habrá de ordenarse también la devolución consiguiente.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, en desacuerdo con el concepto del señor Fiscal 3o. de la Corporación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Revócase la sentencia apelada y se dispone en su lugar:

Revísase la operación administrativa de liquidación del impuesto sobre la renta, complementarios y especiales a cargo de "Salchichería Nacional Ltda." por el año gravable de 1961 y contenida en las Resoluciones 228 de 1965, de la Administración de Impuestos Nacionales de Barranquilla, y R – 4937 – H de 1967, expedida por la División de Impuestos Nacionales, que, en su orden, modificaron la liquidación primitiva y confirmaron esa reforma. En consecuencia:

1o. Se fija en la suma de doce mil cincuenta y tres pesos con quince centavos, moneda corriente, ($ 12.053.15 M/Cte.) el monto del impuesto sobre la renta, complementarios y especiales a cargo de "Salchichería Nacional Ltda." por el año gravable de 1961;

2o. Se ordena a la Administración de Impuestos Nacionales de Barranquilla que le reintegre a "Salchichería Nacional Ltda." la cantidad de

cuarenta y dos mil setecientos setenta pesos con diez y nueve centavos, moneda corriente ($ 42.770.19 M/C.), por concepto de impuesto sobre la renta y complementarios que le fueron cobrados en exceso a esta compañía por el año gravable de 1961. Esta devolución deberá hacerse dentro del plazo que al efecto señala el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo. De lo contrario, la suma que acaba de mencionarse devengará intereses a la tasa del ocho por ciento anual (Ley 81 de 1931, artículo 14) y hasta que el reintegro se realice.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase y cúmplase.

Se deja constancia de que esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión del 17 de diciembre de mil novecientos setenta.

Gustavo Salazar T. **Juan Hernández Sáenz**

Miguel Lleras Pizarro **Hernando Gómez Mejía**

Angel M. Camacho Ramírez
Secretario

TITULO VII

Jurisdicción Coactiva

CAPITULO PRIMERO:

Apelaciones

JURISDICCION COACTIVA
APELACIONES

INCOMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO. Ni la administración de impuestos ni el Consejo de Estado tienen facultad legal para revisar o desconocer una decisión de un Juez ordinario como una Sentencia de Aprobación de Remate.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Bogotá, D. E., noviembre diecinueve de mil novecientos setenta

Proponente: **Dr. Miguel Lleras Pizarro**

REF.: Radicación 1376. Jurisdicción coactiva de la Nación contra la sucesión de Víctor Ruíz Mora. Apelación del auto de 1o. de septiembre de 1969.

Con fundamento en el certificado o reconocimiento sin número del administrador de impuestos nacionales de Bogotá del 31 de mayo de 1963 se libró mandamiento de pago contra los herederos de Víctor Ruíz Mora por la suma de $ 525.843.24 por concepto de impuestos de sucesión. Dentro del juicio se embargaron los bienes de que tratan los certificados del registrador de Instrumentos Públicos de Bogotá que constan en los folios 33 y 34 del cuaderno principal. Según tales certificados el embargo decretado por la

sección de cobranzas y ejecuciones del Ministerio de Hacienda, fue registrado el 25 de abril de 1967 y sobre el mismo inmueble constaba ya el registro de 28 de noviembre de 1963 decretado en el juicio de venta de la cosa hipotecada adelantado por Daniel E. Peña originalmente ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá y finalizado por el Juez Decimotercero Civil Municipal. Por auto de 16 de julio de 1969 la sección de cobranzas decretó el embargo y retención del producto total del remate practicado por el Juzgado Decimotercero Civil Municipal, el día 9 de julio anterior dentro del juicio de venta de Daniel Peña contra Víctor Ruíz Mora. Con fundamento en el oficio No. 929 de 23 de agosto de 1969 del Juzgado Decimotercero Civil Municipal de Bogotá y del oficio No. 920 de 21 de agosto del mismo año y del mismo juzgado, dirigidos ambos a la sección de cobranzas y ejecuciones de la Administración de Hacienda Nacional de Bogotá el apoderado de los herederos solicitó la revocación del auto mencionado. Por el primero de tales oficios se informaba a la sección de cobranzas que el remate del inmueble se había cumplido y quedaba un remanente a disposición de la misma sección por valor de $ 111.306.94. Por el segundo de los oficios el mismo juzgado pedía a la sección de cobranzas que conforme al artículo 1013 del código judicial se cancele el embargo decretado en 1965 a fin de que se pueda proceder al registro del auto aprobatorio del remate.

La sección de cobranzas por auto de 1o. de septiembre de 1969 se negó a decretar el desembargo solicitado por el juzgado con fundamento en varias consideraciones y principalmente en el artículo 11 del decreto 1735 de 1964 que dice: "Comunicado un embargo por el funcionario ejecutor sobre un bien con respecto al cual aparece inscrito otro embargo, el registrador de instrumentos públicos y privados lo registrará y comunicará el hecho inmediatamente al juez respectivo. El funcionario ejecutor, una vez satisfechos los créditos del Estado, depositará el remanente a órdenes del juez de la otra causa si así se lo ha solicitado". Se aduce además que según el artículo 2495 del código civil los créditos del fisco tienen preferencia sobre los créditos hipotecarios en cuanto tengan como título los impuestos debidos.

Según doctrina del Tribunal Superior del Distrito de Bogotá recordada en su curso de derecho procesal civil por el doctor Hernando Morales: "El remate no es otra cosa que la venta forzada por ministerio de la justicia que se hace en pública subasta de los bienes del deudor para cubrir con el producto el valor de la obligación u obligaciones que persigue el acreedor. En dicha venta el vendedor es el ejecutado o demandado, representado por el juez. De consiguiente, atendiendo a las normas fundamentales que gobiernan el contrato de compraventa, la que se efectúa durante el remate no puede ser extraña a aquellas normas. Ahora bien, es sabido que una vez ajustado el acuerdo de voluntades acerca de la cosa y el precio, se reputa perfecto el contrato de compraventa. Pero este contrato genera obligaciones y derechos recíprocos entre vendedor y comprador. La principal obligación del compra-

dor es la de pagar el precio en el lugar y tiempo convenidos y las del vendedor se reducen a la entrega o tradición y el saneamiento de la cosa vendida. En esas condiciones es cuando se puede reputar perfecto el remate de los bienes del deudor, para que el acreedor pueda exigir el producto de aquel para cubrirse su acreencia".

Ni la sección de cobranzas del ministerio de hacienda ni el Consejo de Estado tienen aptitud legal para revisar la sentencia de aprobación del remate que hizo el juez. Si dentro del juicio adelantado ante el Juzgado Decimotercero Civil Municipal se incurrió en violaciones de la Ley o si el remate fue aprobado a pesar del embargo decretado por la sección de cobranzas pueden ser irregularidades, si las hay, revisables en juicio ordinario pero imposibles de remediar por la vía de la jurisdicción coactiva de la administración de impuestos. Incidentalmente conviene anotar que el orden de preferencia de los créditos que señalan los artículos 2493 y siguientes del código civil son aplicables en el caso del concurso de acreedores y no pueden aducirse como fundamento para impedir que se cumpla la diligencia de registro del auto aprobatorio del remate.

El artículo 1051 del código judicial dice: "pagado el precio por el rematante o concedido a éste válidamente plazo para el pago, el juez dicta un auto en que se decreta: 1o. La aprobación del remate. 2o. La inscripción de éste en el registro si es el caso. 3o. La cancelación del auto de embargo . . . etc." Ni la administración de impuestos ni el Consejo de Estado tienen aptitud legal para desconocer la decisión judicial. Por las precedentes consideraciones no es pertinente comentar las demás motivaciones del auto apelado.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado por intermedio de la sección cuarta de su Sala de lo Contencioso Administrativo

RESUELVE:

1o. Revócase el auto apelado.

2o. La sección de cobranzas y ejecuciones de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá ordenará el desembargo que a su solicitud hizo el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de la misma ciudad según consta en certificados número 17.423 de 18 de mayo de 1967 y 17.424 de la misma fecha.

3o. La ejecución podrá continuarse para obtener el recaudo de las sumas que el juzgado Decimotercero Civil Municipal puso a disposición de la sección de cobranzas.

4o. Revalídese el papel común utilizado.

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

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de diecinueve de Noviembre de mil novecientos setenta.

Gustavo Salazar Tapiero **Hernando Gómez Mejía**

Juan Hernández Sáenz **Miguel Lleras Pizarro**

Angel María Camacho Ramírez
Secretario

CAPITULO SEGUNDO:

Excepciones y Tercerías

JURISDICCION COACTIVA

Excepciones

OBLIGACIONES TRIBUTARIAS. *Prueba de su cancelación.* **La prueba fundamental de haberse cancelado una obligación es el recibo o carta de pago extendido por el acreedor. Y si la obligación es tributaria, el recibo debe ser expedido por la agencia gubernamental encargada de recaudarla o por su legítimo delegado, como lo son los bancos oficiales o privados en algunos casos.**

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Bogotá, D. E., julio quince de
mil novecientos setenta

Consejero Ponente: **Dr. Juan Hernández Sáenz**

El 24 de junio de 1969 la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín, Sección de Cobranzas y Ejecuciones, libró mandamiento de pago contra la "Compañía de Calzado Triunfo Unión Ltda." por la suma de $. 94.250 más sus intereses. Adujo como recaudo ejecutivo un certificado del Administrador de Impuestos Nacionales de esa ciudad, donde consta que la

compañía debe el impuesto sobre la renta correspondiente a los años de 1963, 1964, 1965 y 1967, cuyo valor es el que se le cobra compulsivamente.

Notificado el mandamiento, la ejecutada propuso las excepciones de pago, carencia de acción e inexistencia de la obligación, para ser estudiadas separada o conjuntamente y las de error de cuenta y culpa del Estado como presunto acreedor, en forma subsidiaria y para que se estudien lo mismo que las defensas principales.

Durante el término de prueba y con el ánimo de demostrar las excepciones, la empresa trajo a los autos lo siguiente: a) copias de varias actuaciones y documentos que, se dice, fueron tomadas del proceso por jurisdicción coactiva que adelanta la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín contra Jesús Ramírez García y cuyo incidente de excepciones cursaba entonces ante el Tribunal Administrativo de Antioquia. Dichas copias son: 1o. La del acta de una inspección ocular practicada por el Tribunal en las oficinas del Banco Comercial Antioqueño, Sucursal Junin, del Banco del Comercio, del Royal Bank of Canada y de Triunfo Unión para examinar una serie de cheques, documentos y asientos contables; 2o. Copia de una peritación relacionada con el mismo tema: 3o. Fotocopias de numerosos cheques y órdenes de pago, estas últimas con el membrete de "Calzado Triunfo Unión Ltda." (folios 63 a 109); b. Certificado del Jefe de la Sección de Caja de la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín sobre el ingreso a las arcas oficiales del valor representado por un grupo de cheques (folios 110 y 111); c. copias que se dicen tomadas de un expediente que reposa en los archivos de la misma Administración y que corresponden a: 1o. Varias cartas que se cruzaron la firma Triunfo Unión, sus socios o su apoderado y la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín; 2o. El acta de una investigación administrativa adelantada en las oficinas de dicha Administración y relacionada con el pago de los impuestos a cargo de aquella compañía y de sus socios; 3o. Transcripción parcial del Oficio Circular No. 2315 del 23 de diciembre de 1961, donde se imparten instrucciones minuciosas a los empleados de hacienda nacional para el recaudo y la expedición de los recibos correspondientes al pago del impuesto sobre la renta, complementarios y especiales (folios 44 vuelto a 61).

Además, en cumplimiento del auto dictado el 2 de diciembre de 1969 para mejor proveer, el Tribunal Administrativo de Antioquia, por comisión, practicó una detenida inspección ocular en las oficinas de la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín, del Banco Comercial Antioqueño, Sucursal Junin, del Banco del Comercio, Medellín y de The Royal Bank of Canada, Medellín, Sucursales de la Avenida Bolívar de dicha ciudad, para esclarecer si en tales oficinas existía constancia de haberse expedido recibos de pago a favor de la "Compañía de Calzado Triunfo Unión Ltda." por concepto del impuesto sobre la renta, complementarios y especiales corres-

pondiente a los años de 1963, 1964, 1965 y 1967. El acta de dicha diligencia que, según se afirma en ella duró varias semanas, obra de folios 135 a 138 del expediente.

Después de un detenido examen de las pruebas que se dejan relacionadas, corresponde analizar ahora las excepciones propuestas:

1o. *Pago, inexistencia de la obligación y carencia de acción.* Se fundan todas ellas en la aseveración de que la "Compañía de Calzado Triunfo Unión Ltda." ya canceló por medio de cheques, unas veces directamente en la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín y otras por intermedio de Bancos autorizados, el valor completo de los impuestos que ahora se reclaman.

Como el hecho básico de las tres aludidas excepciones es uno mismo: pago efectivo de la suma que se cobra, que es una forma legítima de extinguir la obligación y el consecuencial derecho a exigir compulsivamente su cumplimiento, debe hacerse su análisis conjunto.
Se considera:

La prueba fundamental de haberse cancelado una obligación es el recibo o carta de pago extendido por el acreedor. Y si la obligación es tributaria, el recibo debe ser expedido por la agencia gubernamental encargada de recaudarla o por su legítimo delegado, como lo son los bancos oficiales o privados en algunos casos.

Pero el hecho de que haya ingresado a las arcas oficiales el monto de cheques girados a su favor no es suficiente para demostrar por si solo que el girador de tales instrumentos se encuentra a paz y salvo con la oficina beneficiaria por concepto de los impuestos que ella recauda, ya que, como lo enseña el artículo 1630 del Código Civil, cualquier persona puede pagar una obligación a nombre del deudor, aunque éste lo ignore y aún contra su voluntad o la del acreedor, circunstancias que son de común o posible ocurrencia en la cancelación de gravámenes.

La sola recepción del valor de unos cheques por el tesoro público constituye pues un hecho equívoco cuyo verdadero sentido debe ser demostrado por quien lo alegue en su favor. Naturalmente, las respectivas pruebas no pueden emanar del propio deudor que alegue haber pagado, pues ni siquiera sus libros de contabilidad le son idóneos porque no se trata de litigio entre comerciantes. Esas pruebas, a falta de recibos, deben siempre surgir de los libros, papeles o archivos del acreedor, sea en forma de certificaciones directas, que son documentos públicos, o mediante la práctica de inspección ocular en las oficinas recaudadoras.

Al aplicar estos principios en el asunto *sub judice*, queda en claro que no se demostró a cabalidad el hecho básico de las tres excepciones que se analizan, pues las pruebas que adujo la ejecutada no despejan en modo alguno el equívoco en cuanto a la imputación de los pagos que alegó haber hecho, ya que las anotaciones en las llamadas "Ordenes de pago" de Triunfo Unión o los asientos contables en sus libros a que aluden los peritos Vallejo Duque y Ossa Arbeláez, son meros apuntes privados de la compañía que nada pueden probar legalmente en su favor o en el de sus socios y las demás copias traídas al juicio y las diligencias en él practicadas tampoco abonan la realidad de los pagos alegados. Antes bien, en la inspección ocular que hizo el Tribunal Administrativo de Antioquia a partir del 3 de marzo de 1970 en las oficinas de la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín, del Banco del Comercio, de The Royal Bank of Canada y del Banco Comercial Antioqueño (fs. 135 a 138) no se encontró constancia ninguna sobre la expedición de recibos a la excepcionante por concepto de los impuestos que ahora se le cobran, pues aquellos que menciona el Tribunal son los mismos que ya tuvo en cuenta el investigador de la División de Impuestos Nacional, Oscar Osorio Correa al deducir el saldo a cargo de la ejecutada que aparece en el acta respectiva (fs. 50 V. a 59 v.).

No cabe suponer entonces el extravío de los recibos que se echan de menos. Ni cabe tampoco explicación razonable, dentro de la conducta medianamente prudente y diligente que se supone ha de tener quien obra en la vida jurídica, para que Triunfo Unión, al entregar los cheques a que alude el proceso, no hubiese exigido la expedición a favor suyo y de sus socios de los recibos correspondientes; y que la inexistencia de ellos, como comprobante externos de sus gastos, no fuese motivo de preocupación para nadie en el curso de más de cinco años.

De lo expuesto se desprende que las excepciones analizadas no pueden prosperar.

2o. *Error de cuenta y culpa del Estado como presunto acreedor* Sobre el tema, dice así el memorial de excepciones:

> "Entre la Administración de Impuestos Nacionales y la sociedad sólo ha existido como relación de tipo fiscal, la que hay entre el Estado y el contribuyente, pues la empresa nunca ha adquirido bienes nacionales y, obviamente, todo pago efectuado por esta a aquella es imputable exclusivamente a sus impuestos.
>
> De manera que la Administración no puede interpretar a su amaño los pagos hechos por la sociedad y carece de derecho para imputarlos a cuentas diferentes.

De suerte que el mandamiento de pago no tiene base contable que pueda aceptarse, pues, según se desprende de los confusos informes suministrados por la Administración a la empresa, aquella ha incurrido en un grave error de cuenta al mantener contra mi representada saldos extinguidos y al favorecer con sus pagos a otros contribuyentes.

Además, la Administración siempre ha tenido suficientes elementos legales y materiales para comprobar, con rapidez, el estado de paz y salvo o el estado de mora de un contribuyente.

Por ello, no puede entenderse y no puede aceptarse que apenas al mucho tiempo, cuando la Administración se percata de un fraude general, por falta de control, o por intervenciones delictuosas de empleados suyos o de terceros, por ejemplo, quiera entonces radicar en el contribuyente honesto un nuevo cobro por lo no debido".

La lectura de los párrafos transcritos indica por si sola que estas excepciones se formulan con base en hechos vagos e imprecisos, cuya demostración en el juicio tampoco aparece, pues nada hay que acredite la pretendida culpa del Estado a través de sus funcionarios de impuestos por la alegada imputación indebida o errónea de los pagos que, se dice, fueron hechos por Calzado Triunfo Unión para cancelar impuestos a cargo suyo o de sus socios.

No prosperan en estas circunstancias las mencionadas excepciones.

Por 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:

Decláranse no probadas las excepciones propuestas en este juicio. Por lo tanto, se ordena seguir adelante la ejecución.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

Se deja constancia de que esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión del 8 de julio de mil novecientos setenta.

Gustavo Salazar T.

Juan Hernández Sáenz

Miguel Lleras Pizarro

Hernando Gómez Mejía

Angel M. Camacho Ramírez
Secretario

INDICES

INDICE ANALITICO ALFABETICO

A

1. **ACCION ELECTORAL.** págs.

Su objeto: Carga de la prueba. La acción electoral tiene por objeto impugnar un acto administrativo de elección o nombramiento. Por esto el artículo 206 del C.C.A. prescribe que cuando se impugna un acto de elección o nombramiento debe pedirse la nulidad de aquél por el cual se declara aquella o se hace éste. Por tanto, el acto de elección de Senador se presume válido mientras no se demuestre lo contrario, lo que corresponde al actor, por cuanto formula un *cargo*, no una duda, acompañado de una petición de nulidad. Si el legislador omitió ordenar que se comprobaran las calidades para ejercer el cargo de Senador, ello en nada empece al principio anterior, en cuanto el elegido se presume que lo ha sido de conformidad con la Constitución y la ley, hasta el punto de que, por una parte, transcurrido el término de caducidad de la acción, el acto de elección es inobjetable y, por otra, según el artículo 202 del C.C.A., la acción se promueve contra éste para que se anule, lo cual sería absurdo si no se supone, que conlleva una presunción de validez, en élla comprendidas las calidades para ejercer el cargo. Esta omisión del legislador en señalar un procedimiento administrativo para que el que sea elegido senador demuestre las calidades constitucionales, no puede llenarla el juzgador contrariando el procedimiento, ni puede servir de argumento para interpretarlo y aplicarlo con violación de los textos legales. (Sentencia de 16 de noviembre de 1970. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Alfonso Castilla Sáiz. Salvedad de Voto de los Consejeros Drs. Osvaldo Abello Noguera, Jorge Dávila Hernández, Hernando Gómez Mejía, Juan Hernández Sáenz, Lucrecio Jaramillo Vélez, Miguel Lleras Pizarro y Gustavo Salazar Tapiero. Actor: Francisco Ferrer Cassiani. Juicio Electoral.) (Ver Nos.: 11, 39, 45 y 72 del índice). 44

2. ACCIONES CONTENCIOSO ADMINISTRATIVAS.

Pertinentes contra los actos, hechos u operaciones administrativas. Cuando el acto es impersonal y objetivo, la solicitud de anulación, única que tiene cabida, se puede ejercitar en cualquier tiempo; pero cuando es personal o subjetivo, la persona que se estime afectada debe pedir, además de la anulación, que se le restablezca en el derecho. Son estas dos solicitudes inseparables, no solo porque una depende de la otra, sino también porque conjuntamente configuran una acción: la acción que denominan "de plena jurisdicción" los manuales de Derecho Administrativo, y que por ser una no puede desvertebrarse. Por la presunción de legalidad que ampara los actos; esa presunción es una barrera que es preciso eliminar para llegar al restablecimiento del derecho. La anulación es el puente imprescindible, el conducto que es necesario utilizar para llegar a la reparación del perjuicio. Pero el Código Procesal que rige esta materia inspirado como está por la suprema razón del orden público que subordina todas las otras, así como impone la formulación simultánea de las dos súplicas señala un término preciso dentro del cual debe ejercitarse la acción. Ese término es el de los cuatro meses siguientes a la publicación, notificación y ejecución del acto. Aceptar que una de esas súplicas se puede formular hoy y la otra en cualquier tiempo, no dejaría de constituir una socaliña a la ley y el consagrar como institución un abuso del derecho. Otro tanto podría afirmarse si habilidosamente se pretendiere prescindir de las diferencias que tan claramente establece la ley entre la ejecución del acto y la realización del hecho u operación, para beneficiarse así de los tres años que para instaurar la acción, cuando se trata de los últimos, ha establecido en su artículo 28 el decreto 528 de 1964. De disposiciones tan distintas como las contenidas en los artículos 67 y 68 del C.C.A., resulta el régimen distinto de los actos y de los hechos. El tercer inciso del artículo 83 relieva aún más la distinción mencionada al hablar de la publicación, notificación o ejecución de los primeros y de la realización de los últimos. Los hechos no son en ningún caso susceptibles de publicación o notificación, sino que apenas se producen, y en propiedad no puede decirse de ellos como se dice de los actos, que se "ejecutan", porque en los términos de la Ley la ejecución significa una decisión previa y una autolimitación administrativa. Es imposible eliminar la distancia que los textos legales establecen entre los actos y los hechos, como es imposible también eliminar el régimen distinto a que están sometidos unos y otros. (Sentencia de 23 de julio de 1970. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 3a. Consejero ponente Dr. Gabriel Rojas Arbeláez. Actor: Carlos y Alvaro Hormaza Ltda. Indemnizaciones). (Ver No. 5 del índice). 295

3. ACTIVIDADES BANCARIAS.

Están prohibidas a entidades distintas de los Bancos. La observancia del artículo 100 de la ley 45 de 1923 no corresponde precisamente a los bancos

autorizados para funcionar, sino a los establecimientos no bancarios, puesto que tiende a impedir que estos últimos mediante sitemas, prácticas o propagandas equívocos, den la apariencia de ser un banco o induzcan a error al público en cuanto a la verdadera naturaleza de sus negocios, que de ninguna manera podrían ser bancarios, por expresa prohibición legal de realizarlos a quien carezca de permiso previamente expedido por el Superintendente del ramo. (Sentencia de 18 de diciembre de 1970. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 4a. Consejero ponente: Dr. Juan Hernández Sáenz. Actor: "Caja Popular Cooperativa Ltda.", en acción de nulidad de los actos administrativos 9848 y 11221 de 1970, emanados de la Superintencia Bancaria). (Ver No. 99 del índice). 259

ACTOS ADMINISTRATIVOS.

De contenido jurisdiccional. Están limitados por las mismas reglas del debido proceso que alinderan la función de los jueces y la violación de tales reglas es una de las causales de su nulidad. Entre ellas se destaca el derecho de defensa y la amplitud de las pruebas. En el derecho colombiano se conocen muchas y variadas leyes penales cuyo primer juzgamiento se ha encomendado a agencias del gobierno y que van desde las multas que se imponen por inexactitud en las declaraciones para impuestos hasta las que se autorizan por las violaciones sobre control de precios, circulación de monedas extranjeras, leyes bancarias, etc., las que, sin embargo, no pueden evadir, ni en la práctica, justo es reconocerlo, se ha pretendido que eludan el control jurisdiccional de los tribunales de lo contencioso administrativo. (Ver Nos. 19, 64, 75 y 77 del índice) 204

ACTOS, HECHOS U OPERACIONES ADMINISTRATIVAS.

Acciones contencioso administrativas pertinentes. No es dable a quien acude a los Tribunales trocar ni calificar *ad libitum* las especies jurídicas como no es potestativo de quien administra justicia prescindir de los ordenamientos procesales, ni pretender desvirtuar, interpretándolos, aquellos que son lo suficientemente explícitos. En nuestro ordenamiento procesal de las contenciones que surjan, de las relaciones entre las particulares con las entidades estatales o entre estas mismas se establece una terminante distinción entre el acto y el hecho u operación administrativa. Tal distinción que proviene de lo dispuesto en los artículos 66, 67, 68 y 83 de la Ley 167 de 1941 y 28 del decreto 528 de 1964, debe tener consecuencias y efectivamente las tiene, como que es distinto el régimen, según se trate de accionar contra un acto o contra un hecho u operación. Por otra parte, acto y hecho u operación material son inconfundibles. En el acto, que es también declaración de voluntad y decisión ejecutoria, la Administración prevé y precisa las afectacio-

nes jurídicas, mientras que en el hecho, como lo anota Stassinopulos las consecuencias jurídicas son independientes de la voluntad declarada. La auto limitación de la Administración, agrega ese autor, es el rasgo característico de la decisión ejecutoria. Es esto algo que contribuye a explicar por qué son anulables los actos y por qué no pueden serlo los hechos. Además de las condiciones de tracto, que es instantáneo en éstos, y sucesivo o futuro en aquellos. (Sentencia de 23 de julio de 1970. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 3a. Consejero ponente, Dr. Gabriel Rojas Arbeláez. Actor: Carlos y Alvaro Hormaza Ltda. Indemnizaciones) (Ver No. 2 del índice)..... 295

6. ACUMULACION.

De acciones electorales. El ejercicio de la acción electoral puede perseguir dos objetivos fácilmente diferenciables. El primero, acusar el acto declarativo de la elección por motivos intrínsecos a él, como un escrutinio irregular, o por defectos en el desarrollo mismo de la votación, como cuando ésta se realiza en día distinto al predeterminado. El segundo, impugnar la expedición de una determinada credencial por estimarse que el favorecido con ella no reúne las calidades para el ejercicio del cargo de que se trata o porque era inelegible de acuerdo con la ley. Si en una especie de litigios se acusa la elección por reputarse viciosa, sea quienes fueran los favorecidos con ella, y en la otra se ataca de modo directo y en concreto una credencial por haberse expedido á quien no era candidatizable, no se ve la razón ni la necesidad de tramitar bajo una misma cuerda procesos de una y otra índole, ya que no puede haber ocasión para fallos contradictorios. Bien puede suceder, por lo tanto, que en un juicio de la segunda clase llegue a declararse que el candidato sí podía merecer el favor popular y que en otro de la primera se declare que es persona, legalmente candidatizable, pero que no tiene derecho a la curul porque su elección aparente estaba viciada de ilegalidad, sin que exista la menor contradicción entre las dos sentencias, pues los extremos de uno y otro litigio son obviamente distintos, como quedó visto En un caso la elección puede ser legalmente perfecta y, sin embargo, perderse la curul por fallas subjetivas del presunto candidato. En el otro puede tratarse de persona candidatizable legalmente que, sin embargo, no tenga derecho a curul por fallas objetivas en el proceso mismo de la elección. La misma lectura comparativa de los artículos 202 y 229 está diciendo en forma bastante clara cómo los negocios a que se refiere el primer artículo no son acumulables al segundo; en aquél se trata de una confrontación de requisitos constitucionales o legales; en éste se habla de nulidad de elección, rectificación de escrutinios, nulidad o rectificación parcial, etc., expresiones todas indicativas de que los juicios respectivos hacen relación directa con el proceso eleccionario en sus distintas fases y repercusiones en los hechos dentro de los cuales se movió el debate electoral. Quiere decir lo anterior que, como se ha dicho, no es factible la acumulación de los negocios contemplados en el 202 con aquéllos a que se refiere el 229 del Código Contencioso Administrativo. (Auto de 8 de septiembre de 1970. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponen-

te: Dr. Gustavo Salazar Tapiero. Actor: Joaquín Rodríguez Asprilla. Acción electoral). 326

7. ALMACENES GENERALES DE DEPOSITO.

No obstante que el decreto 402 de 1969 es muy explícito y concreto en su primera parte, al expresar su objetivo o finalidades, o sea "reglamentar el artículo 1o. del Decreto Legislativo 356 de 1957", en el artículo segundo aparece refiriéndose a "operaciones distintas de las contenidas en el artículo 15 del decreto legislativo 356 de 1957", que nada tienen que ver con la reglamentación del mencionado artículo 1o. de este estatuto y, por consiguiente, las pretendidas disposiciones reglamentarias consignadas en el citado decreto 402 de 1969, con posterioridad al parágrafo de su artículo primero, resultan totalmente extrañas a la finalidad u objetivo que se enuncian de manera específica en primer término, como ya se anotó. También el mismo artículo 1o. en su parágrafo, al expresar que en relación con los productos agropecuarios "se consideran operaciones técnicas para su conservación. . ., entre otras, el descascaramiento, la trilla, la molienda y análogos", se coloca en abierta y palmaria oposición con el sentido y alcance de la norma superior a la que se pretende reglamentar, porque operaciones de esa índole implican ya un proceso de transformación de los mencionados productos. (Sentencia de 24 de agosto de 1970. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 1a. Consejero ponente: Dr. Alfonso Arango Henao. Actores: Jairo Garcés y otro, en acción de nulidad del decreto 402 de 1969). 101

8. ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES.

Facultades para nombrar Auditores. El nombramiento de auditor hecho por una Asamblea Departamental no implica violación manifiesta del numeral 8o. del artículo 187 de la Carta. En efecto, la Constitución al otorgarle competencia a las Asambleas Departamentales para elegir Contralor Departamental no emplea ninguna expresión indicativa de que esta designación sea la única que pueden hacer tales Corporaciones, a más de lo cual la facultad de "organizar la Contraloría Departamental" es de suyo tan amplia que requiere una interpretación y análisis a fondo que permita establecer su alcance. Cabe anotar que en tratándose de la organización de la entidad a cuyo cargo está la vigilancia de la gestión fiscal de la administración departamental, el Constituyente no emplea expresiones como "con arreglo a la ley" o "conforme a los requisitos que establezca la ley", u otras que significan imitaciones imponibles por el legislador a la iniciativa y facultades de las Asambleas, lo que de suyo estaría indicando el amplio campo de acción que en esta materia tienen dichas corporaciones. (Auto de 7 de septiembre de 1970. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 1a. Consejero ponente, Dr. Jorge Dávila Hernández.

Actor: Vinicio Bolaño. Nulidad y suspensión provisional del artículo 11 de la Ordenanza No. 19 de 1968, de la Asamblea de Córdoba.) 269

B

9. **BANCO GANADERO.**

Su Naturaleza. Las personas a su servicio no pueden ser consideradas como trabajadores oficiales. El Banco Ganadero está clasificado por la Ley como una Sociedad de Economía Mixta y con el porcentaje de capital oficial del 20%. El artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 no menciona para nada como empleados oficiales a las personas que prestan sus servicios en las Sociedades de Economía Mixta. Quizá con aplicación del artículo 3o. del Decreto 3130 de 1968, haya de concluirse que si la participación del Estado en dichas Sociedades es del 90% o más, sus servidores tienen la calidad de trabajadores oficiales. Pero en los otros grupos de Sociedades de Economía Mixta, no. Mucho menos en tratándose de entidades como el Banco Ganadero, en las que por tener el Estado una participación minoritaria, son propiamente empresas privadas con participación estatal. Esto, no obstante lo que aparece diciendo o puede deducirse del Decreto 1848 de 1969, reglamentario del 3135 de 1968, cuando en su artículo 1o. incluye entre los genéricamente denominados empleados oficiales aun a las personas que trabajan al servicio de las Sociedades de Economía Mixta. No incluyéndolos el Decreto Ley reglamentado, es claro que en esa parte el reglamentario ha excedido a aquél y no puede aplicarse en consecuencia. Los empleados del Banco Ganadero, en síntesis, no son empleados oficiales, ni son oficiales por tanto los cargos por ellos desempeñados. Por manera que siendo condición exigida por el artículo 4o. de la ley 171 de 1961, para obtener el reajuste de la pensión que la misma disposición autoriza, la de que el pensionado "haya sido o sea reincorporado a cargos oficiales", esta condición faltaría a los empleados del Banco Ganadero para obtener un reajuste de pensión. (Sentencia de 18 de noviembre de 1970. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 2a. Consejero ponente: Dr. Rafael Tafur Herrán. Actor: Rafael Jordán Jiménez, en acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones 208, 250 y 310 Bis de 1969, proferidas por la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria). (Ver Nos. 86 y 100 del índice). 230

C

10. **CAPITALIZACION DE RESERVAS**

Debe considerarse como dividendo para los socios frente a la ley tributaria. De acuerdo con los preceptos que rigen la materia, una sociedad anónima

puede formar reservas distintas de la que es legalmente obligatoria, tomando para ello todo o parte de las utilidades que haya obtenido. Tales reservas le pertenecen de modo exclusivo a la compañía, sin que el accionista tenga derecho a reclamar por esa simple calidad cuota alguna de ellas. Es el órgano social que el estatuto o la ley habiliten al efecto quien puede señalar el destino de aquellas reservas voluntarias: enjugar pérdidas, hacer gastos o consumirlas en lo que fuere necesario para el desarrollo de los fines colectivos, distribuirlas como dividendos entre los asociados o capitalizarlas para incrementar el fondo social, sea mediante la emisión de nuevas acciones liberadas que entregue a los socios o mediante el reavalúo nominal de las acciones poseídas de antemano por ellos. De todas maneras el socio ve mejorada la cuantía del crédito personal que tiene a cargo del ente colectivo como aportante a su capital y con vocación a que le sea satisfecho por éste en el evento de su disolución y liquidación. La capitalización de reservas implica pues en todo caso un beneficio económico o enriquecimiento para el accionista porque aumenta el valor de su aporte al fondo social sin tener que desembolsar suma alguna de su propio peculio. No puede pensarse pues que el aumento del valor nominal de unas acciones por causa de la capitalización de reservas no constituya dividendo sujeto al gravamen sobre la renta de acuerdo con la ley 81 de 1960, porque esta realidad jurídica y fiscal surge nítidamente de lo estatuido por los artículos 26 y 27 de dicha Ley, máxime aún si se recuerda que el artículo 24 del decreto reglamentario 437 de 1961 aclara que quien reciba un crédito personal en su favor, como pago o dación en pago, obtiene un ingreso en especie y que esto es precisamente lo que ocurre al socio cuando recibe el nuevo título donde consta el incremento en el valor nominal de sus acciones, es decir de su aporte al capital social, cuyo monto debe reembolsársele por la compañía al tiempo de su liquidación y una vez satisfechas las obligaciones con terceras personas o pasivo externo, según lo preceptúa la Ley. (Sentencia de 4 de diciembre de 1970. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 4a. Consejero ponente: Dr. Juán Hernández Sáenz. Actor: Prouvost Lefevre Of Rhode Island Inc., en acción de Revisión de Impuestos). 461

NOTA. En el mismo sentido se han producido las siguientes providencias: Sentencias de 3 de diciembre de 1970, con ponencia del Consejero Dr. Gustavo Salazar Tapiero y de 4 de diciembre con ponencia del Consejero Dr. Hernando Gómez Mejía.

11. CARGA DE LA PRUEBA.

En los juicios donde se impugna la elección de un Senador por carecer de los requisitos exigidos por el artículo 94 de la C.N. En los juicios electorales de esta índole le correponde la carga de la prueba al actor, háyase o no presentado opositor porque aún en este evento, tal opositor puede resultar una persona distinta de aquella cuya credencial se ataca, y a ésta tampoco se le puede exigir que aduzca ninguna prueba respecto de un extraño en el

juicio. No se trata de un conflicto entre el artículo 94 de la Constitución y el Código Contencioso Administrativo, en el que deba prevalecer aquél, conflicto que solo podría presentarse en caso de contradicción entre un texto de la Constitución y uno de la ley, que no sucede en el caso presente, pues la presunción de validez del acto de elección, mientras no se demuestre lo contrario, es de fundamento constitucional (Arts. 55, 93, 192 y 193 C.N.). (Ver Nos. 1, 39, 45 y 72 del índice). 378

12. CERTIFICADOS DE ABONO TRIBUTARIO.

Normas legales pertinentes. El artículo 120 de la ley 81 de 1960 con ánimo de estimular las exportaciones, estableció un incentivo tributario consistente en la exención del impuesto a la renta líquida gravable adquirida como producto de las exportaciones. En el año de 1967 el Presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias conferidas por la ley 6a. de 1967, dictó el Decreto 444 sobre "Régimen de cambios internacionales y de comercio exterior" en cuyo artículo 166 se estableció un sistema que bajo la denominación de "Certificados de abono tributario" (CAT) buscaba estimular las exportaciones distintas a las del petróleo y sus derivados, cueros crudos de res y café, mediante la entrega, en bonos, de un 15% del valor total del reintegro de las divisas provenientes de tales exportaciones, los cuales serían recibidos a la par por las oficinas recaudadoras del impuesto de renta y complementarios, cumplido un año a partir de la fecha de su emisión: eran documentos al portador, libremente negociables y exentos de toda clase de impuestos; también se otorgaba igual privilegio a los productores de oro que lo vendiesen al Banco de la República. El decreto 688 de 1967 en sus artículos 12 y siguientes subrogó el anterior pero no para hacerle reformas sustanciales sino para darle al CAT poder liberatorio respecto de impuestos de aduanas y ventas. Vino finalmente el decreto 1366 de 1967, dictado en uso de facultades extraordinarias, que volvió a reglamentar los certificados de abono tributario, especialmente en su artículo 40. (Sentencia de 16 de octubre de 1970. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 4a. Consejero ponente: Dr. Hernando Gómez Mejía. Actor: Federación Nacional de Algodoneros, en acción de plena jurisdicción contra los Oficios 679 de 1968 y 217 de 1970, de la Junta Monetaria.) (Ver No. 61 del índice). 198

13. CITACION DE LAS CAMARAS A LOS MINISTROS DEL DESPACHO.

Procedimiento previo. Un cuidadoso estudio de la finalidad del nuevo texto Constitucional, del contenido de la Ley 100 de 1960, y de la conveniencia de adoptar un método razonable que defienda el derecho del Congreso a vigilar la administración y el deber de los Ministros de responder a esta vigilancia sin abandono de sus tareas ni desmedro de la labor legislativa, lleva a la Sala a

puede formar reservas distintas de la que es legalmente obligatoria, tomando para ello todo o parte de las utilidades que haya obtenido. Tales reservas le pertenecen de modo exclusivo a la compañía, sin que el accionista tenga derecho a reclamar por esa simple calidad cuota alguna de ellas. Es el órgano social que el estatuto o la ley habiliten al efecto quien puede señalar el destino de aquellas reservas voluntarias: enjugar pérdidas, hacer gastos o consumirlas en lo que fuere necesario para el desarrollo de los fines colectivos, distribuirlas como dividendos entre los asociados o capitalizarlas para incrementar el fondo social, sea mediante la emisión de nuevas acciones liberadas que entregue a los socios o mediante el reavalúo nominal de las acciones poseídas de antemano por ellos. De todas maneras el socio ve mejorada la cuantía del crédito personal que tiene a cargo del ente colectivo como aportante a su capital y con vocación a que le sea satisfecho por éste en el evento de su disolución y liquidación. La capitalización de reservas implica pues en todo caso un beneficio económico o enriquecimiento para el accionista porque aumenta el valor de su aporte al fondo social sin tener que desembolsar suma alguna de su propio peculio. No puede pensarse pues que el aumento del valor nominal de unas acciones por causa de la capitalización de reservas no constituya dividendo sujeto al gravamen sobre la renta de acuerdo con la ley 81 de 1960, porque esta realidad jurídica y fiscal surge nítidamente de lo estatuido por los artículos 26 y 27 de dicha Ley, máxime aún si se recuerda que el artículo 24 del decreto reglamentario 437 de 1961 aclara que quien reciba un crédito personal en su favor, como pago o dación en pago, obtiene un ingreso en especie y que esto es precisamente lo que ocurre al socio cuando recibe el nuevo título donde consta el incremento en el valor nominal de sus acciones, es decir de su aporte al capital social, cuyo monto debe reembolsársele por la compañía al tiempo de su liquidación y una vez satisfechas las obligaciones con terceras personas o pasivo externo, según lo preceptúa la Ley. (Sentencia de 4 de diciembre de 1970. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 4a. Consejero ponente: Dr. Juán Hernández Sáenz. Actor: Prouvost Lefevre Of Rhode Island Inc., en acción de Revisión de Impuestos). 461

NOTA. En el mismo sentido se han producido las siguientes providencias: Sentencias de 3 de diciembre de 1970, con ponencia del Consejero Dr. Gustavo Salazar Tapiero y de 4 de diciembre con ponencia del Consejero Dr. Hernando Gómez Mejía.

11. CARGA DE LA PRUEBA.

En los juicios donde se impugna la elección de un Senador por carecer de los requisitos exigidos por el artículo 94 de la C.N. En los juicios electorales de esta índole le correponde la carga de la prueba al actor, háyase o no presentado opositor porque aún en este evento, tal opositor puede resultar una persona distinta de aquella cuya credencial se ataca, y a ésta tampoco se le puede exigir que aduzca ninguna prueba respecto de un extraño en el

juicio. No se trata de un conflicto entre el artículo 94 de la Constitución y el Código Contencioso Administrativo, en el que deba prevalecer aquél, conflicto que solo podría presentarse en caso de contradicción entre un texto de la Constitución y uno de la ley, que no sucede en el caso presente, pues la presunción de validez del acto de elección, mientras no se demuestre lo contrario, es de fundamento constitucional (Arts. 55, 93, 192 y 193 C.N.). (Ver Nos. 1, 39, 45 y 72 del índice). 378

12. CERTIFICADOS DE ABONO TRIBUTARIO.

Normas legales pertinentes. El artículo 120 de la ley 81 de 1960 con ánimo de estimular las exportaciones, estableció un incentivo tributario consistente en la exención del impuesto a la renta líquida gravable adquirida como producto de las exportaciones. En el año de 1967 el Presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias conferidas por la ley 6a. de 1967, dictó el Decreto 444 sobre "Régimen de cambios internacionales y de comercio exterior" en cuyo artículo 166 se estableció un sistema que bajo la denominación de "Certificados de abono tributario" (CAT) buscaba estimular las exportaciones distintas a las del petróleo y sus derivados, cueros crudos de res y café, mediante la entrega, en bonos, de un 15% del valor total del reintegro de las divisas provenientes de tales exportaciones, los cuales serían recibidos a la par por las oficinas recaudadoras del impuesto de renta y complementarios, cumplido un año a partir de la fecha de su emisión: eran documentos al portador, libremente negociables y exentos de toda clase de impuestos; también se otorgaba igual privilegio a los productores de oro que lo vendiesen al Banco de la República. El decreto 688 de 1967 en sus artículos 12 y siguientes subrogó el anterior pero no para hacerle reformas sustanciales sino para darle al CAT poder liberatorio respecto de impuestos de aduanas y ventas. Vino finalmente el decreto 1366 de 1967, dictado en uso de facultades extraordinarias, que volvió a reglamentar los certificados de abono tributario, especialmente en su artículo 40. (Sentencia de 16 de octubre de 1970. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 4a. Consejero ponente: Dr. Hernando Gómez Mejía. Actor: Federación Nacional de Algodoneros, en acción de plena jurisdicción contra los Oficios 679 de 1968 y 217 de 1970, de la Junta Monetaria.) (Ver No. 61 del índice). 198

13. CITACION DE LAS CAMARAS A LOS MINISTROS DEL DESPACHO.

Procedimiento previo. Un cuidadoso estudio de la finalidad del nuevo texto Constitucional, del contenido de la Ley 100 de 1960, y de la conveniencia de adoptar un método razonable que defienda el derecho del Congreso a vigilar la administración y el deber de los Ministros de responder a esta vigilancia sin abandono de sus tareas ni desmedro de la labor legislativa, lleva a la Sala a

concluir que de acuerdo con aquellas normas, deben adoptarse las siguientes reglas en la citación de las Cámaras a los Ministros del Despacho: a) Que las proposiciones de citación no sean suscritas por más de dos Parlamentarios. En este aspecto la primera parte del artículo 2o. de la Ley 100 de 1960 es compatible con la Reforma Constitucional de 1968; b) La proposición debe contener necesariamente el cuestionario que va a ser sometido al Ministro citado. Así se cumple lo prescrito en la primera parte del inciso final del artículo 103, cuando dispone que "la citación. . . deberá formularse en cuestionario escrito". En este aspecto el texto Constitucional sustituye la parte final del artículo 2o. de la Ley 100. Lo que la Reforma Constitucional quiso, fue que el objeto de las citaciones a los Ministros se concretara en aspectos determinados, precisos y claros, que aquellos pudieran expresar al Congreso con igual claridad y precisión. c),En la discusión de la proposición pueden intervenir, como lo dispone la primera parte del segundo inciso del artículo 2o. de la Ley mencionada, un Parlamentario para sustentarla y otro para impugnarla, por no más de diez minutos improrrogables cada uno. No se opone en nada a esta intervención al nuevo texto Constitucional y es importante que se cumpla para que la Cámara respectiva se entere del texto del cuestionario que se va a someter al Ministro, de las razones que lo fundan y de la justificación de la cita. Además, es útil para que la Corporación, al momento de votar la proposición decida si acoge todo el cuestionario o parte de él. d) Si la respectiva Cámara aprueba total o parcialmente la proposición y el cuestionario, ambos deben ser comunicados al Ministro respectivo por el Presidente de aquélla, con no menos de 48 horas de anticipación a la fecha de la sesión, en que debe ser oído el informe. (Concepto de 1o. de septiembre de 1970, sobre citación de las Cámaras a los Ministros del Despacho. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente, Dr. Guillermo González Charry). Su publicación fue autorizada mediante Oficio No. 703 de 4 de septiembre de 1970, por el Sr. Ministro de Gobierno. (Ver No. 26 del índice). 44

14. COMPETENCIA

Del Consejo de Estado para conocer de actos proferidos por la Oficina de Cambios del Banco de la República. Las funciones de esta entidad son administrativas de carácter nacional y sus actos susceptibles de control de la jurisdicción contencioso administrativa (Art. 20 del D.L. 528 de 1964). En cuanto a la entidad competente para conocer de éllos tenemos lo siguiente: El Decreto Ley 528 modificó el régimen de la competencia del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos, al atribuir a éstos, de acuerdo con la cuantía, el conocimiento de las controversias sobre contratos, responsabilidad y régimen laboral de derecho público, relativas a la Nación o a los establecimientos públicos nacionales (Arts. 3, Ord. 1o., literales a), b) y g); 32, Ord. 1o., literales a), c) y h); Ord. 2o., literales a), c) y e)). Respecto de las demás acciones de plena jurisdicción, se adscribió a los Tribunales Administrativos el

conocimiento en única instancia de las relativas a la Nación o a los establecimientos públicos descentralizados de carácter nacional, "por sus actuaciones, omisiones, hechos, operaciones y vías de hecho, cuando la cuantía sea inferior a treinta mil pesos" y en primera instancia "cuando la cuantía sea o exceda de treinta mil pesos sin llegar a cien mil"; sólo corresponde conocer al Consejo de Estado cuando la cuantía es igual o superior a esa suma, contrariamente a lo que disponía el numeral 10 del artículo 34 del C.C.A., que fue modificado a este respecto. (Auto de 11 de diciembre de 1970. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 1a. Consejero Sustanciador: Dr. Humberto Mora Osejo. Actor: Isabel Cifuentes Herrera, en acción de plena jurisdicción contra la Resolución 1373 de 1970, expedida por la Oficina de Cambios del Banco de la República).(Ver No. 81 del índice). 257

15. COMPETENCIA

Del Consejo de Estado en asuntos relativos a navegación marítima o fluvial. Reza la norma contenida en el literal d) del artículo 34 del C.C.A., que el Consejo conoce de los asuntos relativos a navegación marítima o fluvial en que se ventilen cuestiones de mero derecho administrativo en cuanto no sean de otra competencia. Y ciertamente, en el caso *sub-judice*, no se ventilan tales cuestiones. El hecho que originó la intervención de la Capitanía del Puerto, el abordaje y consiguiente naufragio de una de las naves, ocurrió entre particulares; los daños y los perjuicios fueron sufridos por uno de estos particulares; o por ambos; el culpable del siniestro será aquel a quien se le demuestre haberlo producido por descuido, infracción o desconocimiento de las normas pertinentes sobre la materia. Y la intervención de la autoridad portuaria, producida por demanda de parte o de oficio si así se lo permite la Ley, se encamina a levantar la investigación correspondiente para deducir la responsabilidad de quien la tenga y luego deducida, condenar a la parte responsable al pago de los daños, las costas, etc. Esto indica a las claras que la clase de providencias cuya nulidad se demanda, es de aquella que no puede ser conocida ni fallada por la jurisdicción contencioso administrativa. (Véase el No. 78 del índice). 193

16. CONCEJOS MUNICIPALES

Carecen de facultad para condonar obligaciones. De acuerdo con la Constitución y las Leyes, ni las Asambleas ni los Concejos tienen soberanía plena para regular lo relativo al manejo de los bienes y rentas departamentales o municipales. Y así como tales organismos no pueden establecer impuestos o contribuciones sin la previa autorización legal para hacerlo, tampoco les es lícito disponer a su talante del producto de aquellos ingresos, hasta el punto de condonar en todo o en parte y por obra de su exclusiva generosidad, las

deudas a cargo de los contribuyentes morosos por concepto de uno o de varios tributos. Más aún, en lo que atañe a este último aspecto, son muy claros los dictados de los artículos 1o. de la Ley 71 de 1918 y 1o. de la Ley 94 de 1928 en cuanto a que "sólo por graves motivos de justicia" hay lugar a la condonación de obligaciones causadas a favor de los fiscos nacional, departamental o municipal, motivos que, como es evidente, deben ser conocidos y apreciados concretamente por el organismo que vaya a perdonar la deuda, para esclarecer si se acomodan o no a los mandatos del legislador, cuando se trata de créditos departamentales, y además a lo expresado en la Ordenanza respectiva, si la deuda es en favor de un Municipio. (Véase el No. 17 del índice). 289

17. CONDONACION DE OBLIGACIONES

Los Concejos Municipales no tienen facultad para decretarla. La condonación de obligaciones no encaja dentro de las facultades concedidas a los Concejos por la Ley 29 de 1963, pues una cosa es el poder decretar exenciones o exoneraciones de impuestos y otra muy distinta el de liberar graciosamente a los deudores del fisco del pago de obligaciones ya causadas y, por lo mismo, de forzoso cumplimiento. La exoneración quita en adelante el carácter de contribuyente a su beneficiario. La condonación es una gracia del acreedor que libera de una carga preexistente al deudor. (Auto de 30 de octubre de 1970. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 4a. Consejero Ponente: Dr. Juan Hernández Sáenz. Actor: Roberto Gerlein Echeverría. Acción de nulidad del artículo 3o. del Acuerdo No. 5 Bis de 1970, expedido por el Concejo Municipal de Barranquilla). (Ver el No. 16 del índice). 289

18. CONTRATOS

Régimen legal de los celebrados por Empresas Industriales y Comerciales del Estado. En relación con los contratos que celebran estas empresas para la ejecución de sus actividades de índole comercial o industrial, en principio y como regla general, se rigen por el derecho privado (civil y comercial) y, en consecuencia, a menos que la Ley disponga lo contrario, su perfeccionamiento no requiere las formalidades exigidas por la Ley para los contratos administrativos, su contenido será idéntico al de los contratos de la misma clase convenidos entre particulares, y de las controversias que pueden presentarse en relación con ellos conoce la justicia ordinaria. Por lo mismo, tales contratos están regulados por el principio de la igualdad entre los contratantes, sin que en ellos deban estipularse cláusulas de las consideradas "exorbitantes", características de los contratos administrativos, mediante las cuales se reconocen privilegios al Gobierno, de ejercicio unilateral, rompiendo el equilibrio de las contraprestaciones que acuerdan las partes, sistema que, omitidos los aspectos formales, ha permitido distinguir y clasificar separada-

mente los contratos administrativos de los comunes. Sinembargo, y por excepción, el artículo 34 del Decreto 3130, autoriza a las empresas del Estado para que, y esta es una cuestión de conveniencia que deben resolver los respectivos organismos, en guarda de los intereses públicos que representan, puedan celebrar contratos en que se incluya el derecho a declarar su caducidad administrativa, cláusula exorbitante cuya inclusión transforma los convenios en administrativos, siendo entonces su régimen el de derecho público y atribuyéndose la competencia para conocer de sus controversias a la justicia contencioso administrativa. (Ver Nos. 46 y 91 del índice). 91

19. CONTROL DE PRECIOS

De los vagos y generales preceptos del artículo 7o. del Decreto 46 de 1965 hay algo perfectamente nítido y es que el criterio que preside la definición de las infracciones está inspirado en la necesidad de evitar la especulación indebida y las ganancias exorbitantes, que son al fin y al cabo expresiones equivalentes porque especular es tanto como comerciar o traficar, lo que no puede prohibirse, pero si se hace contra derecho, es decir indebidamente, configura la infracción porque permite alcanzar ganancias por fuera de lo regular, de lo ordinario, que es precisamente lo exorbitante. Según la legislación sobre precios, la especualción indebida y el acaparamiento constituyen atentados graves para la economía nacional, tan graves que la misma Ley autoriza que a sus autores se les impongan multas hasta de $ 500.000.oo, arresto hasta por treinta días, decomiso y venta al público de los artículos que hayan sido materia de especulación o acaparamiento, suspensión del derecho a obtener licencias de importación hasta por un año, cierre del establecimiento industrial o comercial hasta por noventa días y cancelación definitiva de la licencia de funcionamiento de industria y comercio del infractor. De la anterior anunciación no parece difícil concluir que las conductas prohibidas por el Decreto No. 46 de 1965 y las penas estatuidas por el mismo decreto constituyen infracción penal de aquéllas que por su naturaleza o enormidad deberían atribuirse al conocimiento de los jueces. (Sentencia de 29 de octubre de 1970. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 4a. Consejero Ponente: Dr. Miguel Lleras Pizarro. Actor: NORGAS S.A., en acción de plena jurisdicción contra la Resolución No. 34 de 1969, de la Superintendencia Nacional de Precios). (Ver Nos. 4, 64, 75 y 77 del índice). 204

20 CONTROL FISCAL

De las Entidades Públicas. El artículo 59 de la Constitución establece el principio de que "la vigilancia de la gestión fiscal de la Administración corresponde a la Contraloría General de la República y se ejercerá conforme a la Ley", principio que concreta el numeral segundo del artículo 60 del mismo estatuto. Tales preceptos crean el sistema de fiscalización del recaudo, manejo

e inversión de los fondos públicos y de la administración de los bienes nacionales, tanto cuanto tales operaciones corresponden directamente a los organismos principales de la administración como cuando son efectuadas por entidades descentralizadas, facultando para la determinación de los procedimientos para su registro contable y la rendición de cuentas, en guarda del patrimonio y recursos del erario. Sientan también tales preceptos la regla de que tal vigilancia es de competencia de la Contraloría General de la República pero, como según su texto "tal vigilancia será ejercida conforme a la Ley", la aplicación de aquella regla es susceptible de excepciones por disposición legal, como las que se reseñarán adelante, conclusión que se justifica por la necesidad de adecuar los sistemas de control fiscal a las hoy tan variadas formas de organización y operación administrativa que ha tenido que adoptar el Estado, a través de mecanismos que descentralicen sus servicios. Paralelamente la función fiscalizadora del patrimonio público atribuida a la Contraloría, en su artículo 120, ord. 15, la Constitución asigna al Presidente de la República, como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa, la facultad de ejercer la inspección necesaria sobre los establecimientos de crédito y las sociedades mercantiles, conforme a las Leyes. Atribución que no implica dualismo, ni colisión o interferencia con la fiscalización ejercida por la Contraloría, pues ha de entenderse que mientras ésta se refiere a los organismos del Estado que administran bienes y rentas oficiales, la inspección encomendada al Presidente se refiere a entidades de carácter privado, en orden a defender la legalidad, la confianza pública y el interés social envueltos en las operaciones mercantiles y de crédito, y el interés particular vinculado a tales establecimientos, como lo indica el ord. 14 del mismo art. 120 al dar intervención al Presidente en las actividades de personas naturales y jurídicas dedicadas al manejo, aprovechamiento o inversión de fondos provenientes del ahorro privado. Ha de tenerse en cuenta el criterio de diversificación de regímenes legales que aplicó la reforma administrativa de 1968 al estructurar y clasificar las entidades administrativas descentralizadas. Según ese criterio, mientras los establecimientos públicos son organismos adscritos a los Ministerios o a los Departamentos Administrativos y su régimen es de Derecho Público, las empresas comerciales e industriales del Estado y las sociedades de economía mixta están simplemente vinculadas a uno de aquellos organismos principales y su régimen legal es de Derecho Privado, como lo exige la naturaleza de sus funciones. Además, se advierte en todos los preceptos de la Ley 151 de 1959 la tendencia a sujetar a la fiscalización de la Contraloría todos los organismos que, bajo cualquier forma, manejen bienes o rentas nacionales. Sin embargo, en el parágrafo del artículo 1o. está contenida una excepción: los establecimientos bancarios de propiedad del Estado no se consideran, para los efectos de esa Ley, es decir, en lo tocante a su fiscalización, establecimientos públicos y, por tanto, se regirán por normas especiales de control estatal que determinará el legislador. (Concepto de 31 de agosto de 1970, sobre control fiscal de la Corporación Financiera del Transporte. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Dr. Luis Carlos Sáchica).

Publicación autorizada por Of. 03636 de 7 sept. de 1970. Ministerio de Desarrollo. (Ver No. 24 del índice). 37

21. CONVENCIONES COLECTIVAS Y LAUDOS ARBITRALES

¿Quién tiene facultad para denunciarlos? Si la facultad de denunciar la convención o el laudo arbitral no está atribuida expresamente por la Ley o los estatutos del sindicato a alguno de sus cuerpos de dirección en particular ella no puede radicar sino en la Asamblea General. En efecto: la denuncia es una iniciativa de suma importancia que alguna de las partes firmantes en la convención, o ambas, toman en el camino de hacerla cesar. Refluye obviamente en el campo de la estabilidad y regularidad de las relaciones obrero-patronales, por consiguiente. No podrá ser tomada entonces sino por el cuerpo supremo de dirección y gobierno del Sindicato, que lo es la Asamblea General, en la que están representados los afiliados en general, en la que por lo mismo radica el poder de decisión en últimas. Esto porque si en derecho las cosas se deshacen como se hacen y si, para la celebración de la convención, la iniciativa la tiene la Asamblea General, lo propio ha de ocurrir para denunciarla, para realizar el acto que se dirige a ponerle fin. Pero se arguye: la Asamblea General ha autorizado la celebración de la convención, en esa autorización ya va implícita la de poder denunciarla. Pero esto no es así, porque la convención se celebra por medio de negociadores y se necesitaría que el mandato por ellos recibido se proyectara más allá de la celebración del acto, y esto no es así. Su mandato termina con el cumplimiento del cometido la designación de negociadores, conciliadores y árbitos es atribución exclusiva de la Asamblea General. El hecho de que se enumeren algunas atribuciones de la Asamblea General no quita que, en silencio de la ley y de los estatutos haya otras que por su naturaleza y trascendencia sean de su competencia. De ninguna manera podría entenderse el precepto legal en sentido limitativo. Ni tampoco aceptarse la hipótesis de que han quedado funciones sin atribuir. (Sentencia de 21 de septiembre de 1970. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 2a. Consejero ponente: Dr. Rafael Tafur Herrán. Actor: Sindicato de Trabajadores de Gaseosas Colombianas S.A., en acción de plena jurisdicción contra la Resolución 0687 de 1969, proferida por el Inspector Sexto de la Sección de Asuntos Colectivos de la Regional del Trabajo de Cundinamarca, y las 1223 del mismo año aprobatoria de la anterior). 163

22. COOPERATIVAS

Requisitos para ser socio. El artículo 49 del Decreto 1598 de 1963 establece dos exigencias para ser socio de una cooperativa. La primera se relaciona con la edad que fija en 18 años como norma general y, como excepción, para las cooperativas de responsabilidad suplementaria, la mayoría de edad, teniendo en cuenta, desde luego, que no existan causales de incapacidad. La segunda

exigencia obliga al presunto socio a reunir los requisitos y condiciones estatutarias. Ningún otro requisito pide a los socios para ser tales. Ahora bien, si el artículo 16 de la resolución 00654 de 1967, dictada por el Superintendente Nacional de Cooperativas exige suscripciones de capital por parte de los socios en las proporciones allí indicadas, y para las cooperativas de transportes, indudablemente está introduciendo innovaciones a una norma superior, con su claro y ostensible quebranto. Restaría por examinar las disposiciones contenidas en los artículos 12, 14 y 17, a lo cual se procede. En efecto, el artículo 12 de la resolución dice que es requisito esencial para ser admitido como socio de una cooperativa de transporte público terrestre automotor, ser propietario o tenedor a cualquier título de un vehículo que esté trabajando o que vaya a trabajar al servicio de la cooperativa en las rutas que previamente tenga ésta asignadas "haber suscrito el capital en la forma prescrita por el artículo 16". Como bien lo anota el señor Fiscal, esta disposición "rebasa los requisitos que establece el artículo 49 del decreto 1598 de 1963 para ser socio de una cooperativa, pues agrega a los allí señalados el del aporte prescrito en el artículo 16 de la misma resolución". Es suficiente esta razón para que prospere la nulidad pedida en la demanda, la cual se habrá de decretar, porque viola las prescripciones de una norma superior de derecho. (Sentencia de 21 de agosto de 1970. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 1a. Consejero Ponente: Dr. Alfonso Arango Henao. Actor: Tomás de Jesús Ortíz, en acción de nulidad de la Resolución 654 de 1967, expedida por el Superintendente Nacional de Cooperativas). (Ver el No. 101 del índice). . . 189

23. COPIA DEL ACTO ACUSADO

Mientras no se demuestre lo contrario, es de presumir la buena fe de quien suscribe una demanda y cuando éste manifiesta, que no se le ha expedido copia auténtica del acto acusado, lo hace por dos razones: o bien, la solicitó por escrito o verbalmente y su solicitud no fue atendida o, no le fue expedida en tiempo oportuno, de manera que es del caso darle aplicación a lo dispuesto por el artículo 127 del Código Contencioso Administrativo. (Véase el No. 89 del índice) 372

24. CORPORACION FINANCIERA DEL TRANSPORTE

Su control fiscal corresponde a la Superintendencia Bancaria. El Decreto 558 de 1964 creó la Corporación financiera del transporte, a la cual se refiere esta consulta. Le dió el carácter de "entidad de economía mixta", el cual no ha sido modificado, atendiendo a que su patrimonio se forma con recursos estatales y aportes de las empresas transportadoras. Ese decreto, en sus arts. 15 y 16, dispone que la Corporación está sometida a la vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria y que la Auditoría será ejercida por la Contraloría General de la República. Debe anotarse que el Decreto orgánico reconoció

la naturaleza especial de las operaciones de la Corporación y, por ello, lo sujetó al control de la Superintendencia especializada que existe para la vigilancia de las entidades de crédito. De otra parte, el decreto 2369 de 1968, art. 1o. define a las corporaciones financieras como "establecimientos de crédito", encargados de la promoción, reorganización y transformación de empresas, de participar en su capital y de gestionar la participación de terceros, otorgándoles empréstitos; el art. 2o. les atribuye naturaleza de sociedades comerciales y otorga su control y vigilancia a la Superintendencia Bancaria, dentro de las prescripciones de la Ley 45 de 1923, asimilándolas así a las entidades bancarias. El decreto 3130 de 1968, estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional, en su art. 41 encomienda el control fiscal de las mismas a la Contraloría General de la República, de conformidad con la Ley 151 de 1959. Pero trae una norma especial o de excepción: "La vigilancia y control de los establecimientos de crédito y de las compañías de seguros corresponde a la Superintendencia Bancaria", ampliando con ello la excepción del parágrafo del artículo 1o. de la Ley 151 de 1959 aplicable solo a los bancos del Estado. En consecuencia, el control fiscal de la Corporación corresponde a la Superintendencia Bancaria. Esta conclusión es la más jurídica y conveniente para la operación de estas entidades y, además, unifica el control de las mismas. Pues a la vigilancia administrativa que ya ejerce la Superintendencia Bancaria sobre los establecimientos de crédito, se agrega el control de la gestión fiscal de los mismos. Tanto más cuanto que el art. 8o. del decreto 1050 de 1968 define a las sociedades de economía mixta como sociedades comerciales que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial. Tenemos entonces, que si la Corporación, como entidad descentralizada de la administración, y por manejar bienes y rentas del patrimonio público debería estar bajo el control fiscal de la Contraloría, según la regla general, la naturaleza específica de su función como entidad crediticia al servicio de las empresas de transporte automotor por carretera, la coloca dentro del régimen excepcional de control ejercido por la Superintendencia Bancaria, que resulta más acorde con su naturaleza de economía mixta y con el giro de sus operaciones que la asemejan a la empresa privada. (Ver No. 20 del índice). 37

25. CUOTA DE FOMENTO ALGODONERO

Está vigente y su recaudación corresponde al Instituto Colombiano Agropecuario. - Por el decreto 243 de 1957 se creó un impuesto con cuyo producto se incrementaría el cultivo del algodón en Colombia, impuesto que se denominó "cuota de fomento sobre consumo de algodón" y que sería percibido por el Instituto de Fomento Algodonero pero "por cuenta del gobierno nacional". Tal decreto se adoptó como Ley por la 141 de 1961 y como ésta no ha sido derogada el impuesto está vigente. Por virtud del contrato celebrado entre el gobierno y el IFA, a éste se le entregó el producto del impuesto por el término de duración del contrato. Pero por el hecho de que hubiese expirado

el término del contrato no desapareció el impuesto; simplemente el gobierno recobró el derecho para percibirlo para sí. Haciendo uso de las facultades especiales de que fue revestido el gobierno por la Ley 65 de 1967, entre otras para suprimir, fusionar y crear dependencias y empleos en la rama ejecutiva del poder público y acordar autonomía o descentralizar el funcionamiento de oficinas de la administración, dispuso que los bienes del IFA pasarían a otros organismos del sector agropecuario antes del 31 de diciembre de 1968. Por decreto 2847 de 1968 el gobierno determinó que los bienes del IFA pasarían al ICA, al IDEMA y al INCORA; y por el decreto 1328 de 1969 dispuso en su artículo 4o. que el impuesto sobre consumo de algodón continuaría siendo cobrado por el ICA. Como ya se dijo, tal impuesto está vigente y el gobierno podía legalmente prescribir su forma de percepción, por virtud de las facultades de la Ley 65 de 1967. Además, el Decreto 1328 de 1969, que contiene el artículo 4o. acusado, es característico decreto reglamentario, puesto que tiende a dar vida práctica a las normas del decreto 2440 de 1968, esto es, que su finalidad fue la de desarrollarlo y hacerlo eficaz. Por lo mismo para dictarlo el gobierno no estaba limitado en el tiempo pudiendo hacerlo después del 31 de diciembre de 1968. (Sentencia de 17 de diciembre de 1970. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 4a. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Salazar Tapiero. Actor: Jorge López Sanín, en acción de nulidad del artículo 4o. del decreto 1328 de 1969). 130

D

26. DEBATES PARLAMENTARIOS

Con asistencia de los Ministros del Despacho. Procedimiento. Si la respectiva Cámara aprueba total o parcialmente la proposición y el cuestionario, ambos deben ser comunicados al Ministro respectivo por el Presidente de aquélla, con no menos de 48 horas de anticipación a la fecha de la sesión en que debe ser oído el informe. En la sesión de la fecha citada es preciso oír al Ministro. No resulta incompatible con el texto Constitucional la primera parte del artículo 4o. de la Ley 100 de 1960, que ordena el debate comenzando por oír al proponente o proponentes de la citación, siempre que la aplicación del texto se haga por la Mesa Directiva en tal forma que la intervención sea limitada en el tiempo lo suficiente para que el Ministro disponga, para rendir su informe, de un lapso por lo menos igual al que se ha concedido al proponente para inicial el debate. La sesión de cada día es una sola; no puede confundirse o identificarse con la que tenga lugar en otro u otros días, aunque el tema tratado sea el mismo, y su duración es de 4 horas. Así resulta claramente de los artículos 94 y 96 de la Codificación actual sobre funcionamiento de la Cámara. Por lo tanto una forma práctica de aplicar la mutua colaboración indicada en el párrafo anterior, sería, por ejemplo, que si el proponente o proponentes intervinieren durante dos horas, las dos restantes

correspondan al Ministro para responder el cuestionario. Lo esencial del texto Constitucional reside no sólo en la precisión del cuestionario sino en que el Ministro sea oído "precisamente en la sesión para la cual fue citado". La parte final del artículo 4o. de la Ley no es aplicable por ser contraria al espíritu de la Constitución. De consiguiente, si el Ministro no es oído en la sesión de la fecha para la cual fue citado, no está obligado a continuar pendiente de la citación; su misión Constitucional ha concluido en este aspecto, y será necesaria una nueva proposición de cita con el trámite atrás indicado, para que esté obligado a comparecer nuevamente a la Cámara. Concluida la intervención del Ministro, lo que según el texto Constitucional debe ocurrir en la misma sesión de su informe, se tendrá por agotado el objeto de la citación. (Concepto de 1o. de septiembre de 1970, sobre citación de las Cámaras a los Ministros del Despacho. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Dr. Guillermo González Charry). Su publicación fue autorizada mediante Oficio No. 703 de 4 de septiembre de 1970, por el Sr. Ministro de Gobierno.)(Ver No. 13 del índice). 44

27. **DECLARACION DE RENTA**

De personas residentes en el exterior. La supresión del requisito de la declaración de renta no implica modificación alguna del régimen impositivo ni de las tarifas aplicables. En verdad, en el orden lógico, la obligación de presentar declaración de renta y patrimonio exigido a los contribuyentes, es una obligación adjetiva, consecuencial o accesoria de la del pago del impuesto. Ella es, apenas, un medio de información directa, no el único, para facilitar la liquidación del impuesto que debe pagarse, pero su omisión puede suplirse con informaciones obtenidas indirectamente por el Estado de fuentes distintas al propio contribuyente, como se procede por ejemplo en el caso de la liquidación por aforo, prevista en el artículo 28 del Decreto 1651 de 1961, ante la abstención o renuencia a presentar tal declaración, es decir, generalizando, a falta de ésta. La supresión del requisito de la declaración, como consecuencia de las nulidades decretadas, respecto de las personas jurídicas no domiciliadas en Colombia y obligadas al pago de impuestos sobre rentas obtenidas en el país, no puede implicar, por consiguiente, modificación del régimen tributario a que están sujetas, ni en cuanto a la obligación misma de tributar ni a las tarifas aplicables para determinar la cuantía del gravamen. Además, la anulación de un reglamento, no afecta la vigencia y alcances de las normas por él reglamentadas, como tampoco las puede modificar la derogatoria de las mismas. (Concepto de 20 de noviembre de 1970. sobre las consecuencias de la anulación por el Consejo de Estado de algunas normas del Decreto 154 de 1968 relacionadas con la obligación para las personas residentes en el exterior de presentar declaración de renta. Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Dr. Luis Carlos Sáchica). Su publicación fue autorizada mediante Oficio No. 09264 de 25 de noviembre de 1970, por el Sr. Ministro de Hacienda. (Ver el No. 59 del índice). 82

28. DERECHO DE PROPIEDAD

Restricciones. Si las restricciones a la propiedad son consustanciales al ejercicio de este derecho, las limitaciones de carácter general establecidas por leyes o reglamentos en interés de la comunidad no pueden dar lugar a indemnizaciones por parte del Estado, que al establecerlas, hace uso de poderes constitucionales y atiende a su obligación de garantizar el derecho haciéndolo socialmente viable. La restricción administrativa en sí misma no causa daño jurídico porque se asienta en principios de la igualdad del ciudadano ante las cargas públicas, sin desconocer el ejercicio del derecho de propiedad. Las restricciones a la propiedad en interés público encuentran su medida en el texto constitucional que si bien define la propiedad como función social que implica obligaciones igualmente la reconoce como derecho privado. (Concepto de 28 de octubre de 1970, sobre reglamentos de urbanismo. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Dr. Alberto Hernández Mora). Su publicación fue autorizada mediante Oficio No. 866 de 2 de noviembre de 1970, por el Sr. Ministro de Gobierno. (Ver Nos. 105 y 106 del índice) 72

29. DERECHOS Y ACCIONES RENUNCIABLES

Desistimiento. Analizando el artículo 15 del Código Civil se llega a las siguientes conclusiones: 1o. Pueden renunciarse los derechos que sólo miran al interés individual del renunciante. Son los llamados derechos privados. 2o. A contrario *sensu* no pueden renunciarse los derechos que miran a algo superior al interés individual del renunciante. ¿Cuáles son ellos? Evidentemente se trata de los derechos públicos y de las acciones que los tutelan. Aún dentro de los derechos que sólo miran al interés individual del renunciante, hay algunos cuya renuncia está prohibida. Esos derechos, aunque sean privados, son irrenunciables. Ahora bien, el Código de Procedimiento Civil, en sus artículos 461 a 465, reglamenta el desistimiento de las acciones de derechos renunciables o sea de aquéllos de los cuales se puede desistir. Evidentemente tales artículos no pueden reglamentar el desistimiento de aquéllas acciones y derechos de los cuales no se puede desistir. Por consiguiente, tales artículos no pueden tener aplicación en el campo del derecho público ni pueden llenar el vacío que se anota en el Código Contencioso Administrativo. No pudiendo pues el C. de P. C. llenar el vacío del C.C.A., acerca del desistimiento en las acciones públicas, corresponde llenarlo a la jurisprudencia. Esta, en general, ha dispuesto que no se puede desistir de una acción pública. En efecto, en esas acciones se ventilan intereses tan importantes que, una vez que la demanda ha sido aceptada, podría decirse que el actor pierde el control de la misma y que el Tribunal ha de seguir el trámite legal hasta desatar la contención mediante la sentencia, y sin que el actor pueda evitar este efecto por medio de un desistimiento. Y es que en este tipo de acciones no se trata de intereses privados a los cuales los particulares pueden renunciar, por ser los

dueños, sino de intereses públicos de los cuales los particulares no pueden disponer libremente. Ante la violación de un interés público, el ciudadano puede guardar silencio, pero, si por cualquier motivo acusó el acto violatorio, ante los tribunales administrativos, ya no puede retroceder y debe dejar que el litigio sea desatado en la sentencia. (Ver Nos. 30, 31, 35 y 36 del índice). 398

30. DESISTIMIENTO

En los Juicios Contencioso-administrativos. Los juicios administrativos pueden reducirse a dos tipos fundamentales: 1o. Aquellos en los cuales se debate un interés público, como la acción de nulidad pura del artículo 66 del C.C.A. 2o. Aquéllos en los cuales se debaten intereses privados, cuyo mejor ejemplo es la acción de plena jurisdicción del artículo 67 del C.C.A. En el primer tipo de juicios, si la acción prospera, la norma acusada queda borrada del elenco legal y la sentencia tiene efecto *erga omnes.* En estos juicios puede decirse que el actor es un mero intermediario que obra a nombre de la sociedad y en interés únicamente de la norma superior violada. Como el interés allí ventilado es un interés público, su renuncia está prohibida y, por consiguiente, el desistimiento es imposible. Por el contrario, en el segundo tipo de juicios o sea en aquéllos en los cuales se debaten intereses privados, si la acción prospera, la disposición acusada o bien no se aplica al caso *sub judice*, o bien queda anulada, si se trata de un acto individual y concreto. Pero, en todo caso, la sentencia dictada sólo tiene efecto entre las partes que intervinieron en el juicio. Por otra parte, como allí se ventilan intereses privados, en principio renunciables, es posible el desistimiento del actor que solamente persigue el restablecimiento de su derecho. Las acciones electorales pertenecen al grupo de las acciones públicas y por lo tanto no son desistibles. (Auto de 25 de noviembre de 1970. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Lucrecio Jaramillo Vélez. Salvedad de voto de los Consejeros Drs. Alfonso Arango Henao, Gabriel Rojas Arbeláez y Rafael Tafur Herrán . Actor: Elías Zuluaga Hoyos. Nulidad del Decreto 1959 de 6 de agosto de 1970, de la Gobernación de Risaralda, por medio del cual se confirmó al Dr. Armando Ossa Sosa para el cargo de Notario. (Ver Nos. 29, 31, 35 y 36 del índice). 398

31. DESISTIMIENTO

Su definición. Situaciones que pueden considerarse. Doctrinalmente el desistimiento puede definirse como el acto procesal mediante el cual se manifiesta el propósito de hacer abandono de la instancia, del derecho o de otro trámite del procedimiento. En el desistimiento pueden considerarse tres situaciones. a) *Desistimiento de la acción:* El desistimiento de la acción implica la renuncia a la prosecución del juicio, reservándose el derecho de reiniciarlo en otra ocasión. Aunque algunos procesalistas distinguen entre el desistimiento de la

acción y el desistimiento de la instancia, la mayor parte habla indistintamente de desistimiento de la acción o de la instancia por oposición al desistimiento del derecho. Cuando se desiste de la acción o instancia, después de trabada la litis, es indispensable la conformidad de la contraparte.
b) *Desistimiento del derecho:* El desistimiento del derecho consiste en la renuncia a una pretensión jurídica, e implica, como lógica consecuencia, la renuncia de la acción y de la continuación de los trámites del proceso. La mayoría de los tratadistas sostiene que el desistimiento del derecho es un acto unilateral, que no requiere la conformidad de la contraparte. c) *Desistimiento de un acto de procedimiento:* Consiste en la renuncia a determinado trámite o prueba dentro del proceso. De todas estas consideraciones surge claramente que entre desistimiento y renuncia hay una íntima conexión. La renuncia es un fenómeno de derecho sustantivo, el desistimiento es un medio procesal para verificar una renuncia; o, dicho de otra manera, el desistimiento es la forma procesal de la renuncia. Por consiguiente se puede afirmar que renuncia y desistimiento son fenómenos jurídicos de la misma naturaleza, de tal manera que el estudio del problema del desistimiento de acciones y derechos equivale al estudio de la renuncia de acciones y derechos.(Ver Nos. 29, 30, 35 y 36 del índice). 398

32. DESISTIMIENTO

De acciones electorales. La acción electoral es una acción pública tanto porque puede ejercitarla "cualquier persona" como porque su finalidad es la de que la Jurisdicción contencioso administrativa verifique si la elección hecha popularmente o por una corporación se ajustó a las normas constitucionales y legales que reglamentan la materia. Hay en tales acciones un interés general cual es el de que la sociedad está interesada en comprobar la legalidad del acto acusado, esto es, si guarda armonía con los ordenamientos superiores que regulan el sufragio, con el sistema implantado para la adjudicación de los puestos, con las cualidades que deben tener los candidatos, etc. Porque si los contraría o quebranta se debe declarar la nulidad. De allí que el demandante en tales acciones no sea más que incidental intermediario de la sociedad para que el Estado ponga a funcionar su poder jurisdiccional en busca de la verdad electoral. El desistimiento es un acto de renuncia del proceso y se puede hacer libremente cuando están de por medio solo intereses particulares del renunciante y siempre que tenga capacidad para hacerlo. No así cuando al juicio se hallan atados valores más altos como son el imperio de la Ley, la pureza del sufragio como fuente del régimen representativo democrático y otros que persigue el proceso electoral y que exigen imperiosamente una decisión jurisdiccional. Si el demandante tiene libertad para establecer la acción no puede abandonarla voluntariamente porque estaría enajenando derechos que no le pertencen. En el caso de autos, hay otra circunstancia que impide aceptar el desistimiento de la acción propuesta y es la de que los agentes del

Ministerio Público sólo pueden hacerlo cuando están autorizados en forma legal por las entidades que representan (art. 465 del C. de P. C.), la que no se ha acreditado en el juicio. (Auto de 19 de agosto de 1970. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente, Dr. Gustavo Salazar Tapiero. Salvedad de voto de los Consejeros Drs. Rafael Tafur Herrán y Gabriel Rojas Arbeláez). (Ver Nos. 33 y 34 del índice). 319

33. **DESISTIMIENTO.**

Finalidades. Acciones electorales. El desistimiento, además de que corresponde al ejercicio de un derecho, y puede ser el resultado de haber llegado el demandante a la convicción de que sus planteamientos al demandar eran errados, logra una finalidad que, para emplear la palabra clave, también se puede considerar de orden público. La administración de justicia, como lo establece la Constitución, es un servicio público. Pero ese servicio, que debe ser expedito y práctico, se entorpece con la acumulación de asuntos por decidir, y cuando de las Corporaciones Judiciales se quiera hacer lo que ellas no son: esto es, ni cuerpos de Policía ni Academias. Está bién, por lo mismo, que en favor de las causas serias se deje desistir a quien sin daño pretenda hacerlo, y que no se excluyan de ese derecho a quienes ejerciten acciones públicas, a las cuales se han solido identificar las electorales. Es una identificación que, por cierto, no puede hacerse absolutamente, porque si bien éstas como las primeras se pueden ejercitar por cualquier persona, no lo pueden ser en cualquier tiempo, ni su finalidad es puramente restablecer la juridicidad objetiva. De por medio hay en ellas una cuestión de juridicidad subjetiva, pues se refieren a una elección, que necesariamente supone una persona o unas personas elegidas, a las que un fallo debe afectar. Suelen ser por eso producto de divergencias y de intereses muy personales que les quitan el platonismo de la acción pública. (SALVEDAD DE VOTO DEL Consejero Dr. Gabriel Rojas Arbeláez, al auto de 19 de agosto de 1970, del que fué ponente el Consejero Dr. Gustavo Salazar Tapiero). (Ver Nos. 32 y 34 del índice). 319

34. **DESISTIMIENTO.**

De la acción pública. La ley 25 de 1928, reformatoria de la 130 de 1913, como el subtítulo lo expresa, vino a constituir con ésta el Código de lo Contencioso actual que prescindió del texto prohibitivo del desistimiento en acciones públicas. Una reglamentación general sustituyó así a otra reglamentación general de la materia contencioso administrativa, sin que puede afirmarse que el artículo 14 de la ley 25 de 1928 era especial por referirse a un asunto especial. En los Códigos todo precepto corresponde a un punto especial relacionado con la materia, pues de otra manera los artículos serían meras repeticiones. Al existir una ley nueva que regula íntegramente la materia de lo

contencioso administrativo, y no reproducirse en ella la prohibición del desistimiento de las acciones públicas, prohibición que por principio general debería ser expresa, eso no quiere decir sino que según lo prescrito en el artículo 3o. de la Ley 153 de 1887, la disposición fue derogada. Por otra parte, cuando un particular instaura una acción o desiste de ella, ejercita un derecho y no una función. Lo contrario ocurre cuando se trata de los Agentes del Ministerio Público, que por eso para desistir necesitan de autorización. La afirmación de que no es permitido desistir de una acción pública porque esa acción es de interés general y está relacionada al orden público, no está basada en ninguna disposición y solo corresponde a la tendencia de resolver todas las situaciones apelando a la razón de Estado: al orden público, expresión ésta que se suele utilizar "como una llave maestra o como un enigma que recibe una parte de su majestad del misterio que la rodea". Es cierto que al tenor de lo dispuesto en el artículo 15 del Código Civil "podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante. . . ." Pero eso se refiere solamente a los "derechos" del del Derecho Privado, materia especial de ese Código. En lo que al desistimiento de la acción pública se refiere, la negativa de aquel no puede fundarse ni aún en el artículo 15, cuando habla del interés individual del renunciamiento como único susceptible de ser renunciado. Todo ciudadano como tal tiene interés personal en la buena marcha de la ciudad; pero eso es distinto a que cuando aquél demanda, esté obrando en nombre de la comunidad. No. Su actuación mira al interés individual. La sociedad civil tiene su personero, que es el Estado, y éste tiene a la vez los agentes que en los respectivos casos llevan su voz. Es al Ministerio Público al que la Constitución confía la función de defender los intereses de la sociedad civil o Nación y la de promover la ejecución de las leyes. (SALVEDAD DE VOTO del Consejero Dr. Gabriel Rojas Arbeláez al auto de 19 de agosto de 1970, del que fue ponente el Consejero Dr. Gustavo Salazar Tapiero).(Ver Nos. 32 y 33 del índice). 319

35. DESISTIMIENTO DE LA ACCION ELECTORAL.

La acción electoral está disponible por diez días hábiles contados desde el siguiente a aquel en que se ha expedido el acto de declaratoria de elección, para "cualquier persona"[1] o para "cualquier particular" (art. 209 C.C.A) y transcurrido ese corto plazo deja de ser una acción pública tornándose en acción privada o propia de quien la inició, puesto que nadie más podrá impulsarla. La acción electoral se denomina pública pero tiene una doble finalidad: la nulidad de una elección y la restitución de alguien en la curúl, empleo o cargo cuya provisión se ha declarado nula y por éso hay en tal acción un aspecto particularista un interés personal que la acerca sobresalientemente a las denominadas de "plena jurisdicción" en las cuales a la declaración de nulidad del precepto subsigue un restablecimiento del derecho particular violado y por lo tanto tiene en sí los elementos propios de toda acción desistible. Por regla general toda acción es desistible mientras no vaya contra

el orden público o las buenas costumbres, y no hay ley que prohiba el desistimiento ya que el art. 14 de la Ley 25 de 1928 quedó derogado por la Ley 167 de 1941 que reguló toda la materia contencioso administrativa. (Salvedad de voto del Consejero Dr. Alfonso Arango Henao al auto de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de fecha 25 de noviembre de 1970 del cual fue ponente el Consejero Dr. Lucrecio Jaramillo Vélez. Actor Elías Zuluaga Hoyos.) (Ver Nos. 29, 30, 31 y 36 del índice. 398

36. DESISTIMIENTO DE LA ACCION PUBLICA.

En general de toda acción o recurso se puede desistir y se necesita prohibición expresa para que el desistimiento sea inadmisible. El art. 14 de la Ley 25 de 1928 prohibía el desistimiento de las acciones públicas, pero la Ley 167 de 1941, actual Código de lo Contencioso Administrativo, derogó virtualmente la prohibición de este desistimiento al regular toda la materia contenciosa administrativa y no reproducir el texto prohibitivo (art. 3o. Ley 153 1887). Cuando un particular instaura una acción o desiste de ella ejercita un derecho y no una función; hay función cuando se trata de los Agentes del Ministerio Público, quienes por eso para desistir necesitan de autorización. La afirmación de que no se puede desistir de una acción pública porque esa acción es de interés general y está relacionada al orden público, no se basa en disposición alguna y solo responde a la tendencia de resolver todas las situaciones apelando a la Razón de Estado: al Orden Público. Si es posible el desistimiento tácito, que ocurre con la inactividad o el abandono del juicio por parte del actor, es inútil prohibir expresamente el desistimiento. El Desistimiento corresponde al ejercicio de un derecho, y puede ser el resultado de haber llegado el demandante a la conclusión por convicción de que sus planteamientos al demandar eran errados y además logra una finalidad que se puede considerar de orden público, como es reducir la acumulación de asuntos por decidir para la Administración de Justicia permitiéndole cumplir con su servicio público en forma más expedita y práctica. La identificación de las acciones electorales a las acciones públicas no debe ser absoluta porque, si bien ambas pueden ser ejercitadas por cualquier persona, las electorales no se pueden ejercitar en cualquier tiempo ni su finalidad es puramente restablecer la juridicidad objetiva ya que de por medio hay en ellas una cuestión de juridicidad subjetiva porque se refieren a una elección, que necesariamente supone una o unas personas elegidas a las que el fallo debe afectar y suele ser el producto de divergencias y de intereses muy personales surgidos de las controversias del dominio de la política. (Salvedad de voto de los Consejeros Drs. Gabriel Rojas Arbeláez y Rafael Tafur Herrán al auto de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de fecha 25 de noviembre de 1970 del cual fue ponente el Consejero Dr. Lucrecio Jaramillo Vélez. Actor: Elías Zuluaga Hoyos.) (Ver Nos. 29, 30, 31 y 35 del índice). 398

E

37. **ELECCION DE CONTRALOR.**

Señalamiento de fecha para realizar la elección. Desde cuando comienza a contarse el término de los tres días. Para la Sala es incuestionable que en estos casos no es posible dar aplicación al artículo 366 del Código Judicial que habla de los "términos judiciales" y que los define diciendo que son los plazos señalados por la Ley o por el juez para que dentro de ellos dicte alguna providencia, se haga uso de un derecho se ejecute algún acto en el curso del juicio. Los términos, agrega el artículo, empiezan a correr desde el día siguiente al de la notificación del auto que los concede. Y no tiene cabida porque no se trata de un juicio o proceso en que, en verdad, los términos deben empezar a correr desde el día siguiente, sino simplemente de un caso de días del calendario como lo dice el artículo 59 del C. de R.P. y M. "se entiende por día el espacio de veinticuatro horas". (Sentencia de 1o. de diciembre de 1970. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Osvaldo Abello Noguera. Actor: Luis Felipe Ballesteros. Nulidad de la elección del Contralor del Departamento del Magdalena). 409

38. **ELECCION DE JUNTAS DIRECTIVAS.**

De los Institutos Descentralizados Departamentales y Municipales. Si se tiene en cuenta que la composición paritaria de las Asambleas y los Concejos debía tener como consecuencia la elección también paritaria de funcionarios de su competencia, cuando fueren dos o más, forzoso es concluir que eliminada dicha paridad y sustitiuida por el sistema de cuociente electoral, las elecciones que hagan estas Corporaciones deben necesariamente reflejar su composición y por lo mismo, ya no puede decirse que las elecciones de dos o más representantes suyos, deban ser paritarias, si no que en tales elecciones se debe aplicar el sistema de cuociente electoral, que se encuentra minuciosamente detallado en los seis primeros incisos del artículo 172 de la C.N. (Véase el No. 74 del índice) 67

39. **ELECCION DE SENADORES**

Objeto de la acción electoral – Carga de la prueba en el juicio electoral. La jurisdicción Contencioso Administrativa tiene por objeto y misión hacer efectivos los ordenamientos de la Constitución Nacional y de la Ley, entre ellos los que se refieren al Sufragio, elecciones y nombramientos. El Contencioso Electoral es un proceso contencioso objetivo y los Jueces que conocen de él pueden esclarecer la legalidad de las elecciones y la elegibilidad de los elegi-

dos. Cualquier ciudadano, en representación de la sociedad y en desempeño de una función pública puede promover la acción electoral para que la Jurisdicción Contencioso Administrativa establezca el imperio de la Ley y de la Justicia y, por ésto esta acción no puede detenerse por desistimiento del actor. La carga de la prueba de las calidades constitucionales en el Juicio electoral la tiene quien ha sido elegido, porque: a) Es regla general que quien es elegido o nombrado acredite las calidades y requisitos que reune y que son exigidos para la confirmación y el ejercicio del cargo, b) Al demandante le es muy difícil y también imposible probar que el elegido no reune las calidades o requisitos exigidos, y así quedarían sin cumplimiento las normas constitucionales y legales como la del Art. 94 C.N. y sería inútil la acción pública electoral (las negaciones de que el elegido senador ha sido profesor universitario y ha ejercido profesión o título universitario por cinco años a lo menos, son negativas de carácter indefinido no suceptibles de pruebas según la Ley), c) La demanda contra una credencial es la oportunidad para que el elegido cumpla con el deber de demostrar que sí reune las calidades y requisitos exigidos por la Constitución y la Ley para ser elegible, d) La presunción de legalidad de los actos administrativos, cuando se trata de actas de escrutinio, declaratoria de elección y expedición de credenciales a los elegidos, solo se refiere a la apreciación de los hechos, datos y circunstancias que necesariamente debe tener encuenta la comisión escrutadora para proferir su decisión, pero no se presume que por la expedición de una credencial los escrutadores den fe de que su beneficiario reune todos los requisitos constitucionales y calidades para el ejercicio del cargo de que trata la elección, ya que los documentos electorales que examina la comisión escrutadora no tratan sobre las calidades y requisitos de los candidatos. En subsidio y para mejor proveer, el Consejo de Estado, si el beneficiario de la credencial acusada no demuestra sus calidades constitucionales y legales, debe esclarecerlas buscando la verdad real para amparar la vigencia de la Constitución Nacional y de la Ley. (Salvamento de voto de los Consejeros de Estado Drs. Osvaldo Abello Noguera, Jorge Dávila Hernández, Hernando Gómez Mejía, Juan Hernández Sáenz, Lucrecio Jaramillo Vélez, Miguel Lleras Pizarro y Gustavo Salazar T. a la sentencia de noviembre diez y seis de 1970, de la cual fue ponente el Consejero Dr. Alfonso Castilla Sáiz. Actor: Francisco Ferrer Cassiani. Juicio electoral). (Ver Nos. 1, 11, 45 y 72 del índice) 378

40. ELECTORALES. INHABILIDADES.

El cargo de Embajador no está comprendido en los enumerados por el artículo 108 de la C.N. El primer inciso del artículo 108 que señala las causales de inelegibilidad, hace una enumeración taxativa de los cargos en él comprendidos entre los cuales no está el de Embajador. Igual cosa hace la primera parte del inciso segundo en forma taxativa también; y en la segunda parte se refiere a todo funcionario que haya ejercido jurisdicción o autoridad civil,

política o militar, "en la circunscripción electoral respectiva". Aunque la causal comprende a todo funcionario que haya ejercido en los seis meses anteriores a la elección cargos con jurisdicción o autoridad de cualquier clase, pues la civil, política o militar comprende todos los aspectos de la autoridad estatal, el límite territorial excluye de la mentada causal a los Embajadores, pues si se acepta que tienen autoridad, cualquiera que sea la naturalea de ella, se ejercería fuera de los límites del territorio nacional. La razón evidente de esta norma se traduce en evitar el aprovechamiento de la influencia resultante del ejercicio de un cargo con autoridad dentro de la circunscripción electoral respectiva; y no parece que los Embajadores se hallen comprendidos en tal situación. (Sentencia de 6 de octubre de 1970. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Dr. Nemesio Camacho R. Actor: Oscar Dueñas. Acción electoral. Circunscripción de Cundinamarca.). 340

41. ELECTORALES. CUOCIENTE ELECTORAL.

Después de la Reforma Constitucional de 1968, este sistema sí es aplicable cuando se trata de elegir dos personas. Artículo 172 de la C.N. El argumento de que en las elecciones para Senadores y Representantes verificadas en 1970 no se debía aplicar el inciso 3o. del artículo 5o. del Acto Legislativo No.1 de 1968 (Art. 172 de la Carta), sino el Parágrafo transitorio del mismo artículo, o sea que en el caso de la elección de solo dos personas, para obtener el cuociente electoral se debía dividir por dos y no por tres, no es válido si se tienen en cuenta, estas razones: El A.L. No.1 de 1945, para arrancar de ahí este breve comentario, dijo que el sistema del cuociente se aplicaría cuando se fuera a votar por más de dos personas: igual precepto contiene el art. 2o. de la Reforma Plebiscitaria, pero refiriéndose, como era obvio, al caso de listas de un mismo partido. La paridad, como es sabido, la consagró el Plebiscito hasta el año de 1968, y luego fue prorrogada hasta el año de 1974 por el Acto Legislativo No.1 de 1959. En todo este lapso, cuando quiera que se tratara de elegir más de dos individuos, debía aplicarse el sistema del cuociente electoral y el de mayorías para la elección de dos o uno. Contra el sistema de mayorías se pronunciaron muy respetables grupos de opinión pues ciertamente en no pocas ocasiones resultaban burlados legítimos intereses de las minorías. Acogiendo este clamor, el Gobierno presentó a la consideración del Congreso el proyecto de A.L. No.63 de 1966 por medio del cual se hacía extensivo el sistema del cuociente electoral al caso de la elección de solo dos personas. Así las cosas, se produjo el A.L. No.1 de 1968 con el cual se inició lo que ha venido llamándose el "desmonte del frente nacional", por la circunstancia de haberse recortado el período de la paridad para las Asambleas y Concejos, pero subsistiendo hasta el año de 1974 para Senado y Cámara de Representantes. Igualmente se consagró allí la aplicación del sistema del cuociente electoral para la elección de dos o más individuos reglamentándolo minuciosamente; esta reglamentación dejó sin vigencia toda la legislación anterior sobre la materia, y para precisar su alcance conviene detenerse aunque sea breve-

mente a examinar la historia de esta reglamentación. Las leyes electorales anteriores a esta reforma ya habían definido lo que debía entenderse por cuociente electoral, o sea la operación de dividir el total de votos válidos por el número de puestos por proveer y cuyo resultado sería el cuociente. El A.L. de 1968 volvió a definirlo haciéndolo extensivo a la elección de dos o más personas, pero agregó un inciso, el tercero del art. 50 que es el de que se viene hablando, según el cual cuando se tratare de elegir solamente dos debía dividirse por tres y no por dos como lo indica su propia definición, o sea que consagró un cuociente general para cuando se tratara de elegir más de dos personas y uno especial cuando se fuera a elegir solamente dos. (Sentencia de 17 de octubre de 1970. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Dr. Alfonso Castilla Sáiz. Juicios Electorales acumulados. Actores: Horacio Ramírez Castrillón y otros.) (Ver Nos. 42 y 67 del índice). 354

42. **ELECTORALES**

Vigencia del inciso 3o. del artículo 172 de la Constitución Nacional. La Sala observa que no es de recibo argumentar que el inciso 3o. del artículo 172 no hace parte de la Constitución Colombiana porque no fue aprobado en dos legislaturas sucesivas, como lo exige el artículo 218 de la misma. Desde luego que en el número 32673 del Diario Oficial, correspondiente al 17 de diciembre de 1968, donde aparece publicado el texto del Acto Legislativo No.1 de tal año, el aludido inciso se encuentra incorporado en el artículo 172. Y basta tener en cuenta que dicho Acto Legislativo lleva las firmas de los Presidentes y los Secretarios del Senado y la Cámara de Representantes, como signo inequívoco de que fue acogido por ambas corporaciones legislativas en ejercicio de su función constituyente; que además se encuentra sancionado por el Presidente de la República con las firmas de los Ministros del Despacho, como es de rigor para el caso; y que, por último, tal estatuto se encuentra debidamente promulgado, para encontrar clarísimo que por los aspectos formal y material, aquel inciso constituye precepto positivo e integrante de nuestra Carta Fundamental, no siendo el Consejo de Estado, por lo demás, competente para decidir sobre el problema planteado. (Ver Nos. 41 y 67 del índice). 354

43. **ELECTORALES.**

Inhabilidades. ¿Qué se entiende por jurisdicción?. En términos simples la jurisdicción es la potestad que tiene el Organo Jurisdiccional del Poder Público para decir el derecho en sus diversos aspectos, en los distintos conflictos y en muy variados campos, con la característica de que la decisión debe tener fuerza de verdad legal. Por lo mismo, el acto jurisdiccional en términos estrictos y realmente jurídicos, sólo puede ejercerse por el indicado órgano del Estado para decir lo que es la verdad, así sea formal, en cualesquiera clase de conflictos que se presenten entre los asociados, o cuando deban regularse los

derechos de éstos sin que haya contención o aplicarse sanciones por violación de normas que establezcan preceptos, prohibiciones y regulaciones especiales, en la marcha normal del Estado. (Ver Nos. 44 y 66 del índice). 330

44. ELECTORALES.

Artículo 108 de la C.N. ¿Quiénes ejercen autoridad civil o política?. La autoridad civil es aquella que en el Estado tiene el poder de orden, dirección e imposición sobre los ciudadanos ya para los fines puramente privados de su mutua convivencia, ya para el cumplimiento de las obligaciones esenciales del mismo. La autoridad civil lleva implícita la potestad de mando o de imperio que tiene su expresión más clara, característica y acentuada en el ejercicio del poder ejecutivo, sin que ello impida que en otros campos de la actividad estatal haya también funcionarios que queden envueltos dentro de la órbita de lo que se conoce como autoridad civil. En cuanto al concepto de autoridad política tiene un radio más amplio porque él hace relación a la actividad del gobierno en su función de iniciativa, de impulso y dirección, un esfuerzo que generalmente parte del centro para hacer marchar los negocios en el sentido de buena política y en el interés general según el pensamiento de Meyer. El Gobierno puede estudiarse desde el punto de vista subjetivo y objetivo; desde el punto de vista objetivo, el gobierno sería la actividad política de orden superior que concierne a la dirección suprema y general del Estado en su unidad; desde el punto de vista subjetivo, el gobierno corresponde al poder ejecutivo a quien toca también, desde luego, la función administrativa. (Ver Nos. 43 y 66 del índice). 330

45. ELECTORALES.

Absolución de posiciones. Es improcedente en esta clase de juicios. Según el artículo 618 del C.J. "durante el curso del juicio pueden los litigantes pedirse posiciones". Entonces es necesario saber quienes son los litigantes en los negocios electorales. Solamente el actor, pues no debe olvidarse que se trata de la acción pública de nulidad en cuyos juicios no hay propiamente contraparte, y no habiendo contraparte, no puede haber otro litigante a quien el actor pueda hacer comparecer a absolver posiciones; cualquiera otra persona, inclusive quien se presente a coadyuvar o a impugnar, no es legítimamente contraparte sino un tercero. Pero además, la prueba de posiciones conduce a que la contraparte, o el otro litigante, confiesa algún hecho, o varios, que son materia de la controversia y, obviamente, es requisito "sine qua non" que tales hechos sean susceptibles de probar por medio de la confesión, tal como lo dice el artículo 813 del C.J. A lo anterior hay que agregar que en el procedimiento contencioso electoral no es permitido el trámite de articulaciones comunes, según el artículo 241 del C.C.A. Como la prueba en referencia puede desembocar en el trámite de una articulación conforme al artículo 618

del C.J. para la declaración de confeso, si fuere el caso, síguese que, también por este aspecto es improcedente.(Ver Nos. 1, 11, 39 y 72 del índice)..... 378

46. EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO.

Régimen legal de sus actos. Los referentes a su creación, organización, control fiscal y relaciones con la administración central, es decir, los que realizan como parte del Estado y en razón de su vinculación con los organismos principales de aquélla, son de carácter administrativo y, como tales, están regidos por normas de derecho público, contenidas en el acto de su constitución, los estatutos y las leyes y reglamentos especiales que regulan estas actividades. También, con iguales razones, son actos administrativos regidos por el Derecho público, los que las empresas realicen en desarrollo de funciones puramente administrativas, distintas a las enunciadas en el literal anterior, que les hayan sido asignadas por leyes especiales. Los demás actos de las empresas, esto es, aquellos mediante los cuales adelantan las operaciones de explotación industrial y comercial específicas señaladas por su objeto son, en principio, actos sometidos al derecho privado con dos excepciones: 1a. Que la ley haya dispuesto lo contrario, como en el caso del artículo 36 del decreto 3130 de 1968, respecto de la contratación de empréstitos internos o externos, los cuales deben celebrarse de conformidad con las leyes especiales que regulan esta clase de operaciones para todos los entes del Estado, siendo por ello, actos administrativos, y 2a. Que la propia empresa, con base en la autorización del artículo 34 del mismo Decreto, pacte la cláusula de caducidad administrativa, atendiendo a las conveniencias del respectivo organismo, caso en el cual tal relación es de naturaleza administrativa y las controversias a que den ocasión son de competencia de la justicia contencioso administrativa. (Concepto de 11 de diciembre de 1970. Sobre régimen legal de los contratos celebrados por empresas industriales y comerciales del Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Dr. Luis Carlos Sáchica.) Su publicación fue autorizada por Oficio 00076 de 7 de enero de 1971, por el Sr. Ministro de Agricultura. (Ver Nos. 18 y 91 del índice)..... 91

47. ENTIDADES DESCENTRALIZADAS.

Cambio de adscripción. A quién corresponde hacerlo. Las normas que establecieron las adscripciones y vinculaciones vigentes son las dictadas con fundamento en las facultades extraordinarias de la ley 65 de 1967 por lo cual no sería admisible que la variación se pudiera fundar en el artículo 45 del decreto 3130 de 1968. Los proyectos de reforma de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado y la preparación de los proyectos de ley necesarios para el mejoramiento de tales entidades, son de la competencia de la Comisión Constitucional Permanente de cada Cámara. Es entendido que esta disposición no afecta la iniciativa que la Constitución

otorga al Presidente de la República para presentar los proyectos de la ley sobre estructura de la administración según el artículo 79 de ese estatuto. Pero aquella norma es indicativa de que las modificaciones en el régimen o estatuto legal de estos entes, y como la variación de sus conexiones con los organismos administrativos principales es una reforma de tal régimen, es materia legislativa, aunque de iniciativa exclusivamente gubernamental. Por esto debe concluirse que el Presidente no puede modificar las adscripciones y vinculaciones que con los organismos administrativos principales tengan las entidades descentralizadas, en virtud de lo dispuesto en el acto de su creación o en los estatutos básicos que les dió la ley. (Ver Nos. 82, 103 y 104 del índice). 52

48. EXCEPCION DE COSA JUZGADA.

Concepciones - Criterios para evaluar la Cosa Juzgada en lo Contencioso Administrativo. Hay dos concepciones sobre la cosa juzgada en la doctrina actual: a) Doctrina Clásica (Savigny, Chiovenda, Couture), que conceptúa que para saber si hay cosa juzgada debe tomarse en cuenta tanto la parte dispositiva como la motiva de la sentencia. Savigny decía que la sentencia es un todo único e inseparable y que, por consiguiente, la cosa juzgada se extiende a toda ella. Esta es la doctrina dominante. b) Concepción según la cual la cosa juzgada solamente acompaña a la decisión, sin tener en cuenta los considerandos del fallo en donde se la enuncia. Los criterios para evaluar la cosa juzgada en lo contencioso administrativo se distinguen, a saber: 1o.) Cuando se ha declarado la nulidad de un acto administrativo que ha sido acusado, la cosa juzgada se evalúa con la simple verificación de la parte resolutiva y en atención a la acción propuesta; 2o.) Cuando, mediante sentencia se ha negado la declaratoria de nulidad, la cosa juzgada se evalúa mediante la comparación de la parte resolutiva con la parte motiva a consideración. De acuerdo con el artículo 474 del Código de Procedimiento Civil, para que la cosa juzgada surta efecto en otro juicio, se necesitan los siguientes requisitos: A) Identidad de sujetos (Eaedem personae), es decir que haya identidad jurídica entre las personas de los litigantes, B) Identidad de objeto (Eaedem res), o sea que el objeto del litigio debe ser el mismo, C) Identidad de causa (Eaedem causa), o sea que los motivos alegados en ambos litigios sean idénticos. A la luz de lo dispuesto en artículo 474 del Código de Procedimiento Civil se deben examinar los expedientes de los juicios administrativos. En puro derecho privado se requiere que haya identidad jurídica entre las personas de los litigantes en ambos juicios. Y ésto es así, porque en derecho privado las sentencias solamente tienen efecto entre las partes que intervinieron en el juicio. No sucede lo mismo en ciertos tipos de juicios del derecho administrativo. En los juicios contencioso administrativos de nulidad pura del artículo 66 del C.C.A., la sentencia dictada tiene un valor *erga omnes*, es decir que afecta no solamente a las partes que intervinieron en el juicio sino a todos. En este tipo de juicios el demandante aparentemente no obra en interés personal sino en interés de la

norma violada. Si logra obtener que el tribunal anule una disposición por ser considerada violatoria de otra norma de superior jerarquía, la sentencia que así lo declare tiene un valor absoluto y es oponible a cualquier otro demandante que pretendiera, por los mismos motivos, reabrir la discusión judicial. Por consiguiente, el requisito de la identidad de sujeto no tiene aplicación para configurar la cosa juzgada en este tipo de juicios administrativos. (Sentencia de diciembre 10 de 1970 de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente Dr. Lucrecio Jaramillo Vélez. Actor: Dr. Augusto Ramírez Moreno y Dr. Héctor Giraldo Galvis. Acción de Nulidad de los artículos 24 y 36 de la resolución No.111 de 23 de febrero de 1967 emanada de la Junta Central de Contadores.). 239

G

49. GIROS AL EXTERIOR.

La Oficina de Cambios del Banco de la República no está facultada para exigir a quienes pretenden realizar giros al exterior por concepto de pago de comisiones, regalías, asistencia técnica, adquisición de películas a precios fijos y otros conceptos, el documento o comprobante de pago de los impuestos que causan los pagos o abonos que se hagan a residentes en el exterior, por concepto de rentas gravables en Colombia. (Ver el No.80 del índice). 251

H

50. HEREDEROS DE MILITARES

Pensión para las hijas célibes. Caso en que la hija viuda puede tener derecho a ella. Es claro que la viuda no es célibe, pues célibe o soltera es solamente la persona que no ha contraído matrimonio. De consiguiente, la viuda por el hecho de haber contraído anteriormente matrimonio, pierde, evidentemente, el derecho que la ley asigna exclusivamente para la soltera. La finalidad de la disposición que beneficia a la mujer célibe, hija de un militar fallecido en goce de pensión, es muy clara, pues se busca que la hija célibe de tal oficial no quede desamparada económicamente; y que si el militar retirado o inválido atendía a la subsistencia de la hija célibe con la respectiva pensión, es justo que ella siga disfrutando, al menos en parte de esa prestación social. Caso muy distinto es el de la mujer casada, que ha fundado un nuevo hogar y que por tanto no depende ya económicamente de su padre, por lo cual seguramente el legislador no ha hecho extensivo a ella el derecho que sí otorga a la mujer soltera. Sin embargo, la viuda hija del militar muerto en goce de pensión, puede llegar a quedar eventualmente en una situación tan desamparada como

la de la hija célibe, en el caso de que, al fallecer su padre, se halle ya en estado de viudez y dependa económicamente de su progenitor. Piensa la Sala por ello que en este supuesto es justo aplicar a la viuda las normas que rigen respecto de la mujer célibe, procediendo por analogía; pero evidentemente esta asimilación de la viuda a la célibe solo puede operar en las circunstancias anotadas, o sea, cuando se trate de una hija viuda al morir el padre, porque si la soltera solo tiene derecho a la pensión cuando tiene esa condición al morir el oficial, igual exigencia debe hacerse respecto de la viuda, o sea, que se encuentre en estado de viudez al fallecer el oficial pensionado. Esto llevaría a reconocer la pensión a aquella hija que, al morir el padre, es soltera o viuda, pero no a aquella que, en ese instante, está casada. (Ver el No. 96 del índice). 141

I

51. **IMPEDIMENTOS DE LOS CONSEJEROS DE ESTADO.**

En los juicios electorales, por haber sido escrutadores de votos. El Art. 102 numeral 2o. del C.C.A. estatuye como causal de impedimento de los Consejeros de Estado el "haber dictado el acto o providencia de cuya revisión se trata, o haber contribuido a dictarlos. . .". La "contribución" a que se refiere la norma anterior no puede darse sino en un acto que sea común para el Consejero entre cuando contribuyó a dictar el acto y cuando como juzgador conoce de él, es decir, que el acto sea el mismo, que el Consejero haya intervenido en la producción de la providencia o acto acusado ante el Consejo. Así, si un delegado de la Corte Electoral en los escrutinios de votos no contribuye a dictar el Acuerdo con que la Corte Electoral declara la elección de Senadores, no tiene impedimento ese delegado para conocer después como Consejero de Estado de ese Acuerdo de la Corte Electoral. (Auto de la Sala Plena de la Contencioso Administrativo de diciembre 2 de 1970. Consejero Ponente: Dr. Gabriel Rojas Arbeláez. Actor: Rómulo González Trujillo. Impedimento manifestado por el Consejero Dr. Alfonso Castilla Saiz. Salvamento de Voto de los Consejeros Drs. Gustavo Salazar T. y Juán Hernández Sáenz.) (Ver el No. 52 del índice). 418

52. **IMPEDIMENTOS DE LOS CONSEJEROS DE ESTADO.**

En los juicios electorales, por haber sido escrutadores de votos. No puede remitirse a duda que los escrutinios municipales y, aún más, los que practiquen los delegados de la Corte Electoral en la respectiva circunscripción constituyen actos preparatorios o antecedentes necesarios del Acuerdo que llegue a expedir la Corte cuando el asunto llegue a su conocimiento en virtud de recursos interpuestos contra aquellos. Es decir, que quienes intervinieren como escrutadores en el ámbito departamental o municipal vienen a contribuir,

así sea indirectamente en la actuación que realice la Corte Electoral. Ello hace patente que quien haya sido miembro de una Comisión Escrutadora Departamental no puede intervenir como sentenciador en el proceso donde se discuta por cualquier aspecto sobre la legalidad del Acuerdo de la Corte Electoral relativo a la misma circunscripción donde operó la Comisión Escrutadora, porque así lo prevé con absoluta claridad el art. 102 ord. 2o. del C.C.A. (Salvamento de Voto de los Consejeros Drs. Gustavo Salazar T. y Juan Hernández Sáenz respecto del auto de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de diciembre 2 de 1970. Consejero Ponente: Dr. Gabriel Rojas Arbeláez.) (Ver el No. 51 del índice). 418

53. IMPUESTOS

Inoperancia del silencio administrativo en esta materia. En el caso concreto del impuesto sobre la renta, el artículo 53 del Decreto-Ley 1651 de 1961, especial y posterior al 2733 de 1959, muestra de bulto la inoperancia del silencio como forma de agotar el trámite gubernativo para efecto de ejercer ulteriormente la acción contenciosa de revisión de impuestos. Mas aún, en tratándose del dicho impuesto, lo estatuido por el artículo 48 del decreto Ley 1651 de 1961 hace evidente que para su caso no puede regir lo preceptuado por el parágrafo del artículo 18 del Decreto 2733 de 1959: En efecto, mientras este último entiende agotada la vía gubernativa por la demora de un mes en decidir un recurso, contando el plazo desde el día en que se interponga, el artículo 48 permite sustentar los recursos tributarios dentro de los dos meses siguientes a su interposición y concede término hasta de cuatro meses para practicar las pruebas que solicite el recurrente. Como es obvio, cualquiera de estos términos que fija el artículo 48, para el mero trámite de los recursos, es muy superior al que señala el parágrafo aludido para que opere el silencio como norma tácita del agotamiento de la vía gubernativa y, por lo mismo, el contenido de esta norma hace incontrastable que aquel silencio no puede habiliar en ningún caso al contribuyente para promover juicio de revisión de impuestos, ni tampoco al contencioso para entrar a dirimirlo. De otra suerte, se infringirían no solamente los artículos 271 y 273 del Código sino sencillos preceptos de la lógica, al suponer que el plazo para decidir un recurso puede ser inferior en algún caso al que exista para tramitarlo nada más y que, de consiguiente, ha de tenerse como expirado el primero antes de haberse vencido el segundo de esos términos, conclusión cuyo absurdo es manifiesto. Las argumentaciones anteriores no implican, sin embargo, la inoperancia absoluta del silencio administrativo en materia de impuestos, es decir un desamparo legal para el contribuyente que lo lleve a soportar inerme y resignado la demora indefinida de las autoridades tributarias en resolverle sus reclamos. Al contrario, existe provisión legal muy clara y favorable para éste en el artículo

36 de la Ley 63 de 1967. No existe pues un vacío legal que invite a la aplicación del régimen general u ordinario del silencio gubernamental a los asuntos de impuestos. Lo que acontece es que en este último campo los efectos del silencio son distintos y específicos: conducen a que el reclamo del contribuyente obtenga solución favorable por ministerio de Ley, a diferencia de lo que sucede en el régimen ordinario, donde el callar equivale a decisión negativa del recurso interpuesto. Naturalmente, la circunstancia de que el silencio en materia tributaria equivalga a resolución favorable, conduce también a entender que cuando él se configura desaparece la necesidad del ejercicio de la acción contenciosa de revisión de impuestos, por evidente falta de interés jurídico del actor. O sea que en ningún evento el silencio administrativo llega a habilitar para el ejercicio de aquella acción. (Sentencia de 30 de julio de 1970. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Juan Hernández Sáenz. Salvedad de voto de los Consejeros Drs. Andrés Holguín, Miguel Lleras Pizarro, Jorge de Velasco Alvarez y Jorge Dávila Hernández. Actor: Manuel Buenahora, en acción de Revisión de Impuestos.) (Ver Nos. 55, 97 y 98 del índice). 423

54. IMPUESTOS.

Obligación de los contribuyentes del impuesto sobre renta y complementarios de darle cuenta minuciosa, exacta y comprobada de todos sus ingresos y haberes a las autoridades tributarias al finalizar cada ejercicio fiscal. No puede predicarse de manera rotunda que la Nación, desde el punto de vista fiscal, sea un tercero absoluto en las negociaciones entre particulares que exijan el otorgamiento de escritura pública y su inscripción en el registro. Ni puede tampoco pensarse que la reforma de los estatutos de una compañía que conste en instrumento público cuyo extracto sea registrado oportunamente en la Cámara de Comercio, deba considerarse apenas válida y obligatoria para la sociedad y para sus integrantes. En efecto, es obligación clara e indiscutible para todos los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios darles cuenta minuciosa, exacta y comprobada de la totalidad de sus ingresos y haberes a las autoridades tributarias al finalizar cada ejercicio fiscal, so pena de incurrir en inexactitud en la denuncia y merecer las sanciones que la ley preve para estos casos así aparentemente no haya mala fe. Así quien ingrese como socio a una compañía o quien gestione los negocios de una que acaba de formarse antes de fenecer una anualidad gravable, no pueden dejar de denunciar el monto de su aporte o el estado financiero de la sociedad so pretexto de que al terminar aquel año no había terminado de cumplirse la totalidad de las solemnidades que los preceptos comerciales o civiles exijen para la validez definitiva de una modificación estatutaria o para la existencia de una sociedad regular. La omisión de la denuncia en cualquiera de estos casos acarrearía sanción, pues en el primero el contribuyente, persona natural o moral, habría dejado de declarar un bien que en realidad le pertenece, su aporte a la compañía, y en el segundo, la falta de declaración no sería

excusable aún en el evento de que la sociedad omitiera cualquier formalidad para su funcionamiento en derecho desde luego que aún en esta hipótesis también sería sujeto pasivo del impuesto sobre la renta, bien como sociedad de hecho o como simple comunidad, de acuerdo con las normas tributarias que así lo tienen consagrado. Mal puede pues la Nación por el aspecto impositivo ignorar, la formación de una compañía o los cambios de estructura, de capital o de otras cuestiones de interés para ella en la materia respecto de una sociedad, si toda persona física o jurídica susceptible del gravamen sobre la renta y vinculada al ente colectivo debe informárselas de modo preciso y oportuno por conducto de los funcionarios de impuesto y bajo el apremio de incurrir en penas si dejan de hacerlo. (Sentencia de 18 de diciembre de 1970. Sala de lo Contencioso Administrativo sección cuarta. Consejero Ponente: Dr. Juan Hernández Sáenz. Actor: "Salchichería Nacional Limitada". Apelación contra el fallo del 28 de abril de 1970 del Tribunal Admvo. del Atlántico en juicio de revisión de impuestos) 467

55. IMPUESTOS.

Las normas sobre silencio administrativo sí son aplicables en materia impositiva. El parágrafo del artículo 18 del Decreto 2733 de 1959 constituye una regla general: cuando la administración no resuelve dentro de un mes el recurso gubernativo, el interesado tiene el derecho de recurrir a la vía contenciosa. El art. 273 del C.C.A. y el art. 53 del Decreto 1651 de 1961 indican, en detalle, cuándo queda agotada la vía gubernativa en materia tributaria, cuando la Administración se pronuncia; es decir, especifican cuáles son los actos acusables que ponen término al procedimiento gubernativo. Ello no tiene nada que ver con el fenómeno del silencio administrativo. El art. 273 dice que solo podrá hacerse uso de la acción ante lo contencioso "cuando se hubieren agotado aquellos recursos" lo cual significa que, si la administración se ha pronunciado, no puede demandarse ante lo contencioso sin interponer previamente los aludidos recursos. Pero ello no es una excepción al silencio de la administración. Por otra parte, la disposición que establece un plazo de cuatro años para que, en esta materia, la administración se pronuncie, y si no lo hace se entiende decidido el reclamo en favor del contribuyente, no es propiamente la consagración de un silencio administrativo especial. Todo lo contrario. Porque el silencio administrativo está instituido como un derecho del ciudadano frente a la administración, cuando ésta calla, no resuelve nada, en el término de un mes: ese derecho consiste en que, en tales circunstancias, se entiende agotado el trámite gubernativo y el ciudadano puede demandar ante lo contencioso. Pero el plazo de cuatro años no es para abrir la posibilidad a la demanda. Es para que la Administración resuelva. No es pues, para demandar, pues el asunto queda automáticamente decidido en favor del reclamante. Por consiguiente, no puede pensarse que la norma sobre el plazo de cuatro años (que no se refiere al silencio administrativo, ni crea un silencio administrativo especial) haya derogado o modificado la regla general sobre el

silencio de la Administración. (Salvedad de Voto de los Consejeros Drs. Andrés Holguín, Miguel Lleras Pizarro, Jorge de Velasco Alvarez y Jorge Dávila Hernández, a la sentencia de 30 de julio de 1970, de la cual fue ponente el Dr. Juan Hernández Sáenz.) (Ver Nos. 53, 97 y 98 del índice). . . . 423

56. IMPUESTOS.

División de rentas de trabajo entre cónyuges. La renta cedida no puede capitalizarse. Si el artículo 13 de la Ley 81 de 1960 permite la división de rentas de trabajo entre los cónyuges no separados, es apenas con el ánimo de aminorar la carga tributaria para esta especie de ingresos que, de otro modo, al quedar en cabeza exclusiva de su dueño único, real y efectivo, es decir la persona que los devengó, serían susceptibles de un gravamen mucho más alto que el que les corresponde al producirse aquella división. Si la Ley no prevé en parte alguna que la renta cedida por un cónyuge al otro, dentro de la división permitida por el artículo 13 de la Ley 81 de 1960, pasa a pertenecer al esposo cesionario, como si éste la hubiese devengado realmente y que desaparece para el cedente, quien la obtuvo gracias a su esfuerzo personal, no tiene ningún fundamento sostener que esa renta es capitalizable por el cesionario, aún para los simples efectos fiscales y por obra de una ficción legal, desde luego que esta última no aparece consagrada en texto expreso y que la mera división de rentas permitida por dicho precepto no acarrea en modo alguno consecuencias en el campo jurídico, como el traspaso real y efectivo del dinero ganado por un esposo al patrimonio del otro, lo cual sería evidentemente necesario para que este pudiese capitalizar en su favor ese dinero, antes ajeno y ahora suyo a virtud de aquel traspaso, que en verdad no permite la Ley. (Sentencia de 14 de noviembre de 1970. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 4a. Consejero Ponente: Dr. Juan Hernández Sáenz. Actor: Marcos Gómez Rodríguez en acción de nulidad del inciso 2o. del artículo 14 del Decreto 437 de 1961). 125

57. IMPUESTOS. DECLARACION DE RENTA.

Requisitos para que sea admisible. La estructura actual del impuesto sobre la renta y complementarios impone la necesidad de que las personas sujetas a pagarlo les suministren a las autoridades los datos indispensables para calcular el valor de los ingresos y de los bienes legalmente gravables, con el fin de establecer en concreto el monto de la obligación tributaria a cargo de cada contribuyente. Este es el origen de la que se llama declaración de renta y patrimonio que, dentro de plazos predeterminados, deben presentar todas aquellas personas que obtengan ingresos o posean bienes por encima de un mínimo legalmente establecido en cada uno de los ejercicios gravables. Como es apenas natural, aquella declaración debe ceñirse a las exigencias de forma y de fondo que fijen las leyes tributarias, cuyo conocimiento general se presume

por el solo hecho de su promulgación. Tales exigencias obviamente no obedecen a mero capricho del legislador sino a la necesidad de que los funcionarios competentes pueden calcular con fundamento en factores verídicos y certeros el monto de las rentas y los activos patrimoniales de cada persona, como base para la liquidación y el cobro del impuesto que deba satisfacer como contribución suya a las cargas del Estado. Si así no sucediera, quedaría al talante de quien quisiera contribuir la fijación, de sus tributos, sin que las autoridades tuviesen elementos de juicio para impugnar esas liquidaciones particulares ni, menos aún, pudieran ejercer algún control para el efectivo y justo recaudo del impuesto de que se trata. Los artículos 22 del decreto 437 de 1961 y 9o. del 1651 del mismo año, determinan la forma como debe hacerse la declaración de renta y además el 22 establece que si el declarante se limita a expresar en forma global y escueta el valor que en su concepto constituye la renra gravable, la denuncia resulta inadmisible y, por lo mismo, carece de efectos legales, como es obvio. Ante normas tan claras y categóricas, no puede pensarse que el simple hecho de haberse recibido en las oficinas de impuestos unos formularios apropiados para la declaración de renta y patrimonio que no contengan los datos mínimos exigidos por la Ley para que tenga eficacia una denuncia de esta naturaleza, sea suficiente para convalidar la deficiencia intrínseca de una declaración, que la hace legalmente inadmisible como tal, y menos hasta el punto de entender que la actuación errada de un funcionario subalterno de impuestos llegue a subsanar el incumplimiento del deber que tiene todo contribuyente de hacer su denuncia de renta y patrimonio en la forma establecida por los preceptos tributarios. (Sentencia de 10 de septiembre de 1970. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 4a. Consejero ponente: Dr. Juan Hernández Sáenz. Actor: Alberto Restrepo Angel. Acción de Revisión de Impuestos). 433

58. **IMPUESTOS.**

Declaración de renta de sociedades extranjeras. Mientras el artículo 29 del Decreto-Ley 1366 de 1967 apenas exige que se haga una retención en la fuente del 18% sobre el monto de las participaciones o dividendos que les correspondan en sociedades colombianas a las firmas extranjeras que menciona esa norma, el inciso 3o. del artículo 69 del Decreto 154 de 1968, les impone también el deber de presentar declaración de renta y patrimonio y liquidación privada del impuesto a su cargo, requisito adicional que para el cumplimiento de sus obligaciones tributarias en Colombia no puede exigírseles a aquellas firmas por vía de simple reglamentación de ese texto legal, porque, según lo enseña el artículo 120, ordinal 3o. de la Carta, el fin de todo reglamento es conseguir apenas una cumplida ejecución de las leyes, sin variar su sentido, alcances o propósitos, ni ampliar o restringir la voluntad expresa del legislador, finalidad que, como es claro, no se cumple en el caso sub judice. (Sentencia de 16 de octubre de 1970. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 4a. Consejero ponente: Dr. Juan Hernández Sáenz.

Actor: Bernardo Herrera Molina. Acción de nulidad del inciso 3o. del artículo 69 del Decreto 154 de 1968). 114

59. IMPUESTOS LIQUIDACIONES POR AFORO.

A personas residentes en el exterior, no obligadas a presentar declaración de renta. Habiendo obligación de tributar y de retener y no existiendo la información personal del contribuyente, puede procederse a la liquidación por aforo total o parcial, para comprobar la exactitud de los pagos y abonos, ya que lo contrario impediría al Estado comprobar la equivalencia de lo pagado con lo que debe recaudarse. Pues el alcance del artículo 28 del Decreto 1651 de 1961, prescindiendo de su mera literalidad, no pudo ser otro que el de crear un mecanismo general, sustitutivo de la declaración en cualquier caso en que se carezca de otros medios para hacer efectivos los tributos, armonizando su aplicación con las medidas que se autorizaron y expidieron contra las posibles evasiones, entre las cuales está la retención, en la Ley 28 de 1967 y en el Decreto 1366 del mismo año. (Véase el No. 27 del índice). 82

60. IMPUESTO SOBRE LA RENTA.

Sociedades Anónimas, en Comandita por Acciones y Sociedades extranjeras. Distribución de utilidades y su incidencia en la renta gravable de los accionistas. Al saldo de utilidades que aparezca en la cuenta de pérdidas y ganancias de una compañía, antes de deducir el saldo líquido para repartir, suelen sustraérsele las siguientes partidas: a) Las provisiones para amortizaciones b) Las reservas o medidas de previsión, con el fin de que no se reparta cantidad alguna que no corresponda a una verdadera utilidad. c) Las reservas estatutarias. Estas son las que, independientemente de las ordenadas por la Ley, suelen establecer los estatutos de una sociedad, como normas especiales de prudencia o experiencia, con el propósito de robustecer económicamente a la sociedad. Al llegarse así a unas utilidades por repartir puede acudirse a tres sistemas: a) Distribuirlas bajo la forma de dividendos; b) Pagar los dividendos en acciones para lo cual se necesita que medie la unidad de los votos ya que como lo ha dicho la Superintendencia de Sociedades Anónimas, es principio general en esta clase de sociedades el que el dividendo se pague en dinero; c) Llevar las utilidades a la cuenta de capital, aumentando el valor de las acciones, también con el voto unánime de los accionistas o por lo menos con una mayoría cualificada establecida en los estatutos. En todos estos casos hay distribución de utilidades que repercuten necesariamente en una renta gravable para los accionistas ya que nadie duda que al aumentarse el valor de las acciones éstas entran al juego comercial y bursátil por un mayor valor que representa una utilidad gravable. (Sentencia de 4 de diciembre de 1970. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección

4a. Consejero Ponente: Dr. Hernando Gómez Mejía. Actor: Prouvost Lefevre Of Rhode Island Inc. Revisión de Impuestos. Apelación de la sentencia de 16 de marzo de 1970, del Tribunal Administrativo de Antioquia).

NOTA. En el mismo sentido se han producido las siguientes providencias: sentencias de 3 de diciembre de 1970, con ponencia del Consejero Dr. Gustavo Salazar Tapiero y de 4 de diciembre, con ponencia del Consejero Dr. Juan Hernández Sáenz. (Ver el No. 93 del índice). 450

61. INCENTIVOS TRIBUTARIOS

Para exportaciones distintas del petróleo y sus derivados, cueros crudos de res y café. Su finalidad. Es claro el artículo 40 del Decreto 1366 de 1967 en el sentido de que el único requisito que se exige para otorgar el beneficio del certificado de abono tributario es el de reintegrar las divisas provenientes de exportaciones y precisamente para fomentar éstas se creó el estímulo, una especie de subsidio que la Ley ha buscado con el objeto de que el país no esté permanentemente sometido al sistema de la monoexportación que graves males ha traído en muchas ocasiones a la balanza de pagos y a la economía en general. Es claro que quien demuestra su calidad de exportador mediante los trámites que para tal caso se exigen y obtiene el reintegro de las divisas ha adquirido automáticamente el beneficio del certificado sin que sea necesario el lleno de unos requisitos accidentales, máxime cuando ellos no pudieron cumplirse por circunstancias de fuerza mayor. (Ver No. 12 del índice). 198

62. INCOMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO.

Revisión decisión de un Juez Ordinario. Ni la Sección de cobranzas del Ministerio de Hacienda ni el Consejo de Estado tienen aptitud legal para revisar la Sentencia de aprobación del remate que haga un Juez ordinario. Si dentro del Juicio adelantado ante el Juzgado se incurrió en violaciones a la Ley o si el remate fue aprobado a pesar del embargo decretado por la Sección de cobranzas pueden ser irregularidades, si las hay, revisables en Juicio ordinario pero imposibles de remediar por la vía de la Jurisdicción coactiva de la administración de Impuestos. El orden de preferencia de los créditos que señalan los artículos 2493 y siguientes del Código Civil son aplicables en el caso del concurso de acreedores y no pueden aducirse como fundamento para impedir que se cumpla la diligencia del registro del auto aprobatorio del remate. (Auto de 19 de noviembre de 1970. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Dr. Miguel Lleras Pizarro. Juicio por Jurisdicción Coactiva de la Nación contra la sucesión de Víctor Ruiz Mora). 477

63. INCOMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO.

Para conocer de actos por medio de los cuales el Presidente de la República impone sanciones disciplinarias. El Presidente de la República posee una especialísima facultad atribuida a él solamente, derivada de lo estatuido por el numeral 16 del artículo 68 del C. de R.P. y M. Este ordenamiento no habla de que el castigo se imponga en el acto en que está desempeñando las funciones de su cargo, sino de manera general, a los que le falten al debido respeto y a quienes desobezcan las providencias del Gobierno, situaciones ambas contempladas en la primitiva de las resoluciones acusadas. El poder que da la ley al Presidente es excepcional. Si el acto que castiga de tal manera, no estuviere ajustado a derecho y hubiera sido expedido con abuso de poder, tiénese que la Carta misma hace responsable al Presidente por sus actos u omisiones que violen la Constitución o las leyes (art. 130). Se configuraría, de presentarse tal situación, el abuso de poder que en este caso deduciría la justicia penal ordinaria y ella misma sancionaría como delito. La norma general para los empleados con jurisdicción del art. 309 del C. de R.P. y M. se desenvuelve en el 310 que dice cómo se impone la pena y el término para reclamar de ella, agregando al final de su inciso tercero que la decisión es INAPELABLE, pero que el empleado que abuse del poder será castigado con arreglo a la ley penal. Puesto que por la misma falta, además de la sanción de multa y arresto no podría seguirse causa penal, obviamente el acto que castigue el irrespeto o la desobediencia, en el caso del Presidente de la República y en el general del Art. 309 citado, no está sometido a ninguna clase de recursos, ni es revisable pero sí enjuiciable ante la jurisdicción penal ordinaria. Y ello fluye claramente ante esta consideración: si la sanción es inapelable en los casos ordinarios del Art. 310 del C. de R.P. y M. y contra ella no hay recurso ante el Consejo de Estado, con mayor razón la que imponga el Presidente en uso del poder que le confiere particularmente la ley, puesto que no sería lógico que la impuesta por un juez no tuviera recurso y la que imponga el Presidente sí lo tenga. Si se revocara un acto de esta clase, desde luego no podría recurrirse ya a la justicia ordinaria porque no se pueden imponer dos penas o abrirse causa por una ya impuesta; quedarían así impunes los hechos que motivaron la sanción y peligrosamente disminuida la autoridad. No sobra agregar aquí que la Corte Suprema al decir que se trata de un régimen de excepción, ha expresado que los actos que de él emanan carecen no solamente de recurso sino de revisión, igualmente. Por lo que hace el argumento relacionado con el art. 73 del C.C.A. debe decirse que su enumeración ni es completa ni exhaustiva. Varios casos hay en que ciertas providencias, no contempladas dentro de esta norma, no están sujetas a la jurisdicción administrativa. (Auto de 23 de septiembre de 1970. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 1a. Consejero ponente: Dr. Enrique Acero Pimentel. Actor: José A. Pedraza Picón en acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones Ejecutivas No. 156 y 160 de 1970, mediante las cuales se impone una sanción al Senador José Ignacio Vives Echeverría). 169

64. IMPOSICION DE SANCIONES.

Competencia. Control Jurisdiccional. No es científico pensar que toda atribución que se da al gobierno es de policía cuando está en ella implicado el ejercicio de acción penal porque lo jurídico es, en el caso de que tal competencia sea constitucional, que la policía solo conozca de aquellas infracciones que constituyen perturbación de la seguridad, de la tranquilidad y de la salubridad públicas, que son los elementos constitutivos del orden público interno. Esta observación nos permite concluir que dentro de la relativa confusión legislativa imperante hoy en relación con estas materias, no puede afirmarse inequívocamente que las infracciones atribuidas a varias agencias del gobierno, que no son de policía, y cuya principal función es la de ejecutar los actos de intervención en la economía pública y privadas, sean necesariamente contravenciones, porque pueden ser delitos y, en todo caso, las decisiones proferidas no son de policía y, por tanto, no escapan al examen y control de lo contencioso administrativo. No es necesario acudir a nociones tan complicadas como aquella que pretende reconocer la existencia de un Derecho Penal Administrativo y nos basta aceptar que hay un Derecho Administrativo de naturaleza penal, lo que es distinto, porque en el primer caso sería necesario, elaborar principios contradictorios con los tradicionales que la ciencia jurídica pacientemente ha venido elaborando en relación con el Derecho Penal y solo para satisfacer la exigencia de que en determinados casos, la ley admita que agencias de la administración impongan penas. Si es posible que tales resoluciones administrativas queden sometidas al control jurisdiccional, se satisfacen, al menos en principio, los requisitos mínimos del respeto a los derechos y a la libertad de los gobernados por la existencia de recursos que permiten acudir ante los jueces independientes e imparciales que habrán de examinar la actuación administrativa a la luz de los principios del Derecho Penal Común. (Ver Nos. 4, 19, 75 y 77 del índice). 204

65. INDEMNIZACION DE PERJUICIOS.

Factores intrínsecos y extrínsecos. Devaluación monetaria. Si bien es cierto que el perjuicio sufrido por la víctima al momento de un accidente con ocasión del cual se ha visto disminuida su capacidad laboral, puede calcularse en una suma determinada, aquél puede sufrir variaciones entre la realización del daño y la fecha de la sentencia, variaciones que pueden ser de orden intrínseco, por ejemplo si el estado de la víctima se ha agravado; o de orden extrínseco como la devaluación monetaria, todo lo cual debe tenerse en cuenta al hacer el cálculo total de la indemnización, puesto que el objeto de ella es restablecer, en lo posible, el equilibrio destruido por el daño, por medio de una compensación patrimonial. Por consiguiente el factor devaluación debe también tenerse en cuenta cuando el fallo se produce con posterioridad y la víctima no ha tenido la oportunidad de reparar el daño en todo o en parte. No sobra agregar que de no tener en cuenta los factores de

variación tanto intrínsecos como extrínsecos, la indemnización que se concediere representaría solamente el valor pasajero del daño en el día de su realización y la verdadera indemnización consiste en conceder a la víctima la cantidad que le permita reponer las cosas en su estado anterior, para lo cual debe calcularse ésta según el valor del daño en el día de la sentencia. (Auto de 9 de diciembre de 1970. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 3a. Consejero ponente: Dr. Carlos Portocarrero Mutis. Incidente de Regulación de perjuicios. Actores: Orlando Patiño Gamboa y otros.) 302

66. INHABILIDADES ELECTORALES.

Las actividades de los miembros de Juntas Directivas de las Entidades Descentralizadas no implican el ejercicio de jurisdicción ni de autoridad civil, política o militar. La jurisdicción es la potestad que tiene el Organo Jurisdiccional del Poder Público para decir el derecho en sus diversos aspectos, en los distintos conflictos y en muy variados campos, con la característica de que la decisión debe tener fuerza de verdad legal. Por lo mismo, el acto jurisdiccional, en términos estrictos y realmente jurídicos, sólo puede ejercerse por el indicado órgano del Estado para decir lo que es la verdad, así sea formal, en cualesquiera clase de conflictos que se presenten entre los asociados, o cuando deban regularse los derechos de éstos sin que haya contención o aplicarse sanciones por violación de normas que establezcan preceptos, prohibiciones y regulaciones especiales, en la marcha normal del Estado. No se necesita ningún esfuerzo dialéctico para deducir, de acuerdo con los principios enunciados, que las Juntas Municipales, establecimientos descentralizados y otras entidades que coadyuvan en la marcha de las entidades de derecho público y en la prestación de los servicios que interesan a la comunidad, y por consecuencia lógica sus miembros integrantes, no pertenecen al órgano jurisdiccional, ni pueden por lo mismo ejercer jurisdicción en el sentido que obvia y lógicamente debe desprenderse del texto constitucional. Por otra parte, nada hay en la actividad de las Juntas Municipales creadas por los Concejos, que implique el ejercicio de la autoridad civil o política: su actividad es típicamente administrativa de manera que ni ellas en conjunto, ni sus miembros en particular, participan del ejercicio propio de la autoridad civil o de las actividades típicas que puedan constituir actos de gobierno en el sentido de alta dirección, impulso y orientación. Las Juntas Municipales, son una de las formas más eficaces de realización de la descentralización administrativa. La doctrina francesa entiende y con ella el pensamiento unificado de los más modernos tratadistas de derecho administrativo, que la descentralización consiste en conferir una cierta autarquía a un servicio público, dándole personalidad jurídica, patrimonio propio y organización independiente de la general; de acuerdo con ese sistema, la naturaleza técnica de los actos que tienen que realizar los entes autárquicos obliga a la administración a sustraerlos de los empleados y funcionarios centralizados para entregarles la prestación de servicios que por

su especial importancia exigen preparación técnica, desvinculación política y una relativa autonomía, ajena a las influencias que son inevitables cuando los servicios públicos se prestan directamente por los gobernantes. De la misma manera que los entes autárquicos cumplen una función pura y esencialmente administrativa, los miembros de las juntas directivas participan de esa misma función y son simples colaboradores de las entidades centrales que han depositado en ellos el gobierno de ciertos aspectos o ramas de la administración. De manera que nunca puede predicarse en buen sentido y en sana lógica que el miembro de un instituto descentralizado cualquiera que sea su radio de acción, ejerza por el hecho de su vinculación a aquél la autoridad política o civil tal como ella debe ser entendida en el derecho público. Las Juntas de los entes autárquicos se limitan, generalmente, a aprobar o improbar los planes del gerente o director del mismo, a fijar su propio criterio sobre la política administrativa del servicio que se le ha encomendado o a tomar iniciativas de impulso y desarrollo que debe cumplir aquél; pero en ninguna de tales actividades esas juntas tomadas en su unidad, o sus miembros en particular, ejercen autoridad política o civil. Distinta cosa ocurre con el gerente o director quien, de acuerdo con las funciones que le fijan los estatutos, si suele estar revestido por lo menos de la autoridad civil en el ejercicio de su cargo. Lo que ocurre es que en el juego normal de la democracia el mero hecho de ocupar una posición, aun puramente administrativa, crea cierto prestigio que puede influir voluntaria o involuntariamente sobre el electorado, pero sin que de allí pueda surgir ese factor de influencia determinante que la Constitución prohibe, derivado del poder jurisdiccional, civil político o militar.(Sentencia de 30 de septiembre de 1970 Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Dr. Hernando Gómez Mejía. Actor: Carlos Delgado Morales, Juicio Electoral de la Circunscripción electoral de Cundinamarca.) (Ver Nos. 43 y 44 del índice). . . 330

67 **INSCRIPCION DE LISTAS.**

El hecho de que a las papeletas de votación se agreguen palabras, no puede interpretarse en manera alguna como un cambio de partido político de los candidatos que figuran en las listas inscritas y a cuyo partido éstos juraron pertenecer, ni como una afiliación a un partido nuevo, ya que, por lo demás, son las mismas personas las que figuran tanto en las listas inscritas como en las papeletas. Por lo demás, no debe olvidarse que cuando los partidos se dividen y subdividen en grupos que van tomando diferentes denominaciones, como las de "oficialistas", "revolucionarios", "unionistas", "doctrinarios", etc., no quiere decir que estos grupos y, por consiguiente, las listas de candidatos que se inscriben a su nombre, dejen de pertenecer al partido político por el cual se inscribieron y juraron estar afiliados. No debe olvidarse tampoco que "las palabras o frases que se agreguen a los nombres de los candidatos no anulan el voto", según el artículo 32 del Decreto 3254 de 1963. (Ver Nos. 41 y 42 del índice). 354

68. **INSTITUTO COLOMBIANO DE SEGUROS SOCIALES.**

Naturaleza jurídica. Al lado del establecimiento público clásico y de otras formas de administración descentralizada, aparecieron en la reforma social implantada a partir de 1945 unas entidades diferentes, sui generis, que se denominaron "establecimientos de derecho social", para señalar bajo este rubro unas entidades específicamente destinadas a cumplir todos o algunos de los aspectos de la política social del Estado. Tal la razón para que la ley 90 de 1946 en su artículo 1o. y el Decreto Extraordinario No.2324 que la desarrolla, también en su artículo 1o., al crear el Instituto Colombiano de Seguros Sociales como entidad rectora de la seguridad social, y al señalar su naturaleza lo hubiera calificado como "una entidad autónoma de derecho social con personería jurídica y patrimonio propio distinto de los bienes del Estado". En resumen, es una entidad oficial descentralizada, denominada técnica y legalmente "Establecimiento de derecho social", creada y organizada para cumplir la política de seguridad social señalada por el Congreso o por el Gobierno, con facultades suficientes para desempeñarse como empresa privada. Así lo fue desde su fundación y ni entonces ni hoy es un establecimiento público ordinario o clásico. (Ver Nos. 69, 70 y 71 del índice) 7

69 **INSTITUTO COLOMBIANO DE SEGUROS SOCIALES.**

Régimen legal aplicable al personal a su servicio. Las personas que prestan sus servicios al Instituto Colombiano de Seguros Sociales, se hallan vinculadas a él por un contrato de trabajo, y pertenecen al sector oficial. A dichos trabajadores se les aplican las normas pertinentes del contrato de trabajo, pues ello es consecuencia de la naturaleza de su vínculo jurídico con el Instituto. Mientras una ley no disponga otra cosa, continúa rigiendo lo dispuesto por el artículo 4o. del Decreto 2324 de 1948, que es consecuencia necesaria de la organización, estructuración y condiciones especiales en qué y para qué fue creado el Instituto. Pero cuando las disposiciones legales hablan de "trabajadores particulares" no han querido decir "trabajadores privados", como los del Consorcio de Cervecerías Bavaria, Colombiana de Seguros, etc. para poner un ejemplo. El sentido de los textos, como se deja dicho, es el de que se trata de personas vinculadas por contrato de trabajo con este organismo especial de la Administración. Si, desde su fundación el Instituto fue un instrumento del Estado para realizar la política de seguridad social, pertenece al sector oficial. De consiguiente sus trabajadores, no obstante tener contrato de trabajo con él, también han pertenecido al sector público y su tiempo de servicios es computable con el servido en otras entidades oficiales, centrales o descentralizadas, para los efectos legales pertinentes. Así se disponía desde las leyes 6a. de 1945 y 65 de 1946 y sus Decretos reglamentarios, un poco antes de la creación del Instituto, y se dispone hoy por los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 para todas las prestaciones

inherentes a una relación de trabajo con la Administración, que exijan un lapso especial para su adquisición. Las personas que prestan sus servicios al Instituto, deben ser afiliados forzosos al mismo, conforme al artículo 4o. de la Ley 90 de 1946, para el personal científico y el 4o. del Decreto 2324 de 1948 para todos, "cualquiera que sea su ocupación". No se aprecia la razón legal por la cual algunos servidores del Instituto estuvieron o estén, por mérito de sus servicios, afiliados a la Caja Nacional de Previsión Social. Si tal afiliación proviene de que prestaron o prestan también servicios a esta institución, aquella no releva al Instituto de sus obligaciones provenientes del Contrato de trabajo que con ellos tuvo o tiene celebrado. Pero si la afiliación se ha hecho por cuenta del Instituto Colombiano de Seguros Sociales y como un desarrollo de sus obligaciones sociales de carácter legal, debe corregirse, por ser contraria a las normas citadas, que hacen a los trabajadores de todo orden afiliados forzosos y al Instituto responsable de las consecuencias de los contratos de trabajo. (Concepto de 6 de febrero de 1970, sobre la naturaleza jurídica del ICSS, y el régimen legal aplicable a sus trabajadores. Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero ponente: Dr. Guillermo González Charry. Salvedad de voto del Dr. Alberto Hernández Mora. Su publicación fue autorizada mediante Oficio No. 4036 de 4 de marzo de 1970, por el Sr. Ministro del Trabajo. (Ver Nos. 68, 70 y 71 del índice). 7

70. INSTITUTO COLOMBIANO DE SEGUROS SOCIALES.

Régimen legal aplicable a sus trabajadores. El Instituto como establecimiento público es autónomo para definir la situación de su personal, respetando las excepciones legales. En desarrollo de esta atribución, puede determinar qué personal no está sometido a situación legal y reglamentaria en la prestación de sus servicios, sino a normas contractuales de tipo individual o colectivo. El estatuto de personal puede autorizar que continúen celebrándose convenciones colectivas con el personal que actualmente las tiene celebradas o cambiar el sistema dejando subsistir las actuales convenciones hasta su terminación. Mientras el Instituto expide el estatuto de personal, las relaciones laborales continuarán rigiéndose por las normas contenidas en el C.S. del T. y por las convencionales vigentes. Si el ICSS ha sido siempre un establecimiento público, parece forzoso concluir, en virtud de lo dispuesto por los decretos de la Reforma Administrativa de 1968, que todo tiempo de servicio pueda acumularse "AUTOMATICAMENTE", como trabajo oficial, para efectos de las prestaciones sociales. Sinembargo siendo esta conclusión la más obvia, no es la más jurídica. Su personal por disposición del decreto 2324 de 1948, ha estado sometido a un régimen de excepción de derecho privado. En razón de esta norma, solamente al cambiar la situación jurídica de los trabajadores "de trabajadores particulares" a la de "empleados oficiales", el tiempo de servicio puede acumularse para el pago de prestaciones sociales con cargo a la administración pública, pero los estatutos del Instituto al determinar las prestaciones sociales pueden disponer que se tome en cuenta todo el tiempo de servicio al

Instituto, dada la calidad de establecimiento público desde su origen. (Salvedad de voto del Dr. Alberto Hernández Mora al concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil sobre la naturaleza jurídica del ICSS y el régimen legal aplicable a sus trabajadores, con ponencia del Dr. Guillermo González Charry.) (Ver Nos. 68, 69 y 71 del índice). 7

71. INSTITUTO COLOMBIANO DE SEGUROS SOCIALES.

Su naturaleza jurídica. El establecimiento público en el derecho colombiano no se define por su actividad sino por su origen legal, su estructura jurídica y el régimen administrativo de su funcionamiento. Es un procedimiento técnico, un medio de la administración, para cumplir diferentes actividades de interés social. El Instituto Colombiano de Seguros Sociales, es un establecimiento público de acuerdo con la clasificación legal y lo ha sido desde su creación; la denominación de "entidad autónoma de derecho social" que emplea el decreto 2324 de 1948, no define su naturaleza jurídica, sino su actividad como establecimiento público; en consecuencia el ICSS está sometido a las normas que para esta clase de entidades descentralizadas consagra el decreto 3130 de 1968. (Salvedad de voto del Dr. Alberto Hernández Mora al concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil sobre la naturaleza jurídica del ICSS y el régimen legal aplicable a sus trabajadores, con ponencia del Dr. Guillermo González Charry.) (Ver Nos. 68, 69 y 70 del índice). 7

J

72. JUICIOS ELECTORALES.

Su naturaleza. Parte impugnadora o coadyuvante; papel que desempeñan. No hay desplazamiento de la carga de la prueba. En estos juicios no hay parte demandada en el sentido civilista de la acepción, como así lo ha entendido el Consejo al prescindir de notificar personalmente el auto admisorio de la demanda al presunto perjudicado con las resultas del juicio, criterio que se encuentra de acuerdo con la ley. Como tercero puede hacerse parte cualesquiera persona, interesada o no, pero sólo en el término de fijación en lista, de tal suerte que si aquélla no se hace parte voluntariamente, para prohijar u oponerse a las peticiones de la demanda, no puede ser obligada a hacerlo mediante citación o auto para mejor proveer, contra el claro sentido de la ley. El tercero solo puede coadyuvar u oponerse a las peticiones de la demanda; llamar al juicio al posible interesado para que asuma una determinada actitud procesal a causa de la deficiencia probatoria en el estudio de fondo del litigio, luego de transcurrido el término para hacerse parte voluntariamente, sería obligarlo a ser interviniente principal extemporáneamente para que asuma una pretensión específica contra el claro tenor literal de la ley. Aún en la hipótesis

de que se estimare que el auto admisorio de la demanda debe notificarse personalmente al presunto interesado en las resultas del juicio, la conclusión sería la misma porque en el mejor de los casos solo le permitiría ejercer su derecho de audiencia y de defensa, sin perjuicio de la actitud específica que asuma en el proceso, hasta el punto de que bien podría no oponerse sino aceptar las peticiones de la demanda, caso en el cual mal podría exigírsele probar las calidades para ejercer el cargo. Como se trata de un juicio público contra un acto de elección, no existe el nexo procesal entre demandante y demandado, como en el proceso civil, que permite desplazar hacia éste la carga de la prueba del hecho indefinido, sino entre los cargos que el actor hace al acto en la demanda y la presunción de validez del mismo que se debe destruir con prueba plena, por quien alega los hechos en que funda su pretensión. (Ver Nos. 1, 11, 39 y 45 del índice). 378

73. JUNTAS ADMINISTRADORAS.

Facultades de los Consejos. De acuerdo con el artículo 169 Ord. 19 de la Ley 4a. de 1913, los Concejos pueden crear juntas para la administración de determinados ramos del servicio público, cuando lo juzguen conveniente y reglamentar sus atribuciones. Pero el Concejo Municipal no puede atribuirle a tales juntas, funciones que por mandato constitucional y legal pertenecen a otra rama cual es la ejecutiva. Mucho menos puede un Concejo Municipal delegar facultades que no tiene. La Constitución Nacional en su artículo 197 determina en forma expresa y taxativa las atribuciones de los Concejos Municipales; y entre ellas no se les autoriza a delegar o atribuir a las juntas administradoras el poder de hacer nombramientos que son del resorte de los Alcaldes. Con el desarrollo de los estados modernos surgió la necesidad de descentralizar los servicios públicos, para que éstos tuvieran una organización técnica y mayor agilidad en su cometido. Vino entonces la creación de los Institutos descentralizados, de las sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales. En Colombia se ha seguido este mismo derrotero y su Constitución Política, en el artículo 197 estatuye que es función de los Concejos crear esta clase de entes jurídicos, pero a iniciativa del Alcalde. La creación de la Junta de Servicios Públicos de Riohacha no comprende ni podría comprender la creación de un establecimiento público descentralizado. Es una simple Junta Administradora que no tiene la autonomía de aquella clase de establecimientos. De suerte que cuando el Acuerdo No. 5o. de 1969 le confirió a la junta tal autonomía con respecto al nombramiento de empleados, violó las normas constitucionales y legales. (Sentencia de 31 de julio de 1970. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 1a. Consejero ponente. Dr. Jorge de Velasco Alvarez. Actor: Alfonso Martínez Illidge, en acción de nulidad de los literales e) y h) artículo 2o. del Acuerdo No. 5 de 1969, del Concejo Municipal de Riohacha). 275

74. JUNTAS DIRECTIVAS.

Naturaleza y composición. En la elección de miembros de juntas directivas pueden presentarse diferentes hipótesis: a) Que la Junta se encuentre totalmente integrada por elementos elegidos por la Asamblea o el Concejo. En este caso es de obligatoria aplicación el cuociente electoral, y como principio general, puede afirmarse que no existe la regla de la paridad. b) Que la Junta sea mixta, es decir que hay elementos elegidos por la Asamblea o el Concejo y elementos designados por la Administración. En este caso, respecto de los primeros se aplica el cuociente electoral, según el artículo 172; y respecto de los segundos, la entidad nominadora está sometida al mandato del artículo 120 parágrafo del numeral 1o., parte final, conforme al cual la paridad entre los partidos liberal y conservador debe mantenerse en todos los cargos que no pertenezcan a la carrera administrativa hasta el 7 de agosto de 1978. c) Que la Junta esté compuesta íntegramente por funcionarios administrativos nombrados por el Gobernador o el Alcalde, como representantes; o que ellos sean señalados por el estatuto orgánico respectivo. En el primer caso, el nominador debe mantener la paridad de acuerdo con lo dicho anteriormente a menos que de alguna de esas juntas hagan parte una o varias personas pertenecientes a la carrera administrativa. En el segundo, puede que la composición no sea paritaria. d) Hay Juntas Mixtas que ofrecen otra modalidad consistente en que de ellas hacen parte personas elegidas por Asambleas o Concejos, personas nombradas por Gobernadores o Alcaldes y personas designadas por entidades o Corporaciones privadas, como ocurre por ejemplo en el plano nacional con el establecimiento público denominado "IDEMA". Para los dos primeros grupos se aplican las reglas ya vistas. . . . Para el último la elección debe resultar de lo que dispongan los respectivos estatutos, y por consiguiente, no es posible afirmar que tales Juntas deban llegar a serlo. (Concepto de 17 de octubre de 1970 sobre composición de Juntas Directivas de Establecimientos Descentralizados, Departamentales y Municipales. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Dr. Guillermo González Charry).

Su publicación fue autorizada mediante Oficio No. OJ-1711 de 20 de octubre de 1970, por el Sr. Ministro de Gobierno. (Ver el No. 38 del índice). 67

L

75. LEGISLACION SOBRE PRECIOS

Intervención del Estado para evitar la especulación La Ley 7a. de 1943 confirió facultades al gobierno para intervenir en la economía pública y privada a fin de evitar la indebida especulación con artículos de primera necesidad para el consumo del pueblo. Por el decreto 46 de 1965 se determinó que los

artículos de primera necesidad de consumo popular o de uso doméstico no podrían venderse a precios distintos de los señalados por la Superintendencia de Regulación Económica y se definieron vagamente algunas infracciones, se autorizaron algunas penas, entre ellas la de multa de mil a quinientos mil pesos y se atribuyó competencia a alcaldes, inspectores de policía, gobernadores para instruir y fallar en primera y segunda instancias y para conocer en segunda instancia, en ciertos casos, a la propia Superintendencia de Regulación Económica. Esta legislación para intervenir en la economía en cuanto hace a los precios para el Consumidor origina dos clases diferentes de actos: a) Administrativos, por medio de los cuales se autorizan los precios, se ordenan inspecciones oculares en los libros de contabilidad de los comerciantes o industriales y en general se ejerce vigilancia para asegurar el cumplimiento de las disposiciones de la propia superintendencia; y b) Jurisdiccionales, que son aquellos que deciden acerca de la responsabilidad por las infracciones a la misma legislación. Cuando las leyes, o más propiamente hablando los decretos leyes comenzaron a definir infracciones penales en relación con los actos de intervención del estado en la economía pública y privada y cuando la competencia para instruir y para fallar acerca de tales infraciones se atribuyó a agencias subalternas del gobierno y se reconoció que las penas estatuidas podían afectar gravemente los derechos, especialmente el patrimonial y la libertad de los gobernados, fue cuando comenzó a elaborarse la teoría del derecho penal administrativo, pero siempre con el cuidado de reconocer que esas infracciones eran contravenciones y no delitos, para guardar al menos la apariencia de que no se estaba violando la Constitución, puesto que tradicionalmente había sido tolerada a la policía la atribución para el conocimiento de las contravenciones y además porque se suponía que el proceso por contravenciones hace más fácil y expedito el camino para imponer la pena. Dos confusiones han prevalecido en nuestro derecho. La primera consiste en suponer que cuando la ley atribuye a agencias del gobierno el conocimiento de algunas infracciones, éstas no son delitos sino contravenciones, solo porque tradicionalmente estas últimas han sido de competencia de la policía. La segunda confusión consiste en creer que toda agencia del gobierno es una agencia de policía. En cuanto a la primera baste recordar que a la policía no solo se ha atribuido el conocimiento de las contravenciones sino también el de algunos delitos como el de lesiones personales cuando no se siga incapacidad permanente ni desfiguración, o de los delitos contra la propiedad de menor cuantía. En cuanto hace a la segunda, ella ha sido casi disipada en los estatutos recientemente promulgados, por el gobierno en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 16 de 1968 y que están distinguidos en el número 1118 de 15 de julio de 1970 y el 1355 del mismo año. En el primero se hace una definición legal de las contravenciones que forman parte del libro tercero del código penal, para cuyo conocimiento son competentes los jueces municipales y en el segundo, se definen las contravenciones de policía para cuyo conocimiento son competentes ciertos funcionarios especializados y dependientes de la policía nacional, que en nada pueden confundirse con

empleados de otras agencias del mismo gobierno. (Véase Nos. 4, 19, 64 y 77 del índice. 204

76. LEGITIMACION EN CAUSA.

Y capacidad para ser parte. Son cosas bien distintas la capacidad para ser parte y la legitimación para obrar. El primer concepto dice relación sobre la existencia de un sujeto de derecho y el segundo sobre la manera como esa persona, natural o moral, puede actuar u obrar legalmente por medio de representante o apoderado. Respecto de las sociedades comerciales su capacidad para ser parte se prueba ante las autoridades de dos modos: aportando la escritura de constitución con la nota de registro civil, extracto de la misma registrado en la Cámara de Comercio y ejemplar del periódico en que se publicó el extracto, o con el certificado firmado por el presidente y secretario de la Cámara de Comercio en que conste el número, fecha y notaría de la escritura de constitución, con las indicaciones generales que se exigen para los extractos de que trata el artículo 469 del Código de Comercio. Y por lo que hace a la legitimación para obrar "ante cualesquiera autoridades judiciales o administrativas" es suficiente el certificado autorizado con la firma del presidente y secretario de la Cámara de Comercio "respecto de la persona que en un momento dado ejerza la gerencia o sea representante legal de una compañía o sociedad comercial" (Arts. 41 de la Ley 28 de 1931 y 254 del Decreto-Ley 2521 de 1950). El artículo 86 del C.C.A. exige que con la demanda debe acompañarse "el documento idóneo que acredite el carácter con que el actor se presenta en el juicio cuando tenga la representación de otra persona", lo que en tratándose de sociedades comerciales debe entenderse que es el certificado últimamente citado. (Auto de 19 de noviembre de 1970. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 4a. Consejero ponente: Dr. Gustavo Salazar Tapiero. Actor: Sears Roebuck de Cali S.A. Revisión de Impuestos). 447

77. LEY PENAL

Delitos y contravenciones Con más frecuencia de lo deseable y de lo indispensable, los doctrinantes han trabado controversia acerca de qué es la Ley penal, cómo puede distinguírsela, de qué modo conviene llamar los diversos grados de su violación y cómo convendría adoptar la nomenclatura, según la persona del infractor o los motivos determinantes o las circunstancias en que se cometió el hecho o la persona o autoridad a quien se de competencia para juzgar. Así, en algunos lugares, se debate acerca de qué es delito, de qué es contravención, en otro se agrega la figura del crimen, en los de más allá se habla de faltas y de delitos menores. Se afila o se dogmatiza sobre si el juzgamiento por violación de la ley, por comisión de hechos prohibidos, es propio del derecho penal común, o si conviene situarlo como una potestad sancionadora inherente a la administración, o si es mejor llamarlo

derecho disciplinario o derecho penal disciplinario y, también, en otros casos, si resulta conveniente elaborar toda una doctrina para denominarla derecho penal administrativo por oposición al derecho penal común. La cuestión se simplificaría si aceptáramos que toda conducta prohibida por la ley con la amenaza de una pena o de una sanción, debe reconocerse como propia del ámbito del derecho penal. Todo delito representa un acto ilícito, pero no todos los actos ilícitos son delitos. Por esto, no solo se contraponen al delito los actos debidos, por una parte, sino también por la otra, los actos ilícitos no delictivos. Por aludir brevemente a esta antítesis, hablamos de actos ilícitos penales y actos ilícitos civiles. La diferencia importa porque el ilícito civil no puede ser objeto de juicio sino a petición de parte en tanto que el penal, con la excepción de los casos de querella, por sí mismo pone en movimiento la acción jurisdiccional. (Ver Nos. 4, 19, 64 y 75 del índice). 204

N

78. NAVEGACION MARITIMA O FLUVIAL.

Los Capitanes de Puerto desempeñan funciones jurisdiccionales y por consiguiente el Consejo de Estado no es competente para conocer de sus decisiones. El Código de Aduanas (Ley 79 de 1931) en su artículo 426 previene que estos funcionarios disponen de los recursos y apremios, multas, etc. contra las personas que obstruyen las bahías de su jurisdicción, pudiendo hacer uso de tales apremios contra los dueños y consignatarios de las embarcaciones que se vayan a pique, se varen o causen estorbo a los demás buques, etc., y que el capitán de cada puerto conocerá y FALLARA breve y sumariamente de los asuntos de avería causados por naves o embarcaciones de cualquier clase a otras embarcaciones en las aguas de su jurisdicción, agregando que la estimación que haga de los daños causados y de las costas sufridas prestará mérito ejecutivo ante los jueces competentes por razón de La jurisdicción y la cuantía. Sus decisiones serán apelables ante el Tribunal Distrital de Aduanas (hoy dirección de Marina Mercante Colombiana), el cual las fallará también breve y sumariamente. Por su parte el Decreto 3183 de 1952 dispone en su artículo 7o. que los Capitanes de Puerto tienen como función la de hacer cumplir las leyes, decretos y reglamentos y demás disposiciones relacionadas con la Marina Mercante Colombiana, dentro de su jurisdicción e investigar, aún de oficio, las infracciones a las leyes, decretos y reglamentos de la Marina Mercante, expidiendo EL FALLO del primer grado. Fluye con toda claridad del texto de estas normas, que los aludidos funcionarios obran en casos como éste en su condición jurisdiccional y no meramente administrativa. No otra cosa puede desprenderse de los términos empleados por ellas; todo lo cual da a entender que sus providencias no se dictan por la vía gubernativa y por ende no tienen ni los recursos ni la acción contenciosa. Estos empleados hacen aquí el papel de jueces investigadores o

instructores; y juez, según definición de Escriche, es el que está revestido de potestad de administrar justicia a los particulares. La palabra juez es genérica y comprensiva de todos los que administran justicia. (Sentencia de 23 de septiembre de 1970. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 1a. Consejero ponente: Dr. Enrique Acero Pimentel. Actor: "Hamburg Amerika Linie". Nulidad de las Resoluciones de fechas 13 de agosto de 1968 y diciembre 9 del mismo año, de la Capitanía del Puerto de Buenaventura y la Dirección General de Marina Mercante Colombiana, respectivamente). (Ver el No. 15 del índice). 193

O

79. OBLIGACIONES TRIBUTARIAS.

Prueba de su cancelación. La prueba fundamental de haberse cancelado una obligación es el recibo o carta de pago extendido por el acreedor. Y si la obligación es tributaria, el recibo debe ser expedido por la agencia gubernamental encargada de recaudarla o por su legítimo delegado, como lo son los bancos oficiales o privados en algunos casos. Pero el hecho de que haya ingresado a las arcas oficiales el monto de cheques girados a su favor no es suficiente para demostrar por si solo que el girador de tales instrumentos se encuentra a paz y salvo con la oficina beneficiaria por concepto de los impuestos que ella recauda, ya que, como lo enseña el artículo 1630 del Códico Civil, cualquier persona puede pagar una obligación a nombre del deudor, aunque éste lo ignore y aún contra su voluntad o la del acredor, circunstancias que son de común o posible ocurrencia en la cancelación de gravámenes. La sola recepción del valor de unos cheques por el tesoro público constituye pues un hecho equívoco cuyo verdadero sentido debe ser demostrado por quien lo alegue en su favor. Naturalmente, las respectivas pruebas no pueden emanar del propio deudor que alegue haber pagado, pues ni siquiera sus libros de contabilidad le son idóneos porque no se trata de litigio entre comerciantes. Esas pruebas, a falta de recibos, deben siempre surgir de los libros, papeles o archivos del acreedor, sea en forma de certificaciones directas, que son documentos públicos, o mediante la práctica de inspección ocular en las oficinas recaudadoras. (Sentencia de 15 de julio de 1970. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 4a. Consejero ponente: Dr. Juan Hernández Sáenz. Actor: "Compañía de Calzado Triunfo Unión Ltda". Jurisdicción Coactiva. Excepciones). 483

80. OFICINA DE CAMBIOS

Del Banco de la República. No tiene facultad para exigir el comprobante de pago de impuestos como requisito para autorizar giros al exterior. De la

lectura del artículo 5o. del Decreto 320 de 1969 se deduce claramente que no es indispensable comprobar la retención y el pago del doce por ciento nominal de que habla el artículo 31 del decreto 1366 de 1967, antes de hacer el giro, sino que por el contrario, se puede realizar éste, y dentro de los primeros quince días del siguiente mes calendario en que se haya efectuado el pago, la persona o entidad obligada a hacer la retención, debe consignar en las oficinas correspondientes, el valor de los impuestos, y de no hacerlo, incurrirá en mora que causa una sanción pecuniaria equivalente al dos y medio por ciento de intereses por cada mes o fracción de mes, según lo manda el artículo 6o. del decreto 320 de 1969. Por esta razón aparece claro el discernimiento hecho en el auto de suspensión provisional, cuando dijo: "Las facultades de la citada oficina (de Cambios) en estas materias no contienen un poder discrecional sino reglado, y de ahí que si bien el artículo 3o. de la Resolución No. 53 de 1964, en que aparece apoyarse el acto acusado, faculta a la oficina para exigir 'los demás documentos que ella determine', no es menos cierto que ello no significa que tenga que exigir dentro de 'los documentos necesarios para su aprobación', aquellos elegidos a su antojo, porque como lo anota el demandante, invocando las normas al respecto, estas son cuestiones previstas en forma por demás clara y precisa, que no dan lugar a interpretaciones como la que se comenta, por más que se hallen inspiradas en laudables fines, pero que se colocan fuera de la órbita de las funciones que le están adscritas". (Sentencia de 11 de diciembre de 1970. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 1a. Consejero ponente: Dr. Alfonso Arango Henao. Actor: Fernando Londoño Hoyos, en acción de nulidad del acto administrativo por medio del cual Oficina de Cambios del Banco de la República manifiesta su determinación de impedir unos giros al exterior hasta tanto el interesado no demuestre el pago de ciertos impuestos). (Ver el No. 49 del índice). 251

81. OFICINA DE CAMBIOS

Del Banco de la República. Sus Funciones. Según el artículo 214, inc. 1o. del Decreto-ley No. 444 de 1967, debe funcionar "como dependencia administrativa del citado Banco y bajo la vigilancia de la Superintendencia Bancaria", tiene las funciones públicas de registro, control y reglamentación de valores y contratos en moneda extranjera, inversiones de capital extranjero, remesas de utilidades, préstamos externos, deuda pública externa de la Nación, los Departamentos, los Municipios y establecimientos públicos, del movimiento en moneda extranjera de la Empresa Colombiana de Petróleos y, en coordinación con el Ministerio de Minas y Petróleos, del capital extranjero vinculado a la industria del mismo nombre. Según el Inc. 3o. del Art. 214 del Decreto 444 de 1967, "para efectos de su responsabilidad legal, los empleados de la Oficina de Cambios se asimilan a la categoría de funcionarios públicos", no obstante que su funcionamiento se funda en contrato entre la Nación y el Banco de la República, en el cual se estipula "la

forma de cubrir los gastos que demande el funcionamiento de la Oficina de Cambios". Por tanto, se trata de oficina adscrita al Banco de la República, que cumple las funciones administrativas de carácter nacional que le prescribe la ley (Art. 31 del Decreto-ley 3130 de 1968) y cuyos actos son susceptibles del control de la jurisdicción contencioso administrativa. (Ver No. 14 del índice). 257

82. ORGANIZACION INTERNA DE LOS MINISTERIOS.

Facultades del Presidente de la República. El ordinal 9o. del artículo 76 de la Constitución enuncia la facultad del Congreso para "determinar la estructura de la administración" señalando globalmente algunos de los actos en que consiste su ejercicio. Es evidente que esta facultad para estructurar la administración y definir los demás aspectos enumerados, comprende asimismo la de determinar las funciones generales que se asignan a cada una de las entidades creadas, es decir, organizar las distintas ramas de la administración nacional, lo que equivale a establecer cuáles son los servicios a cargo de la misma, pues de otro modo tal facultad carecería de sentido. Como se desprende también de la atribución conferida al Presidente en el numeral 21 del artículo 120 para señalar "las funciones especiales" de cada cargo, o sea, las específicas, por redistribución entre el personal de que dota a cada organismo de la función global o de conjunto para que fue creada la entidad, facultad que no podría ejercitarse si no están prefijadas las funciones globales de los entes administrativos, fijación que compete al legislador y que condiciona tal atribución presidencial. Limitar en este sentido la competencia del Congreso, no es lógico. El Congreso al crear las grandes estructuras de la administración ha de entenderse que determina qué servicios debe tener, qué tipo de órganos de los previstos en la Constitución atenderá cada servicio y el género de dependencias internas que integrarán cada órgano. Con ello, el legislador crea la parte estática, permanente, de la administración, le da sus principios estables; y al ejecutivo corresponde poner en actividad esa estructura, hacerla dinámica, "administrarla". El ejecutivo, por eso, crea cargos, distribuye el personal entre las dependencias creadas por el legislador, señala funciones específicas a los empleos, cuestiones que tienden todas a poner en movimiento la estructura. El legislador no puede descender a estos detalles en una Ley normativa, pues rebasaría su competencia constitucional. En consecuencia, el ejercicio de las funciones distribuidas al Presidente de la República por el ordinal 21 del artículo 120 de la Constitución está condicionado a lo que en relación con la estructura de cada organismo establezca la respectiva Ley orgánica. Además, esta facultad debe ejercerse de manera que no se afecten los derechos derivados de la carrera administrativa creada también por disposición constitucional. (Concepto de 13 de octubre de 1970, sobre facultades del Presidente de la República respecto de la reorganización de los Ministerios, traslación de negocios y vinculación de entidades descentralizadas. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Dr. Luis Carlos Sáchica). Su

publicación fue autorizada mediante Oficio No. 04567 de 26 de Octubre de 1970, por el Sr. Ministro de Comunicaciones. (Ver Nos. 47, 103 y 104 del índice). 52

P

83. PAGOS A TERCEROS.

Su comprobación. Es bien sabido que los artículos 25 de la Ley 81 de 1960 y 77 del decreto-ley 1651 de 1961 reconocen mérito pleno a los asientos de contabilidad que aparezcan en libros registrados de acuerdo con la Ley. Pero no debe olvidarse que la misma Ley tributaria establece excepciones claras, expresas y terminantes a ese principio general. Así acontece en concreto con el artículo 46 de la Ley 81, según el cual los gastos hechos para remunerar servicios personales, pagar arrendamientos, regalías o intereses sólo son deducibles cuando el contribuyente indica en la declaración los nombres, direcciones, lugar de vecindad y número del documento de identificación de los beneficiarios o cuando para subsanar esta omisión, comprueba que esos beneficiarios incluyeron en su propia denuncia de renta el valor de aquellos pagos. Ninguna otra prueba de la existencia de tales pagos hechos a terceros es legalmente conducente para efectos impositivos. Tan sólo la copia auténtica de la declaración de renta del beneficiario o las certificaciones obtenidas por el sistema que establece el artículo 61 del decreto-ley 1651, pueden ser calificadas por las autoridades de impuestos o por el contencioso como prueba supletoria suficiente, cuando no se haya hecho en el cuerpo de la denuncia de renta o en las adiciones que permite el artículo 5o. del decreto 437 de 1961, la relación detallada y completa de los pagos a terceros, en cuantía superior a mil pesos y en las hipótesis que específicamente menciona el aludido artículo 46. (SALVEDAD DE VOTO del Consejero Dr. Juan Hernández Sáenz a la sentencia de 15 de octubre de 1970, juicio de revisión de impuestos, con ponencia del Consejero Dr. Miguel Lleras Pizarro.)(Ver el No. 95 del índice). . 439

84. PENSION DE INVALIDEZ

Para maestros de enseñanza primaria. Entidad obligada al pago. En relación con los maestros de enseñanza primaria, es necesario distinguir entre la pensión de jubilación y la de invalidez. De acuerdo con lo establecido en la Ley 6a. de 1945 y demás disposiciones que la reglamentan y adicionan, las prestaciones sociales deben ser pagadas por la Entidad de Previsión a la cual el funcionario se encuentre afiliado, o en su defecto, por la entidad de derecho público a la que el empleado presta o haya prestado sus servicios. Por eso, precisamente, el artículo 7o. del Decreto 2801 de 1949, reglamentario de la Ley 64 de 1947, dice que el interesado deberá acompañar a su solicitud la

certificación expedida por el médico de la Caja de Previsión Social a la cual se halle afiliado el maestro. En cuanto á la pensión de jubilación de los maestros de enseñanza primaria sí existe una situación de privilegio que es la que origina confusión. Efectivamente, a esta clase de servidores, como estímulo especial, la Ley les otorgó el derecho a disfrutar de una pensión nacional y de otra departamental, cuando hubieren cumplido 20 años de servicio en la docencia primaria oficial. Se trata de excepción especialísima, porque la Nación en forma graciosa, les está concediendo una pensión por servicios que le fueron prestados a entidades departamentales haciendo la salvedad expresa de que la recompensa de carácter nacional "no obsta para que un maestro pueda recibir, a un mismo tiempo, sendas pensiones como tal, concedidas por la Nación o por un Departamento", según lo establece el artículo 4o. inciso 3o. de la Ley 114 de 1913. De lo anterior se concluye, inequívocamente, que las pensiones de invalidez deben ser reconocidas y pagadas por la Entidad de Previsión a la cual está afiliado el trabajador en el momento de incapacitarse definitivamente; y que, en cambio, en cuanto se refiere a los maestros de enseñanza primaria sí tienen derecho a que el Ministerio de Educación, por especial privilegio de la Ley, les decrete una pensión de jubilación nacional, sin perjuicio de la que les corresponda por los mismos servicios prestados a un Departamento. (Sentencia de 30 de septiembre de 1970. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 2a. Consejero ponente: Dr. Alvaro Orejuela Gómez. Actor: Rafael Armando Medellín, en acción de plena jurisdicción contra la Resolución 1074 de 1968, del Ministerio de Educación Nacional). . . 174

85. **PENSION DE JUBILACION.**

Su pérdida como pena accesoria decretada en juicio de naturaleza penal, es definitiva. El artículo 58 del C.P. no establece una suspensión de la pensión mientras se cumple la pena, sino su pérdida definitiva. Además, aunque es cierto que el ciudadano condenado puede pedir la rehabilitación de sus derechos, ello dice relación a los derechos ciudadanos principalmente. Y si hay penas accesorias de las cuales se puede pedir rehabilitación como la pérdida de la patria potestad, para esto se necesita disposición legal expresa. Como tal norma expresa no existe respecto de la pérdida de la pensión, es obvio que no puede restituirse ese derecho. (Sentencia de 14 de julio de 1970. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 2a. Consejero ponente: Dr. Nemesio Camacho R. Actor: CAPRECOM, en acción de nulidad de la Resolución 0661 de 1969, expedida por la Gerencia de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones). 183

86. **PENSION DE JUBILACION.**

De empleados del Banco Ganadero. Los empleados del Banco Ganadero no son empleados oficiales ni son oficiales por tanto los cargos por ellos desem-

peñados. En consecuencia, el tiempo servido en dichos empleos no es acumulable al servido en otras entidades de carácter oficial. (Ver Nos. 9 y 100 del índice). 230

87. PODER DE POLICIA.

Corresponde a las Asambleas y a los Concejos, con sujeción al principio de la jerarquía normativa, reglamentar la policía local, y a los Gobernadores y Alcaldes, respectivamente, la ejecución de esa reglamentación – Ambito o materia del poder de Policía. La policía es factor limitativo de las libertades públicas en interés social o general, de restrictiva interpretación, con la finalidad de prevenir el mantenimiento del orden público entendido como convivencia social mediante seguridad, salubridad y tranquilidad públicas, incluidas las llamadas "policías especiales" que comprenden prescripciones económicas, estéticas, culturales y sociales, ante los requerimientos de la sociedad moderna, como los numerosos controles en interés social. Por tanto, es medio de realización del interés público, no finalidad en sí misma como lo ha sido en los regímenes policivos, en los cuales las restricciones a las libertades públicas constituyen objeto político que suplanta la legalidad y la hace nugatoria. Por el contrario las decisiones administrativas, en materia de policía como en cualquier otra, deben someterse al principio de legalidad. La reglamentación de la policía local corresponde a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales, con estricta sujeción al principio de la jerarquía normativa que desarrolla el de legalidad, (Art. 187 ord. 9 Const. Nal., Art. 97 ord. 8o. del C. de R.P. y M., Art. 169 ord. 5o. del C. de R.P. y M. y 1o. literal a) de la Ley 195 de 1936, Art. 215 de la Const. Nal. Art. 12 de la Ley 153 de 1887, Art. 240 del C. de R. P. y M. y Arts. 62 a 66 del C.C.A.). Corresponde al Alcalde, como jefe de la administración municipal (Arts. 201 de la C.N., 183 del C. de R. P. y M. y 1o. de la Ley 72 de 1926) en los distritos a los cuales se hicieron extensivas las facultades adscritas al de Bogotá, como el de Medellín, ejecutar los Acuerdos del Concejo, ser agente inmediato del gobernador y "jefe superior de policía en el territorio de su jurisdicción" (Arts. 1o. de la Ley 72 de 1926 y 1o. del Decreto No. 47 de 1927). El alcalde como ejecutor de los acuerdos municipales puede, al igual que el Gobernador como ejecutor de las ordenanzas dictar los reglamentos necesarios para hacerlos cumplir, por tratarse de funciones similares de ejecución de aquellos y éstas, previstas en el art. 240 del C. de R. P. y M. (incs. 3o. y 4o.), regidas por tanto por principios idénticos, aserto que corrobora el art. 9o. del Decreto-ley 1355 de 1970, respecto de los reglamentos de policía al prescribir que los gobernadores y los alcaldes podrán expedir reglamentos para hacerles a las ordenanzas y a los acuerdos las precisiones que necesiten para su aplicación pero no expedir normas de conducta no contenidas en las ordenanzas o en los acuerdos. Aunque el ámbito materia del poder de policía se ha ampliado en el Estado contemporáneo, no puede ejercerse *ad libitum* sino conforme a reglas de

competencia que, en cuanto limitativas de las libertades públicas son de restrictiva interpretación; además, en el régimen jurídico colombiano corresponde a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales reglamentar la policía local y a los Gobernadores y Alcaldes la ejecución de esos reglamentos, todo con sujeción a los principios de la jerarquía normativa y de legalidad. (Sentencia de diciembre 9 de 1970 de la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección primera. Consejero Ponente: Dr. Humberto Mora Osejo. Acción de Nulidad del Decreto No. 59 de 8 de marzo de 1960 emanado de la Alcaldía de Medellín. Actor: Fabio Zapata Pérez). 281

88. **PODER DE POLICIA.**

Vigilancia Privada. El poder de policía pertenece al Gobierno y es un hecho necesario por las exigencias del orden público, la seguridad, la vigilancia, etc. Por otra parte, los servicios públicos esenciales, la policía entre estos, se prestan ajenos a la mira utilitaria o comercial y se sostienen con la contribución ciudadana. Por mandato de la Constitución las autoridades, y la policía es una de ellas, están instituidas para proteger a todas las personas en su vida, honra y bienes y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. En desarrollo de este principio y tomada por su aspecto más amplio, la función de policía es la potestad del Estado para el ordenamiento de las actividades individuales a fin de garantizar el conjunto de elementos sociales necesarios al bienestar y desarrollo de la actividad ciudadana. Estos principios excluyen la participación privada en la prestación de los servicios esenciales. Por lo demás, el concepto de privada, referente a la vigilancia, por oposición al de pública, indica que la tal vigilancia cuyo fomento se dispuso en el Decreto 1667 de 1966, se reduce a su prestación con límite en residencias e interiores, no en calles y lugares públicos; así se tiene que el Decreto 250 de 1969 no la desestimula, antes bien ordena que se continúe fomentando como lo previene su artículo tercero y solamente la suprime en calles o lugares públicos. Finalmente, fluye con toda claridad que el decreto 250 de 1969 no viola normas contenidas en los artículos 17 y 39 de la Constitución Nacional, el primero de los cuales ofrece especial protección del Estado al trabajo, protección que en manera alguna se afecta en este caso, como es obvio; y el segundo que garantiza la libre escogencia de profesión u oficio y que desde luego tiene las restricciones que allí mismo se consagran, más severas y minuciosas en tratándose de un servicio público a cargo del Estado que debe ejercerse bajo su control y vigilancia. Quien escoge libremente profesión u oficio sabe de antemano que deberá hacerlo con sujeción a reglamentos preestablecidos de ineludible observancia. (Sentencia de 25 de agosto de 1970. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 1a. Consejero ponente: Dr. Enrique Acero Pimentel. Salvedad de Voto del Consejero Dr. Alfonso Arango Henao. Actores: César Castro Perdomo y Pablo José Pérez. Nulidad del decreto 250 de 1969). (Ver Nos. 109 y 110 del índice). . . 106

89. PRESENTACION DE LA DEMANDA.

Ante el juez de mayor categoría. Si bien es cierto que en el año de 1945 el Consejo de Estado sostuvo que el juez de mayor categoría lo era el Juez 1o. Civil del Circuito o en su defecto el Juez 1o. Civil Municipal, por cuanto los Tribunales no están comprendidos en la denominación especial de juzgado, esta interpretación del artículo 212 del C.C.A., es demasiado literal y restrictiva. Tanto los Tribunales como el Consejo de Estado y la Corte forman parte de la Rama Jurisdiccional del Poder Público y por tal motivo, aunque colegiados, a éllos puede y debe dárseles el calificativo de jueces y si además, se tiene en cuenta que la jurisdicción contencioso-administrativa es la competente para conocer de los juicios electorales, no cabe la menor duda de que una demanda de esta clase presentada ante el Consejo de Estado, lo fue ante el juez de mayor categoría del lugar de residencia del demandante, tal como lo previene el artículo 125 del C.C.A. en concordancia con el artículo 212 del mismo código. (Auto de 22 de octubre de 1970. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Dr. Carlos Portocarrero Mutis. Actor: Gustavo Orozco Londoño. Juicio Electoral). (Ver el No. 23 del índice). 372

90. PROCEDIMIENTO EQUIVOCADO.

Consecuencias. Cuando a un juicio electoral se le ha dado la tramitación del ordinario de nulidad, no hay lugar a declarar la nulidad de lo actuado, en razón de que el procedimiento es más amplio que el propio del juicio electoral; a más de lo cual, no está consagrada especialmente en la Ley esta circunstancia como causal de nulidad. De otra parte, si la acción estaba caducada al tiempo de presentarse la demanda, lo procedente en tal caso es declarar la caducidad de la acción y no la nulidad de lo actuado. (Sentencia de 7 de octubre de 1970. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Dr. Jorge Dávila Hernández. Salvedad de voto de los Consejeros Dres. Alfonso Arango Henao, Juan Hernández Sáenz y Hernando Gómez Mejía. Actor: Juan B. Luna Garrido. Acción Electoral). (Ver Nos. 107 y 108 del índice). 347

R

91. RECLAMACIONES DIPLOMATICAS.

Estipulaciones que deben hacerse en los contratos celebrados por empresas industriales y comerciales del Estado. Empresa Colombiana de Productos Veterinarios. Las estipulaciones sobre reclamaciones diplomáticas son de obligatoria inclusión en los contratos en los casos previstos en la Ley, al tenor del

artículo 34 del Decreto 3130, sean ellos administrativos o nó, sin que su incorporación en los no administrativos cambie su naturaleza. Cabe advertir que la contratación de empréstitos tanto internos como externos de todas las entidades descentralizadas, tienen definido su régimen expresamente, pues deben someterse a las leyes especiales que rigen esta clase de operaciones, según el artículo 35 del Decreto 3130 de 1968 y, habiendo establecido en sus estatutos la Empresa Colombiana de Productos Veterinarios un sistema de contratación igual al del Decreto 3130, las conclusiones de esta consulta son aplicables a sus contratos. (Ver Nos. 18 y 46 del índice). 91

92. RENTAS EXENTAS.

Por enajenación de bienes inmuebles. Requisitos. Una simple comparación entre el artículo 47 de la Ley 81 de 1960 y el 171 del Decreto 437 de 1961, deja en evidencia que mientras la Ley declara renta exenta la ganancia lograda con la enajenación de inmuebles poseidos durante más de dos años por contribuyentes con patrimonio que no exceda de cien mil pesos, el reglamento sólo permite esa gracia cuando aquel bien haya tenido calidad de activo inmovilizado para el enajenante. Restringe pues el reglamento, sin base alguna, el beneficio especial que concedió el legislador en el artículo 47, ordinal 16 de la Ley 81 de 1960 para propiciar el incremento de los pequeños patrimonio y tratar de acomodarlo al principio general establecido en los artículos 39 y siguientes de la misma Ley 81, que hacen susceptibles de gravamen sobre la renta las utilidades realizadas en la enajenación de bienes raíces, en los términos y condiciones que tales preceptos señalan. Queda así en claro que el artículo 171, acusado, varía el sentido y los alcances del texto legal que intenta reglamentar, lo cual está vedado por el artículo 120, ordinal 3o. de la Constitución. (Sentencia de 30 de octubre de 1970. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 4a. Consejero ponente: Dr. Juan Hernández Sáenz. Actor: Jorge E. Paniagua Lozano, en acción de nulidad del artículo 171 del Decreto 437 de 1961). 117

93. RENTA GRAVABLE DE ACCIONISTAS.

De Sociedades Anónimas, en Comandita por Acciones y Sociedades extranjeras, cuando ha habido aumento del valor nominal de las acciones. Las ganancias comerciales realizadas durante el año gravable, pueden distribuirse bajo la forma de dividendo, pagándolas en acciones o aumentando el valor de éstas. El artículo 27 de la ley 81 de 1960 habla de que el procedimiento es aceptable bien sea que las ganancias figuren contabilizadas como utilidad o como reservas y aunque es verdad que al pasar las utilidades repartibles no a la cuenta de reservas sino a la de capital, no es lo común, es lo cierto que por ese sistema hay una distribución de utilidades que opera bajo la forma de aumento del valor de las acciones, aumento que queda amparado por el artículo

antes citado cuando habla que la distribución tiene eficacia "bajo cualquiera denominación que se le dé" Ello significa, en sentir de la Sala, una previsión del legislador a fin de abarcar cualquier sistema que se ingeniasen los socios para la distribución de utilidades, pero sin que ello pueda significar, de ninguna manera, la creación de un impuesto por analogía; muy al contrario, están haciendo operante la norma que de una manera general habla de que cualquiera que sea la forma que se utilice, bien por el sistema de contabilización como reservas o utilidades, bien por el sistema de distribución en dinero o en especie, ya por el sistema de acciones o bien por el de aumento de éstas, existen dividendos susceptibles de ser gravados con el impuesto de renta. (Véase el No. 60 del índice). 450

94. RETENCION EN LA FUENTE.

Sobre comisiones que no constituyen salario. La ley o los decretos que en su lugar estatuyeron el sistema no definieron con claridad lo que habría de entenderse por retención en la fuente, pero no es difícil deducir de tales preceptos que se trate de esa especie de constitución de reserva para facilitar el pago futuro del impuesto exigible como lo dice el artículo 6o. del decreto 3190 de 1963 sobre *toda clase de rentas gravables.* La primera condición para que la renta sea gravable es la de que exista tal renta de modo que cuando se hacen los pagos de sueldos, honorarios y otros de análoga naturaleza exista la seguridad de que se está produciendo una renta que según su cuantía originaría un impuesto. El sistema que se trata de imponer en los artículos 1o. y 2o. del Decreto 949 de 1969, no constituye un sistema de retención en la fuente, sino un sistema de anticipos de pagos del impuesto completamente distinto, pues las retenciones se liquidan no cuando se pagan las comisiones sino con relación a rentas devengadas en el año anterior y constituyen por tanto una sobretasa al impuesto que se está pagando en el presente año. Por tanto es procedente declarar la nulidad de las normas acusadas. (Sentencia de 13 de noviembre de 1970. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 4a. Consejero proponente: Dr. Miguel Lleras Pizarro. Actor: James W. Raisbeck, en acción de nulidad de los artículos 1o. y 2o. del Decreto 949 de 1969). 120

95. REVISION DE IMPUESTOS.

Finalidades. Comprobación de pagos a terceros. El objeto del recurso contencioso administrativo para la revisión de las liquidaciones de impuestos no es solamente el de determinar la validez formal de la resolución última del proceso gubernativo, sino la de examinar la totalidad de la actuación del gobierno para determinar tanto formal como sustancialmente si lo que se reclama del contribuyente se ajusta a la ley y está por tanto conforme con la equidad. Si es comprensible que en la vía gubernativa no se haya accedido a examinar la legalidad de la liquidación debido a la ausencia de un requisito

formal, no es esa razón suficiente para que en el juicio posterior ante los tribunales administrativos se proceda de análoga manera auncuando la ausencia de la formalidad haya sido subsanada. Además cuando la ley exige la prueba del pago en el caso de las revisiones de liquidación de impuesto sobre la renta y complementarias, lo que pretende es evitar los perjuicios que para la administración resultarían si el pago no pudiera obtenerse ni siquiera conforme a la liquidación privada, sino después del largo proceso de revisión y sería un exceso de formalismo negarse a examinar las impugnaciones propuestas por el contribuyente porque en etapa anterior no se dispuso de prueba que ahora ha sido presentada completa y oportunamente. (Sentencia de 15 de octubre de 1970. Sala de lo contencioso Administrativo, sección 4a. Consejero proponente: Dr. Miguel Lleras Pizarro. Salvedad de voto del Consejero Dr. Juan Hernández Sáenz. Actor: Alfredo Ospina Gómez. Revisión de Impuestos.) (Ver el No. 83 del índice). 439

96. REVOCACION DIRECTA.

Ni la petición de revocación, ni la providencia que sobre ella recaiga reviven los términos para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas. La situación ya resuelta definitivamente mediante un acto administrativo, del cual se pide revocación directa sin que prospere, como en el caso *sub-judice*, continúa en firme. Es una situación que no puede ser ya decidida y modificada por esta jurisdicción. Ese es, precisamente, el criterio señalado por el art. 23 del decreto 2733 de 1959 al expresar que, en las circunstancias anotadas, los términos no reviven para el ejercicio de la acción contenciosa; pues si se aceptara la tesis de la parte demandante, según la cual puede acusarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo el acto que niega la revocación directa, estarían reviviendo los términos para que esta rama aprehendiera el conocimiento de la situación con facultad para modificar lo ya definido. Lo que ha querido el legislador es, sin duda, que una petición de revocación directa que da lugar al nuevo acto administrativo, no sea suficiente para que la jurisdicción contenciosa asuma el conocimiento del asunto; porque de lo contrario nunca quedaría situación alguna definida ya que, una vez agotada la vía gubernativa y sin que se hubiere interpuesto en tiempo el recurso contencioso, el interesado podría siempre solicitar la revocatoria directa e incluso hacerlo en repetidas oportunidades y, mediante ese procedimiento llevar a la justicia contenciosa una situación ya decidida, resuelta por un acto no impugnado por la vía contenciosa. No otro es el sentido claro de la disposición comentada. (Sentencia de 14 de agosto de 1970. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 2a. Consejero ponente: Dr. Andrés Holguín. Actoras: María Emma de Narváez vda. de Peña y otra, en acción de plena jurisdicción contra la Resolución 2123 de 1969, expedida por el Ministerio de Defensa.) (Ver el No. 50 del índice). 141

97. SILENCIO ADMINISTRATIVO.

Como garantía para los gobernados. Su aplicación en materia impositiva. Para impedir que la administración esquive el control jurisdiccional mediante la prolongación indefinida del proceso gubernativo, se estableció como garantía para los gobernados el instituto del silencio administrativo según el cual el gobernado puede ejercer la acción para que la justicia repare el derecho ofendido si después de cierto tiempo no se ha pronunciado el gobierno. Obviamente este silencio se caracteriza por la presunción de que el acto administrativo es contrario a los derechos o intereses demandados por el gobernado porque, si no fuera así, no habría nada qué revisar. En otras palabras, si la presunción establecida por la ley no fuera de que el acto deniega sobre las peticiones que le han sido formuladas sino que las acepta, no habría oportunidad para la revisión jurisdiccional. Por la razón expresada la ley que acoge el principio del silencio como motivo para dar por terminado el proceso gubernativo en sustitución de la resolución de segunda instancia está otorgando una garantía al gobernado para que decida, según le convenga, si su derecho estará mejor protegido esperando la decisión que ponga término al proceso gubernativo o si será preferible utilizar la garantía del silencio para someter inmediatamente su caso a la revisión jurisdiccional. No es cierto que el proceso gubernativo de reclamación por liquidaciones de impuestos sobre la renta sea el único que tenga reglamentación especial. También tienen reglamentación especial muchos otros procesos gubernativos como el de adjudicación de baldíos o el de contratación de petróleos pero no por eso puede pensarse que acerca de estas materias ha desaparecido el principio general del silencio de la administración como un modo que está a disposición del gobernado para poner fin al proceso gubernativo antes de que se produzca la resolución de última instancia. Probablemente el legislador de 1959, exageró un poco al reducir el término de cuatro meses a treinta días para que pudiera comenzar a funcionar el silencio, pero ello no desvirtúa su característica y, también probablemente, la reducción del término se debió a graves motivos políticos. Es importante insistir en que el silencio no es plazo que la ley haya fijado a la administración como obligatorio para que resuelva acerca de los recursos o peticiones que se le presenten. El plazo en este caso solamente es una condición para que el gobernado pueda ejercer el derecho a utilizar la vía jurisdiccional, o sea que antes de cumplida esa condición no puede acudir al contencioso administrativo aunque la administración no haya resuelto. En síntesis, el silencio como garantía general no puede derogarse por la vía de la interpretación y no es incompatible con las otras presunciones de la ley tributaria. (SALVEDAD DE VOTO de los Consejeros Drs. Andrés Holguín, Miguel Lleras Pizarro, Jorge de Velasco Alvarez y Jorge Dávila Hernández, a la sentencia de 30 de julio de 1970, de la cual fue ponente el Dr. Juan Hernández Sáenz.) (Ver Nos. 53, 55 y 98 del índice). 423

98. SILENCIO ADMINISTRATIVO.

No opera en materia tributaria. Es principio establecido por el artículo 82 del C.C.A. que para acudir en demanda ante los Tribunales de lo contencioso es menester el previo agotamiento de la vía gubernativa, porque el legislador desea que la autoridad pueda analizar los reparos que tenga un particular contra sus actos y corregir por sí misma los quebrantos del orden jurídico que encuentre cometidos, antes de que aquellos se le hagan conocer a quien compete juzgar sobre la legalidad de tales actos. De acuerdo con la ley, este agotamiento puede revestir dos formas: el expreso, cuando la providencia reclamada ya no es susceptible de ningún recurso gubernativo o cuando lo resuelto por la autoridad hace imposible continuar un trámite por esa vía; y el tácito, cuando la Administración demora más de un mes en decidir sobre el recurso interpuesto, silencio que legalmente se interpreta como resolución negativa. Una u otra de las formas descritas permiten satisfacer por regla general el requisito que exige el artículo 82 del Código, como preámbulo indispensable para acudir ante el contencioso, pero ello no acontece en materia de impuestos, porque allí sí es forzoso esperar un pronunciamiento expreso de la autoridad como culminación del trámite gubernativo. En efecto, el artículo 271 del C.C.A. al establecer la acción de revisión de impuestos, determina específicamente que tiene por objeto impugnar liquidaciones definitivas, es decir aquellas que coloquen al contribuyente en la necesidad jurídica de pagar la suma que se le exija para no verse expuesto al cobro compulsivo de la misma. Además, ante un precepto tan evidente como el artículo 273 del C.C.A., resulta palmario entender que en las controversias donde se discuta el monto de un impuesto es imperativo agotar, siempre y a plenitud el trámite ante la administración que la ley establezca en concreto y esperar a que la autoridad resuelva, en forma expresa y en última instancia, sobre la inconformidad planteada por el contribuyente, como único camino legalmente plausible para el ejercicio ulterior de la acción contenciosa tributaria. Y es muy claro que esta norma específica para el juicio de impuestos no obedece a simple capricho del legislador sino a la circunstancia de que mientras no se haya proferido la última decisión administrativa sobre el monto de un tributo, la liquidación no está en firme y por ende, resultaría obviamente prematuro intentar su revisión contenciosa cuando aún es incierto el valor del impuesto que se discute, y esto por virtud del reclamo gubernativo del contribuyente, que todavía está en trance de ser decidido. (Ver Nos. 53, 55 y 97 del índice). 423

99. SOCIEDADES COOPERATIVAS.

La Superintendencia Bancaria tiene potestad para inspeccionarlas en cuanto al cumplimiento del artículo 100 de la ley 45 de 1923. Si en principio la inspección de las sociedades cooperativas corresponde a la Superintendencia

Nacional de Cooperativas, también lo es que en lo que respecta a la vigilancia del cumplimiento de lo preceptuado por el artículo 100 de la ley 45 de 1923, la Superintendencia Bancaria tiene potestad para amonestar, dar órdenes e inclusive sancionar a las cooperativas en la misma forma que a cualquiera otra persona o entidad que infrinja lo estatuido en dicha norma. (Véase el No. 3 del índice). 259

100. SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA.

Diferentes categorías y régimen jurídico. El Decreto 1050 de 1968 dejó en vigencia sin duda alguna disposiciones como las de la Ley 151 de 1959 que permiten distinguir varios órdenes de sociedades de este tipo, ya que dentro del marco de la noción de Sociedades de Economía Mixta se agrupan entidades de índole variada, con diferentes finalidades y diverso grado y proporción de aportes del Estado subsistiendo como común característica, no obstante, la integración de su patrimonio con aportes del Estado y de los particulares y el carácter industrial o comercial de su objeto. Distingue así la ley 151 *dos categorías de sociedades de participación mixta:* aquéllas en las cuales el Estado es accionista mayoritario y otras en las cuales la participación privada es mayoritaria. Según la participación mayoritaria o minoritaria del Estado en la composición del capital social, se derivan estas consecuencias: 1o. Cuando se trate de entidades en las cuales *el Estado posea el 50% o más de las acciones* en las cuales esté representado el capital, el control fiscal sobre ellas compete al Contralor General de la República. 2o. En este mismo supuesto se considera que el patrimonio de esas entidades es "Tesoro Público" y por tanto, a los funcionarios a ellas vinculados se debe aplicar la incompatibilidad consagrada en el artículo 64 de la Constitución. La segunda categoría la constituyen de consiguiente, aquéllas sociedades en que *el Estado es accionista minoritario (menos del 50% del capital).* Si bien es cierto que tanto las sociedades en que el Estado es accionista mayoritario como aquellas en que lo es minoritariamente apenas, en su organización y en el desarrollo de sus actividades *se rigen por el Derecho Privado,* no lo es menos que las del primer grupo están sujetas a especiales controles, como se ha visto, y tienen una naturaleza especial que las aproxima a verdaderas empresas públicas con participación privada. Las del segundo grupo, por el contrario, son más típicamente empresas privadas con participación estatal. La tercera categoría emanada de la Reforma Administrativa (artículo 3o. del Decreto 3130 de 1968) es la constituida por aquellas sociedades en las que *el Estado posea el 90% o más de su capital social:* "Se someten -reza la disposición- al régimen previsto para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado".(Ver Nos. 9 y 86 del índice). 230

101. SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE COOPERATIVAS.

No es del resorte de la Superintendencia Nacional de Cooperativas señalar las causales para perder la calidad de socios de las mismas; pues esta atribución ha

sido expresamente reservada a las propias cooperativas por el literal c) del artículo 31 del decreto 1598 de 1963, norma ésta que indica la demanda como quebrantada. Y en relación con el artículo 17 de la resolución 00654 que obliga a las cooperativas a establecer estatutariamente "una contribución fija mensual por vehículo y tipo de vehículo, lo mismo que un porcentaje por concepto de fletes", con destinación especial y fijar, así mismo otras contribuciones para gastos de administración y educación cooperativa, se tiene que ello desborda las atribuciones del Superintendente, porque el decreto 1598 en su artículo 31, literales b), h) e i) fijó facultades precisas a las cooperativas para su formación, funcionamiento y constitución de su patrimonio social, por lo cual, la actitud de la Superintendencia, está usurpando funciones que son propias de las sociedades y por lo mismo extrañas a las de la entidad vigiladora. (Ver el No. 22 del índice). 189

T

102. TELEVISORA NACIONAL.

Arrendamiento de espacios en los canales; requisitos de la licitación. Son de la esencia de un negocio aquellas cosas sin las cuales ese negocio es nulo o degenera en otro distinto. Esta sección piensa que las pujas o mejoras de precio no son de la esencia de la licitación. En efecto, pueden presentarse licitaciones, en las cuales se deban tener en cuenta ofertas mejores en cosas distintas del precio. Por ejemplo, propuestas que ofrecen mayores garantías de solvencia y de seriedad, mejores programas en aspectos culturales, morales y artísticos. De tal manera que la persona o entidad que abrió la licitación pueda adjudicarla a un licitador que haya ofrecido menos dinero y mejores programas de preferencia a otro que haya ofrecido más dinero y programas menos buenos. El objetivo esencial de la licitación es la selección de la persona más conveniente para contratar y la creación de la relación contractual. En un caso se tratará de obtener un menor costo, en otros, la mejor calidad, la mejor prestación o ejecución de la obra. Por otra parte, la disposición del artículo 13 literal f) del Código Fiscal, que dispone "que la adjudicación debe hacerse públicamente, tan luego como haya terminado la licitación, a favor del que ofrezca mayor cantidad de dinero", debe considerarse subrogada, en lo que dice relación a adjudicación de contratos de arrendamiento de espacios en los canales de la televisión, por el artículo 32 literal c) del decreto ley 3267 de 1963, que no solamente permite al Instituto Nacional de Radio y Televisión fijar tarifas que deberá pagar el arrendatario, sino que reglamenta íntegramente la materia. En general, la persona o entidad que abre una licitación, puede, en los pliegos de cargos, imponer las condiciones que quiera, desde que no sean contrarias al orden público ni a las buenas costumbres ni desvirtúen la esencia de la licitación. (Sentencia de 8 de septiembre de 1970. Sala de lo

Contencioso Administrativo, sección 1a. Consejero ponente: Dr. Lucrecio Jaramillo Vélez. Actor: Guillermo Cubillos Escobar, en acción de nulidad de la Resolución 1120 de 1967 del Ministerio de Comunicaciones, y de algunos Acuerdos expedidos por el Instituto Nacional de Radio y Televisión). 151

103. TRASLACION PERMANENTE DE FUNCIONES.

Entre organismos principales de la administración. En nuestro sistema de gobierno, que es de tendencia presidencialista, los Ministros no tienen funciones constitucionales directas o propias. Las que ejercen son de origen legal o derivadas de una delegación presidencial. El Presidente de la República es, al mismo tiempo, jefe del Estado y jefe del Gobierno, en su calidad de suprema autoridad administrativa, según lo califica el artículo 120 de la Constitución. Es a él a quien, por aquellas calidades, la constitución le asigna la función administrativa. Pero su ejercicio debe realizarlo conjuntamente con el Ministro o Ministros, Jefe o Jefes de Departamentos Administrativos, ya que en cada negocio particular, al tenor del artículo 57 de la Carta, el gobierno está constituido por el Presidente y aquellos funcionarios, y sus actos solo son válidos con la refrendación de éstos. Sentados estos principios, parece natural que sea el Presidente quien, de acuerdo con el artículo 132 distribuya entre aquellos organismos, según sus afinidades, los negocios de su competencia. Correspondiéndole a él la suprema dirección de la rama ejecutiva, es lógico que defina qué organismo atiende cada grupo de asuntos, de acuerdo con su especialidad funcional. Siendo la administración una sola, el Presidente, puede con base en el artículo 132 de la Constitución, trasladar en forma permanente el conocimiento de negocios administrativos de un Ministerio a otro, o a un Departamento Administrativo, respetando la afinidad de los asuntos que distribuye, determinada por la naturaleza de la función global asignada a tales organismos por el legislador en el acto de su creación. (Ver Nos. 47, 82 y 104 del índice). 52

104. TRASLACIONES Y CONTRACREDITOS PRESUPUESTALES.

Facultades del Presidente de la República. Al crear, suprimir o fusionar empleos y, como consecuencia de ello, el Gobierno puede trasladar y contracreditar, llenando los requisitos de la Constitución y de la ley orgánica del presupuesto, las apropiaciones iniciales destinadas para gastos de funcionamiento dentro del mismo organismo, sin exceder el monto global asignado al respectivo servicio. En cuanto a los traslados y contracréditos entre las apropiaciones para inversión y funcionamiento, no ocurre lo mismo, pues la disposición constitucional se refiere a las apropiaciones para la operación del respectivo servicio, ya que como alude solo a gastos de esa clase, pues se trata de la creación, supresión y fusión de cargos y señalamiento de sus emolumentos,

todo lo cual implica únicamente gastos de esa naturaleza, en el tope fijado no se pueden entender involucrados los gastos de inversión. Se reafirma lo anterior, teniendo en cuenta que la Constitución exige que el presupuesto refleje los planes y programas en vigencia, y que el decreto 1675 de 1964 separa los gastos de funcionamiento de los de inversión y define los programas como los grupos de actividades homogéneas que debe adelantar cada organismo. Y es obvio, que si se pudieran afectar las apropiaciones de inversión a gastos de funcionamiento, se dejaría de cumplir la respectiva programación, desacatando la Constitución y la ley. (Concepto de 13 de octubre de 1970, sobre facultades del Presidente de la República respecto de la reorganización de los Ministerios, traslación de negocios y vinculación de entidades descentralizadas. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Dr. Luis Carlos Sáchica.) (Ver Nos. 47, 82 y 103 del índice). 52

U

105. URBANISMO.

Efectos de la derogación de reglamentos. Al Distrito Especial de Bogotá en ejercicio de facultades legales, Ley 88 de 1947, le compete reglamentar el desarrollo urbano de la ciudad, en general, y en particular determinar las normas que rijan para cada uno de los sectores de la ciudad. El Acuerdo 65 de 1967, del Concejo del D.E. de Bogotá, es un estatuto de esa naturaleza. Su contenido normativo señala disposiciones de carácter general y faculta al Alcalde para aplicarlas en particular a los diferentes sectores de la ciudad y expedir los decretos reglamentarios correspondientes a cada urbanización (Art. 2o.). El reglamento especial de cada urbanización es igualmente estatuto de carácter general que obliga a los urbanizadores y a los propietarios futuros del sector. Si en los contratos de venta debe incluirse la cláusula en que el adquirente declara conocer el reglamento y se obliga a cumplirlo, esto no quiere decir que el reglamento pierda su naturaleza jurídica de Ley en sentido material, de norma de carácter general, para convertirse en una mera estipulación contractual, de derecho privado, sólo modificable por voluntad de las partes contratantes. Por el contrario, el reglamento como estatuto de derecho público, es conjunto normativo superior al contrato y obliga a las partes contratantes aunque nada se dijera en el convenio. El comprador de solar o edificación en un sector urbano adquiere el derecho de propiedad sobre los inmuebles negociados y el de que éstos permanezcan en su estado actual, que determinan en su tiempo los reglamentos vigentes, pero en manera alguna derecho a que por razones de interés social no se cambien para el futuro las Leyes o los reglamentos aplicables al desarrollo urbano de la ciudad. Las situaciones jurídicas que proteje la Ley son las autorizadas en las disposiciones reglamentarias y creadas regularmente bajo su imperio. Los nuevos reglamentos o disposiciones distintas deben respetar estas situaciones creadas

en el pasado, pero para el futuro obligan plenamente en cuanto los antiguos o nuevos propietarios actúen bajo su imperio. (Ver Nos. 28 y 106 del índice). . 72

106. URBANIZACIONES.

Los reglamentos expedidos para éllas no configuran derechos adquiridos. Desde la vigencia del nuevo estatuto el desarrollo urbano de la ciudad quedó sometido a las regulaciones del decreto 1119 de 1968 y a las normas de reglamentos anteriores que no resulten contrarias con las del mencionado decreto. Si el decreto en mención, modificó el acuerdo 65 de 1967, los decretos contentivos de reglamentos sectoriales o de urbanización, que no eran sino un desarrollo o aplicaciones del anterior estatuto, deben considerarse igualmente modificados en todo aquello que resulte contrario a las disposiciones del decreto 1119, pero subsisten en lo demás, como subsistentes quedaron las disposiciones del Acuerdo 65 de 1967 que no sean contrarias a las nuevas normas. Las limitaciones a que se somete la propiedad en consideración inmediata del interés privado se encuentran primordialmente en el Código Civil, cuya expedición, como la de los demás códigos, corresponde al legislador y son en consecuencia iguales en todo el territorio nacional. No pasa lo mismo con las limitaciones impuestas por interés público que caen dentro de la órbita del derecho administrativo. Siguiendo la división territorial que establece la Carta, y las competencias propias de estas entidades, las limitaciones pueden ser las mismas en todo el país, o circunscribirse a un sector del territorio, según que la reglamentación atienda un interés público nacional, departamental o local. En todos los casos las limitaciones emanan directamente de la Ley, o se adoptan según la Ley, como en los reglamentos de ejecución, o por autorización de ésta. Resulta así incuestionable que las restricciones al ejercicio del derecho de propiedad, encuentran siempre su soporte jurídico en la Ley. (Ver Nos. 28 y 105 del índice). 72

V

107. VIA PROCESAL EQUIVOCADA.

Consecuencias. Como es sabido, los presupuestos procesales son las condiciones necesarias del debido proceso, sin ellas el juzgador no puede entrar al fondo del negocio y dictar sentencia de mérito. Cuando se presenta la demanda, el juez debe analizar oficiosamente si se reúnen los presupuestos procesales; si falta uno de ellos, debe rechazarla, pero si por cualquier circunstancia no actuó en tal forma, cuando vaya a dictar sentencia debe examinar previamente si se reúnen o no los presupuestos del proceso, y en caso negativo debe inhibirse para fallar. No podría argumentarse en contra que por economía procesal pueden dejarse a un lado los errores cometidos en el debate judicial y

fallar para evitar a las partes las incomodidades que entraña una decisión inhibitoria. Lamentablemente muchas veces es necesario tomar el camino que el derecho indica porque no está al arbitrio del fallador quebrar las normas procedimentales en aras de una economía procesal; la Ley ordena que se rinda tributo al debido proceso así sea en perjuicio transitorio de intereses particulares. Uno de los presupuestos procesales más conocidos es el de demanda en forma y falta cuando ella no reúne los requisitos que la Ley señala para la facción del libelo o cuando el juicio se ha ventilado por una vía procesal inadecuada. Este es el caso presente: no habiendo sido claro el demandante en el señalamiento de la vía indicada para seguir el juicio pero deduciéndose de la parte expositiva de los hechos que su acción tiene un carácter electoral, el juzgador ha debido dirigir el proceso por esa vía que es la adecuada; como no lo hizo, no puede el Consejo entrar a decidir en el fondo sino que ha debido inhibirse como ya se indicó. (SALVEDAD DE VOTO del Consejero Dr. Hernando Gómez Mejía a la sentencia de 7 de octubre de 1970, de la cual fue ponente el Consejero Dr. Jorge Dávila Hernández). (Ver Nos. 90 y 108 del índice). 347

108. VIA PROCESAL EQUIVOCADA.

Consecuencias. Es garantía para las gentes y para la incolumidad del orden jurídico institucional que los juicios se tramiten por los procedimientos que de manera expresa y específica les haya señalado el legislador. El linaje constitucional de este principio surge de la simple lectura del artículo 26 de nuestra Carta Fundamental. No existe entonces libertad ni para el Juez ni para los litigantes en la escogencia del trámite que haya de dársele a una demanda. Es la naturaleza concreta del negocio la que determina las formas procesales a seguir para llevar el juicio hasta el punto de que merezca una decisión jurisdiccional válida y, por lo mismo, con la intangibilidad definitiva que, por regla general, le confiere la Ley a la cosa juzgada. Es evidente, de otra parte, que la competencia del juez para dirimir un proceso está condicionada a que este último se adelante con absoluta observancia de las formas que le sean propias de acuerdo con los preceptos de la Ley procedimental. Si así no fuese y llegare a pensarse que el juez tiene competencia para decidir un litigio sea cual fuere el trámite que se le haya dado, vendría a prevalecer el capricho de aquel sobre la voluntad del legislador, que se presume sabia, y vendrían a esfumarse la garantía ciudadana concedida por el artículo 26 de la Constitución y los lineamientos fundamentales del orden jurídico establecido por ésta y por las Leyes. Corolario forzoso de lo anterior es que el trámite legalmente inadecuado de un proceso conduce a la invalidez de éste por incompetencia de jurisdicción, que es causa de nulidad consagrada tanto por el artículo 113 del C.C.A. como por el artículo 448 del C.J. y que resulta inallanable en esta hipótesis por cuanto implica el quebranto ostensible de normas de orden público, como lo son indiscutiblemente las que señalan los ritos que necesariamente ha de

cumplir el juez, para obrar dentro de su competencia, y los litigantes, para lograr que se les administre justicia legítima y válida por ende, cuando se trate de seguir un juicio. Por tanto, debe declararse la nulidad de lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda. (SALVEDAD DE VOTO de los Consejeros Drs. Alfonso Arango Henao y Juan Hernández Sáenz a la sentencia de 7 de octubre de 1970, de la que fue ponente el Consejero Dr. Jorge Dávila Hernández). (Ver Nos. 90 y 107 del índice). 347

109. VIGILANCIA PRIVADA.

Ciertamente el artículo 16 del Decreto 1667 de 1966 no impone obligación al Estado de prestar el servicio de vigilancia en cooperación con entidades particulares, pues, simplemente se limitó esta norma a ordenar a la Policía Nacional que fomentara organizaciones de auto-defensa y cooperación con el servicio de vigilancia, dejándole a esta institución gubernamental la supervigilancia de tales actividades particulares. Pero también es cierto, como se dijo anteriormente por la Sala de Decisión, que el decreto 250 de 1969 en sus tres primeros artículos, "no sólo no cumple con el mandato del legislador de fomentar las organizaciones de vigilancia privada, sino que, llevándose de calle el precepto legal, prohibe dentro del territorio nacional, el funcionamiento de as empresas que colaboran con la policía nacional en la vigilancia de los sectores urbanos "con el fin de prevenir la comisión de delitos y contravenciones", como textualmente reza el numeral 6o. del artículo 15 del decreto 1667 de 1966. Por lo anotado, el decreto 250 sí quebranta normas superiores de derecho. (Salvedad de voto del Consejero Dr. Alfonso Arango Henao, a la sentencia de 25 de agosto de 1970, sobre vigilancia privada, de la que fue ponente el Dr. Enrique Acero Pimentel). (Ver Nos. 88 y 110 del índice). 106

110. VIGILANCIA PRIVADA.

Conviene destacar como premisa el carácter comercial de la vigilancia particular que ha venido prestándose como servicio privado que se cobra comercialmente por las sociedades dedicadas a ello. La garantía de la Constitución a la libertad de empresa no puede llegar al punto de entregar a la actividad privada la defensa de la vida y de los bienes de los asociados como que es obligación del Estado mismo que no puede declinar en vigilantes particulares a quienes se dota y permite el porte de armas y, consecuencialmente, su uso eventual: Porque además de ser ello una cuestión de principios recogidos en las legislaciones modernas democráticas o no, sería a la luz de ellos inconcebible que empresas privadas tengan, con miras comerciales, la responsabilidad de vigilar la integridad física de los habitantes y sus propiedades u hogares. A los vigilantes se entrega por este sistema un poder extra constitucional y excesivo y armas que pueden ser bien o mal empleadas sin directo control de las

autoridades. Por otra parte, repugna a la cultura cívica que oficio esencial de la Policía pagada con la contribución ciudadana, se desempeñe por sociedades particulares como si se tratara de oficios o menesteres comunes u ordinarios. Por lo demás, la reconocida inseguridad reinante tiene maneras de combatirse por medios diferentes, como serían los de fortificar los recursos de la Policía, complementar su dotación y aumentar su personal, capacitándolo convenientemente. Aparecería en verdad contradictorio que se hayan realizado esfuerzos muy notables nacionalizando empresas de servicio público como teléfonos, acueductos y energía eléctrica, y sin embargo continúa en manos privadas la prestación del elemental y más caracterizado servicio público como es el de velar por la integridad de la persona humana y la seguridad de sus propiedades o residencias. Ciertamente el Decreto 1667 de 1966, adoptado como Ley, expresa en su artículo 16 que "La Policía Nacional fomentará las organizaciones particulares de auto-defensa y cooperación con el servicio de vigilancia y supervigilará el desarrollo de sus actividades". Más nótese primeramente que esta norma no impuso al Estado la obligación de prestar el servicio de vigilancia en cooperación con los particulares, sino a la Policía Nacional la de fomentar organizaciones de auto defensa y cooperación con tal servicio. Y la diferenciación, por el aspecto constitucional es importante y no escapa al sentido crítico. Muchas maneras habrá de fomentar esas organizaciones, diferentes a la que tanto la demanda como el auto de suspensión provisional interpretan como manera excluyente. Está vgr. la Defensa Civil de amplia resonancia en el país y algunas otras. Pero lo que si no podrá hacerse será interpretar ese mandato del decreto 1667 en el sentido de obligación para el Estado contrariando la norma constitucional del Art. 16 de la codificación, vigente en las Cartas Fundamentales de la República desde tiempos pretéritos. Fomentar tampoco implica tolerar aquellas organizaciones que no se ajusten a la finalidad perseguida. (Ver Nos. 88 y 109 del índice). 106

INDICE GENERAL

PRIMERA PARTE

FUNCION CONSULTIVA

CAPITULO UNICO:

CONSULTAS DE GOBIERNO

1o. (Ministerio del Trabajo). Consulta sobre la naturaleza jurídica del Instituto Colombiano de Seguros Sociales y el régimen legal aplicable a sus trabajadores. (Concepto de 6 de febrero de 1970. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Dr. Guillermo González Charry. Salvedad de voto del Dr. Alberto Hernández Mora. Su publicación fue autorizada mediante oficio No. 4036 de 4 de marzo de 1970). 7

2o. (Ministerio de Desarrollo Económico). Consulta sobre control fiscal de la Corporación Financiera del Transporte. (Concepto de 31 de agosto de 1970. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Dr. Luis Carlos Sáchica. Su publicación fue autorizada mediante oficio No. 03636 de 7 de septiembre de 1970). 37

3o (Ministerio de Gobierno). Consulta sobre citación de las Cámaras a los Ministros del Despacho. (Concepto de 1o. de septiembre de 1970. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Dr. Guillermo González Charry. Su publicación fue autorizada mediante oficio No. 703 de 4 de septiembre de 1970). . 44

4o. (Ministerio de Comunicaciones). Consulta sobre facultades del Presidente de la República respecto de la reorganización de los Ministerios, traslación de

negocios y vinculación de entidades descentralizadas. (Concepto de 13 de octubre de 1970. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Dr. Luis Carlos Sáchica. Su publicación fue autorizada mediante oficio No. 04567 de 26 de octubre de 1970). 52

5o. (Ministerio de Gobierno). Consulta sobre composición de Juntas Directivas de Establecimientos Descentralizados, Departamentales y Municipales. (Concepto de 17 de octubre de 1970. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Dr. Guillermo González Charry. Su publicación fue autorizada mediante oficio No. OJ-1711 de 20 de Octubre de 1970). 67

6o. (Ministerio de Gobierno). Consulta sobre reglamentos de urbanismo. (Concepto de 28 de octubre de 1970. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Dr. Alberto Hernández Mora. Su publicación fue autorizada mediante oficio No. 866 de 2 de noviembre de 1970). 72

7o. (Ministerio de Hacienda). Consulta sobre las consecuencias de anulación por el Consejo de Estado de algunas normas del Decreto 154 de 1968 relacionadas con la obligación para las personas residentes en el exterior de presentar declaración de renta. (Concepto de 20 de noviembre de 1970. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Dr. Luis Carlos Sáchica. Su publicación fue autorizada mediante oficio No. 09264 de 25 de noviembre de 1970). 82

8o. (Ministerio de Agricultura). Consulta sobre régimen legal de los contratos celebrados por Empresas Industriales y Comerciales del Estado. (Concepto de 11 de diciembre de 1970. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Dr. Luis Carlos Sáchica. Su publicación fue autorizada mediante oficio No. 00076 de 7 de enero de 1971). 91

SEGUNDA PARTE

FUNCION JURISDICCIONAL

TITULO I ORDEN NACIONAL

CAPITULO PRIMERO:

DECRETOS DEL GOBIERNO

1o. (Decretos Reglamentarios). Acción de nulidad del Decreto número 402 de 22 de marzo de 1969, por el cual se reglamenta el Artículo 1o. del Decreto Legislativo No. 356 de 1957. Actor: Jairo Garcés y otro. (Sentencia de 24 de agosto de 1970, que accede, en parte, a las súplicas de la demanda. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Dr. Alfonso Arango Henao). 101

2o. (Decretos del Gobierno). Acción de nulidad del Decreto 250 de 1969 sobre vigilancia privada. Actor: César Castro Perdomo y otro. (Sentencia de 25 de agosto de 1970, que no accede a las peticiones de la demanda. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Dr. Enrique Acero Pimentel. Salvedad de voto del Consejero Dr. Alfonso Arango Henao). 106

3o. (Decretos Reglamentarios). Acción de nulidad del inciso 3o. del artículo 69 del Decreto 154 de 1968, sobre declaración de renta y patrimonio que deben presentar las compañías extranjeras. Actor: Bernardo Herrera Molina. (Sentencia de 16 de octubre de 1970, que accede a las súplicas de la demanda. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Dr. Juan Hernández Sáenz). 114

4o. (Decretos Reglamentarios). Acción de nulidad del artículo 171 del Decreto 437 de 1961, sobre las utilidades obtenidas en la enajenación de bienes inmuebles. Actor: Jorge E. Paniagua Lozano. (Sentencia de 30 de octubre de 1970, que accede a las peticiones de la demanda. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero Ponente: Dr. Juan Hernández Sáenz). 117

5o. (Decretos Reglamentarios). Acción de nulidad de los artículos 1o. y 2o. del Decreto 949 de 1969, relacionado con la Retención en la Fuente sobre comisiones que no constituyen salario. Actor: James W. F. Raisbeck. (Sentencia de 13 de noviembre de 1970, que accede a las súplicas de la demanda. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Dr. Miguel Lleras Pizarro). 120

6o. (Decretos Reglamentarios). Acción de nulidad del inciso 2o. del artículo 14 del Decreto 437 de 1961, sobre división de rentas de trabajo entre cónyuges. Actor: Marcos Gómez Rodríguez. (Sentencia de 14 de noviembre de 1970, que no accede a las peticiones de la demanda. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Dr. Juan Hernández Sáenz). . . 125

7o. (Decretos Reglamentarios). Acción de nulidad del artículo 4o. del Decreto 1328 de 1969, relacionado con la cuota de fomento sobre consumo de algodón. Actor: Jorge López Sanín. (Sentencia de 17 de diciembre de 1970, que no accede a las súplicas de la demanda. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Salazar Tapiero). 130

CAPITULO SEGUNDO:

RESOLUCIONES MINISTERIALES Y OTROS ACTOS DE LOS MINISTROS

1o. (Ministerio de Defensa). Acción de plena jurisdicción contra la Resolución No. 2123 de 17 de abril de 1969. Actoras: María Emma de Narváez vda. de

Peña y otra. (Sentencia de 14 de agosto de 1970, que declara la excepción de carencia de acción de la demandante. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Andrés Holguín). 141

2o. (Ministerio de Comunicaciones). Acción de nulidad de la Resolución 1120 de 1967 del Ministerio de Comunicaciones y de algunos Acuerdos expedidos por el Instituto Nacional de Radio y Televisión. Actor: Guillermo Cubillos Escobar. (Sentencia de 8 de septiembre de 1970, que declara probada la excepción de inepta demanda. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente:Dr. Lucrecio Jaramillo Vélez). 151

3o. (Ministerio del Trabajo). Acción de plena jurisdicción contra la Resolución 687 de 1969, proferida por el Inspector Sexto de la Sección de Asuntos Colectivos de la Regional del Trabajo de Cundinamarca y la número 1223 del mismo año, aprobatoria de la anterior. Actor: Sindicato de Trabajadores de Gaseosas Colombianas S.A. (Sentencia de 21 de septiembre de 1970, que no accede a las súplicas de la demanda. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Dr. Rafael Tafur Herrán). 163

4o. (Resoluciones Ejecutivas). Acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones Ejecutivas Números 156 y 160 de 1970, mediante las cuales se impone una sanción al Senador José Ignacio Vives Echeverría. Actor: José A. Pedraza Picón. (Auto de 23 de septiembre de 1970, que confirma el suplicado inadmisorio de la demanda. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Dr. Enrique Acero Pimentel). 169

5o. (Ministerio de Educación). Acción de plena jurisdicción contra la Resolución número 1074 de 1968. Actor: Rafael Armando Medellín. (Sentencia de 30 de septiembre de 1970, que revoca la proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y en su lugar niega las peticiones de la demanda. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Alvaro Orejuela Gómez). 174

CAPITULO TERCERO:

ACTOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN NACIONAL.

1o. (Caja de Previsión Social de Comunicaciones). Acción de nulidad de la Resolución Número 0661 de 8 de mayo de 1969. Actor: Caprecom. (Sentencia de 14 de julio de 1970, que accede a las peticiones de la demanda. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Nemesio Camacho Rodríguez). 183

2o. (Superintendencia Nacional de Cooperativas). Acción de nulidad de la Resolución número 00654 de 18 de septiembre de 1967. Actor: Tomás de Jesús Ortíz Alzate. (Sentencia de 21 de agosto de 1970, que accede a las peticiones de la demanda. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Dr. Alfonso Arango Henao). 189

3o. (Marina Mercante Colombiana). Acción de nulidad de las Resoluciones de fechas 13 de agosto y diciembre 9, ambas de 1968. Actor: "Hamburg-Amerika Linie". (Sentencia de 23 de septiembre de 1970, que declara que el Consejo de Estado es incompetente para conocer de la presente acción. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Dr. Enrique Acero Pimentel). 193

4o. (Junta Monetaria). Acción de plena jurisdicción contra los Oficios números 679 de 1968 y 217 de 1970. Actor: Federación Nacional de Algodoneros. (Sentencia de 16 de octubre de 1970, que accede a las súplicas de la demanda. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Dr. Hernando Gómez Mejía). 198

5o. (Superintendencia Nacional de Precios). Acción de plena jurisdicción contra la Resolución número 34 de 8 de marzo de 1969. Actor: Norgas S.A. (Sentencia de 29 de octubre de 1970, que accede a las súplicas de la demanda. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Dr. Miguel Lleras Pizarro). 204

6o. (Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria). Acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones números 208 de agosto 17, de 1968 250 de septiembre 21 de 1969 y 310 Bis de diciembre 23 de 1969. Actor: Rafael Jordán Jiménez. (Sentencia de 18 de noviembre de 1970, que no accede a las súplicas de la demanda. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Rafael Tafur Herrán). 230

7o. (Junta Central de Contadores). Acción de nulidad de los Artículos 24 y 36 de la Resolución número 111 de 23 de febrero de 1967. Actor: Augusto Ramírez Moreno y otro. (Sentencia de 10 de diciembré de 1970, que declara parcialmente probada la excepción de cosa juzgada y niega las peticiones de la demanda en lo demás. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Dr. Lucrecio Jaramillo Vélez). 239

8o. (Oficina de Cambios del Banco de la República). Acción de nulidad del acto administrativo por medio del cual la Oficina de Cambios del Banco de la República manifiesta su determinación de impedir unos giros al exterior hasta tanto el interesado no demuestre el pago de ciertos impuestos. Actor: Fernando Londoño Hoyos. (Sentencia de 11 de diciembre de 1970, que accede a las peticiones de la demanda. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Dr. Alfonso Arango Henao). 251

9o. (Oficina de Cambios del Banco de la República). Acción de plena jurisdicción contra la Resolución número 1373 de 22 de julio de 1970. Actor: Isabel Cifuentes Herrera. (Auto de 11 de diciembre de 1970, que niega la admisión de la demanda. Sala Unitaria de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Sustanciador Dr. Humberto Mora Osejo). 257

10o. (Superintendencia Bancaria). Acción de nulidad de los actos administrativos números 9848 y 11221 de 1970. Actor: Caja Popular Cooperativa Ltda. (Sentencia de 18 de diciembre de 1970, que no accede a las súplicas de la demanda. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Dr. Juan Hernández Sáenz). 259

TITULO II

ORDEN DEPARTAMENTAL

CAPITULO UNICO

SUSPENSIONES PROVISIONALES DE ACTOS DEL ORDEN DEPARTAMENTAL

1o. (Asamblea de Córdoba). Acción de nulidad con suspensión provisional del artículo 11 de la Ordenanza número 19 de 1968. Actor: Vinicio Bolaño Mercado. (Auto de 7 de septiembre de 1970, que confirma el apelado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Dr. Jorge Dávila Hernández). 269

TITULO III

ORDEN MUNICIPAL

CAPITULO PRIMERO:

ACUERDOS DE LOS CONCEJOS

1o. (Concejo de Riohacha). Acción de nulidad de los literales e) y h) del Artículo 2o. del Acuerdo número 5 de 1969, del Concejo Municipal de Riohacha. Actor: Alfonso Martínez Illidge. (Sentencia de 31 de julio de 1970, que revoca la proferida el 30 de septiembre de 1969 por el Tribunal Administrativo de la Guajira y en su lugar accede a las súplicas de la demanda. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Dr. Jorge de Velasco Alvarez). 275

CAPITULO SEGUNDO:

ACTOS DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN MUNICIPAL

1o. (Alcaldía de Medellín). Acción de nulidad del Decreto número 59 de 8 de marzo de 1960, emanado de la Alcaldía de Medellín. Actor: Fabio Zapata Pérez. (Sentencia de diciembre 9 de 1970, que confirma la proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Humberto Mora Osejo). 281

CAPITULO TERCERO:

SUSPENSIONES PROVISIONALES DE ACTOS DEL ORDEN MUNICIPAL

1o. (Concejo de Barranquilla). Acción de nulidad con suspensión provisional del artículo 3o. del Acuerdo número 5 Bis de 1970. Actor: Roberto Gerlein Echeverría. (Auto de 30 de octubre de 1970, que confirma el apelado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Dr. Juan Hernández Sáenz). 289

TITULO IV

INDEMNIZACIONES

CAPITULO UNICO

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

1o. Responsabilidad civil de la Nación por actos de la Oficina de Registro de Cambios (Incomex) que afectan a la sociedad denominada "Carlos y Alvaro Hormaza Ltda." Ferretería Argentina. (Sentencia de 23 de julio de 1970, que declara probada la caducidad de la acción. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Gabriel Rojas Arbeláez). 295

2o. Incidente de Regulación de perjuicios. Actor: Orlando Patiño Gamboa y otros. (Auto de 9 de diciembre de 1970, que fija el monto de la indemnización que la Nación debe pagar al actor. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Carlos Portocarrero Mutis). 302

TITULO V

JUICIOS ELECTORALES

1o. Nulidad de la elección de Personero, Tesorero y Contralor Municipales hecha por el Concejo del Municipio de Bello el día 27 de noviembre de 1969. Actor: José Abelardo Marín Vallejo. (Auto de 19 de agosto de 1970, que confirma el apelado dictado por el Tribunal Administrativo de Antioquia. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Salazar Tapiero. Salvedad de voto de los Consejeros Doctores Rafael Tafur Herrán y Gabriel Rojas Arbeláez). 319

2o. Nulidad de la elección hecha por la Corte Electoral en la persona del doctor Cándido Lozano Asprilla como suplente a la Cámara de Representantes por la Circunscripción Electoral del Chocó. Actor: Joaquín Rodríguez Asprilla. (Auto de 8 de septiembre de 1970, que no accede a la solicitud de acumulación. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Salazar Tapiero). 326

3o. Nulidad del acto por el cual la Corte Electoral declaró electa como Senadora de la República por la circunscripción electoral de Cundinamarca, a la señora María Eugenia Rojas de Moreno Díaz, para el período constitucional de 1970 a 1974. Actor: Carlos Delgado Morales. (Sentencia de 30 de septiembre de 1970, que no accede a las súplicas de la demanda. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Hernando Gómez Mejía). 330

4o. Nulidad del acto por el cual la Corte Electoral hizo el escrutinio y la declaratoria de elección de Senadores por la Circunscripción Electoral de Cundinamarca, para el período constitucional de 1970 a 1974. Actor: Oscar José Dueñas Ruiz. (Sentencia de 6 de octubre de 1970, que no accede a las súplicas de la demanda. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Nemesio Camacho Rodríguez). 340

5o. Nulidad del acto por medio del cual la Junta Directiva del Hospital de San Francisco de Asís de Quibdó, nombró al doctor César A. Palacios Martínez como médico director del mencionado establecimiento hospitalario. Actor: Juan B. Luna Garrido. (Sentencia de 7 de Octubre de 1970, que revoca la proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó y en su lugar se declara probada la excepción de caducidad de la acción. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Jorge Dávila Hernández). 347

6o. Nulidad del Acuerdo Número 4, por el cual la Corte Electoral hizo el escrutinio y la declaratoria de la elección de Corporaciones Públicas para el período de 1970 a 1974, por el departamento del Quindío. Actores: Horacio Ramírez

Castrillón y otros. (Sentencia de octubre 17 de 1970, que no accede a las súplicas de las demandas. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Alfonso Castilla Sáiz). 354

7o. Nulidad del Acuerdo número 13 de 13 de julio de 1970 de la Corte Electoral sobre declaratoria de elección de Concejales de Pereira. Actor: Gustavo Orozco Londoño. (Auto de 22 de octubre de 1970, que revoca el apelado, proferido por el Tribunal Administrativo de Risaralda y en su lugar dispone que se proceda a admitir la demanda. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Carlos Portocarrero Mutis). 372

8o. Nulidad del acto por el cual la Corte Electoral declaró elegido como Senador de la República al señor Francisco Salazar Castro, para el período constitucional de 1970 a 1974, por el departamento de Cundinamarca. Actor: Francisco Ferrer Cassiani. (Sentencia de 16 de noviembre de 1970, que niega las peticiones de la demanda. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Doctor Alfonso Castilla Sáiz. Salvedad de voto de los Consejeros Dres. Osvaldo Abello Noguera, Jorge Dávila Hernández, Hernando Gómez Mejía, Juan Hernández Sáenz, Lucrecio Jaramillo Vélez, Miguel Lleras Pizarro y Gustavo Salazar Tapiero). 378

9o. Nulidad del Decreto 1959 de 6 de agosto de 1970, de la Gobernación de Risaralda, por medio del cual se confirmó al Doctor Armando Ossa para el cargo de Notario 2o. de Pereira. Actor: Elías Zuluaga Hoyos. (Auto de 25 de noviembre de 1970, que confirma el proferido por el Tribunal Administrativo de Risaralda en el cual no se acepta el desistimiento de la acción. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Lucrecio Jaramillo Vélez. Salvedad de voto de los Consejeros Drs. Alfonso Arango Henao, Gabriel Rojas Arbeláez y Rafael Tafur Herrán). 398

10o. Nulidad del Acta de la Asamblea Departamental del Magdalena correspondiente a su sesión del 22 de mayo de 1969 en la cual se declaró electo al Dr. Manuel Polo Macías como Contralor del Departamento para el período del 1o. de julio de 1969 al 30 de junio de 1971. Actor: Luis Felipe Ballesteros. (Sentencia de diciembre 1o. de 1970, que confirma la proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Osvaldo Abello Noguera). 409

11o. Nulidad del Acuerdo Número 10 de 4 de julio de 1970 por el cual la Corte Electoral declaró elegido como Senador de la República al señor Jorge Falla, para el período constitucional de 1970 a 1974, por el departamento del Huila. Actor: Rómulo González Trujillo. (Auto de 2 de diciembre de 1970, que no acepta el impedimento manifestado por el Consejero Doctor Alfonso

Castilla Sáiz. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Gabriel Rojas Arbeláez. Salvedad de voto de los Consejeros Dres. Juan Hernández Sáenz y Gustavo Salazar Tapiero). 418

TITULO VI

REVISION DE IMPUESTOS

1o. Impuestos Nacionales. Renta. Revisión de la operación administrativa de liquidación del impuesto sobre la renta y complementarios, por el año gravable de 1967, practicada a Manuel Buenahora Gutiérrez. (Sentencia de 30 de Julio de 1970, que revoca la proferida por el Tribunal Administrativo de Cúcuta y en su lugar se declara probada la excepción de petición antes de tiempo. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. Juan Hernández Sáenz. Salvedad de voto de los Consejeros Dres. Andrés Holguín, Miguel Lleras Pizarro, Jorge de Velasco Alvarez y Jorge Dávila Hernández). . . 423

2o. Impuestos Nacionales. Renta. Revisión de la operación administrativa de liquidación del impuesto sobre la renta y complementarios, por el año gravable de 1964, practicada al señor Alberto Restrepo Angel. (Sentencia de 10 de septiembre de 1970, que reforma en parte la proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero Ponente: Dr. Juan Hernández Sáenz). 433

3o. Impuestos Nacionales. Renta. Revisión de la operación administrativa de liquidación del impuesto sobre la renta y complementarios, por el año gravable de 1962, practicada al señor Alfredo Ospina Gómez. (Sentencia de 15 de octubre de 1970, que revoca la proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas y en su lugar accede a la revisión solicitada. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Dr. Miguel Lleras Pizarro. Salvedad de voto del Consejero Dr. Juan Hernández Sáenz). 439

4o. Impuestos sobre las ventas. Revisión de la liquidación de Impuesto a las ventas practicada a la sociedad denominada "Sears Roebuck de Cali S.A.", por la División de Impuestos Nacionales y correspondiente al año de 1965. (Auto de 19 de noviembre de 1970, que revoca el proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y en su lugar ordena se dé curso a la demanda. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Salazar Tapiero). 447

5o. Impuestos Nacionales. Renta. Revisión de la operación administrativa de liquidación del impuesto sobre la renta y complementarios, por el año gravable de 1960, practicada a la sociedad denominada "Prouvost Lefevbre of Rhode Island Company Inc". (Sentencia de 4 de diciembre de 1970, que confirma la proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia. Sala de lo Conten-

cioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Dr. Hernando Gómez Mejía). 450

6o. Impuestos Nacionales. Renta. Revisión de la operación administrativa de liquidación del impuesto sobre la renta y complementarios, por el año gravable de 1961, practicada a la sociedad denominada "Prouvost Lefevbre of Rhode Island Inc.". (Sentencia de 4 de diciembre de 1970, que confirma la proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Dr. Juan Hernández). 461

7o. Impuestos Nacionales. Renta. Revisión de la operación administrativa de liquidación del impuesto sobre la renta y complementarios, por el año gravable de 1961, practicada a "Salchichería Nacional Ltda". (Sentencia de 18 de diciembre de 1970, que revoca la proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico y en su lugar, accede a la revisión solicitada. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz). 467

TITULO VII

JURISDICCION COACTIVA

CAPITULO PRIMERO:

APELACIONES

1o. Apelación del auto de septiembre 1o. de 1969 de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá –Cobranzas y Ejecuciones–, por concepto de impuestos sucesorales, dentro del juicio por Jurisdicción Coactiva de la Nación contra la Sucesión de Víctor Ruíz Mora. (Auto de 19 de noviembre de 1970, que revoca el apelado y ordena que continúe adelante la ejecución. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Dr. Miguel Lleras Pizarro). 477

CAPITULO SEGUNDO:

EXCEPCIONES Y TERCERIAS

1o. Excepciones propuestas por la parte ejecutada, dentro del juicio por jurisdicción coactiva adelantado por la Nación contra la Compañía de Calzado Triunfo Unión Ltda. (Sentencia de 15 de julio de 1970, que declara no probadas las excepciones y ordena seguir adelante la ejecución. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Dr. Juan Hernández Sáenz). 483

INDICES

1o. Indice Alfabético-Analítico de las materias tratadas en las providencias contenidas en el presente tomo..... 491

2o. Indice General del Tomo LXXIX..... 565

Esta obra fue editada en los Talleres Gráficos del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, Penitenciaría Central de Colombia.

(Una empresa editorial y humana al servicio de la Rehabilitación del Recluso).

BOGOTA, D. E., 1975